

Ratio Juris

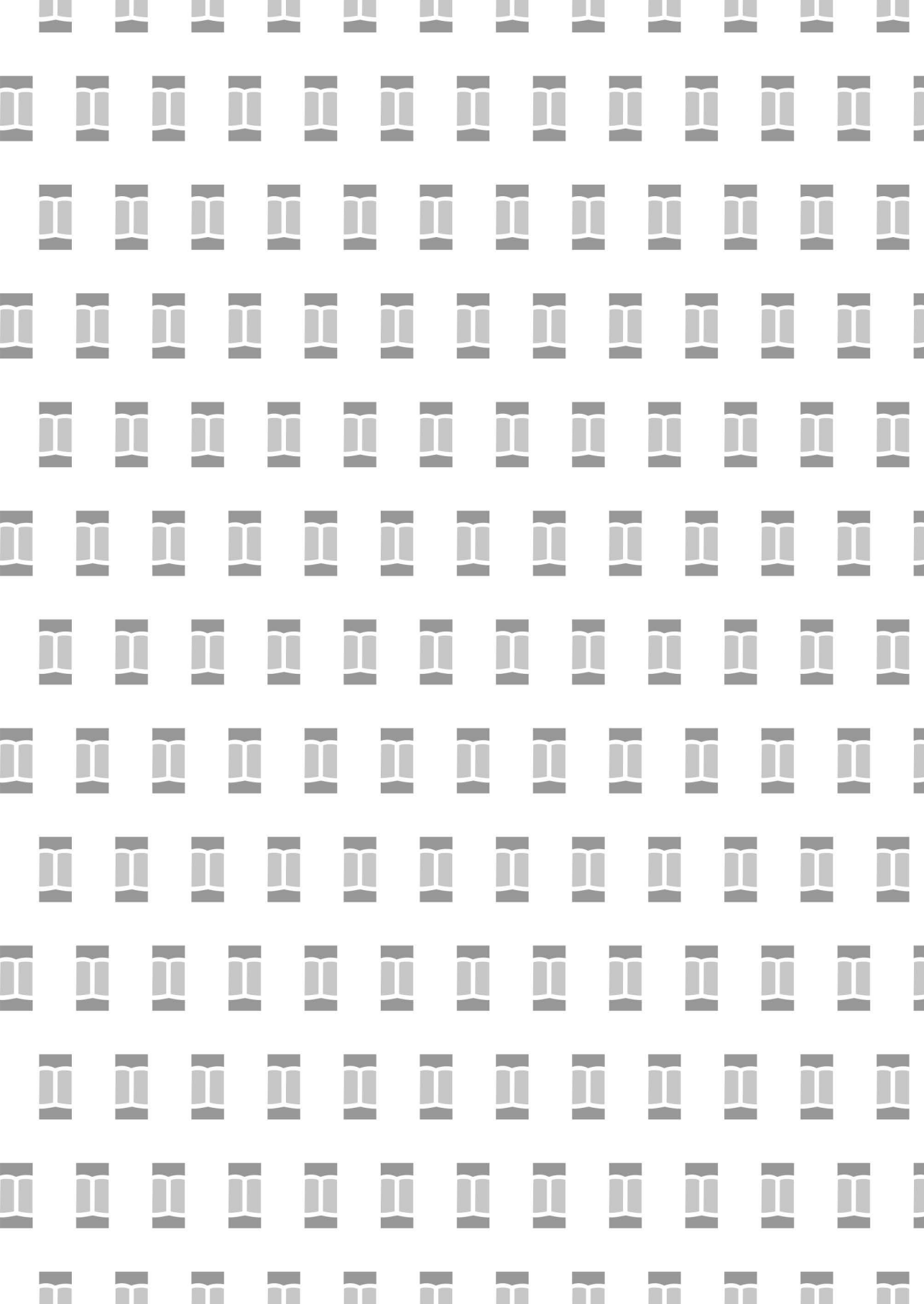
PUBLICACIÓN SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

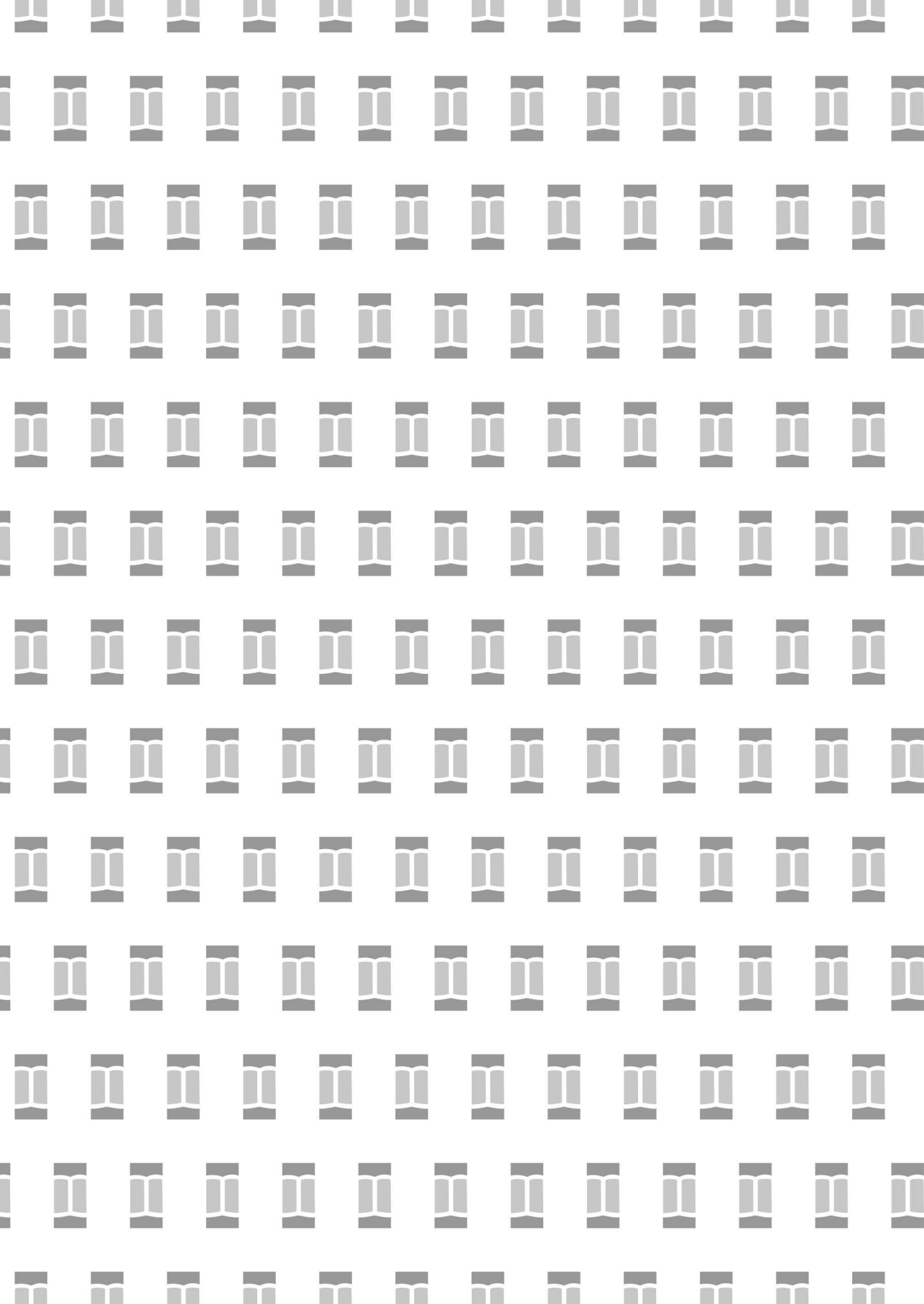
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Vol. 17, N.º 35 pp. 472. Medellín-Colombia, 2022 (julio-diciembre), ISSN 1794-6638 / ISSNe: 2619-4066

DOI: 10.24142/raju







REVISTA Ratio Juris

ISSN: 1794-6638 • ISSNe: 2619-4066 • DOI: 10.24142/raju

REVISTA Ratio Juris

ISSN: 1794-6638 • ISSNe: 2619-4066 • DOI: 10.24142/raju



Revista *Ratio Juris* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, volumen 17, número 35, julio-diciembre de 2022

Papel 1794-6638; en línea 2619-4066 doi: 10.24142/raju

Universidad Autónoma Latinoamericana
Carrera 55 N.º 49-51. Medellín - Colombia - Suramérica
Tel: (604) 511 2199

ANTONIO PUERTA ARANGO
Presidente de la Sala de Fundadores

JOSÉ RODRIGO FLÓREZ RUIZ
Rector

FRANCISCO JAVIER VALDERRAMA BEDOYA
Vicerrectora Académica

JOSÉ FERNANDO VALENCIA GRAJALES
Vicerrectora de Investigación

RAMÓN ELEJALDE ARBELÁEZ
Decana de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. José Fernando Valencia Grajales, Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia
(EDITOR.RATIOJURIS@UNAULA.EDU.CO)

COEDITOR

Mg. Juan David Gelacio Panesso, Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia
(COEDITOR.RATIOJURIS@UNAULA.EDU.CO)

ASISTENTE EDITORIAL

Gerente. Juan Felipe Vargas Martínez, Journals & Authors para el OJS, Colombia
(JFELIPE148@GMAIL.COM; INFO@JASOLUTIONS.COM.CO)

JAIRO OSORIO GÓMEZ

Director del Fondo Editorial

TRADUCTOR

Juan Carlos Beltrán López
(TERRANETSERVICIOS@GMAIL.COM; JUAN.BELTRANLO@UNAULA.EDU.CO)

SILVIA VALLEJO GARZÓN

(VALLEJO.SILVIA@GMAIL.COM)
Correctora

TALLER ARTES Y LETRAS S.A.S.

Diseño y diagramación
Hecho en Medellín - Colombia

Canje: Biblioteca “Justiniano Turizo Sierra”. Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.
PBX 511 2199 Ext. 301.
DOI 10.24142/raju

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no comprometen en nada a la institución o a la revista.
Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para efectuar reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Universidad Autónoma Latinoamericana
UNAULA - Carrera 55 N.º 49-51 Medellín - Colombia - Suramérica
PBX (604) 511 21 99 - Apartado 3455 - Fax: 604 512 3418

Comité editorial

Mg. Andrea María Valencia Grajales, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
(andrea.valenciag@upb.edu.co)

Mg. Beatriz Eugenia Suaterna Hurtado, inem de Medellín, Colombia (beshus@gmail.com)

Ph.D. Eduardo Andrés Sandoval Forero, Universidad Autónoma del Estado de México, México
(forerosandoval@gmail.com)

Dr. Gerardo Antonio Durango Álvarez, Universidad Nacional de Colombia, Colombia
(gerardodurango@yahoo.es)

Dr. Ómar Huertas Díaz, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (ohuertasd@unal.edu.co)

Comité científico

Dr. Modesto Manuel Gómez Alonso, Universidad de Salamanca (modestomga@hotmail.com)

Mg. Estela Beatriz Quintar, Instituto de Pensamiento y Cultura para América Latina, México
(estelaquintar@ipeccal.edu.mx)

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Argentina
(raulzaffaroni@hotmail.com; raulzaffaroni@csjn.gov.ar)

Dr. Jairo José Guzmán García, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicaragua
(jguzman@ns.uca.edu.ni)

Dr. Jorge Martín Agudelo Ramírez, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, Colombia

(martinagudeloramirez@hotmail.com)

Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, Universidad de Buenos Aires, Argentina (rgferreyra@fibertel.com.ar)

Evaluadores externos

Dr. César Augusto Ramírez Giraldo, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
(cesar.ramirez@upb.edu.co)

Mg. Estela Beatriz Quintar, Instituto de Pensamiento y Cultura para América Latina, México
(estelaquintar@ipeccal.edu.mx)

Dr. Francisco Javier Valderrama Bedoya, Universidad de Medellín, Colombia
(fjvalderrama@udem.edu.co)

Dr. Guillermo Ángel Rendón, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
(ganjel@sic.net.co)

Mg. Héctor Ortiz Cañas, Universidad de Antioquia, Colombia
(hector.ortiz@udea.edu.co)

Dr. Juan Antonio Zornoza Bonilla, Universidad Nacional de Colombia, Colombia
(jazonozab@unalmed.edu.co)

Mg. Luis Guillermo Patiño Aristizábal, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
(luisguip@une.net.co)

Dr. Luis Miguel Donatello, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales Conicet, Argentina
(ldonatello@ceil-conicet.gov.ar)

Dra. Sonia Inés López Franco, Universidad Eafit, Colombia
(slopez@eafit.edu.co)

Pares evaluadores para esta edición

Dra. Diana María Muñoz González, Universidad de San Buenaventura, Colombia
(DMUNOZ@USBBOG.EDU.CO)

Mg. Suly María Quinchía Roldán, Universidad Nacional de Colombia, Colombia
(SMQUINCHIAR@UNAL.EDU.CO)

Mg. Margot Lalangui Balcázar, Universidad Técnica de Machala, Ecuador
(MLALANGUI@UTMACHALA.EDU.EC)

Mg. Sandra Sayonara Solórzano Solórzano, Universidad Técnica de Machala, Ecuador
(SSOLORZANO@UTMACHALA.EDU.EC)

Dr. Carlos Frederico B. Loureiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro (ufrj), Brasil
(FREDERICOLOUREIRO89@GMAIL.COM)

Dra. Débora Ferrazzo, Universidade do Extremo Sul Catarinense (unesc), Brasil
(DEBORA@UNESC.NET)

Dr. Andrés Eduardo Saldarriaga Madrigal, Universidad de Antioquia, Colombia
(EDUARDO.SALDARRIAGA@UDEA.EDU.CO)

Dr. Andrés Felipe López López, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia
(ANDRES.LOPEZ@USBMED.EDU.CO)

Dr. Andrés Klaus Runge Peña, Universidad de Antioquia, Colombia (AKRP777@GMAIL.COM)

Mg. Christian Hernández Rodríguez, Universidad de San Buenaventura, sede Cali, Colombia
(CHRISTIANANDRESHERNANDEZ@GMAIL.COM)

Mg. Elkin Alonso Ríos Osorio, Universidad Católica de Oriente, Colombia
(EDUCACION.DEC@UCO.EDU.CO)

Dra. Esther Pineda G., Universidad Central de Venezuela, Venezuela
(ESTHERPINEDAG@GMAIL.COM)

Dr. Fabián Ludueña Romandini, Universidad de Buenos Aires, Argentina
(FABIANLUDUENA@GMAIL.COM)

Dra. Florencia Abadi, Universidad de Buenos Aires, Argentina (FLOABADI@HOTMAIL.COM)

Mg. Gabriel Jaime Gómez, Universidad Nacional de Colombia, Colombia
(GABRIELGOMEZ238@HOTMAIL.COM)

Dra. Gardenia Chávez Núñez, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Ecuador
(GARDENIA.CHAVEZ@UASB.EDU.EC)

Dra. Jimena Cardona Cuervo, Universidad Cooperativa de Colombia, Colombia
(ABOGADAJIMENA@GMAIL.COM)

Mg. John Jairo Cardona Estrada, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia
(JOHNJAIROCARDONAE@GMAIL.COM)

Dr. Jorge Hernán Betancourt Cadavid, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia
(JHBC35@GMAIL.COM)

José Manuel Morán Faúndes, Universidad Nacional de Córdoba, Colombia (JMF Moran@GMAIL.COM)

Mg. Juan Camilo Gallo Gómez, Universidad de Medellín, Colombia (GAPU85@GMAIL.COM)

Mg. Juan Carlos Franco Montoya, Universidad Católica de Oriente, Colombia
(JFRANCODM@GMAIL.COM)

Dr. Juan David Piñeres Sus, Universidad de Antioquia, Colombia
(JUANDPS@GMAIL.COM)

Dra. Lya Yaneth Fuentes Vásquez, Universidad Central, Colombia (YFUENTESV@UCENTRAL.EDU.CO)

Dr. Marco Coscione, Coordinadora Latinoamericana y del Caribe de Pequeños Productores de Comercio Justo (clac), Chile (MARCO.COSCIONE@GMAIL.COM)

Dr. Mario Rojas Hernández, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México (MAROHEZ@OUTLOOK.COM)

Mg. Maurizio Ali, Université des Antilles, espe – Martinique, Francia (MAURIZIOALI@YAHOO.IT)

Dr. Omar Huertas Díaz, Universidad Nacional de Colombia, Colombia (OHUERTASD@UNAL.EDU.CO)

Mg. Ramiro Vélez Rivera, Escuela Superior de Administración Pública, Colombia (RVELEZ@ESAP.EDU.CO AUCANT@YAHOO.ES)

Mg. Sergio Alberto Oliveros Castro, Universidad San Sebastián, Chile (SERGIO.OLIVEROS@USS.CL)

Dra. Silvia López de Maturana Luna, Universidad de La Serena, Chile (SILVIALML@GMAIL.COM)

Mg. Víctor Daniel Gómez Montoya, Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia (VGOMEZ1102@HOTMAIL.COM)

Mg. Dolly Viviana Polo Flórez, Universidad de San Buenaventura, sede Cali, Colombia (V.POLO.EDUCACION@GMAIL.COM)

Misión

UNAULA, desde sus principios fundacionales: la autonomía, el cogobierno, el pluralismo, la libre cátedra y la investigación, se compromete, con visión global, en la formación integral de la comunidad académica y la difusión del saber, desde la docencia, la extensión, la proyección social y la investigación, para contribuir al desarrollo en el contexto nacional e internacional.

Visión

UNAULA será reconocida por su compromiso con la formación en el saber, el ser, el hacer, el convivir y el conocimiento científico y humanístico, lo que responde de forma autónoma, respetuosa y pertinente a las diferencias ideológicas, democráticas, para el desarrollo político, cultural, social y económico en un contexto globalizado.

Principios y valores institucionales

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA	RESPONSABILIDAD SOCIAL	DEMOCRACIA-COGBIERNO
Liderazgo	Respeto	Justicia
Excelencia	Ética	Participación
Transparencia	Igualdad	Diálogo
Lealtad	Solidaridad	Pluralismo
Voluntad	Servicio	
	Convivencia.	

Mission

UNAULA, based on its foundation principals, such as autonomy, co-government, pluralism, academic freedom and research, undertakes a commitment with a global vision, towards an integral education of the academic community and the spreading of knowledge, from teaching, extension, social projection and research, aiming to contribute to the development of the national and international context.

Vision

UNAULA will be recognized by its commitment to educate in knowledge, on being, co-existing, scientific and humanistic knowledge, responding appropriately, autonomously, respectful and pertinent to ideological and democratic differences, aiming at the political, cultural, social and economic development in a globalized context.

Principles and institutional values

UNIVERSITY AUTONOMY	SOCIAL RESPONSIBILITY	DEMOCRACY-COGOVERNMENT
Leadership	Respect	Justice
Excellence	Ethics	Participation
Transparency	Equality	Dialogue
Loyalty	Solidarity	Pluralism
Will	Service	
	Coexistence.	

REVISTA Ratio Juris, indexada en



Indexaciones



Bases de datos



Portal especializado



Google Scholar



Academia



Alianzas editoriales



CLACSO



TABLA DE CONTENIDO

Editorial

407.....Hacia una epistemología decolonial biocéntrica latinoamericana

Para uma epistemologia decolonial biocêntrica latino-americana

María José Sepúlveda Arellano

Artículo de investigación

417.....Visibilización de la multiculturalidad y la interculturalidad en la edificación constitucional de América Latina

Visibility of multiculturalism and interculturality in the constitutional building of Latin America

Jully Samantha Paz Erazo

435.....Políticas públicas en materia de seguridad alimentaria para la primera infancia, una mirada desde la eficacia

Public policies on food security for early childhood, a view from the effectiveness

María Teresa Carreño Bustamante, Luz Eliana Gallego Henao

Diana Alexandra Moreno Amaya

467.....El derecho de acceso a Internet. Condiciones de priorización de cara al mínimo vital

The right to Internet access. Conditions for prioritization in front of minimum vital right

Diana Soto Zubieta, Raúl Ruiz Canizales

495.....The authority of legal emotions: mysticism or truth? Leon Petrażycki's legal realism vs. natural law*

El autoritarismo de las emociones jurídicas: ¿misticismo o verdad? El realismo jurídico de Leon Petrażycki vs. la ley natural

Julia Stanek

- 523.....Evolución del régimen jurídico de los derechos de las personas con discapacidad
Evolution of the regulatory system of the rights of persons with disabilities
Estefanía Jerónimo Sánchez-Beato
- 553.....Violencia contra la infancia: expedientes del Archivo Histórico Judicial de Medellín, Colombia, finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX
Violence against children: records of the Historical Judicial Archive of Medellin, Colombia, end of the 19th century and first half of the 20th
Jairo Gutiérrez Avendaño, Herwin Eduardo Cardona Quitián, Julián Andrés Amado Becerra
- 575.....El ejercicio del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales en Colombia
The exercise of the right of access to information on environmental matters in Colombia
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Carolina Restrepo Múnera, Ana María Roldán Villa
- 599.....Los videojuegos y sus condiciones normativas de las loot boxes y los DLC: estado sobre la protección al consumidor en Colombia
Video games and their regulatory conditions of loot boxes and DLC: state of consumer protection in Colombia
Videogames e suas condições regulatórias de loot boxes e DLC: estado de proteção ao consumidor na Colômbia
Daniel Lopera Díaz, Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Cristian Camilo Carrillo Benítez

617.....Los hilos invisibles de la memoria hegemónica: representaciones sociales de hechos históricos, olvidos convenientes y silencios instalados

The invisible threads of hegemonic memory: social representations of historical events, convenient forgetting, and installed silences

Os fios invisíveis da memória hegemônica: representações sociais de acontecimentos históricos, esquecimentos convenientes e silêncios instalados

*Juan David Villa-Gómez, Marisol Velásquez-Vélez,
Michell Piedrahita-Restrepo, Daniela Barrera-Machado,
Lina Marcela Quiceno, Alfonso Insuasty-Rodríguez*

651.....É possível a desqualificação do agente de tratamento? Uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados

¿Es posible inhabilitar al agente del tratamiento de datos? Un análisis a la luz de la Ley General de Protección de Datos

Is it possible to disable the data processing agent? An analysis in light of the General Data Protection Law

*Edivaldo da Costa Lima Júnior, José Rilton Soares da Silva,
Walter de Macedo Rodrigues, Maria Amália Arruda Câmara
Matheus Barbosa Rodrigues*

673.....Efeitos da relativização da coisa julgada

Efectos de la relativización de la cosa juzgada

Effects of the relativization of res judicata

Robison Francisco Pires

705.....Constitucionalización del derecho aduanero

Constitutionalization of Customs Law

Constitucionalização do Direito Aduaneiro

Jully Pauliny González López

- 731.....Papal del arte en la reparación simbólica y reivindicación de derechos en Colombia: revisión sistemática
- Role of art in symbolic reparation and claiming rights in Colombia: Systematic review
- Papal da arte na reparação simbólica e reivindicação de direitos na Colômbia: revisão sistemática
- Kelly Natalia Melo Andrade*
- 765.....Racismo Ambiental e o “Direito vivo” dos povos indígenas: Uma leitura a partir da Teoria Crítica dos Direitos Humanos
- Racismo ambiental y la “ley viva” de los pueblos indígenas: una lectura de la teoría crítica de los derechos humanos
- Environmental Racism and the “Living Law” of Indigenous Peoples: A reading from the Critical Theory of Human Rights
- César Augusto Costa, Fernanda Ollé Xavier*
- 799.....La incidencia política de los colectivos feministas de Chile y Colombia en las elecciones legislativas y ejecutivas de los años 2021 y 2022
- The political incidence of the feminist collectives of Chile and Colombia in the legislative and executive elections of the years 2021 and 2022
- A incidência política dos coletivos feministas do Chile e da Colômbia nas eleições legislativas e executivas dos anos 2021 e 2022
- María Alejandra Berrío Pacheco, Julián David Quintero Castellanos*
- 833.....Análisis del artículo 65 de la Convención Americana respecto al incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH por los Estados parte
- Analysis of article 65 of the American Convention regarding non-compliance with the judgments of the Inter-American Court by the States Parties
- Análise do artigo 65 da Convenção Americana sobre o descumprimento das sentenças da Corte Interamericana pelos Estados Partes
- Gerardo Antonio Durango Álvarez*

EDITORIAL

HACIA UNA EPISTEMOLOGÍA DECOLONIAL BIOCÉNTRICA LATINOAMERICANA

PARA UMA EPISTEMOLOGIA DECOLONIAL
BIOCÊNTRICA LATINO-AMERICANA

TOWARDS A LATIN AMERICAN BIOCENTRIC
DECOLONIAL EPISTEMOLOGY

MARÍA JOSÉ SEPÚLVEDA ARELLANO*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a1

Resumen

La transformación sociopolítica a la que está apostando una masa considerable del territorio-cuerpo-nación de Chile invita a cuestionar nuestra ética y posicionamiento político a la hora de producir conocimiento. Se realiza un análisis crítico de la realidad de los científicos sociales de la región latinoamericana, cuestionando la producción de

* María José Sepúlveda Arellano, trabajadora e investigadora social con experiencia en el área de transferencia tecnológica, urbanismo e interculturalidad. Activista feminista del Grupo Latino Americano de Ecofeminismo. Investigadora en el Instituto Forestal de Chile y asesora externa de la Fundación Basura. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0380-8278>; Google Scholar: <https://scholar.google.cl/citations?user=hG2tRIEAAAJ&hl=es>. Correo electrónico: mariajose.sepulvedar@gmail.com

conocimiento y la sostenibilidad de este en un contexto global capitalizado y gobernado por el tecnicismo, postulando la importancia de aprender a sostener las preguntas e incertidumbres en el periodo de transición sin abandonar un enfoque crítico que incorpore la transindividualidad y decolonialidad.

Palabras clave: Latinoamérica, biocentrismo, epistemología, ontología, método, sostenibilidad, tecnicismo, decolonialidad.

Abstract

The socio-political transformation to which a considerable mass of Chile's territory-body-nation is betting, invites us to question our ethics and political positioning when it comes to producing knowledge. The author makes a critical analysis of the reality of social scientists in the Latin American region, questioning the production of knowledge and its sustainability in a global context capitalized and governed by technicality. Postulating the importance of learning to sustain the questions and uncertainties in the transition period without abandoning a critical approach that incorporates transindividuality and decoloniality.

Keywords: Latin America, biocentrism, epistemology, ontology, method, sustainability, technicality, decoloniality.

Resumo

A transformação sociopolítica em que aposta uma massa considerável do território-corpo-nação do Chile nos convida a questionar nossa postura ética e política na hora de produzir conhecimento. É realizada uma análise crítica da realidade dos cientistas sociais na região latino-americana, questionando a produção do conhecimento e sua sustentabilidade em um contexto global capitalizado e regido pelo tecnicismo. Postulando a importância de aprender a sustentar questões e incertezas no período de transição sem abandonar uma abordagem crítica que incorpore a transindividualidade e a decolonialidade.

Palavras-chave: América Latina, biocentrismo, epistemologia, ontologia, método, sustentabilidade, tecnicidade, decolonialidade.

HACIA UNA EPISTEMOLOGÍA DECOLONIAL BIOCÉNTRICA LATINOAMERICANA

Durante los últimos dos años y medio del tiempo gregoriano en Chile, la nación-territorio-cuerpo donde habito, ha estado en el ojo mundial debido a la crisis social y política que está atravesando. Palabras, como gobernabilidad, derechos fundamentales, derechos humanos, plurinacionalidad, crisis climática, crisis migratoria, justicia social, paridad, memoria, mucha memoria... identidad y género, aborto, ayuda humanitaria y nueva constitución tienen cooptado nuestro imaginario colectivo con matices que se dibujan en función de nuestras historias personales con las que se escriben y describen esperanzas, ilusiones y miradas combativas conforme al medio relacional y la capacidad de pensamiento crítico o no, que tenemos como seres que habitamos este espacio geográfico de conflicto. El acceso a información no es un problema en la era digital, incluso para quienes tienen un corazón y tiempo de reloj de arena.

Lo cierto es que el estallido hizo mucho más que poner al filo “la copia feliz del edén” (como dice el himno patrio) del experimento socio-cultural y de relacionamiento humano que tuvo sus bases y estructuras en la economía, la política y las prácticas sociales que aún tiene implicancias físicas y psicosociales en todos nosotros, el mito de la libertad neoliberal.

El neoliberalismo es la invitación definitiva a una utopía de oportunidades desde un ideal impuesto por una cultura mundial, o más bien capitalista, que no solo ha limitado nuestras capacidades creativas y pensamiento, sino también nuestras preferencias y decisiones como individuos, ya no libres y salvajes, porque algo nos antecede y en ocasiones nos determina.

Las ciencias exactas o cuantitativas son nuestro paradigma imperante como cultura y sociedad. Dan origen a una verdad tangible y “segura” de lo que es legítimo y razonable para las decisiones y acciones que tomamos, pero lejos de liberarnos nos limitan a no indagar en las profundidades de la cotidianidad y de las inteligencias inmateriales de la vida humana. Cobra sentido cuestionar lo que sentimos, pensamos y creemos como verdad.

La filosofía sostiene que existe una diferencia entre la verdad y la razón, donde la primera estaría determinada por la cosmovisión y percepción individual mientras que la segunda sería la construcción colectiva de lo que es correcto para un bien común. Pero ¿qué pasa si quienes han tenido el privilegio de escribir desconocen la existencia de otras narrativas y sensaciones acalladas?

El movimiento decolonial ha tenido una verdad y razón persistente que ha posibilitado poner en jaque las epistemologías¹ y, por consiguiente, las ontologías,² de donde provienen las verdades con las que la ciencia crea y sostiene antiguos o nuevos mundos.

Los científicos somos una especie trans que intenta homologar todos estos relatos dentro de nuestros sentires y pensares, que se contraponen o anulan una realidad que cada vez es más visible y palpable, pero no dentro de la lógica patriarcal neoliberal colonial homogénea, sino sobre todo cuantificable.

¿Qué es lo que escribes?, ¿para quién escribes?, ¿puedes escribir realmente lo que piensas y sientes? Son preguntas que me atormentan cuando debo entregar una investigación que debiese dar cuenta de las deficiencias o realidades que analizo. Porque lo cierto es que no, no podemos escribir lo que realmente sabemos que tenemos que escribir porque no es funcional a un modelo ya determinado y con mucha responsabilidad, ya pensado y estructurado. ¿Cómo equilibramos las fuerzas del pensamiento y acción desde nuestro lugar de narradores de una historia? Son más que interesantes los intentos indigenistas decoloniales y de científicos trans que cada vez se animan a escribir relacionando variables que antes no solo estaban separadas, sino que incluso eran incompatibles.

La filósofa argentina María Lugones, en su libro *Colonialidad y género*, plantea relevantes cuestionamientos sobre la procedencia de la indiferencia masculina heterogénea que no solo es protagonizada por el hombre cis, sino por una sociedad masculinizada, con respecto a las diferencias y los pesares que sufren los cuerpos feminizados o no normados desde una lógica interseccional que incorpora la discriminación de raza, clase, sexualidad y género. Cobrando relevancia, pero también dando valor a las subjetividades de los relatos de disidencias tal como sucede con el término *queer*, por ejemplo, que no es más que la fusión de las experiencias del colonialismo y la colonialidad con las necesidades del capitalismo, creando un universo específico de relaciones intersubjetivas de dominación bajo una hegemonía eurocéntrica (Quijano, 2000). ¿Cómo, desde el continente suramericano colonizado, podríamos seguir identificados con lo hegemónico si nuestra particularidad está cada vez más latente en nuestra psiquis?

-
- 1 Epistemología —episteme y logos—: rama de la filosofía que estudia el conocimiento, su posibilidad, naturaleza y alcance de fundamentos.
 - 2 Ontología, rama de la filosofía que estudia las relaciones entre seres o entes y la relación entre los actos y sus participantes.

Lugones es clara a la hora de precisar sobre las necesidades cognitivas del capitalismo y las relaciones coloniales hacia la producción de conocimiento del poder, por eso es tremendamente vivaz y necesaria para la creación de nuevos mundos la propuesta teórica conceptual que realiza el biólogo transgénero chileno Jorge Díaz en su libro *Microscopio invertido*, donde rompe con el relato del paradigma tecnocrático de la ciencia aplicada y la humaniza de forma poética para dar herramientas de comprensión a una ecología fundamental que concibe las complejidades que no solo nos habitan como individuos, sino como cuerpo social ambiental, bajo la premisa “No es la familia el núcleo fundamental de la sociedad, sino la biodiversidad”.

Al igual que la bióloga chilena Barbara Saavedra, Jorge hace una invitación a salir de la burbuja académica y repensar el conocimiento.

Cuestionar que la especie humana es solo una más de los miles que existen y que cada componente que tenemos hoy repercute en todo lo que hacemos con las otras es fundamental [...]. Luego del estallido social Bárbara Saavedra publicó un texto donde habla de la importancia de la ecología para una nueva constitución, donde no puede ser la familia el núcleo de la sociedad porque eso es muy antropocéntrico y mezquino. Yo pienso que también es heteronormativo, ya que el núcleo de la sociedad no es la familia humana, sino la biodiversidad del planeta (Díaz, 2021, s. p.).

El autor plantea una transición para la vinculación de lo exacto y social queriendo ser parte de esta transformación de códigos que nos darán elementos teóricos prácticos de una nueva epistemología y ontología bio-psico-social-ambiental.

Parece presuntuoso que sean los latinos subdesarrollados quienes estemos criticando tantos años de saberes y estilo de desarrollo o concepción del progreso. Pero siempre me ha parecido ensimismado ese aire de supremacía del saber que tiene el método científico impuesto por el antiguo mundo (me huele a sesgo). También me parecen poco críticas las aspiraciones de algunos de mis compatriotas de la región continental por buscar aún el sueño americano a sabiendas de que es insostenible, y lo precarizadas que son las vidas de los migrantes en un sistema subsidiario neoliberal. No me malinterpreten, mi problema no son las personas, sino la calidad de sus decisiones y las formas o herramientas con las que nos posicionamos para cambiar el

antiguo paradigma. Me hace evidenciar la paradoja del esclavo feliz³ donde los individuos no solo sufren las dinámicas asimétricas del capitalismo, sino que también tienen incorporadas sus aspiraciones. ¿Cómo podremos crear un movimiento emancipatorio del conocimiento capitalista si los individuos desean encarnar un estilo capitalista y sus aspiraciones se sostienen en lo que el capitalismo ofrece?

Mi experiencia como cientista social señala que el nivel de necesidades de algunos de estos individuos sigue siendo muy bajo para lograr sostener un análisis desapegado y empoderado de lo que deciden para sus vidas; el principal motivo de la migración es mejorar la calidad de vida de los individuos que determinan tal movimiento, incluso aunque algunos de los derechos fundamentales no estén garantizados por las sociedades que los reciben. De ahí la importancia de escribir y también cuestionar las motivaciones que inclinan estas decisiones. La biología, desde su teoría de la evolución de las especies, ha tenido fuertes reconceptualizaciones donde el naturista Charles Darwin ha sido cuestionado por la bióloga Lynn Margulis, quien planteó el error del primero en sostener que la especie más fuerte es la que sobrevive, postulando que la base de la evolución de las especies es la mutua cooperación y simbiosis como fuerza evolutiva.

La filósofa Francesa Muriel Combes, ya se cuestionaba en el año 1999 esta desconexión de lo humano y lo natural retomando la teoría de la transindividualidad de Simondon.⁴ Pretendiendo equilibrar a favor de la potencia política y social de la individualización como problema, dando una nueva lectura al simondonismo para elevar la politicidad y la eticidad a la altura de la tecnicidad bajo la premisa: “Contra la tecnocracia y la especulación una lectura ética y política”, la autora busca interpelar haciéndonos pensar cuál es objetivo de la individualización.

También hay teóricos que objetan a Simondon el no problematizar sobre el desacople y la diferencia de la velocidad entre las individualizaciones psico-colectivas y las individualizaciones técnicas, ya que la innovación

3 La dialéctica del amo y el esclavo de Hegel describe la lucha entre dos conciencias que buscan reconocimiento, pero que debido a su asimetría resulta ser imperfecto. Pese a la universalidad de la relación ignora las dinámicas en las cuales está inmersa. Para el filósofo un concepto fundamental es el deseo como motor del movimiento de la conciencia hacia el exterior; en un mundo conformado por objetos, el deseo es pura insatisfacción luego de su posesión.

4 Simondonismo es una propuesta dialéctica que entrega elementos para normar el devenir, dotando de herramientas para elaborar preguntas en el campo de las innovaciones tecnológicas, pero también antropológicas y ecológicas.

se impone de forma permanente frente a la dinámica social, como estrategia primaria de subjetivación,⁵ pero que no son capaces de diluir la memoria de la experiencia humana en y con el mundo.

Combes crea el concepto de “intimidad de lo común”, aclarando que lo que nos une es mucho más que nuestras fallas. La autora sostiene que todo pensamiento político y social ha de apoyarse primariamente en una “vida afectiva preindividual”, pues sería ilegítimo afirmar que toda invención técnica es la base de la producción de novedad del ser, en particular la base de toda transformación social (Combes, 2017). Asimilando así que la normatividad técnica no estaría en los objetivos técnicos, sino en la “tecnicidad” que gobierna nuestras acciones y crecimiento personal debido a la tendencia de organizarnos en redes, que tendría una significación en la tecnología y en la ética. Ya que el esquema en red da indicios de que la técnica no debería ser pensada meramente como el “medio para”, sino desde una mirada teórica ética del acto y las acciones que se contraponen al paradigma del trabajo asalariado.

Esto quiere decir que la capacidad de innovación de la técnica ha invisibilizado la innovación de la reproducción del ser, y han sido nuestras prácticas tecnicistas, que responden a una lógica neoliberalista que tiene otra velocidad y tiempo, las que están normando nuestras actividades cotidianas, invitándonos a tener una reflexión ética política de los actos, el consumo y nuestra vinculación con la técnica y las tecnologías.

Dice el italiano Virno que la técnica es transindividual en la medida en que expresa lo que no llega a individualizarse en la mente del individuo, alejando la posibilidad consciente de beneficio, pues la máquina brindaría aspectos externos a lo que hay de colectivo en el pensamiento humano. Un ejemplo de esto sería la tecnología de mis anteojos, los cuales no podrían ser transindividuales porque satisfacen mi consumo y necesidad humana de mirar realizando un beneficio consciente individual. De esta forma, Virno hace una relectura de Marx a través de Simondon en la relación del ser humano y la máquina bajo tres supuestos que son la alineación, la reificación y la fetichización.⁶

5 Michael Foucault establece la subjetivación como una construcción subjetiva del yo del sujeto frente al lugar que ocupa en una sociedad, ignorando que el individuo está dividido entre su interior y los otros.

6 Alineación de lo preindividual “interno” que no puede convertirse en transindividual, el fetichismo es lo preindividual emplazado falsamente en las cosas ya existentes, y la reificación es el “proceso por el cual la realidad preindividual se transforma finalmente en una “cosa” externa, un fenómeno manifiesto, una política pública (Combes, 2017).

Simondon rechaza incluso en el marxismo la equivalencia entre trabajo y técnica. Cientistas somos tecnócratas que hemos ignorado la profundidad y complejidad de la reproducción humana. Al igual que Marx, hemos olvidado que son los cuidados y la reproducción de los seres humanos lo que dan vida y sostenibilidad al modelo capitalista o comunista. De ahí la importancia de la liberación de nuestros cuerpos.

Luego del posfordismo la alineación del capital tradicional, donde lo preindividual no goza de convertirse en algo transindividual de bien colectivo, ha mutado en un fetichismo por la propiedad privada y en una reificación donde bajo distintos discursos y argumentos con fines capitalistas intentamos hacer posible un común no capitalista.

Algo que me interesa rescatar de Simondon es que, por medio del término transindividual, nos permite salir del paradigma obligatorio relacional entre individuo y sociedad para indicarnos que no existe una mirada sociológica que pueda captar esa no relación preexistente, dando cabida, a mi parecer, a salir incluso de las explicaciones de la psicología social y revalorizar los afectos. El individuo entra a la lógica social solo cuando es visto desde lo social; lo mismo pasa en la psicología, en ambas ocasiones, la persona es vista desde una individualización, incluso como grupo categorizado.

Cientistas sociales podemos aprender de los microscopios utilizados por las ciencias exactas a apreciar las fuerzas que habitan a los individuos o grupos humanos como ecosistemas autónomos, y hasta ese momento no definidos o con capacidad de redefinir.

Por supuesto que esta es una teoría que no se sostiene con un modelo de innovación incremental, es totalmente contraproducente para los fanáticos de las estructuras, pero quizás es el momento de la innovación disruptiva y el desafío de crear ecosistemas que les permitan vivir o sobrellevar mejor su muerte. Tanto en planes como en las políticas estatales.

Nuestra constitución permitió cuarenta años de innovación neoliberal incremental, perforó no solo los suelos y las aguas, sino nuestros sentidos y mentes. Llamé a este texto “Hacia una epistemología decolonial biocéntrica” porque creo, después de todo lo que he plasmado, que quizás es momento de que seamos quienes sepamos sostener las preguntas y dar respaldos a nuevos argumentos disruptivos, aunque para algunos sean en primera instancia radicales.

Pero no soy ingenua, lo mío es solo una proposición de ideal que se entrelaza con mis ambiciones y códigos filosóficos estoicos; sabemos/sé que no es tan fácil y, sobre todo, para las mujeres y disidencias sexuales,

validar certezas, aunque entremos al juego de cuantificar. A veces los argumentos no parecen suficientes, por eso este escrito es una semilla que tiene la esperanza de tocar algún recoveco de nuestros fundamentos éticos políticos de científicos sociales, pero, sobre todo, de privilegiados para escribir.

Existe un componente de clases y nuevas economías que no he mencionado. Pero con el fin de no seguir reproduciendo la lógica tecnicista emplazo a todo a quien lea esto a volverse un consumista transindividual, y a los científicos sociales a sostener la no verdad. Dar más tiempo para comprender la complejidad de los sistemas y equilibrar la importancia de la biodiversidad para una producción, reproducción y conservación sostenible desde la decolonialidad epistémica.

REFERENCIAS

- Combes, M. (2017). *Una filosofía de lo transindividual*. Cactus.
- Díaz, J. (2021). *Microscopio invertido*. Libros de Cardo.
- Lugones, M. (2014). *Colonialidad y género*. Editorial Subversión Feminista, Frontera Sur Biobío.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. En *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Siglo del Hombre.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

VISIBILIZACIÓN DE LA MULTICULTURALIDAD
Y LA INTERCULTURALIDAD EN LA EDIFICACIÓN
CONSTITUCIONAL DE AMÉRICA LATINA

VISIBILITY OF MULTICULTURALISM AND INTERCULTURALITY
IN THE CONSTITUTIONAL BUILDING OF LATIN AMERICA

VISIBILIDADE DO MULTICULTURALISMO
E INTERCULTURALIDADE NA CONSTRUÇÃO
CONSTITUCIONAL DA AMÉRICA LATINA

JULLY SAMANTHA PAZ ERAZO*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a2

Resumen

Se pretende poner de presente que el constitucionalismo europeo de posguerra y el norteamericano no han sido los únicos referentes en el

* Abogada egresada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho al medioambiente de la Universidad Externado de Colombia. Doctoranda en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Conciliadora en Derecho. Docente e investigadora de la Universidad CESMAG, Pasto, Colombia. Vinculada al grupo de investigación Derecho, Innovación y Desarrollo Social- DIDS. Correo electrónico: samybiojo@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-0257-9727> CVLAC https://scienti.mincincias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000087238 Google Scholar https://scholar.google.es/citations?view_op=list_works&hl=es&hl=es&user=pEbhpAIAAAJ

proceso de construcción constitucional en América Latina, por ello se ha procurado rescatar la cultura jurídica latinoamericana y el aporte de los diferentes grupos sociales y culturales del momento, lo cual ha sido un trabajo jurídico, social y académico que se ha fortalecido cada día por medio de diversos aportes sembrados en espacios académicos y jurídicos, y que, a su vez ha generado que dichos aportes, el multiculturalismo, la construcción del concepto de nación y la interculturalidad, sean cada día más perceptibles en el mundo jurídico por encima del sermón colonialista.

Palabras clave: constitución, interculturalidad, colonial, hegemónico.

Abstract

It is intended to present that the European post-war and North American constitutionalism, have not been the only referents in the process of Constitutional construction in Latin America, for this reason an attempt has been made to rescue the Latin American legal culture and the contribution of the different social and cultural groups of the moment, which has been a legal, social and academic work that has been strengthened every day through various contributions planted in academic and legal spaces, which has generated that said contributions, multiculturalism, the construction of the concept of nation and interculturality, are increasingly perceptible in the legal world above the colonialist sermon.

Keywords: constitution, interculturality, colonial, hegemonic.

Resumo

Pretende -se apresentar que o constitucionalismo pós -guerra e norte europeu não tenha sido o único referente no processo de construção constitucional na América Latina, por isso foi tentado resgatar a cultura jurídica latino -americana e a contribuição dos diferentes diferentes sociais Grupos e culturais do momento, que tem sido um trabalho legal, social e acadêmico que foi fortalecido todos os dias através de várias contribuições semeadas em espaços acadêmicos e legais, que gerou tais contribuições, multiculturalismo, a construção do conceito

de nação e interculturalidade , seja mais perceptível no mundo jurídico acima do sermão colonialista.

Palavras -chave: constituição, interculturalidade, colonial, hegemônica.

METODOLOGÍA

La presente investigación cualitativa se realiza dentro del siguiente marco metodológico:

Paradigma

Para el desarrollo de esta investigación se ha recurrido al Paradigma Naturalista, el cual, en palabras de Esperanza Agreda Monetenegro (2004, p. 30), se refiere a que el mundo social debe ser estudiado en su estado natural, ya que las acciones humanas están basadas e incorporadas por significados sociales; por ejemplo: intenciones, motivos, actitudes y esencias, entre otros. Así las cosas, es importante mencionar que este paradigma se fundamenta en un enfoque histórico hermenéutico.

Enfoque

El enfoque para focalizar esta investigación corresponde al histórico-hermenéutico, el cual se refiere a la búsqueda de la comprensión, el sentido y la significación de la acción humana, en un contexto de las ciencias del espíritu. Para ello, se fundamenta en la descripción detallada de las cualidades de los fenómenos. Existen diversas causas por las cuales se opta por la investigación cualitativa, la principal y más importante es que brota de fenómenos cotidianos o experiencias personales que despiertan la curiosidad de un investigador (Agreda, 2004, p. 32).

Método analítico

Técnicas e instrumentos de investigación

Se acudió a diversas técnicas de recolección de información, entre ellas la revisión y el análisis documental, el trabajo de archivo y la revisión normativa.

INTRODUCCIÓN

Durante la época colonial, la práctica judicial local en el llamado Nuevo Mundo estuvo fundamentada en las leyes indias, entendidas como aquellas normas que fueron dictadas por los colonizadores españoles (Mahecha

y Mazuera, 2017), como también por otras normas que para el momento eran válidas y estaban permeadas de pluralismo cultural, entre ellas las capitulaciones y el derecho internacional del medioevo castellano (Botero, 2012), las que luego empezaron a chocar con la concepción jurídica de los jueces y asesores letrados quienes tomaban la constitución como norma superior en varios países de Latinoamérica.

Anteriormente a la imposición de la constitución como norma superior, era la costumbre usar dichas normas, pues se asumían como una norma jurídica suprema que no solo se fundamentaba en las normas que la aprobaban, sino también en los presupuestos socioculturales que le permitieron mantenerse como válida por su eficacia, ello según el criterio de los nuevos actores, lo cual contrariaba el proceder que se fue estableciendo bajo el discurso hegemónico de los jueces del momento, quienes argumentaban que la costumbre no tenía validez, generando con ello una divergencia entre la constitución positiva y la real (Rubio, 2021), toda vez que en países como, por ejemplo, en su momento, Colombia, la costumbre ya no estaba vigente y toda práctica debía ser estudiada únicamente bajo las normas constitucionales; el no hacerlo representaría una violación directa de la constitución y merecía sanción, anulando con ello los aportes fundamentados en las relaciones de los diferentes grupos culturales del momento.

LA INTERCULTURALIDAD EN AMÉRICA LATINA

En América Latina la interculturalidad se entiende como el intercambio de la relación y comunicación entre grupos con diferencias culturales y sociales (Walsh, 2005); es un proceso que ha tenido gran inferencia en diferentes áreas como la educación, la filosofía y el ámbito social, y a pesar de que se ha ido extendiendo poco a poco e influido a través de nuestra historia latinoamericana, ha pasado a ser objeto de interés y estudio desde diferentes ópticas, entre ellas la jurídica, política y epistemológica, estudios que han evidenciado que los acontecimientos coloniales desplazaron algunos aportes y producciones intelectuales de las diferentes culturas y etnias que han participado en la construcción histórica de los países de Latinoamérica.

En un inicio, las culturas jurídicas europeas y del norte buscaban legitimarse en los procesos adelantados desde la tradición local de los pueblos latinoamericanos, recibiendo a cambio subordinación ante las culturas jurídicas del norte y de Europa, con lo que se prolongaron los roles de colonizados (Bocanument, 1998), generando con ello la invisibilización del campo

del conocimiento asistido por los pueblos ancestrales, la multiculturalidad y la interculturalidad entre aquellos, lo cual se ha querido combatir.

Cabe referir, que tal como lo expone Rehaag (2006), la multiculturalidad y la interculturalidad son conceptos diferentes que se conciben de la siguiente manera:

“Multiculturalidad es la coexistencia de diferentes culturas en una sociedad, sea de forma pacífica o en conflicto, sea en una convivencia paralela o integrada” (Schulte, 1990, p. 5). Mientras el concepto de la multiculturalidad describe la vida paralela de diferentes culturas, el concepto de interculturalidad se refiere al encuentro entre culturas. Interculturalidad significa la interacción entre diferentes culturas. En este sentido, el concepto de la interculturalidad parte de la base de que todas las culturas son igual de válidas, y en un proceso de entendimiento mutuo se realiza un acercamiento al “otro” o “extraño”, que al mismo tiempo implica un enfrentamiento con la propia cultura. La interculturalidad se manifiesta en un movimiento que traspasa fronteras, nunca se queda quieta, esquivo al control, porque está cambiando todo el tiempo la perspectiva y así observa al observador (p. 4).

Según Walsh (2000), la palabra “interculturalidad”, hizo parte del léxico latinoamericano a principios de los años ochenta, pero este término no fue integrado, en un principio, por las comunidades indígenas, sino por grupos blanco-mestizos, y se fue haciendo más fuerte dadas las movilizaciones lideradas por los grupos indígenas de los años noventa.

El término interculturalidad se ha ido integrando en diferentes escenarios como el jurídico, el lingüístico, el de salud, entre otros; incluso en discursos como el indígena ecuatoriano que expone lo siguiente:

Armonizar o tender un puente comunicacional con la cultura mestiza, es decir, a diferencia del pensamiento fundacional que solo planteaba acceder a otras culturas para reforzar la propia, aquí se mantiene la tesis anterior, pero se la amplía a la idea de construir una relación de comunicación con las otras sociedades, como esfuerzo de una y otra parte; o la necesidad de la vigencia simultánea de una pluralidad de visiones dentro de un Estado Unitario (Villanueva, 2015, p. 292).

En la actualidad se ha contemplado la interculturalidad desde un aspecto básico como una simple relación de culturas sin preguntarse si esto ha permeado nuestra geografía robada, una economía saqueada, una his-

toria falsificada y la usurpación cotidiana de tercer mundo (Lander, 2000), situaciones que no se han revisado con frecuencia toda vez que siempre se ha pretendido manejar una concepción única del mundo, en donde se ha considerado que el orden político, social y económico que ha perdurado durante tantas épocas ha sido correcto, sin que se sepa el fundamento para este fenómeno e incluso sin que se escuche y se tengan en cuenta las múltiples manifestaciones y distintas culturas que hacen parte de los territorios en un contexto de multiculturalismo, cuyo respeto y convivencia se pretende por medio del interculturalismo.

En relación con la multiculturalidad, según cita Ruiz a Santori, se ha contemplado al multiculturalismo de dos maneras: la primera, como un hecho o expresión de existencia de la variedad de culturas, y la segunda, como un valor que tiene inmerso el reconocimiento de varias culturas. Dicho reconocimiento exige, al igual que en el pluralismo, que todas las culturas merezcan el mismo respeto, ya que en el multiculturalismo todas poseen igual valor. Es precisamente con este último argumento que el autor italiano critica al multiculturalismo; atribuir a todas las culturas “igual valor” equivale a adoptar un relativismo absoluto que destruye la noción misma de valor (Ruiz, 2001, p. 7).

Ese reconocimiento cultural antes referido no fue fuerte o claro en los códigos políticos iniciales (según la terminología weberiana) o en las constituciones de la primera república en Colombia, ya que aunque la Carta Magna sí contenía elementos y actos de autonomía de los pueblos, existía la percepción de que su integración chocaba con las nuevas producciones, y por ello era contemplada como una latente amenaza de lo nuevo y lo antiguo, dado que se sentía una nueva dominación legal que se superpondría sobre la tradicional (Loaiza, 2012).

Cabe traer a colación el caso descrito por el doctor Andrés Bernal en el texto “La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea” (2012), caso en el cual el señor Cruz (en el año 1833) protestó ante la justicia letrada, pues recibió un castigo por parte del alcalde, habiendo sido puesto en el cepo de la casa del alcalde y privado de la libertad en su casa por más de veinticuatro horas, por ello denunció habersele violado su derecho a la libertad personal dado el ejercicio de un procedimiento contrario al detener a una persona, contenido ya en el código sagrado de la Nueva Granada, toda vez que se argumentó que el señor Cruz fue aprehendido por una persona no competente y arrestado sin que se le informasen los motivos de su detención

por escrito durante las primeras doce horas, de lo cual se añadió que la casa del alcalde no era una cárcel constitucional ni el cepo una sanción reconocida, como tampoco la forma en que se lo privó de la libertad.

Ante los hechos descritos, y ante el juez de hacienda, el alcalde argumentó que el detenido lo estuvo por veinticuatro horas por no obedecer a la autoridad local en reiteradas oportunidades, ello con fundamento en la costumbre local, por el hecho de que en la zona no sabían leer ni escribir y no tenía a quién preguntarle sobre leyes. Así pues, el juez citó la costumbre en la práctica judicial local, la cual estaba fundamentada en las leyes indias y demás leyes para el momento válidas.

Se observa que se interpretaron tanto las referidas leyes como también las normas vigentes relativas a las potestades de policía de las autoridades locales, pero favoreciendo con lo anterior más a la constitución que a la costumbre.

Es innegable que la generación de conocimiento ha tenido una relación importante en la construcción del sistema que hasta la fecha ha tenido un tinte colonial, marcado por un establecimiento de jerarquías impuestas como auténticas y apropiadas, ya que así lo apreciaban los grandes juristas, historiadores, filósofos y representantes de los grupos políticos de la época colonial, quienes se encargaban de reproducir el conocimiento fundamentados en discursos hegemónicos.

Lo anterior se puede ejemplificar con lo manifestado por el filósofo Immanuel Kant en los siglos XVIII y XIX, quien expresó que la única raza capaz del progreso en los ámbitos educacionales de las artes y ciencias era la “blanca” europea (Mignolo, 2001). Al establecer un cuadro jerárquico del color de la piel, de superior a inferior, y al localizar a los “rojos” (indígenas) y “negros” en los peldaños más bajos, se le otorgó al conocimiento un lugar y un color, tema sobre el cual Hegel y Hume realizaron su aporte.

En pro del respeto de la multiculturalidad de los pueblos y en contravía de discursos como el referido en el párrafo anterior, se han propuesto diversos análisis, de los cuales cabe referir al autor peruano Aníbal Quijano, quien en su obra titulada *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina* (2014) expuso que los patrones establecidos en la colonia aún perduran, dada la distribución y el papel que ostentan ciertos grupos sociales y raciales en nuestro continente, los cuales se han encargado de eliminar las identidades de los pueblos originarios al proyectarlas negativamente, con una subordinación racial, epistémica y colonial, permitiendo que el eurocentrismo se posicionara como fuente indiscutible de conocimiento y, hasta la actualidad, como un patrón de poder mundial hegemónico.

Así pues, se observa que la integración de los conocimientos e historias heterogéneas europeas y, posteriormente, las norteamericanas, significó para Latinoamérica una nueva configuración cultural e intelectual en torno de la hegemonía de control occidental, lo que se ha visto materializado en la producción del conocimiento; para citar alguno, se contempla que las constituciones deberían contener aquellos elementos propuestos por autores europeos y norteamericanos sin que se integraran las propuestas latinoamericanas, incluso, se hace alusión a que las constituciones anteriores y las contemporáneas se conciban en los siguientes términos:

- a. Las constituciones decimonónicas y de principios de siglo xx contenían programas políticos (siendo entonces, fuente política y no jurídica de la ley), mientras que las contemporáneas son normas jurídicas (siendo fuentes del derecho en sentido estricto).
- b. Las constituciones decimonónicas y de principio de siglo xx no establecían sistemas de defensa judicial, mientras que las contemporáneas sí.
- c. Las constituciones decimonónicas y de principio de siglo xx no establecían sistemas de defensa judicial, mientras que las contemporáneas sí.
- d. La justicia constitucional contemporánea se debe al constitucionalismo europeo de posguerra que, a su vez, se cimentó en dos grandes pilares: Kelsen y sus tribunales constitucionales, por un lado, y la tradición estadounidense que se inicia con el famoso caso de Madison vs. Marbury, por el otro (Botero, 2012, p. 326).

Dicha caracterización ha generado sospecha sobre los discursos hegemónicos impuestos, siendo aspectos relevantes de análisis la supuesta inexistencia de la defensa jurídica de la constitución en el siglo xix e inicios del siglo xx, la cual, en diversos estudios, ha sido profundizada en defensa y amparo de los crecientes movimientos sociales encaminados a desestructurarla (Werthebach, 2004).

Aunado a lo anterior, arribaron obras a España y Latinoamérica sobre el control judicial de la constitución con posible influencia de Kelsen, contenido que fue reproducido y discutido dejando de lado las producciones de otros autores, en especial lo aportado por las diferentes culturas latinoamericanas.

Refiriendo la obra de Kelsen, cabe rescatar su aporte como organicista, pero aclarando que dicho autor no fue el único que realizó contribuciones sobre el tema, ya que también en el siglo xx se presentaron textos como el

caso de la constitución republicana portuguesa anterior a Weimar; en Montevideo, la obra titulada *Sobre la inaplicabilidad de leyes inconstitucionales* de Jiménez de Aréchaga y los aportes del mexicano Rodolfo Reyes sobre derecho procesal constitucional; en Colombia, la obra de Rodríguez en 1927 sobre la acción pública de inexequibilidad; en España, en 1932, Pérez Serrano con su obra *La constitución española editada*, entre otros aportes.

Es innegable que no es común encontrar estudios referentes al constitucionalismo latinoamericano, ya que es más fácil acceder a estudios relativos al constitucionalismo europeo sobre el cual existe abundante bibliografía, lo cual favorece que se refuercen y se hagan más visibles las teorías de Occidente, como, por ejemplo, en el tema de defensa constitucional, la información reproducida es aquella con la cual se afirma que los procesos de defensa judicial de la constitución parten de 1803 con la sentencia del juez Marshall, considerada como la sentencia símbolo según el proceso judicial Review (Sosa, 2015), sin que se hagan evidentes otros aportes realizados al derecho constitucional.

Con fundamento en lo anterior, y realizando un acercamiento en cuanto a los aportes latinoamericanos, por mencionar uno de ellos, se tomará la acción de amparo comprendido como un medio de control de la constitucionalidad, el cual tuvo sus orígenes en México mediante la Constitución de Yucatán en 1841 (Fernández, 2011), siendo un maravilloso aporte al derecho constitucional en relación con el control judicial contemporáneo.

Durante los siglos XIX y XX se puede traer a colación el caso del juez de amparo mexicano contemplado también en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, en cuanto a la aplicación de los derechos constitucionales como el de la supremacía constitucional (p. 331), ello previo a que en el año de 1840 el Estado de Yucatán propuso, de manera independiente, dicho texto, al estar aislado del resto de la República dados los conflictos de poder y políticos constantes y deseando su separación de la Federación (Castro, 2006, p. 331).

Otro ejemplo es la Constitución de Venezuela de 1858, en relación con la acción popular de inconstitucionalidad de los actos de legislaturas provinciales, en Colombia la acción pública de inconstitucionalidad contenida en la reforma constitucional de 1910 mediante la cual se le otorgó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de excluir del ordenamiento jurídico leyes que vayan en contra de la constitución, entre otros casos.

Se podría concebir que las rupturas epistemológicas externas colonialistas generaron la percepción de que la historia latinoamericana ha

corrido la misma suerte que la europea, causando que los estudios europeos propuestos, por ejemplo, sobre las constituciones decimonónicas, sean discutidos en un contexto erróneo, perjudicando con sus aportes al pasado judicial de los países latinoamericanos.

En alguna medida, el discurso jurídico hegemónico ha traído consigo la adopción de una cultura jurídica, vista como una mezcla de algunos elementos locales sumados a otros aportes y elementos jurídicos extranjeros que fueron tomados como propios por los latinos, siendo aquella dualidad algo ficticia toda vez que son lógicas jurídicas diferentes, prácticas jurídicas disímiles con historias de colonialismo distintas que difícilmente logran converger y por ello se le ha apostado a los procesos de reconstrucción histórica.

A nivel mundial, se ha permitido integrar una perspectiva histórica con la que puedan identificarse por medio de procesos de reconstrucción más sinceros e inclusivos, los cuales han surgido por la necesidad de algunas sociedades de retomar e identificarse con las ideologías propias de cada gremio, ya que, en gran medida, algunos grupos sociales se proyectan sin ideologías auténticas y rechazan un modelo civilizatorio único, universal, dotado de unas políticas que no han logrado dar alternativas a las necesidades de vida.

Ello se ha ido aclarando gracias a los aportes sociales globales como, por citar algunos, los debates latinoamericanos, los estudios poscoloniales, el Informe Gulbenkian, coordinado por Immanuel Wallerstein, el afrocentrismo de Asante, los estudios sobre la crítica al orientalismo de Edward Said (1979), el discurso colonial y la teoría poscolonial de Spivak, Williams y Chrisman (Vega, 2000), los estudios subalternos y el posoccidentalismo, entre otros.

Para lograr un equilibrio es importante contemplar un proceso de descolonialidad, tenida en cuenta como el pensamiento que se desprende de la racionalidad moderna y, por otro lado, tal y como lo expone el giro-descolonial, considerado como la apertura y la libertad del pensamiento y de los estilos de vida (economías, teorías, políticas, etc.) como la limpieza de la colonialidad del ser y del saber, como desprendimiento de la retórica moderna y su imaginario imperial articulada en la retórica de la democracia, la que se encuentra en un constante diálogo de la razón imperial (Mignolio, 2005).

En 2006, el autor Silverio Chizanguano expone, en el análisis de estadísticas sociodemográficas del Ecuador, que a partir de los años noventa las manifestaciones políticas de resistencia y fuerza en temas étnicos des-

bordaron la capacidad del Estado; por ello, se contempló la importancia de avanzar en temas como la interculturalidad, dada la necesidad de buscar el desarrollo de los pueblos mediante su participación directa en la toma de decisiones, dirigida a confrontar aquellos diseños coloniales impuestos en los conocimientos de los pueblos originarios (Walsh, 2005).

Cabe poner de presente que la lucha por la interculturalización, como también el reconocimiento del multiculturalismo en las constituciones en Latinoamérica, no se quedó en aquellos procesos y gestas sociales de los inicios de la construcción constitucional, ya que la necesidad de los pueblos originarios de que termine la historia de despojo, represión, marginalidad, negación y subordinación de los pueblos ancestrales ha sido constante e incluso es una lucha que se mantiene en la actualidad.

Un ejemplo de lo anterior, tal cual lo refiere Sandel (2011), es la Constitución de Ecuador, la cual se ha calificado por las comunidades y pueblos indígenas, en aras de la consagración de su justicia propia, como una constitución justa y reivindicadora.

En la referida constitución ecuatoriana del año 2008, en el título primero, fue reconocida e integrada la multiculturalidad, la plurinacionalidad y la interculturalidad del país (López y Tapia, 2022), así como también fueron integrados los derechos del buen vivir, el desarrollo holístico de las personas, promovido por el intercambio y el diálogo intercultural, sin ningún tipo de discriminación por etnia o género, representando con ello una constitución que ha respondido a los reclamos sociales e incluso globales de las últimas décadas (Perette, 2011, p. 12).

Vemos como en Colombia, a partir del año 1991, se consagró en el artículo 246 de la constitución el reconocimiento pluralista de su sociedad y diversidad en los siguientes términos: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (Constitución Política de Colombia, 1991).

En Argentina, apenas en 1994 se dio la reforma constitucional por medio del artículo 75 en el inciso 17 de la Constitución Nacional, en el cual se contempla que: “Se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. La garantía al respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, entre otras garantías”.

En Bolivia, en el año 2014, el Tribunal Constitucional Plurinacional refirió que la interculturalidad es una característica de su modelo de Estado;

dicho pronunciamiento lo planteó al resolver una demanda de inconstitucionalidad tras considerar que algunos artículos del código penal vulneraba, entre otros, el derecho de las mujeres a no ser discriminadas, en función de los principios y valores establecidos en la constitución, resaltando la existencia de variedad de concepciones, las cuales deben partir de igualdad de dignidad y ser consideradas “en su verdadera dimensión, es decir, conforme a las fuentes de donde emergen las mismas” (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014).

Este proceso de integración, respeto y visibilización social, humano y cultural a nivel constitucional y sus derivados, naturalmente sigue en proceso de constante retroalimentación, transformación y construcción a nivel mundial, y Latinoamérica no es la excepción, un ejemplo de ello es el caso de Perú, país que estableció en su constitución la coordinación entre la ley indígena y la ordinaria por medio de ley adicional, pero dicha ley aún no ha sido dictada por el Congreso. (Villanueva, 2015), aunque es valioso encontrar constituciones que contemplen la posibilidad de que se respalde la multiculturalidad y la interculturalidad del país.

La historia del constitucionalismo y la integración de este en la sociedad ha demandado un importante proceso de revisión y evolución teórica, un estudio de historia, filosofía y derecho, y ha traído consigo el intercambio global de conocimiento entre las diferentes culturas, la identificación de las necesidades sociales y la creación de principios mínimos de convivencia que día a día se han ido moldeando bajo diferentes lecturas interpretativas, fundamentadas en la diversidad cultural de los pueblos del mundo, abriendo paso a la multiculturalidad desde ese respeto a la coexistencia de las diversas culturas como también a la interculturalidad, dada la inevitable interacción entre las mismas.

De lo anterior nace la reflexión sobre la necesidad de que se abandone la cultura de omitir otros discursos jurídicos constitucionalistas diferentes a los norteamericanos y europeos, dejando de considerarlos como verdaderos y únicos, toda vez que esa concepción ha generado que se pierdan tradiciones jurídicas y traigan consigo la pérdida de la memoria relativa a la interpretación constitucional latinoamericana, anulando con ello la multiculturalidad y también la interculturalidad en cada sociedad y momento histórico.

CONCLUSIONES

Es importante adentrarse en el tema de la discusión de la interculturalidad en la producción académica y jurídica, ya que los pueblos han sido elementos inmersos en la construcción de las constituciones del mundo y ello merece una especial atención, pues este tipo de análisis permite intervenir desde la revaloración y aplicación de los saberes ancestrales, toda vez que las cosmovisiones en cuanto a los diversos escenarios jurídicos son muy amplias y nutridas y por ello es importante lograrlas identificar en torno a las cartas magnas iniciales, que se ha mencionado han sido elementos que no se han socializado como se debería, quizá, dado el discurso hegemónico, lo cual se ha contrariado dado el estudio y esfuerzo de investigadores y académicos que han logrado hacer visibles dichos aportes.

Se observa la necesidad de construir naciones plurales en donde la diversidad cultural merezca atención y reconocimiento jurídico sin impedimentos, en aras del cumplimiento de una de las metas principales del desarrollo de todos los países, partiendo del respeto de las identidades, la democracia y la materialización de las mismas por medio de acciones claras y contundentes.

Entre los académicos ha surgido la necesidad de analizar no solo la historia constitucional impuesta, sino también la historia constitucional tradicional, que tuvo su cuna en un contexto de independencia de los pueblos, que no ha sido edificada únicamente por Europa y Estados Unidos.

Si bien se reconoce la importancia de los aportes europeos al constitucionalismo y el avance jurisprudencial dado por Estados Unidos en diferentes temas como el relativo al ejercicio interpretativo de la constitución sobre el limitante de la actividad estatal, no se puede negar también la importancia de las constituciones antiguas en las cuales se integraron elementos étnico culturales que, al parecer, según lo refieren algunos autores, han sido elementos que se han ido desplazando, dado un proceso de colonialismo cultural que se ha encaminado a homogeneizar su pasado y volver imperceptibles los aportes culturales de los antiguos grupos poblacionales en la construcción constitucional, especialmente en Latinoamérica, lo cual ha generado, desde hace décadas, inconformidad e inestabilidad social.

Un punto clave para lograr la transformación social es mostrar las construcciones políticas, sociales e intelectuales que han sido ocultadas o subordinadas, y manifestar el reconocimiento de la identidad cultural que ha permeado la construcción constitucional de diferentes países, no solo de La-

tinoamérica, sino del mundo, por medio de la garantía de desarrollo de políticas públicas, la intervención social, las reparaciones y los reconocimientos de derechos, encaminados a fortalecer esa igualdad y el mismo respeto hacia todos los grupos culturales desde la tolerancia que propugna la interculturalidad, tal cual reza en los textos constitucionales.

Es latente el esfuerzo de muchos juristas de integrar la multiculturalidad y la interculturalidad de los pueblos en las constituciones, desde siempre y hasta la actualidad, ya que se han presentado diferentes obstáculos epistemológicos, políticos y económicos, en especial en la protección de los derechos contenidos en dichas constituciones, pues los Estados no han logrado, de manera efectiva, garantizar la protección de los derechos constitucionales, humanos, económicos, sociales, ambientales y culturales de los miembros pertenecientes a las diversas culturas de los diferentes países de Latinoamérica.

REFERENCIAS

Agreda, E. (2004). *Guía de investigación cualitativa interpretativa*. Institución Universitaria Centro de Estudios Superiores María Goretti.

Aguilo, J. (2009). *Sobre derecho y agravación*. Universitat Pompeu Fabra. file:///C:/Users/Docentes/Downloads/document.pdf

Botero, A. (2012). La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea. En *Historia del derecho público*. Universidad Externado de Colombia.

Bocanument, M. (1998). Alternativas al eurocentrismo y colonialismo en el pensamiento social latinoamericano contemporáneo [Simposio, Congreso Mundial de Sociología. Unidad Regional de Ciencias Sociales y Humanas para América Latina y el Caribe de la UNESCO]. Montreal.

Castro, J. (2006). *Garantías y amparo* (14.^a ed.). Porrúa.

República Argentina (1994). Constitución Nacional de Argentina. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>.

República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>.

Chizanguano, S. (2006). La población indígena del Ecuador. Análisis de estadísticas sociodemográficas del Ecuador. Instituto nacional de estadísticas y censos. Ecuador <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/7015.pdf>.

Fernández, V. y Samaniego, N. (2011). El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México. *Revista IUS*, 5(27). <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222188009.pdf>.

Perette, C. (2011). La constitución multicultural, el Estado de derecho y la flexibilización de las formas jurídicas. Breve reseña de la justicia indígena del pueblo chibuleo en Ecuador. *Derecho y Ciencias Sociales*, (5), 3-29.

Quijano, A. (2014). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. Clacso.

Lander, E. (2000). *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Clacso.

López, S. Tapia, S. (2022). *Colonialidades legales: la constitucionalización de la justicia indígena y la continuidad del discurso judicial hegemónico en Ecuador*. Universidad Externado de Colombia.

Loaiza, G. (2012). Las primeras constituciones de Colombia 1811-1821. *Historia y Espacio*, 8(39), 142-159.

Mahecha, S. y Mazuera, P. (2017). Las leyes de los reinos de las indias. *Revista Diálogos de Saberes*, (47), 35-53.

Mignolo, W. (2001). *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*. Ediciones Signo.

Mignolo, W. (2005) El pensamiento des-colonial, desprendimiento y apertura de un manifiesto. Sin datos.

Rehaag, I. (2006). Reflexiones acerca de la interculturalidad. CPU-e, *Revista de Investigación Educativa*. :<http://www.uv.mx/cpue/num2/critical/RehaagReflexionesInterculturalidad.htm#>.

Rubio, N. (2021). *Sobre hojas y factores: análisis histórico-político del proyecto liberal decimonónico*. Universidad Nacional de Colombia.

Ruiz, C. (2001). Multiculturalismo y constitución. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (36-37), 5-22

Said, E. (199). *Orientalismo*. Editorial al Quibla.

Sandel, M. (2011). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Debate.

Sosa, J. (2015). El caso Marbury versus Madison (1803). <https://www.enfoquederecho.com/2015/11/06/el-caso-marbury-vs-madison-1803/>

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2014). Sentencia constitucional plurinacional 0206, de 5 de febrero. Párrafo iii.4 y iii.7. <http://derechoyreligion.uc.cl/en/docman/documentacion/internacional/jurisprudencia-1/637-sentencia-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-plurinacional-de-bolivia-que-rechaza-la-despenalizacion-del-aborto/file>.

Walsh, C. (2000). Políticas y significados conflictivos. *Nueva Sociedad*, (165), 121-133.

Walsh, C. (2005). Interculturalidad, conocimientos y decolonialidad. *Signo y Pensamiento*, 24(46), 39-50.

Walsh, C. (2012). Interculturalidad y (de)colonidad: perspectivas críticas y políticas. Sin datos.

Vega, M. (2000). *Ciclos de conferencias. Historia del presente*. Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga.

Villanueva, R. (2015). La interpretación intercultural en el Estado constitucional. *Revista Derecho del Estado*, (34). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4210/4764>.

Werthebach, E. (2004). *Deutsche Sicherheitsstrukturen im 21. Jahrhundert*. Aus Politik und Zeitgeschichte.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD
ALIMENTARIA PARA LA PRIMERA INFANCIA,
UNA MIRADA DESDE LA EFICACIA

PUBLIC POLICIES ON FOOD SECURITY FOR EARLY
CHILDHOOD, A VIEW FROM THE EFFECTIVENESS

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA ALIMENTAR PARA A
PRIMEIRA INFÂNCIA, UM OLHAR A PARTIR DA EFETIVIDADE

MARÍA TERESA CARREÑO BUSTAMANTE*

LUZ ELIANA GALLEGU HENAO**

DIANA ALEXANDRA MORENO AMAYA***

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a3

-
- * Abogada. Doctora en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Universidad de Manizales; doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; posdoctora en Ciencias Sociales, Universidad de Manizales; docente titular Universidad de Manizales adscrita al grupo Derecho y Sociedad. Investigadora Asociada reconocida en Minciencias. Investigadora Observatorio Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe. ORCID: 0000-0001-9041-0502; Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=xehDCswAAAAJ&hl=es>; correo electrónico: cis@umanizales.edu.co
- ** Abogada, magíster en Derecho; docente Universidad de Manizales adscrita al grupo Derecho y Sociedad. Investigadora Junior reconocida en Minciencias. ORCID: 0000-0002-4144-1748; Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=aSS2dpQAAAAJ&hl=es>; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001630249; correo electrónico: eligallego.18.06@hotmail.com
- *** Abogada, docente investigadora Universidad de Manizales adscrita al grupo Derecho y Sociedad. ORCID: 0000-0002-9761-1734; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000075692; correo electrónico: dmoreno@umanizales.edu.co

Resumen

La investigación tiene como objeto comprender la eficacia de las políticas públicas relacionadas con la seguridad alimentaria para la primera infancia, destacando el estudio de las referencias teóricas, bibliográficas, normativas y otras fuentes estadísticas para la interpretación de este fenómeno social. El diseño metodológico es cualitativo, con un enfoque histórico-hermenéutico para analizar y establecer la aplicabilidad de las políticas públicas que se tienen en el campo de la seguridad alimentaria, pero incluye algunos insumos de los estudios cuantitativos que favorecen la interpretación de los beneficios de alimentación otorgados a los niños y las niñas por parte del Estado colombiano en la ciudad de Manizales. En conclusión, se observa que el concepto de seguridad alimentaria en la primera infancia requiere un reforzamiento en clave de su intersección como derecho humano-fundamental y la creación de políticas públicas acordes con la condición de sujetos de especial protección, aspecto que permitiría acrecentar su eficacia.

Palabras clave: Tesauro Unesco, seguridad alimentaria, política pública, elaboración de políticas, primera infancia, eficacia de las políticas públicas.

Abstract

The research aims to understand the effectiveness of public policies related to food security for early childhood, highlighting the study of theoretical, bibliographical, normative references and other statistical sources for the interpretation of this social phenomenon. The methodological design is qualitative with a historical-hermeneutical approach to analyze and establish the applicability of public policies in the field of food security, but it includes some inputs from quantitative studies that favor the interpretation of the food benefits granted to children by the Colombian state in the city of Manizales. In conclusion, it is observed that the concept of food security in early childhood requires a key reinforcement of its intersection as a fundamental human right and the creation of public policies in accordance with the condition of subjects of special protection, an aspect that would allow increasing its effectiveness.

Keywords: Unesco Thesaurus, food security, public policy, policy making, early childhood.

Resumo

A pesquisa visa compreender a efetividade das políticas públicas relacionadas à segurança alimentar na primeira infância, destacando o estudo de referenciais teóricos, bibliográficos, normativos e outras fontes estatísticas para a interpretação desse fenômeno social. O desenho metodológico é qualitativo com abordagem histórico-hermenêutica para analisar e estabelecer a aplicabilidade das políticas públicas no campo da segurança alimentar, mas inclui alguns insumos de estudos quantitativos que favorecem a interpretação dos benefícios alimentares concedidos às crianças pelo colombiano. Estado na cidade de Manizales. Em conclusão, observa-se que o conceito de segurança alimentar na primeira infância requer um reforço fundamental de sua interseção como direito humano fundamental e a criação de políticas públicas de acordo com a condição de sujeitos de proteção especial, aspecto que permitiria aumentar sua eficácia.

Palavras-chave: Tesouro da Unesco, segurança alimentar, políticas públicas, desenvolvimento de políticas, primeira infância, efetividade de políticas públicas.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la definición suministrada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) (definición establecida en el año 1995), la seguridad alimentaria es el conjunto de condiciones que permiten que los seres humanos, desde lo físico, lo económico y social, puedan acceder a alimentos nutritivos e inocuos que favorezcan su desarrollo y sostenibilidad. En el Tesauro de la Unesco este concepto hace referencia al acceso por parte de todos y en todo momento a la comida en cantidad suficiente para llevar una vida activa y sana (Unesco, 1977). Paralela a esta connotación se encuentra el término de inseguridad alimentaria, que establece la imposibilidad que tienen las personas de contar con una alimentación adecuada de acuerdo con sus niveles de vida y los mínimos de suministro alimentario que necesitan para sobrevivir con dignidad. Para Urquía-Fernández (2014), según el informe de la FAO en el año 2013, más de 840 millones de personas no cuentan con la energía alimentaria mínima requerida para llevar un estilo de vida aceptable.

Esta definición ha venido tomando fuerza dados los retos y las problematizaciones que enfrenta el sistema alimentario a nivel mundial, y que pone en tensión aspectos de carácter económico, político y social para menear situaciones relacionadas con el hambre, la violencia y el despojo de derechos en cabeza de los ciudadanos que tocan directamente con el concepto de mínimo vital, y, en concreto, la necesidad de fortalecer políticas públicas direccionadas a la atención de los niños, niñas y adolescentes para garantizar los alimentos que requieren desde los estadios de crecimiento, sano desarrollo y adecuada nutrición. Por esta razón, el dilema de la seguridad alimentaria no se limita al análisis de los sistemas de producción que proveen la comida en los diferentes países del mundo, sino que envuelve una problemática de tipo sociológico más compleja, relacionada con la demanda de derechos de tipo fundamental y humano, aspecto que enmarca la idea de igualdad, justicia y dignidad como cimientos de esta perspectiva.

El tema de la seguridad alimentaria, tal como se plantea en nuestros días, proporciona un terreno común donde pueden converger ambas perspectivas, pues este es un tema indisolublemente unido al moderno sistema de producción de alimentos y en conexión directa con una ciudadanía que reclama garantías en el consumo (Díaz y Gómez, 2005, p. 11).

El reto que envuelve la problemática de inseguridad alimentaria hacia los niños y niñas requiere un esfuerzo importante por parte de los Estados a fin de comprender, en primer lugar, el desafío antropológico que genera la insatisfacción de los mínimos alimentarios que se deben proveer a esta población para garantizar su desarrollo y, por otro lado, las acciones gubernamentales que se deben desplegar para facilitar la supervivencia de las futuras generaciones en clave de acceso a los derechos y materialización de su mínimo vital. Para Friedrich (2014), “como estrategia para enfrentar los desafíos de la seguridad alimentaria, los países deberían tratar de producir los alimentos básicos necesarios en su propio territorio, para reducir la dependencia de importaciones y la volatilidad de los mercados” (p. 321).

Sin embargo, es importante considerar que la responsabilidad de pensar en un futuro sostenible para la primera infancia no es un asunto que concierne únicamente a los Estados o las organizaciones de derecho internacional. A nivel personal y familiar, se requiere forjar un sentido de protección de los recursos naturales, adopción de hábitos alimentarios para la población infantil y una labor exigente en cabeza de las instituciones educativas que prioricen en sus contenidos pedagógicos las estrategias de seguridad alimentaria requeridas para afrontar y combatir esta problemática. Se trata de una labor compleja que involucra diferentes fuentes de protección y abordaje para favorecer, desde los primeros años, la comprensión sobre la importancia de la educación preventiva frente al consumo de alimentos y la detección temprana de factores de riesgo en niños y niñas.

El desarrollo de la conducta alimentaria es un proceso complejo en el que participan componentes fisiológicos de regulación de la ingesta alimentaria, del crecimiento y peso corporal; componentes psicológicos del niño, de los padres y de la familia y demás componentes culturales y sociales. Son frecuentes sus alteraciones en los primeros años de vida, las que se pueden traducir en un retraso del crecimiento, aversiones alimentarias y dificultades secundarias en la convivencia familiar. El manejo de estas alteraciones debiera estar basado principalmente en una educación preventiva en los primeros dos años de vida a la madre, en la modificación conductual del ambiente familia (Osorio, Weisstaub y Castillo, 2002, p. 284).

En suma, lo que se trata es de analizar las políticas públicas que se han desarrollado en materia de seguridad alimentaria para la primera infancia, y su grado de eficacia, asunto que toca directamente con aspectos de aplicabi-

lidad de las estrategias de afrontamiento social, gubernamental y económico adoptadas por el Estado colombiano para hacerle frente a esta problemática, pero también con la comprensión de las garantías básicas que requieren ser satisfechas en favor de los niños y niñas, teniendo en cuenta que desde lo histórico y lo normativo su condición de sujetos de especial protección ha impregnado la obligación de contar con intencionalidades reforzadas que, a través de acciones afirmativas, directas y con espíritu de concreción, les permitan a esta población contar con una vida digna, igualitaria y con vocación de justiciabilidad. Lo anterior, teniendo como premisa que los conflictos en materia de seguridad alimentaria afectan directamente aspectos que hacen parte de la agenda priorizada en materia de desarrollo social, como la educación, el logro de la paz, la disminución de los índices de violencia y de las cifras de mortalidad infantil.

Así, la inseguridad alimentaria y el hambre son tanto el resultado como la causa de la pobreza, la misma que entorpece el alcance de otros Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) como la enseñanza primaria universal o la reducción de la mortalidad en niños menores de cinco años (Gómez, 2015, p. 69).

Entonces, la consolidación de una idea sobre seguridad alimentaria a nivel mundial implica la asunción de tesis humanistas y garantistas que aborden el concepto desde la perspectiva de un derecho humano fundamental, lo que a su vez se traduce en la posibilidad de tomar acciones que desde lo material y no solo lo simbólico favorezcan el desarrollo y la sostenibilidad de la primera infancia, así como la colocación de este fenómeno priorizado en los planes de desarrollo y la formulación de políticas públicas, que en clave de lo ambiental, social, económico y jurídico permitan afrontar el flagelo del hambre y la desnutrición: lo anterior, especialmente en la población de niños y niñas, dado el impacto que una adecuada alimentación en estos estadios de vida genera en el adulto del futuro desde lo físico, psicológico, social y cultural. Ello, se itera, envuelve el deber de conjugar los factores de alimentación y educación, por considerarse ambos pilares para la consecución de este objetivo.

En el informe mundial sobre la alimentación escolar del 2003 se plantea que en los países más empobrecidos la inseguridad alimentaria está acompañada por una inestabilidad general a nivel económico,

social y político. El Programa Mundial de Alimentación (PMA) estima que la senda hacia la estabilidad comienza con dos ingredientes simples: la alimentación y la educación (Barrial y Barrial, 2011, p. 19).

Se busca interiorizar que la idea de sujetos de especial protección atribuida por el ordenamiento jurídico colombiano y las normas de carácter internacional que integran el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad no fundamentan un discurso filosófico y epistemológico desligado de la praxis, sino que, por el contrario, se convierte en el faro que ilumina en clave de eficacia material las apuestas del Gobierno, las instituciones sociales y la familia por disminuir las brechas de desigualdad, vulneración de derechos y escenarios de marginación, sobre todo en el contexto de la seguridad alimentaria, que implica *per se* la consideración de factores de impacto marcado en términos de desarrollo, sostenibilidad y sustentabilidad, dada la relación que existe entre este fenómeno y otras problemáticas como la mortalidad infantil, la pobreza, el hambre y la violencia.

METODOLOGÍA

La investigación es de tipo cualitativo con un enfoque histórico-hermenéutico e involucra diversas acciones para comprender la eficacia de las políticas públicas relacionadas con la seguridad alimentaria para la primera infancia, destacando el estudio de antecedentes políticos, sociales y normativos que en clave del desarrollo metodológico favorecen la hermenéutica de la información recolectada; este diseño no excluye la adopción del modelo cuantitativo, ya que, a través de datos relacionados con los beneficiarios de los programas y las estrategias desarrolladas con el propósito de garantizar el acceso a la alimentación y la mitigación de la inseguridad alimentaria, es posible transitar hacia el reconocimiento objetivo y subjetivo de la realidad que impacta este fenómeno social.

Las investigaciones científicas pueden ser realizadas a partir de metodologías cuantitativas o cualitativas. La primera consiste en el contraste de teorías ya existentes a partir de una serie de hipótesis surgidas de la misma, siendo necesario obtener unas muestras. Mientras que la metodología cualitativa consiste en la construcción o generación de una teoría a partir de una serie de proposiciones extraídas de un cuerpo teórico que servirá de punto de partida al investigador (Martínez, 2006, p. 268).

De esta manera, se destacan dentro de los objetivos específicos de la investigación el analizar y establecer la aplicabilidad de las políticas públicas sobre seguridad alimentaria que se han desarrollado para la primera infancia, para comprender su eficacia y generar acercamientos de tipo conceptual y teórico que aporten a la transformación social en el campo de la seguridad alimentaria, el desarrollo sostenible de la primera infancia y la puesta en marcha de estrategias que permitan a la población infantil acceder a una alimentación adecuada, inocua y nutritiva (Castell *et al.*, 2015, p. 270).

La metodología se planteó con el propósito de identificar acciones que favorezcan la creación de políticas públicas acordes al estado actual de la problemática de inseguridad alimentaria en la primera infancia y el grado de participación estatal y social que se requiere para la priorización del concepto desde el escenario de los derechos humanos fundamentales. Ambas investigaciones coinciden metodológicamente en propiciar un encuentro con las comunidades, de modo que se oriente a la construcción de un saber social que tenga uso pertinente para los ciudadanos involucrados.

RESULTADOS

Se efectuó un rastreo documental, bibliográfico y normativo de las políticas públicas que se han adoptado en el Estado colombiano, y a través del bloque de constitucionalidad, para afrontar la problemática de inseguridad alimentaria en la primera infancia. Mediante un modelo deductivo se interpretaron las acciones en el campo de la seguridad alimentaria, para llegar a la consolidación estadística de las estrategias lideradas por la Secretaría de Salud en la ciudad de Manizales (Caldas) para ofrecer cobertura alimentaria por medio de los diferentes programas gubernamentales dirigidos a la población vulnerable de este territorio. Esta información fue sistematizada para proponer las categorías del derecho a la seguridad alimentaria desde una concepción de derecho humano, fundamental, y la eficacia parcial de las políticas públicas en esta materia, dado que a pesar del porcentaje significativo de acceso a beneficios que otorga el Gobierno, los flagelos del hambre, la pobreza y la desnutrición siguen haciendo parte de los principales problemas en el país.

LA SEGURIDAD ALIMENTARIA COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL: PROTECCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA

El término seguridad alimentaria cuenta con una apropiación reciente en el contexto sociojurídico de los diferentes países, y se relaciona con la idea de brindarle a todas las personas, en sede de igualdad y justicia social, los insumos alimentarios mínimos que requieren para contar con una vida digna y procurar la sostenibilidad de la especie humana y de los recursos alimentarios que se necesitan para que así sea. Se trata pues de una noción que ha ido ganando fuerza a nivel global, dado el impacto que situaciones como la pobreza, el hambre, la violencia y la desnutrición generan en clave del desarrollo económico, social, político y ambiental de las naciones. Al respecto, Chaves, Cadavid y Torres (2012, p. 1004) señalan que la acepción “seguridad alimentaria” es de reciente creación debido a la obligación de los Estados de mitigar el hambre que pone en riesgo la salud y el desarrollo de las personas.

Si bien, el conflicto por la seguridad alimentaria involucra una idea de acción-protección en beneficio de toda la sociedad, cuando este asunto impacta la población infantil, y en especial a la primera infancia, se activa una alerta de mayor envergadura, en tanto son bastos los estudios que señalan que una alimentación insuficiente o deficiente en los primeros estadios de vida incide de forma directa en el desarrollo físico, psicológico, intelectual y mental de las futuras generaciones, asunto que no puede considerarse hecho aislado si se tiene en cuenta que el hambre y la pobreza hacen parte, en porcentaje y complejidad, de los principales conflictos que atraviesan Colombia y el mundo.

La desnutrición es una de las causas más importantes de retardo en el crecimiento y un problema de salud frecuente en la población infantil. Mecanismos compensadores del desbalance celular entre energía y nutrientes demandados por el organismo, generan modificaciones adaptativas que afectan las funciones biológicas y a su vez comprometen el tamaño y la función corporal; es así como la desnutrición grave, durante el período crítico de desarrollo del Sistema Nervioso Central, produciría alteraciones estructurales que llevan a la disminución de las funciones intelectuales y de los patrones de comportamiento (Quino y Barreto, 2015, p. 17).

La protección a los niños, niñas y adolescentes, y los derechos reforzados que se han incorporado en el ordenamiento jurídico de Colombia y en diversos tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Derechos del Niño, hacen parte de la condición de sujetos de especial protección que se les ha conferido debido la situación de vulnerabilidad manifiesta en la que se encuentran por la imposibilidad de carácter físico, mental y social para desenvolverse por sí mismos, ejercer derechos y contraer obligaciones. De allí que el Estado, mediante políticas públicas y su potestad de configuración normativa, involucre acciones por parte del Gobierno, la sociedad y la familia para la efectivización de los derechos de esta población, siendo este el mismo sustento por el cual las herramientas sociojurídicas de protección a la infancia debieran ser de aplicación inmediata.

La Política Nacional de Atención Integral a la Primera Infancia surge como una respuesta a los problemas ante los que, históricamente, la sociedad había sido indiferente, específicamente con relación al desarrollo de los niños y las niñas. Situaciones como la muerte neonatal (consecuencia de las condiciones precarias de las familias y de la deficiente atención a las madres gestantes), el abuso sexual y el maltrato físico y psicológico (por parte de los padres o cuidadores, en donde se incluye a otros adultos significativos como docentes, jardineras y madres comunitarias) y la explotación infantil (cuando los niños y las niñas deberían estar en la escuela), son situaciones que no deben ocurrir, pero ocurren, no porque existan malas personas, sino como consecuencia de un proceso de inequidades hacia la infancia que han sido aceptadas (Arias, 2017, p. 134).

La pregunta sería entonces si a partir de la concepción de sujetos de especial protección, el derecho a la seguridad alimentaria para la primera infancia debiera ser parte de las prerrogativas fundamentales de esta población. La respuesta es contundente, pero su materialidad compleja; por supuesto que garantizar a los niños y las niñas una alimentación suficiente y adecuada constituye un derecho primario que en clave del Estado social y democrático de derecho colombiano implica no solo la consagración expresa del derecho: son derechos fundamentales de los niños: la alimentación equilibrada (República de Colombia, 1991, art. 44), y “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social” (República

de Colombia, Ley 1098 de 2006, art. 24); además de la reivindicación real de sus libertades por medio de la promoción y el fortalecimiento de las políticas públicas y acciones jurídicas que permitan priorizar de forma naturalizada el acceso a la alimentación segura de la primera infancia y abordarlo desde la institucionalización. Al respecto, Magistris (2018) indica que integrar a las prácticas cotidianas la protección de los derechos promueve la consideración de los Niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos.

La categoría desarrollada entonces no indaga por la existencia de una norma expresa que proteja el derecho a la seguridad alimentaria de los niños, se trata de una reflexión que aboga por su eficacia y por las luchas de tipo social que deben promoverse para que este concepto se incorpore como parte de su justiciabilidad y materialización efectiva. En ese sentido, los movimientos sociales son necesarios para que se hagan efectivos los derechos humanos (Camacho, 2016, p. 2).

En suma, la seguridad alimentaria asume la cualidad de ser un derecho innominado de estirpe fundamental, dada la consagración de garantías de similar connotación como el derecho a la alimentación equilibrada y el derecho a los alimentos, contexto normativo que no le resta valor en términos de aplicación e impacto, en tanto su salvaguarda incide de forma directa en el desarrollo integral de la primera infancia, asunto que debe reflexionarse desde la idea de sostenibilidad y sustentabilidad de las futuras generaciones.

EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN A LA LUZ DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS DERECHOS INNOMINADOS

Desde la comprensión e interpretación del Derecho, es posible evidenciar las transmutaciones de carácter jurídico que han permitido generar aplicaciones de la norma distintas y ajustadas a los cambios de la sociedad, de ahí que, a partir de esas nuevas hermenéuticas se gesta la posibilidad de encontrar una salvaguarda respecto al derecho a la alimentación, considerando que, si bien dentro del pacto social de 1991 no se establece de manera taxativa lo relacionado al mismo, salvo las disposiciones contenidas en el artículo 44 haciendo alusión a los niños y niñas, ello no excluye su reconocimiento y protección.

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cui-

dado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (República de Colombia, 1991).

Así las cosas, se establece que, de manera intrínseca, el derecho a la alimentación hace parte de las concepciones que acompañan al Estado social de derecho, esto validando la existencia de principios rectores que si bien no se evidencian de manera expresa dentro de la Constitución, su reconocimiento existe en lógica de aquellas nociones que han acompañado la integración de disímiles estándares constitucionales. Lo anterior incluye aspectos como la Declaración de Derechos Humanos de 1948, la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición de 1974, la Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria Mundial y el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la alimentación de 1996, entre otros.

El conjunto de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*, forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control, [...] conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta 13 por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias (García, 2005, p. 234).

Ahora, precisamente, teniendo presente la existencia de tratados y convenios que en su momento fueron ratificados por Colombia, mediante los cuales se evidencia de manera notoria y reiterativa la necesidad de considerar la alimentación como un derecho de carácter vital, entendiendo que, a partir de este, se logran articular aquellos elementos necesarios e indispensables para el desarrollo integral de cualquier individuo, se estructura, dentro del bloque de constitucionalidad, una verdadera relevancia en pro de la supresión del hambre, entendiendo que a partir de dichas premisas el Estado colombiano deberá consolidar esfuerzos a fin de garantizar un adecuado acceso a la alimentación, reconociendo, como fue mencionado, que con dicha protección se materializan acciones en búsqueda del mínimo vital en condiciones dignas.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Arango, 2004. p. 79).

Desde esta perspectiva, se encuentra un arraigo proteccionista respecto a la alimentación, sin embargo, no solo converge su salvaguarda, en virtud de lo que se denomina bloque de constitucionalidad, sino también a partir de lo que se reconoce como derechos innominados. Respecto al origen de los derechos innominados, puede decirse que surge por las nuevas tendencias e interpretaciones del constitucionalismo, tendencias que, de manera vital, fueron el cimiento preponderante para la consolidación del pacto social de 1991, y a ello precisamente corresponde la creación de una serie de articulados que facilitan la interpretación sistemática y holística del derecho, entre ellas, lo contenido en el artículo 94 del mismo pacto: la enunciación de los derechos y las garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (República de Colombia, 1991).

Lo anterior se hace posible a partir de disposiciones como las contenidas en la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos promulgada en 1791, en la cual se indica que, no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos, ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo (Convención de Filadelfia, 1791, enmienda IX).

En gracia de discusión, lo expuesto implica la posibilidad de afianzar una serie de reconocimientos con base en los principios y postulados rectores que acompañan una constitución, permitiendo una conceptualización de derechos mayor a la que se tiene estructurada de manera expresa, generando así una aproximación con certeza respecto de las garantías que se deben materializar en la búsqueda del bienestar social.

En la dinámica del neoconstitucionalismo colombiano, encontramos distintas aristas problemáticas del ajuste del sistema jurídico a una nueva “cultura” del derecho. Una de estas aristas, propia de la conjugación del modelo norteamericano a nuestro propio sistema, es la invocación de “derechos innominados”; derechos que, si bien no se encuentran explícitamente contemplados en la Constitución Política

colombiana, pueden ser reconocidos y protegidos por la jurisprudencia, por aparecer como el resultado de la evolución de la sociedad en la protección de la dignidad y la libertad humana (Hernández y Camargo, 2009, p. 178).

De esta manera, se hacen exigibles, desde el marco jurídico, todos aquellos derechos y nociones que se encuentran inherentes a la esencia y al espíritu que conlleva la creación de la Constitución, es decir, se reconoce su existencia comprendiendo que están implícitos al hacer una hermenéutica pormenorizada de lo allí pactado.

Entre los derechos fundamentales se encuentran los denominados derechos innominados, no enumerados o implícitos, cuyo reconocimiento, creación o inferencia por vía jurisprudencial se realiza en atención a la existencia de cláusulas no enumerativas o catálogos abiertos de derechos al interior de la norma fundante de un determinado ordenamiento jurídico, cuya finalidad es la de ampliar el margen de protección de los ciudadanos frente al poder, siendo este el caso del artículo 94 superior en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir del cual la Corte Constitucional ha reconocido, entre otros, el Derecho al Mínimo Vital, a la Seguridad Personal Frente a Riesgos Extraordinarios y el Derecho al Olvido (Bedoya, 2019, p. 25).

Lo anterior cobra sentido dado el reconocimiento de la existencia de derechos que, pese a no encontrarse positivizados, adquieren la misma protección que tienen aquellos que de manera expresa se encuentran dentro de los pactos sociales, permitiendo toda una amalgama de posibilidades para que los jueces constitucionales logren materializar un verdadero postulado de justiciabilidad frente a estos, es decir, posibilita la estimación de mecanismos de protección en caso de posibles vulneraciones. Es este el contexto que encierra el derecho a la seguridad alimentaria en el ordenamiento jurídico colombiano.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y JUSTICIABILIDAD TRATÁNDOSE DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

En cuanto a las garantías que se requieren para hacer efectivo el acceso a los alimentos, o como se ha conocido, el derecho a la alimentación, habrá que mencionarse que, a partir del reconocimiento del Estado social

de derecho se gesta la idea de generar multiplicidad de mecanismos para propiciar el cumplimiento de los pilares constitucionales.

Consiste en un sistema político que impone al Estado la misión de garantizar ciertos derechos considerados esenciales para la subsistencia mínima de la persona en el interior de la sociedad sin privaciones irracionales; para el efecto, al Estado se le atribuye la prestación o coordinación de ciertos servicios. Se trata de un modelo estatal que interviene directamente en la sociedad, en procura de asistencia social y redistribución de la riqueza para mitigar la desigualdad social que hace inoperantes las garantías del Estado de derecho (Henao, 2012, p. 141).

En ese sentido, se requiere la comprensión de los derechos desde una vertiente integral y holística, en la que se hace necesaria la consecución de acciones que permitan el cumplimiento no solo de lo emanado en las actas constitucionales, sino también desde los límites establecidos. De lo anterior se entendería que, en efecto, cuando una constitución se encuentra permeada por dichos componentes, la misma personifica expectativas negativas y positivas; las primeras propiamente entendidas como los escenarios donde se consolidan los límites necesarios para el ejercicio de la libertad, las segundas, por el contrario, identifican los derechos sociales que se encuentran por satisfacer.

Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. Tomo aquí garantías en el sentido del que he hecho uso más veces: para designar las prohibiciones o las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas, por lo común, en forma de derechos subjetivos (Ferrajoli, 2013, p. 25).

Ahora bien, en cuanto al dinamismo inmerso en la democracia desde un plano constitucional, trasladándose a las nociones de Ferrajoli, la validez de las normas se transmuta de forma tal que, inicialmente, se entiende que la ley en su esplendor reflejaba el estadio magnánimo del derecho, luego, pasaría a ser la constitución comprendida como norma rectora, adquiriendo una superioridad mayor frente a la ley misma enlazando tanto la parte formal como sustancial, es decir, reconociendo la existencia a través de la legitimación, pero también el deber ser mediante límites al ejercicio de las

libertades desde el contenido. De allí se genera una trascendencia notoria en cuanto a la estructuración procedimental que acompaña la configuración de leyes, pero también de la importancia de lo que se lleva implícito en estas, contenido que, en todo caso, deberá ser congruente según el querer social.

De lo expuesto por Ferrajoli en lo relacionado al concepto garantista que conlleva la validez, refiere que esta, en realidad, tendría sentido cuando se interpreta desde un contexto que trae consigo un análisis mayor a la pura y simple existencia de la norma, pues con todo, en realidad su alcance se encuentra supeditado al cumplimiento y la coherencia que se tiene respecto de los fines para los cuales fue propuesto.

De este modo, el derecho resulta positivizado no solo en el ser, o sea, en su “existencia”, sino también en su deber ser, esto es, en sus condiciones de “validez”; no solo en el quién y el cómo de las decisiones, sino también en el qué no debe ser decidido, o sea, la lesión de los derechos de libertad, o, al contrario, debe ser decidido, es decir, la satisfacción de los derechos sociales (Ferrajoli, 2013, p. 27).

Con todo, cuando se desarrolla el término garantía, el mismo trae consigo un entendimiento en el cual el individuo se resignifica, permeando todos los elementos que se encuentran inherentes a este, y es que, al hacer mención al ser humano, el mismo deberá entenderse como un todo, impactado por diferentes factores psicosociales, de conciencia y espíritu, aspectos que le permiten ubicarse en un determinado tiempo y espacio (Alonso y Escorcía, 2003, p. 4).

De lo anterior, resulta apenas lógico que se diseñen mecanismos que puedan consolidar la idea de protección y defensa en cuanto a los derechos, de ahí que, en materia de seguridad alimentaria, es dable impetrar acciones de constitucionalidad buscando la mitigación respecto a su posible menoscabo, ello en virtud de las tesis anteriormente expuestas, a través de las cuales se reconoce con rango de derecho fundamental todo lo relacionado al acceso a la alimentación en los seres humanos.

Con fundamento en lo expuesto, desde el paradigma normativo se establece el obligatorio cumplimiento de las disposiciones que permiten que el operador judicial materialice una verdadera defensa en cuanto a los derechos humanos, no solo con el fin de garantizar la consolidación de estos, sino también salvaguardando la construcción de las promesas constitucionales inmersas en el pacto social.

Las garantías constitucionales son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin la garantía, los derechos serían meros enunciados líricos que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad (Ávila, 2010, p. 78).

Realizadas las anteriores consideraciones, y teniendo presente el rango constitucional que adquiere el derecho a la alimentación, también se debe mencionar que la salvaguarda ante este no solo se ha venido produciendo en virtud de las acciones constitucionales, sino también gracias al precedente judicial desarrollado en Colombia.

Para iniciar con dicho abordaje resulta pertinente mencionar la consolidación de “tres separaciones” que fomentan la salvaguarda por la democracia formal y sustancial. La primera separación, encaminada a generar una fractura entre funciones públicas e intereses privados; la segunda, propiciando una división entre los intereses públicos y los particulares, ello desarrollado desde el contexto de los diferentes partidos políticos y la masificación de la fuerza social; finalmente, la necesidad de mantener y fortalecer la división de poderes en clave de la protección de autonomía y garantías que invoca consigo el reconocimiento de los elementos necesarios para evitar la degradación del derecho.

La separación y el balance de poderes son dos técnicas de organización del poder cuya función es evitar el despotismo y garantizar la libertad de los ciudadanos. En efecto, el principio de separación de poderes en sentido estricto resulta de la combinación de distribución de funciones estatales y de los órganos competentes, haciendo de la especialización y la independencia el componente determinante. En este sentido, cada uno de los órganos escapa a toda interferencia, tanto en el ejercicio de la función como en su desarrollo (García López, 2014, p. 83).

Pese a ello, de manera específica en el ejercicio jurisdiccional conferido a la rama judicial, se pudo evidenciar el dilema de las normas cuyos efectos y aplicación no daban respuesta a las problemáticas que experimentaban los asociados. De ahí la existencia de anomías y antinomias que, especialmente para los tribunales de justicia, hacían nugatoria la satisfacción de los derechos, derivando en un activismo judicial que convierte a esta rama del poder en un legislador negativo.

En consecuencia, esta figura defiende la intervención de los jueces en asuntos que corresponden a otros poderes, dada la necesidad de los asociados y el mismo orden social de contar con una interpretación del derecho ajustada a los fenómenos de las personas y el contexto global, económico, cultural y político.

Ahora, en Colombia las altas cortes han propiciado que sus decisiones, consolidadas mediante fallos y sentencias, sirvan de insumos a fin de recurrir a estos ante situaciones con características análogas o similares: “el precedente judicial, en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez o por sus subordinados funcionales” (República de Colombia, 2012).

Con todo, los elementos que propician estas interpretaciones contemporáneas del derecho cobran importancia, pues legitiman una fuerza vinculante respecto al precedente, de ahí que se valida la idea de que los jueces, de alguna u otra manera, participen en la creación del derecho; de esta forma, el juez entra a constituir un poder prodemocrático en el que se entiende que el derecho es cambiante, así como las interpretaciones a cargo del operador judicial; en tal sentido, se hace referencia al precedente cuando un fallo judicial es de obligatoria observancia para otros tribunales de similar o menor jerarquía (Iturralde, 2013, p. 194).

Ahora, a partir de la dinámica que acompaña la validación del precedente judicial, también se podría comprender que estas interpretaciones corresponden a la necesidad intrínseca de los jueces al generar la aplicación del derecho de acuerdo a los desarrollos de la sociedad, colaborando con la búsqueda de los estándares necesarios para la consecución de democracia y equidad social, lo anterior, muy en la lógica de una idea de constitucionalismo contemporáneo, a través de la cual el juez resultaría uno de los principales garantes.

Como ya se ha dicho, la supremacía de la Constitución sobre la ley, y el deber de los jueces de salvaguardar dicha primacía, son una constante en el pensamiento de Hamilton del que queda constancia en El Federalista No. 78, pero existe otra gran preocupación para quien es considerado uno de los padres de la Unión Americana y es la defensa de las minorías que pueden estar en peligro frente a las mayorías políticas, religiosas o económicas y de nuevo delega en los jueces el deber de evitar tales injusticias (Mendieta y Tobón, 2018, p. 43).

De lo anterior se comprende que, con la labor de los jueces se logran suscitar diálogos interinstitucionales, reconciliando la democracia con el constitucionalismo, entendiendo este fenómeno como la judicialización de la democracia, por medio del cual el juez asume un papel preponderante y activo, de ahí lo que se conoce como activismo judicial; así, si bien lo esperado es que la legislación sea coherente con la democracia y las necesidades de la sociedad, lo cierto es que con los cambios que conlleva la necesidad de proteger la satisfacción de los derechos de los ciudadanos se reestructura una hermenéutica que se compadece con las problemáticas y controversias existentes.

Ello ha permitido generar conversaciones a la luz de las garantías constitucionales, las cuales han logrado gestar el reconocimiento de nuevos derechos, así como la robustez en sus mecanismos de protección, en tanto que, al ser los jueces conocedores del derecho y administradores de la justicia, son estos los que en realidad podrían dimensionar las interpretaciones que exige la sociedad actual, encontrando además protección por medio de posturas como las emitidas en su momento por parte de la Corte Constitucional.

Pues bien, la Corte Constitucional ha señalado repetidamente cuál es la finalidad por ella perseguida con la creación de las normas jurídicas que impusieron en Colombia el deber de aplicar los precedentes: satisfacer la necesidad de seguridad jurídica —o confianza legítima— y de igualdad de trato que tiene cualquier individuo ante quienes en ejercicio de una función pública deban tomar una decisión o emitir un concepto que les afecte (Contreras, 2011, p. 356).

En consecuencia, se infiere que un logro loable para la protección de la seguridad alimentaria dentro del ordenamiento jurídico colombiano ha sido gracias al activismo judicial materializado bajo la figura del precedente, de ahí que en sentencias como la T-029 de 2014 se ha precisado lo siguiente:

En síntesis, la alimentación adecuada es el derecho que tiene toda persona a tener acceso físico y económico a los elementos nutritivos específicos que requiere para su adecuado desarrollo físico y mental, es una garantía que se encuentra estrechamente vinculada con el derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado y a estar protegida contra el hambre (República de Colombia, 2014).

Como se dijo, el juez, al administrar justicia, dimensiona de manera constante y directa los requerimientos actuales del individuo, es así entonces como en temas de seguridad alimentaria el operador, mediante su investidura, logra identificar elementos que tienden a entorpecer el ejercicio democrático y proteccionista del derecho a la alimentación en Colombia, siendo esto sobresaliente en la aplicación de la exégesis a fin de generar garantías que logren subsanar en debida forma las controversias, situación que se reconoce es permitida gracias a la estructuración, en muchos casos, de la figura del precedente judicial.

EFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CUANTO A SEGURIDAD ALIMENTARIA EN EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Ahora bien, con el propósito de abordar el fenómeno de la eficacia de las políticas públicas, habrá que indicarse que el término eficacia trae consigo el cumplimiento adecuado para lo que fue creado, es decir, permea la consolidación de lo que se esperaba al momento de su creación, de ahí que su ineficacia merece un análisis amplio en cuanto a sus aristas, lo anterior teniendo en cuenta que “la ineficacia del derecho, no siempre puede ser explicada por la existencia de un foco de resistencia que no se somete a su fuerza impositiva, a veces es una práctica que ha sido posible gracias al derecho mismo” (García, 1993, p. 44).

Luego entonces, la eficacia, abordando el paradigma jurídico, se logra concretar en el evento en que los individuos cumplan las normas o leyes conforme a las disposiciones que acompañaron su creación, de ahí que un mandato entraría a ser ineficaz en el evento en que se genere el incumplimiento de este.

La eficacia es determinar si una norma es cumplida o no por las personas a quienes se dirige o los destinatarios de la norma jurídica. Aquí el fondo del concepto recae sobre los destinatarios de la norma jurídica; esta postura es la que consideramos nos enfocaría en resultados más cercanos a la realidad (Leiva *et al.*, 2011, p. 30).

Por tanto, se reconoce la idea de que para crear una articulación que realmente lleve a la aplicabilidad de las normas, trayendo consigo eficacia, se hace necesario generar un análisis constante de los escenarios en los cuales se gestan y, posteriormente, se aplican dichas normas, entendiendo que,

a partir de ello, se garantiza la creación de un nuevo ordenamiento jurídico capaz de responder legítimamente a las necesidades que proliferan en la sociedad.

Así, para entrar a generar un análisis pormenorizado que permita determinar la aplicabilidad de políticas públicas contenida en la eficacia que las permea, así como todo lo que conllevó su diseño y ejecución, se obtuvo como insumo de análisis el informe de gestión del cuatrienio 2016-2019, y el informe del cuatrienio 2020-2023 realizado por la Secretaría de Salud Pública de Manizales, los cuales permitieron identificar aspectos como presupuesto, tiempo estimado, ejecución técnica, población beneficiada, indicadores, entre otros.

Al respecto, dentro del plan de acción para el año 2016 se construyeron herramientas de formación dirigidas al sector salud con el fin de actualizar estándares para determinar métricas alimentarias que permitan luego la optimización y recuperación nutricional en la población en riesgo, en coadyuvancia con la recolección de datos por medio de entrevistas y listas de chequeo que buscaban perfilar a la población vulnerable (tabla 2.1).

Tabla 2.1 Plan de acción 2016

CONTRATACIÓN					
# DE CONTRATO	CONTRATISTA	OBJETO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO	% EJECUCION
1610190598	NUTRIR	Desarrollo del trabajo de campo para la recolección de la información correspondiente a la evaluación del estado nutricional de la población menor de 5 años en el municipio de Manizales	\$ 64.605.320	64.605.320	100%
1608030458	NHUR IVELISE ANAYA MORA	Apoyo a la gestión y operativización del programa de nutrición y seguridad alimentaria del municipio de manizales con el fin de desarrollar acciones de asesoría y asistencia técnica en las instituciones de salud y demás actores.	\$ 13.055.000	\$ 12.802.322	98%

Fuente: Informe de gestión del cuatrienio 2016-2019 realizado por la Secretaría de Salud del municipio de Manizales.

Luego, para el año 2017, en el plan de acción creado por parte del municipio de Manizales y la Secretaría de Salud Pública, se generaron estrategias que permitieron abordar el derecho a la alimentación desde etapas tempranas, incluyendo en esta lógica el acompañamiento a madres gestantes y lactantes, materializando jornadas de consejerías y capacitaciones en

la búsqueda de acciones de prevención y mitigación a las poblaciones en riesgo (tabla 2.2).

Tabla 2.2 Plan de acción 2017

CONTRATACIÓN					
# DE CONTRATO	CONTRATISTA	OBJETO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO	% EJECUCION
1710270657	ANA LORENZA VALENCIA CAÑAVERAL	Apoyar las acciones y operativización del componente nutricional en la prevención de enfermedades crónicas no transmisibles dirigido a profesionales de la salud y comunidad en general	\$ 7.111.667	\$ 7.111.667	100%
1704210314	LORENA RODRIGUEZ NIETO	Apoyo a la gestión y operativización del programa de nutrición y seguridad alimentaria	\$ 23.333.333	\$ 23.333.333	100%
1712150837	SIGNAL MARKETING	Material educativo y elementos para el desarrollo del programa de lactancia materna del municipio de manizales, según especificaciones de la secretaría de salud.	\$ 15.000.000	\$ 14.998.879	99.9%
1710310669	Asociación pronutrición y educación de familias como entidad de servicio social, cultural y educativo Famiser.	Desarrollar acciones de educación, valoración y soporte nutricional dirigido a niños y niñas de 6 a 23 meses de edad, niñas y niños de 2 años a 5 años y personas con eventos de interés en salud pública en condición de vulnerabilidad social y/o económica.	\$ 118.118.002	\$ 112.526.444	95.2%

Fuente: Informe de gestión del cuatrienio 2016-2019 realizado por la Secretaría de Salud del municipio de Manizales.

Con todo, dentro del plan de acción articulado para el año 2018 se llevaron a cabo una serie de valoraciones y visitas médicas, en compañía del otorgamiento de paquetes nutricionales compuestos por el suministro de alimentos que cumplan con los estándares para salvaguardar una adecuada alimentación y crecimiento de los menores, articulando esto con la elaboración de material educativo que propende por incorporar parámetros de vida saludable; también se apoyó la operativización de todo lo que conlleva el Plan del Programa de Nutrición y Seguridad Alimentaria del municipio (tabla 2.3).

Tabla 2.3 Plan de acción 2018

CONTRATACIÓN					
# DE CONTRATO	CONTRATISTA	OBJETO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO	% EJECUCION
1801250220	LORENA RODRIGUEZ NIETO	Apoyo a la gestión y operativización del programa de nutrición y seguridad alimentaria del municipio de Manizales	\$ 30.000.000	\$ 18.000.000	60%
1812180945	GLORIA ESTELLA ZULUAGA RAMIREZ	Prestación de servicios de litografía y tipografía de material educativo para la promoción de la alimentación saludable según especificaciones de la secretaría de salud.	\$ 4.995.580	\$ 4.995.580	100%
1811190863	ASSBASALUD	Programa para el fomento de estilos de vida saludable mediante pautas educativas para el manejo del sobrepeso y la obesidad en la población de 18 a 64 años de edad.	\$ 20.400.200	\$ 20.400.200	100%
1809270749	ARIADNA ROMERO GARCIA	Apoyo a la gestión y operativización del programa de nutrición y seguridad alimentaria del municipio de Manizales	\$ 10.500.000	\$ 6.000.000	84.7%

Fuente: Informe de gestión del cuatrienio 2016-2019 realizado por la Secretaría de Salud del municipio de Manizales.

Posteriormente, en el año 2019 se desarrollan las estrategias educativas en la búsqueda de generar una cultura de alimentación saludable, así como el acompañamiento dirigido a madres gestantes y lactantes, identificación de obesidad o desnutrición, apoyando también la operativización de otros programas alimentarios del municipio de Manizales, abordando el sector de la salud (tabla 2.4).

Con base en los anteriores criterios, se estableció para el año 2020 el desarrollo del programa de atención integral en salud y nutrición, ello en conjunto con el apoyo a la gestión para la consecución del programa de seguridad alimentaria y nutricional del municipio de Manizales (tabla 2.5).

En lo que atañe a la información correspondiente para el año 2021, es de indicar que para la fecha en que fue aportado el informe de gestión del cuatrienio no se había generado el análisis de los datos para del referido año por parte de la Secretaría de Salud del municipio de Manizales.

Para finalizar, y como producto del esbozo realizado, se puede establecer que en los últimos años se ha estimado la construcción de toda una amalgama de posibilidades para encontrar los elementos necesarios que permitan mitigar y prevenir la inseguridad o desnutrición alimentaria, situación que se hace evidente al contener propuestas tan versátiles y heterogéneas, las cuales facilitan la posibilidad de permear contextos y escenarios que pudiesen llegar a resultar determinantes en las políticas de prevención; adicionalmente, se puede establecer un ejercicio enfocado en las acciones de tipo progresivo, es decir, acciones que adquieren una vocación de permanencia

hasta que se pueda generar un punto de equilibrio, siguiendo posturas como las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que sugiere el establecimiento de un plazo no extenso para lograr la concreción de las prerrogativas de manera procesual (Comité CESC, 1990, p. 1).

Tabla 2.4 Plan de acción 2019

CONTRATACIÓN					
# DE CONTRATO	CONTRATISTA	OBJETO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO	% EJECUCION
1906270547	FUNDACION NUTRIR	"DESARROLLAR EL PROGRAMA DE ATENCION INTEGRAL EN SALUD Y NUTRICION EN LA MODALIDAD DE SOPORTE NUTRICIONAL DIRIGIDO A NIÑAS Y NIÑOS MENORES DE DOS AÑOS Y GESTANTES EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD EN EL MUNICIPIO DE MANIZALES".	\$ 141.449.840	\$ 114.307.190	80.8%
1905290442	ASSBASALUD E.S.E	"DESARROLLAR LA ESTRATEGIA DE HABITOS SALUDABLES EN EL ENTORNO EDUCATIVO, COMUNITARIO Y LABORAL, Y EL PROGRAMA DE DETECCIÓN TEMPRANA DEL SOBREPESO, OBESIDAD Y ANEMIA EN MUJERES EN EDAD FÉRTIL Y POBLACION ESCOLAR ENTRE LOS 5 A 12 AÑOS DE EDAD DEL MUNICIPIO DE MANIZALES"	\$ 103.104.064	\$98. 779.942	95.8%
1912090853	ASSBASALUD E.S.E	"APLICACIÓN DE INSTRUMENTO PARA LA IDENTIFICACIÓN, ANALISIS Y GESTIÓN DEL ESTADO NUTRICIONAL DEL ADULTO MAYOR EN LOS CENTROS DE PROTECCIÓN DEL MUNICIPIO DE MANIZALES".	\$ 63.135.000	\$ 63.135.000	100
1903210301	ELIANA PATRICIA ORTIZ OLARTE	"APOYO PROFESIONAL A LA GESTIÓN EN SALUD PÚBLICA Y OPERATIVIZACIÓN DEL PROGRAMA DE NUTRICIÓN Y SEGURIDAD ALIMENTARIA DEL MUNICIPIO DE MANIZALES".	\$ 28.215.000	\$ 18.079.500	64%
1911130810	CONSUELO DIAZ VARGAS	APOYO PROFESIONAL PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, PARA LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LA SECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA.	\$ 5.434.000	\$ 3.866.500	71%

Fuente: Informe de gestión del cuatrienio 2016-2019 realizado por la Secretaría de Salud del municipio de Manizales.

Tabla 2.5 Plan de acción 2020

CONTRATACIÓN					
# DE CONTRATO	CONTRATISTA	OBJETO	VALOR CONTRATADO	VALOR EJECUTADO	% EJECUCION
2006110253	NUTRIR	Aunar esfuerzos para "desarrollar el programa de atención integral en salud y nutrición en la modalidad de soporte nutricional dirigido a gestantes en condición de vulnerabilidad en el municipio de Manizales".	85.000.000	76.194.839	89,60%
2011090490	CLAUDIA LILIANA VALENCIA GUTIERREZ	Apoyo a la gestión y operativización del programa de seguridad alimentaria y nutricional del municipio de Manizales.	6.270.000	5.225.000	83,33%

Fuente: Informe de gestión del cuatrienio 2020-2023 realizado por la Secretaría de Salud del municipio de Manizales.

CONCLUSIONES

Importancia del derecho fundamental a la seguridad alimentaria

El ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una consagración expresa del derecho a la “seguridad alimentaria” en beneficio de la primera infancia. A lo sumo, la Constitución Política y la ley 1098 de 2006 contienen cada una de ellas, normativa que podría dar lugar a la interpretación de la existencia de esta prerrogativa en Colombia, pues, por un lado, el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 expresa que la niñez tiene derecho a una alimentación equilibrada, y el artículo 24 de la citada ley señala que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a los alimentos, siendo esta última una definición que además de los alimentos incluye otros recursos o servicios como la vivienda, la salud y la educación. Sin embargo, dado el desarrollo teórico y normativo que este concepto ha venido gestando a nivel global, la seguridad alimentaria se ha incorporado como uno de los retos y preocupaciones de mayor importancia en el contexto social, económico, cultural, de sostenibilidad y sustentabilidad de las naciones, debido a que se ha comprendido el impacto que tiene garantizar una alimentación suficiente, adecuada y nutritiva para las futuras generaciones. Por esta razón, a la luz de los preceptos nacionales y la normativa internacional, como la Declaración

Universal de los Derechos Humanos y los Derechos del Niño, la seguridad alimentaria hace parte de los derechos fundamentales innominados, y aunque ello ha permitido avanzar en la generación de políticas públicas en la materia, los esfuerzos deben aumentarse para que no se conviertan en manejos aislados e intencionalidades transitorias lideradas por el gobierno de turno.

En materia de programas y planes sociales, el elevado número de iniciativas en diferentes unidades ministeriales, de distinta jerarquía y orden normativo, da cuenta de respuestas aisladas, alejadas de las necesidades interdependientes y universales que el derecho a la alimentación requiere. (Pautassi *et al.*, 2017, p. 82).

Se trata de procurar las garantías fundamentales a los niños, niñas y adolescentes, dada su condición de sujetos de especial protección que los ubica como una población históricamente vulnerada y sometida por los flagelos del hambre, la pobreza, la desnutrición y la mortalidad infantil, evidenciando con ello una transgresión sistemática de sus derechos, los cuales deben avanzar hacia una protección real y efectiva, para que asciendan al escenario de una eficacia material y no simplemente simbólica, como ha sucedido hasta el momento.

La seguridad alimentaria como prioridad estatal

A través de las reflexiones expuestas se logra establecer que, de manera constante se han gestado propuestas programáticas, estrategias y planes, a la luz de las políticas públicas en lo que atañe la seguridad alimentaria en el municipio de Manizales, presentándose coherencia con todo lo que permea los principios rectores que acompañan nociones como derechos humanos, bloque de constitucionalidad, derechos innominados y precedente judicial, situación que, sin duda, resulta excelsa dentro de la construcción de un Estado social de derecho.

Sin embargo, confrontar la complejidad que conlleva la inseguridad alimentaria requiere esfuerzos mucho más robustos, no solo en la multiplicidad de planes de acción, sino también en los presupuestos establecidos para tales fines, comprendiendo que de esta manera se relaciona de manera directa la obligación estatal de abrir el abordaje de dicho fenómeno, articulando medidas progresivas que permitan afrontar la coyuntura que implica

el tema de la hambruna en Colombia, de ahí que acompañar contextos como obesidad, malnutrición, productividad agrícola, disponibilidad y acceso a alimentos sean considerados criterios esenciales frente a la estructuración de las políticas públicas.

Políticas públicas y seguridad alimentaria

Por otro lado, un punto estratégico para garantizar no solo la cobertura de las políticas públicas, sino también la eficacia de las mismas, es aquel relacionado con la inspección, el control y la vigilancia respecto a su materialización, comprendiendo que estos componentes resultan imperativos si en realidad se pretende cumplir con los fines de lo propuesto; lo anterior se menciona toda vez que, al hacer un análisis de las estrategias y los programas desarrollados por parte de la Secretaría de Salud del municipio de Manizales, para mitigar y prevenir la proliferación de la inseguridad alimentaria, se evidencia que algunos de ellos no fueron ejecutados en un 100 %, situación que de manera notoria entorpece lo pretendido con la consecución de los fines, de ahí que dentro de los lineamientos de las políticas públicas tendrían que existir de manera implícita estrategias que mitiguen posibles dificultades al momento de su consolidación.

REFERENCIAS

Alonso, L. M. y Escorcía, I. (2003). El ser humano como una totalidad. *Salud Uninorte*, (17), 3-8. <https://www.redalyc.org/pdf/817/81701701.pdf>.

Arango, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente. Revista Jurídica*, 79-102. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>.

Arias, B. (2017). La infancia como sujeto de derechos. Un análisis crítico. *Ratio Juris*, 12(24), 127-141. 10.24142/raju.v12n24a6.

Ávila, R. (2010). Las garantías constitucionales: perspectiva andina. IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, (25), 77-93. <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222977004.pdf>.

Barrial, A. y Barrial, A. (2011). La educación alimentaria y nutricional desde una dimensión sociocultural como contribución a la seguridad alimentaria y nutricional. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. <http://www.eumed.net/rev/cccss/16/bmbm.html>.

Bedoya, J. (2019). *El derecho como interpretación: la validez de los derechos innominados* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/77798>.

Bobadilla, J. A. (2002). “El derecho de los jueces” de Diego Eduardo Lopez. *Revista Jurídica Piélagus*, 1(1), 82. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/535>.

Camacho, D. (2016). El concepto de derechos humanos. El dilema del carácter de los derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, 2(152). <https://www.redalyc.org/journal/153/15348419001/movil/>.

Castell, G., Cruz de la, J. N., Pérez, C. y Aranceta, J. (2015). Escalas de evaluación de la inseguridad alimentaria en el hogar. *Revista Española de Nutrición Comunitaria*, 21(Supl 1), 270-276. 10.14642/RENC.2015.21.sup1.5074.

Chaves, L., Cadavid, M. A. y Torres, S. (2012). Conceptualización y categorización en personas menores expuestas al Programa de Complementación Alimentaria. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 10(2), 1003-1019. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=s-ci_arttext&pid=S1692-715X2012000200016.

Contreras, J. A. (2011). El precedente judicial en Colombia: un análisis desde la teoría del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(115), 331-361.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862011000200004.

Convención de Filadelfia (1971). Constitución Estados Unidos de América. <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

Comité CESCER (1990). Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14 de diciembre de 1990. Sin datos.

Cumbre Mundial sobre la Alimentación (1996). Declaración de Roma sobre la seguridad alimentaria mundial. <https://www.fao.org/3/w3613s/w3613s00.htm#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20de%20Roma%20sobre,%2C%20nacional%2C%20regional%20y%20mundial>.

Díaz, C. y Gómez, B. (2005). Presentación: consumo, seguridad alimentaria y salud. Una perspectiva de análisis desde las ciencias sociales. *Revista Internacional de Sociología*, 63(40), 9-19. <https://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/187>.

Ferrajoli, L. (2013). *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Trotta.

Friedrich, T. (2014). La seguridad alimentaria: retos actuales. *Revista Cubana de Ciencia Agrícola*, 48(4), 319-322. <https://www.redalyc.org/pdf/1930/193033033001.pdf>.

García, M. (1993). La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas. *Droit et Société*, (32), 233-234.

García, H. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios constitucionales*, 3(1), 231-242. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>.

García López, L. F. (2014). El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas*, (128), 79-120. 10.11144/Javeriana.VJ128.jphr.

García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho*. Penguin Random House.

Henao, J. F. (2012). Evolución y origen del concepto de “Estado social” incorporado en la Constitución política colombiana de 1991. *Ratio Juris*, 7(14), 141-158. <https://doi.org/10.24142/raju.v7n14a5>.

Hernández, F. y Camargo, E. M. (2009). El living will como aproximación al justo medio de la eutanasia. *Revista Republicana*, (6). <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/190/154>.

Iturralde, V. (2013). Precedente judicial. EUNOMÍA. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (4), 194-201. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2105>.

Leiva, E., Aristizábal, J., Martínez, J. y Muñoz, A. (2011). Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia. *Nova et Vetera*, 20(64). <https://revistas.esap.edu.co/index.php/novaetvetera/article/view/167>.

Magistris, G. (2018). La construcción del niño como sujeto de derechos y la agencia infantil en cuestión. *Journal de Ciencias Sociales*. <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/41>.

Martínez, P. (2006). El método de estudio de caso Estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión*, (20), 165-193. <https://www.redalyc.org/pdf/646/64602005.pdf>.

Mendieta, D. y Tobón, M. L. (2018). La separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en Estados Unidos: del sueño de Hamilton, Madison y Marshall a la amenaza de la presidencia imperial. *Revista Jurídicas*, 15(2), 36-52. 10.17151/jurid.2018.15.2.3.

Organización Mundial de la Salud (OMS). (1995). Necesidades de energía y de proteínas. Informe de una reunión consultiva conjunta FAO/OMS/ONU de expertos. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/40157>.

Osorio, J., Weisstaub, G. y Castillo, C. (2002). Desarrollo de la conducta alimentaria en la infancia y sus alteraciones. *Revista Chilena de Nutrición*, 29(3), 280-285. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75182002000300002>.

Pautassi, L., Carrasco, M., Antoniou, F., Arcidiácono, P., Balardini, L., Carmona, V., Messina, G., Gamallo, G. y Piasek, G. (2014). Diez años de las directrices voluntarias. Una mirada sobre su implementación en Argentina. En *Derecho humano a la alimentación. Entre la política pública y las decisiones judiciales*. Fondo Universidad de Medellín/Editorial UPB.

Quino, A. y Barreto, P. (2015). Desarrollo motor en niños con desnutrición en Tunja, Boyacá. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 33(1), 15-21. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-386X2015000100003.

República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>.

República de Colombia (2006). Ministerio de la Protección Social. Código de la infancia y la adolescencia. Ley 1098 de 2006. <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf>.

República de Colombia (2012). Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia 17001333100320100020501(AP). M. P. Mauricio Fajardo Gómez. <https://vlex.com.co/vid/-411224202>.

República de Colombia (2014). Corte Constitucional. Sentencia T-029. Niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-029-14.htm#:~:text=La%20familia%2C%20la%20sociedad%20y,la%20sanci%C3%B3n%20de%20los%20infractores>.

Unesco (1977). *Tesaurus de la UNESCO*. <http://vocabularies.unesco.org/thesaurus>.

Urquía-Fernández, N. (2014). La seguridad alimentaria en México. *Salud Pública de México*, (56), s92-s98. <https://www.scielosp.org/article/spm/2014.v56suppl1/s92-s98/>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL DERECHO DE ACCESO A INTERNET. CONDICIONES DE PRIORIZACIÓN DE CARA AL MÍNIMO VITAL

THE RIGHT TO INTERNET ACCESS. CONDITIONS FOR PRIORITIZATION IN FRONT OF MINIMUM VITAL RIGHT

O DIREITO DE ACESSO À INTERNET. CONDIÇÕES DE PRIORIZAÇÃO PARA O MÍNIMO VITAL

DIANA SOTO ZUBIETA*
RAÚL RUIZ CANIZALES**

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -
Publicado: 30 de diciembre de 2022
DOI: 10.24142/raju.v17n35a4

Resumen

El objetivo general de este trabajo es evaluar la actual consideración de Internet como un derecho humano, y, en el caso mexicano, fundamental, desde el punto de vista del derecho al mínimo vital. La metodología utilizada se compone de métodos de abstracción, concreción,

* Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Querétaro, México. Correo electrónico: d.soto.zubieta@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-0335-924X> Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=68a1YVIAAAAJ&hl=es>

** Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Querétaro, México. Correo electrónico: raul.canizales@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8428-3711> Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=UmICjCcAAAAAJ&hl=es>

deducción y comparación; las técnicas son documentales. Los resultados exponen la trascendencia de Internet en la realización de otros derechos en tiempos de desarrollo de la “sociedad digital”, aunque su consideración como derecho humano o fundamental debe ser valorada de manera objetiva, en cada contexto y tomando en consideración la (in)efectividad de las condiciones vitales previo a que su estatus jurídico lo imponga como prioritario. Se concluye con la concreción de los puntos tratados.

Palabras clave: derecho a Internet, sociedad digital, derechos fundamentales, derechos humanos, mínimo vital, derecho de subsistencia.

Abstract

The general objective of this paper is to evaluate the current consideration of the Internet as a human and, in the case of Mexico, fundamental right, from the point of view of the minimum vital right. The methodology consists in the use of methods of abstraction, concretion, deduction and comparison; the techniques are documentary. The results show the importance of the Internet in the realization of other rights in times of development of the digital society, although its consideration as a human or fundamental right must be assessed objectively, in each context and considering (in)effectiveness of the living conditions before its legal status imposes the Internet as a priority. The paper concludes with the synthetic review of the points dealt with.

Keywords: right to Internet, digital society, fundamental rights, human rights, minimum vital right, right to subsistence.

Resumo

O objetivo geral deste artigo é avaliar a consideração atual da Internet como um direito humano e, no caso mexicano, fundamental, do ponto de vista do direito ao mínimo vital. A metodologia utilizada consiste em métodos de abstração, concreção, dedução e comparação; as técnicas são documentais. Os resultados expõem a importância da Internet na realização de outros direitos em tempos de desenvolvimento da “sociedade digital”, embora sua consideração como direito humano ou fundamental deva ser avaliada objetivamente, em cada contexto

e tendo em conta a (in)efetividade das condições vitais antes que seu status jurídico a imponha como prioridade. O artigo conclui com a especificação dos pontos discutidos.

Palavras-chave: direito à Internet, sociedade digital, direitos fundamentais, direitos humanos, mínimo vital, direito à subsistência.

INTRODUCCIÓN

Internet se ha vuelto cada vez más accesible y, por lo tanto, permea los modos de vida de la población. No existe debate respecto de las bondades que puede generar en la calidad de vida, su utilidad es innegable. Sin embargo, es pertinente construir un diálogo en torno a la consideración actual que este derecho tiene dentro del ámbito jurídico (como derecho moral o como derecho positivizado). A la luz de las circunstancias de desigualdad estructural y de la brecha digital que afectan a sectores poblacionales desposeídos de las condiciones más básicas para la subsistencia digna (el llamado derecho al mínimo vital), el derecho a Internet, al menos teóricamente, parece ser una cuestión de orden secundario, sobre todo si lo observamos desde la óptica de las prioridades presupuestales y desde las condiciones y urgencias que nos muestra el contexto. Aun así, este debate no puede cerrarse a partir de esa preconcepción, debido a la existencia de personas y grupos que se valen de la información y las comunicaciones que facilita Internet para distintos fines, así como para la concreción de otros derechos, también relevantes y que requieren de protección especial y de fomento.

En este trabajo, nuestro objetivo ha sido evaluar la actual consideración de Internet como un derecho humano y, en el caso mexicano, fundamental, desde el punto de vista del mínimo vital. Para ello, primero se estudia el derecho a Internet, si este puede considerarse parte del grupo de derechos que son base de nuestras sociedades o si se trata de una vía a través de la cual se concretan esos derechos; después, se hace un breve recorrido por el concepto del derecho al mínimo vital; posteriormente, se estudia la vinculación entre el derecho de acceso a Internet y otros derechos; para finalizar, se exponen los puntos principales mediante los cuales se entiende al mínimo vital como un eje para ponderar la consideración jurídica que tendremos del derecho a Internet en contextos de desigualdad vital; de esa consideración se derivan acciones o abstenciones de los destinatarios u obligados a hacer efectivos los derechos.

El tema se aborda con una profundidad correlacional, ya que se estudia y expone el vínculo existente entre las variables principales, así como el sentido en el que se relacionan. El enfoque es cualitativo, pues no se pretende establecer un argumento cuantitativo o numérico para sostener las afirmaciones sobre el tema; en cambio, se hace uso de fuentes que refieren al análisis de las propiedades o características de los conceptos. Los métodos utilizados son: 1) abstracción-concreción, por lo que ve al estudio del

objeto en sus partes para, posteriormente, sintetizarlo y observarlo como un todo; 2) deducción, debido a que se parte de generalidades o principios para analizar particularidades o contextos concretos, y 3) comparación, pues se confrontan conceptos semejantes pero que adquieren valores distintos bajo la lupa del asunto que nos ocupa. Para finalizar, las técnicas por medio de las cuales nos acercamos al objeto estudiado han sido documentales.

La herramienta de Internet, aunque resulta una importante vía para materializar derechos, carece de prioridad operativa frente a otros que en la actualidad están considerados dentro del mismo grupo de derechos: constitucionales/fundamentales y humanos, por lo que resulta pertinente buscar constantemente fundamentos sobre las obligaciones correspondientes al Estado para materializar dicho derecho y su urgencia o prioridad frente a otros, de conformidad con las circunstancias contextuales. En este sentido, Julie Wark (2011) se pregunta, mediante su *Manifiesto de derechos humanos*, “¿cómo abordar la degradación de nuestra humanidad en la era de la información?” (p. 79). Hacerlo es pertinente; así también —como defiende Wark en el mismo texto— es necesario buscar las prioridades que pueden hacer accesible la vida digna de manera universal. Para fines de este trabajo nos preguntamos: ¿en qué medida se puede sostener la prevalencia de Internet como derecho fundamental y humano de cara al mínimo vital en determinados contextos de desposesión de condiciones básicas para la subsistencia?

INTERNET: ¿DERECHO HUMANO/ FUNDAMENTAL O VÍA DE CONCRECIÓN DE DERECHOS?

Actualmente, son dos los principales conceptos usados en el campo jurídico para hacer alusión a prerrogativas de primer orden. Estamos hablando de los derechos fundamentales (constitucionales) y de los derechos humanos, que, con sus notorias e importantes diferencias y coincidencias, engloban grupos de derechos que las democracias actuales consideran torales para que la vida de las personas se despliegue dignamente.

En la construcción teórica de la tercera generación de derechos humanos (DDHH) se incluyen aquellos correspondientes a las “nuevas demandas en sectores sociales de diversos países por el derecho al desarrollo, al progreso, a la autodeterminación, a la paz, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la identidad” (Bailón, 2009, p. 113). Sin embargo, es en una cuarta generación donde podemos encontrar más definido un conjunto de derechos sobre la exigencia y necesidad del acceso a las tecnologías. Es

cierto que el trato generacional no implica jerarquía de derechos, por ello, partimos del entendimiento de los DDHH de tercera y cuarta generación como universales, interdependientes, indivisibles y progresivos en igual medida que los derechos de tal naturaleza que les anteceden en reconocimiento, es decir, la primera y segunda generación.

Sin embargo, las mencionadas características (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad), que incluso gozan de rango constitucional en México —bajo el nombre de principios— han sido objeto de debate en cuanto a la generalización que se puede hacer de estas; se pone en tela de juicio el que se pueda realizar una aplicación indiscriminada de tales características o principios a todos los DDHH reconocidos por la comunidad internacional hasta este momento. Por ejemplo, Cruz Parceró (2017) considera, en cuanto a la interdependencia y la indivisibilidad, que en realidad no puede asumirse que todos estos derechos gozan de la misma jerarquía: “es difícil rechazar la idea de que hay derechos más básicos que otros, que unos son derivaciones de otros” (p. 94). Nos permitimos continuar con un ejemplo que expone Cruz (2017) al respecto:

el derecho a la vida y la integridad son derechos básicos que difícilmente podemos decir que están en pie de igualdad con el derecho a vacaciones periódicas pagadas del artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No es lo mismo que un Estado viole y afecte la vida e integridad de sus ciudadanos a que no les proporcione y asegure vacaciones periódicas pagadas (p. 94).

Cierra su argumento afirmando que, cuando se le da trato de derecho humano al derecho a vacaciones pagadas, el error radica en una “mala formulación de un derecho más básico al descanso y recreación” (Cruz, 2017, p. 94). Posteriormente, sostiene que incluso a nivel institucional es muy complejo pretender que los Estados velarán siempre en la misma medida por todos y cada uno de los DDHH, ya que las políticas públicas idealmente pretenderían resolver prioridades locales (Cruz, 2017, p. 95) ante presupuestos limitados.¹ Resulta toral tomar en consideración esta postura, ya que pa-

1 Cabe señalar que se debe hablar con extremo cuidado de las limitaciones presupuestales cuando se trata de garantizar derechos básicos para la subsistencia digna, ya que la llamada “reserva de lo posible” es aplicable de forma justificada en algunos casos, y no así cuando el presupuesto es mal administrado o inequitativamente distribuido.

rece ser que el ejemplo expuesto no es el único caso en el cual un derecho o prerrogativa de orden formal o procedimental (en el sentido amplio de la palabra) es confundido, al menos discursivamente, con un derecho sustantivo.

La idea de interdependencia de los derechos humanos es pertinente, sin embargo, en el ámbito práctico puede incluso resultar contraproducente si no atendemos a las prioridades vitales o de subsistencia. Es complicado asumir que el derecho a la vivienda y el derecho al acceso a la información, por ejemplo, tienen la misma jerarquía, sobre todo en contextos de pobreza. Es cierto que esa interdependencia no implica paridad de importancia, pues se puede argumentar que no hay manera de considerar solo algunos DDHH y priorizarlos, pues su materialización es dependiente de otros. Lo cierto es que sí es posible, pero sucede que dentro de nuestra subjetividad y condiciones específicas podemos dar gran importancia a unos u otros derechos, puesto que, en nuestra cotidianidad vemos materializados (o no) otros más.

Ya sea desde la perspectiva constitucional (derechos fundamentales) o desde el discurso internacional de DDHH, Internet es calificado como un derecho, uno de la más importante consideración dentro del ámbito jurídico. Por lo que ve al estatus de derecho fundamental a Internet, en el artículo 6, párrafo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece lo siguiente: “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios”. En la página oficial del Gobierno de México se afirma que Internet es un derecho constitucional desde 2013 como resultado de la reforma en telecomunicaciones. Ante esto caben dos comentarios: en primer lugar, de la letra de la Constitución se entiende que Internet es un derecho que contribuye a la efectividad de la inclusión de las personas en la dinámica de la sociedad de la información y la sociedad digital,² además de incidir en la promoción de la competitividad en servicios de telecomunicaciones, cuestiones que resultan formales; en segundo lugar, es un error terminológico (desde el ámbito estrictamente jurídico) o un discurso demagógico afirmar que el reconocimiento de tal derecho lo “garantiza”,

2 Existe una diferencia entre estos dos conceptos; sin embargo, para efectos de este artículo se utilizarán como sinónimos, ya que exponer esas distinciones concretas no es el objeto que aquí nos ocupa. Aun si se parte de la aceptación de dichas diferencias, el derecho de acceso a Internet aplica o es pertinente para ambos tipos de sociedades.

como se sostiene en el portal de gobierno previamente mencionado, donde se lee que “al implementar este cambio en su ley fundamental, México se convirtió en el octavo país a nivel mundial en garantizar este derecho a su ciudadanía”. Cabe mencionar, además, que como se establece en el artículo citado, el servicio de Internet en México se delega y el Estado solo mantiene una obligación constitucional para la realización de este derecho: establecer las condiciones que permitan que la competencia entre las empresas genere (efectivamente) el servicio; en este sentido, si el Estado no es proveedor directo de Internet, habría que resolver si, en caso de incumplimiento, las empresas son responsables y en qué medida.

En cuanto a la perspectiva de DDHH, es a través de la cuarta generación que se entiende al acceso a la tecnología como estándar de calidad de vida que debe ser llevado a todas las personas (Altamirano, 2017, p. 4). Se sostiene que dicho derecho no tiene un mero papel instrumental en la actualidad, ya que irrumpe incluso en las formas de dominación contemporáneas (p. 9). Es cierto que las tecnologías son generadoras de oportunidades y de mejor calidad de vida para muchos, así como de brechas de desigualdad que afectan a todo aquel que no logre acceder a las mismas. Bajo ese entendido, en la actualidad adquieren gran relevancia. Sin embargo, es necesario hacer una distinción entre medios y fines. Es verdad que no existe mayor conflicto en considerar el acceso a Internet como un derecho, lo que, bajo una concepción iuspositivista ortodoxa, en general, simplemente tendría que ser una prerrogativa válida y no justa ni necesaria, ni tampoco justificada. El problema tampoco radicaría en entenderlo como un derecho fundamental y humano, sino en hacerlo y, posteriormente, extraer esa determinación y las acciones consecuentes del contexto en que se colocan. Resulta innegable que Internet es un medio facilitador de la información, quizá el más democrático y rápido en la actualidad. Eso pesa enormemente en la sociedad digital, donde se vuelve especialmente importante su obtención y su posible procesamiento para llegar al conocimiento que repercute en la existencia del ser humano y su entorno. Es justamente en esta línea que el acceder a las tecnologías (entre ellas a Internet) constituye un camino hacia la concreción de DDHH (figura 3.1).

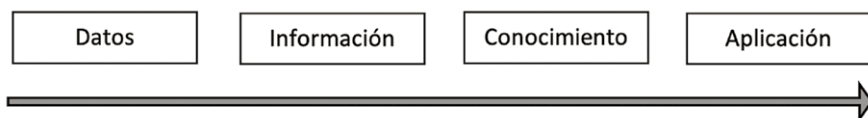


Figura 3.1 La información en el proceso de conocimiento

Fuente: elaboración propia.

Es preciso comprender el papel del acceso a Internet en la dinámica de realización de derechos, sobre todo de los que se le atribuyen a la persona humana en tanto digna.

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Este derecho, que solo se comprende bajo la lógica de derechos universales enunciada en el apartado previo, refiere a un conjunto de condiciones básicas o satisfactores esenciales para asegurar la subsistencia digna; a partir de esa base es que puede tener lugar una transición hacia la autonomía. Esto quiere decir que el concepto “mínimo vital” hace alusión a diversos derechos: a la alimentación, a la salud, a la vivienda, al trabajo, entre otros que podríamos considerar prioritarios para la existencia digna. Sin embargo, no es un catálogo predeterminado o absoluto, sino una herramienta conceptual que fija el camino para ponderar el valor de otros derechos. Existen autores que defienden la educación como parte de un mínimo vital, así como la seguridad social (Silva, 2014, p. 239), el agua o el medioambiente (Aguirre, 2018, pp. 194 y 195). Al ser un concepto relativamente nuevo, queda mucho por estudiar al respecto de su delimitación. Incluso, se puede afirmar que difícilmente es un concepto susceptible de ser delimitado en todo tiempo y lugar. El mínimo vital se fundamenta —como todo derecho humano— en la dignidad que establece el “límite de lo moralmente admisible” (Vázquez, 2015, p. 32). La diferencia entre ambos conjuntos de derechos (mínimo vital y derechos humanos en general), en términos amplios y adicionalmente a lo ya mencionado, puede explicarse en dos sentidos:

Primero, los autores coinciden en que el contenido del mínimo vital es relativo a derechos sociales (prestacionales, materiales, económicos) aunque no se acote a la cuestión monetaria. Los DDHH son más generales, por lo que su contenido no se ciñe a los llamados derechos económicos, so-

ciales y culturales (DESC), sino que han pasado por una primera generación liberal; luego transitan hacia una inclusión de los DESC; después, en una tercera generación, se habla de derechos de solidaridad o de los pueblos, y es en la cuarta generación donde encontramos derechos asociados con la tecnología y, por ende, con la sociedad digital. Todas las generaciones de DDHH, como es sabido, tienen la misma jerarquía, pero el mínimo vital nos obliga a someter a un análisis más estricto el tema de la interdependencia y la indivisibilidad de tales derechos. Es esto lo que motiva este trabajo y en donde se explica su propósito.

El segundo punto de distinción es muy cercano al primero y también tiene que ver con la pertinencia del mínimo vital que surge a partir de la necesidad de asumir que el Estado liberal (y, por lo tanto, la concepción puramente liberal de los DDHH) no es suficiente para concretar un verdadero Estado de derecho, ya que, como afirman Holmes y Sunstein (2011), “la libertad no tiene mucho valor si quienes en apariencia la poseen carecen de recursos para hacer efectivos sus derechos” (p. 38). Para que la libertad sea efectiva hacen falta condiciones sociales que la fomenten. Nussbaum (2012, p. 93) asegura que cuando se habla de libertad a partir de las capacidades —o libertad como capacidad (Cejudo, 2007)— debe tenerse en cuenta que, por sí solas, las libertades no constituyen un proyecto político coherente, ya que para comprenderlas como socialmente deseables su ejercicio implica restricciones y efectividad de derechos sociales y creación de capacidades centrales (libertades básicas) en las personas, lo que permite una integridad en la propuesta:

todo proyecto político que se proponga proteger la igualdad de valor de ciertas libertades básicas para las personas pobres y mejorar las condiciones de vida de estas necesita proclamar con toda franqueza que algunas libertades tienen una importancia central a efectos políticos y otras, claramente, no la tienen (Nussbaum, 2012, p. 94);

para lo anterior, ejemplifica mencionando que

la libertad de las personas ricas para efectuar generosas donaciones a las campañas electorales puede socavar la igualdad del derecho al voto de todas las personas. La libertad de la industria para contaminar el medioambiente empobrece la libertad de los ciudadanos y las ciudadanas para disfrutar de un entorno no contaminado (p. 93).

A diferencia de Amartya Sen, Nussbaum (2012, p. 92) enfatiza la importancia de algunas capacidades sobre otras, lo que en términos técnicos del campo jurídico puede permear el ámbito de los derechos sociales básicos, aunque los autores trabajan a partir del concepto de libertad.

Lo anterior implica que, en teoría, la materialización de aquellos derechos que podemos considerar básicos para la subsistencia digna son los que permitirían a toda persona ser autónoma (auto normarse) y, por lo tanto, ejercer su libertad de una manera consciente y responsable. El liberalismo no puede sostenerse solo. Así, esta diferencia radica en la prioridad y urgencia del mínimo vital frente a otros derechos, incluso de algunos que, en lo abstracto y al generalizar, figuran también como DDHH. Vale la pena dejar claro que un concepto no excluye al otro, sino que son complementarios. No se puede olvidar que una democracia participativa también requiere de “dosis” de liberalismo, por lo que un Estado que se asuma social debe sostenerse al mismo tiempo con las bases de los derechos civiles y políticos (Cárdenas, 2009, p. 237).

El mínimo vital no es un derecho plasmado textualmente en la Constitución mexicana³ ni en tratados o declaraciones internacionales. Sin embargo, está implícito a lo largo de dichos documentos y sus alcances han sido abordados por los tribunales, lo que ha permitido que se vuelva un derecho exigible para las administraciones públicas. De hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) lo considera un derecho constitucional o fundamental (2007), y emite la siguiente explicación:

El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1, 3, 4, 6, 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que

3 Aunque, por ejemplo, la Constitución Política de la Ciudad de México sí contempla al derecho al mínimo vital en su artículo 9 y 17, inciso G.

la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria.

Desde una perspectiva fiscal, el mínimo vital constituye un freno a la facultad de embargo que la administración pública tiene sobre los bienes de las personas físicas (bienes que puedan resultar necesarios para vivir dignamente), así como la imposibilidad de privar del salario. Después podemos ver que la transformación doctrinal del concepto ha llevado al mínimo vital más allá del ámbito fiscal y laboral, pues se puede entender como una serie de satisfactores o condiciones vitales que dignifican la existencia y, por lo tanto, son imprescindibles para no afectar la integridad de la persona; esto debe lograrse por medio de medidas positivas y negativas (República de Colombia, 2003):

La dimensión positiva de este derecho fundamental presupone que el Estado, y ocasionalmente particulares... están obligados a suministrar a la persona que se encuentre en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna.

Como se observa, a pesar de la interdependencia de los DDHH, estos derechos pueden ser priorizados en tanto que su materialización atiende a una necesidad de primer orden y no a un interés que, aunque pueda considerarse legítimo e importante para todo ser humano, su ineffectividad no supondría afectaciones directas a la vida o a aquellas necesidades que son primordiales para la subsistencia. Cabe mencionar, finalmente, que parece haber cierto consenso en que el mínimo vital puede relativizarse. Aguirre (2018) menciona que “la doctrina constitucional más reciente sostiene que este [el mínimo vital] no se puede establecer a priori ... [pues] obedece a una

evolución cualitativa de las necesidades del individuo en un contexto dado” (p. 197), lo que constituye un problema desde cierta perspectiva, ya que se puede hacer referencia a marcos que delimiten las necesidades básicas, pero para el nivel de vida siempre se fijarán metas progresivas, lo que eleva al infinito las posibilidades y se vuelve complejo fijar un umbral mínimo.

Es cierto que no hay forma de desprender el concepto del mínimo vital del contexto, y que eso supone tomar en consideración las posibilidades de obtención de satisfactores en una sociedad determinada, pues, como la pobreza relativa,⁴ parece ser que podemos medir la insatisfacción de los mínimos vitales a partir de esos ingresos o condiciones que no se poseen pero que la media de la sociedad sí puede obtener. En el mismo sentido, la tesis jurisprudencial I. 4o. A. 12K (10a) del Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito afirma que el mínimo vital “es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales” (Tesis jurisprudencial I. 4o. A. 12 K”, 2013, 1345), por lo que propone un análisis casuístico de las circunstancias concretas en las que se requiera determinarlo, lo que necesariamente supondrá un juicio. De nuevo, esta solución otorga un grado de certeza mayor que la delimitación general de lo que podemos entender por “condiciones básicas para subsistir dignamente”, pero resulta poco realista pensar que cada persona que considere carecer de dichas condiciones podrá llevar a cabo un proceso jurisdiccional para hacerlas efectivas. Aquí es donde se debe pensar al mínimo vital como un conjunto de condiciones estructurales, sistemáticas, que permitan a las personas acceder de forma equitativa a las oportunidades para hacer efectivo un núcleo básico de derechos.

Resolver el conflicto de la pobreza, sobre todo generada por desigualdades graves⁵ (Anderson, 2015), es pertinente debido a que la carencia de los recursos o de las condiciones básicas constituye una afectación directa a la posibilidad autónoma de participación plena en la existencia,⁶ inhibe la posibilidad de realización en un nivel digno de subsistencia para todo ser

4 La pobreza relativa se entiende como la carencia de recursos necesarios que permitan participar de manera plena en la existencia, así como lo harían la mayoría de los conciudadanos. Esto quiere decir que la línea de pobreza no se fija en el vacío, sino que atiende al contexto social, histórico, cultural, etcétera (Therborn, 2016, p. 28).

5 La desigualdad puede ser entendida como el fenómeno social que se deriva de un orden normativo, de una situación natural o de interacciones entre las personas que producen diferencias culturales (Noguera, 2004).

6 Repercute en la colaboración y participación ciudadana, al menos desde la perspectiva institucionalizada de la misma (se excluyen las luchas sociales).

humano (Aguirre, 2018, p. 34) y niega las posibilidades de desarrollo de capacidades (Therborn, 2016).⁷ Cortina (2017) afirma que, en la actualidad, el argumento que hace pertinente la búsqueda de la eliminación de la pobreza se entiende concordante con el deontologismo kantiano que afirma la dignidad de todas las personas, y que no requiere mayor cálculo para reconocerles en sus necesidades, capacidades, cualidades y merecimientos (p. 95). Al respecto, Nussbaum (2012) considera que

si entendemos que una sociedad no es mínimamente justa hasta que facilita a sus miembros las precondiciones de una vida que esté a la altura de la dignidad humana, entonces incumbe a los actores políticos indagar y determinar qué elementos se necesitan para que una vida sea así... Parece de suma y urgente importancia distinguir aquellos factores que son auténticamente fundamentales (como la libertad de expresión o la protección de la integridad física) de aquellos que no lo son (p. 95).

EL ACCESO A INTERNET Y OTROS DERECHOS

Aquí presentaremos algunos derechos en los cuales Internet tiene una injerencia importante, bajo la reflexión de la cuarta ola de DDHH que afirma que el acceso a las tecnologías es una condición que el ser humano requiere en la actualidad y que cobra mayor trascendencia a partir de la pandemia por covid-19. Hay derechos que, en las condiciones idóneas, se ven claramente beneficiados por la celeridad de Internet como medio para concretarlos, como el acceso a la información o el debido proceso. La pandemia catapultó y reafirmó la dependencia a Internet en virtud del fenómeno del “nomadismo digital” (Estévez, 2020), donde todos tuvimos que ser nómadas digitales, o al menos esa era la exigencia, aunque es sabido que no todos contábamos con las condiciones para la transición obligada y acelerada. Internet quedó de cara a aspectos básicos como la economía y el trabajo y afectó aquellas actividades que no mudaran a medios virtuales.

7 “La desigualdad es una violación de la dignidad humana porque deniega la posibilidad de que todos los seres humanos desarrollen sus capacidades. La desigualdad toma muchas formas y surte muchos efectos: muerte prematura, mala salud, humillación, sujeción, discriminación, exclusión del conocimiento o de la vida social predominante, pobreza, impotencia, estrés, inseguridad, angustia, falta de orgullo propio y de confianza en uno mismo, sustracción de oportunidades y de chances vitales. De ahí que la desigualdad no sea solo una cuestión de billetera: es un ordenamiento sociocultural” (Therborn, 2016, p. 9).

Para sintetizar y resaltar algunos derechos que parecen favorecidos a partir de Internet, mencionaremos —a grandes rasgos— lo concerniente al derecho a la educación, a la libertad de expresión y a la acción colectiva contemporánea. En el derecho a la educación, que para algunos autores es parte del mínimo vital, el acceso a Internet cambia completamente la dinámica de enseñanza-aprendizaje; brinda gran facilidad para obtener datos e información (como uno de los medios más democráticos y rápidos); bien utilizado, puede incidir positivamente en la obtención de perspectivas muy variadas y de conocimiento del mundo que de otra forma sería de imposible o muy difícil acceso para millones de personas, lo que permite realizar reflexiones críticas respecto del propio entorno y puede contribuir a la eliminación de prejuicios culturales. En un sentido similar, Castells (2002) considera que

Internet, una vez que existe como tecnología potente insertada a la práctica social, tiene efectos muy importantes... sobre el desarrollo de nuevas formas culturales, tanto en el sentido amplio, es decir, formas de ser mentalmente de la sociedad, como en el sentido más estricto, creación cultural y artística.

La utilización de Internet “es, en principio, favorable para la interacción y la comunicación entre iguales y también para la satisfacción de las necesidades de ocio, aunque su utilización excesiva puede fomentar el aislamiento y la distorsión de las relaciones sociales” (Ochaita *et al.*, 2011, p. 108). Balderas (2009) asegura que “arribar a la sociedad del conocimiento solo sucederá cuando contemos con un elemento clave: la educación” (p. 79); sin embargo, esta ha sido una transformación que se ha visto obstaculizada en México por la corrupción, en términos generales. Aun así, persiste la importancia de incorporar tecnologías que favorezcan las dinámicas en el aula (Balderas, 2009). Lo importante aquí es que se logre un balance entre las prioridades presupuestales que incluirían una distribución equitativa del gasto dedicado a educación para que cada vez sea posible para más personas acceder a ella. El contexto nos indica que algo debe hacerse al respecto de la disponibilidad, pues por cada mil titulares de este derecho, aproximadamente el 20 % puede hacerlo efectivo (CONEVAL, 2018, p. 152).

En cuanto a los aspectos negativos de una posible hipervirtualización de la educación, se puede afirmar que esto genera distanciamiento entre todos los actores implicados (docentes, compañeros, administrativos), lo que afecta la generación de relaciones sociales que tiene lugar tradicionalmente

en los edificios escolares, así como el desarrollo de habilidades interpersonales; en un grado alto, la educación virtual significaría “el fin del estudiantado como forma de vida” (Agamben, 2020). Boaventura de Sousa (2020) menciona que el modelo educativo tendría que basarse en una relectura de Paulo Freire que permitiera la liberación y que considerara al oprimido. En este sentido, el autor asegura que

la gente está siendo marginada totalmente fuera de los procesos educativos... ¿cómo vamos a hacer la educación después de la pandemia? La pandemia ha mostrado que nosotros podemos hacer webinars, entonces la educación va a ser *online*, va a ser por Internet. No es simplemente la cuestión de la ciudadanía digital y la inequidad que eso significa, es que la educación es transmisión de contenidos, es también socialización, es salir de la familia y convivir. Los estudiantes aprenden más entre ellos que de los maestros, aprenden a vivir, a cuestionarse, a hacer ciudadanía (Programa Universitario de Estudios sobre Democracia, Justicia y Sociedad y Universidad Nacional Autónoma de México, 2020).

Estévez (2020) asegura que las nuevas dinámicas de la pandemia, no solo en el ámbito educativo, sino también en lo laboral, precarizan a nuevos sujetos: quienes se movilizan son estigmatizados, por lo que el espacio para llevar a cabo las actividades diarias son plataformas de teleconferencia. Ante esto, el acceso a Internet se ve erigido como un satisfactor de suma importancia, como el medio que puede posibilitar —incluso— satisfactores de primera necesidad.

Por lo que ve a la libertad de expresión, Altamirano (2017) considera que este derecho constituye “uno de los aspectos más relevantes de la tecnología telemática con relación a los derechos humanos... En este contexto es también una condición de posibilidad para la defensa y el desarrollo de los demás derechos” (p. 7). Múltiples trabajos exponen la trascendencia de esta herramienta para la libertad de expresión, tanto en su aspecto positivo como negativo. El aspecto positivo destaca, debido a que “Internet ofrece a los individuos medios para realizar —en un grado sin precedentes hasta ahora— lo que las constituciones democráticas garantizan a los ciudadanos desde hace años y decenios, o incluso siglos” (Unesco, 2005, p. 46). Bustamante (2001) considera que la pluralidad de fuentes es una condición para hablar propiamente de libertades de pensamiento, de conciencia o de religión, y si no existe un verdadero acceso a esas fuentes no tiene sentido que el discurso

asuma que existe libertad de expresión sin fronteras. Este derecho, bajo la dinámica actual, presupone la libre circulación de datos y de información cuya divulgación es ampliamente beneficiada por Internet, pero al mismo tiempo genera cuestionamientos como el concerniente a si todos los contenidos merecen ser accesibles y en qué medida (Unesco, 2005, pp. 39 y 41). Al respecto, Altamirano (2017) afirma que

una utilización inadecuada de dicha tecnología implicaría el menoscabo de las libertades públicas civiles, e incidiría en la disminución de los estándares de vida y en un desequilibrio entre poder personal e institucional... Los embates a los derechos humanos en forma de acciones políticas se traducen en ausencia o carencia de alimentos, tortura, discriminación, flujos migratorios o de refugiados, recorte de libertades civiles, etc. En el ciberespacio, dichas acciones cobran un cierto carácter de invisibilidad frente al escrutinio público y, por tanto, la aparente inmaterialidad e invisibilidad de los ataques precisa nuevas formas de análisis (p. 27).

El autor considera que, desde la perspectiva negativa de estas tecnologías, los poderes constituidos han recibido el favor de las mismas, “ha sido una prolongación de la política por distintos medios”; empero, su democratización permite que las personas puedan gozar de sus beneficios, y aunque la simple existencia de Internet no presupone que este sea un recurso que democratiza la información y el conocimiento, puede constituir “una dinámica que cambia la orientación concentrada y centralizadora que ha caracterizado, hasta el momento, a gran parte del desarrollo tecnológico” (Altamirano, 2017, p. 27).

En cuanto a la acción colectiva contemporánea o protesta social,⁸ se destaca que, para las democracias actuales, Internet se erige como un espacio de debate público donde existe una “mayor capacidad de organización horizontal” (Bustamante, 2001). Esto permite transformar las posibilidades tradicionales de los actores en el escenario público, ya que quienes tenían mayor capacidad para permear en las decisiones por contar con otros medios de poder, ven trastocado su control y su poder por el recurso de Internet. Ante el abaratamiento del acceso a Internet, las comunicaciones a través de

8 La relevancia del derecho a la acción colectiva radica en la importancia de las exigencias sociales para el reconocimiento y posterior realización efectiva de los derechos.

este rompen con la jerarquía existente previa a este medio. En el panorama amable que brinda esta herramienta para la divulgación de cualquier contenido —lo que, como se ha dicho, coloca a los actores en un escenario de relativa igualdad— debe ser ponderada la verdadera capacidad que sigue teniendo el poder económico para mantener su estatus dentro de ese espacio.

Sin embargo, ante la sustitución de la acción colectiva presencial por los medios virtuales surge un problema moral que Bauman (2009, pp. 70 y 71) ya advertía: que el confrontamiento “cara a cara” con el otro es lo que forja las relaciones interpersonales y, por lo tanto, da paso a la convivialidad; seguramente, la falta de interacción directa, la intermediación de Internet en esa relación ética constituye un problema para la búsqueda de reconocimiento recíproco. También resulta cierto que la acción colectiva suele tener procesos previos donde los actores se informan o, como afirma Tamayo (2016, p. 364), que Internet funge estrictamente como un medio para organizar y divulgar una convocatoria a una manifestación o todo un movimiento organizado a través de Internet. Por lo anterior, esta herramienta no deja de ser valiosa. Bien utilizada (y sin perder de vista la relación ética originaria) contribuye favorablemente al derecho que aquí nos ocupa. No sería idóneo, sin embargo, trasladar toda la acción colectiva a lo inmaterial; el espacio virtual no tiene las potencialidades del espacio físico. Therborn (2016, p. 100) considera que las redes sociales electrónicas constituyen un verdadero medio de comunicación “autogenerado de masas”, y que las protestas que se han apoyado en esos medios muestran claramente su potencial para movilizar, pero, al mismo tiempo, se evidenciaron sus límites para contribuir a la transformación social.

Internet no es un medio “bueno” o “malo” *per se*, es un recurso que en ciertas condiciones puede mejorar el ejercicio de los derechos y, en otras, puede limitarlos o atacarlos directamente. Si lo clasificamos como un derecho, aunque muy pertinente, parece conflictivo etiquetarlo como uno humano y fundamental cuando su valor es instrumental. Por supuesto, no se puede dejar de lado su importancia debido a que las transformaciones que trae consigo la tecnología están generando nuevas formas de entender el mundo y de practicar las actividades cotidianas (Torre, 2018).

La cuestión radica, para fines de este trabajo, en lo que eso produce en el poder público como obligaciones de acción o abstención, porque el reconocimiento de las libertades es algo que, bajo el actual paradigma de derechos humanos, no está en tela de juicio; tampoco está en entredicho

que el panorama ideal de desenvolvimiento de la libertad humana está en la pluralidad,⁹ pero ¿a qué debe obligarse el poder público? No se hace tal pregunta con la intención de quitar cargas al Estado que son importantes para la vida pública, sino para entrar al ámbito de discusión sobre las necesidades más urgentes (vitales, que no pueden ser postergadas) y asumir que, ante presupuestos y capacidades estatales siempre limitadas, la agenda pública requiere, mediante un ejercicio de ponderación, jerarquizar algunos derechos, incluso entre los que gozan de rango constitucional o dentro del catálogo de derechos humanos reconocidos por los Estados.

EL MÍNIMO VITAL: EJE PARA LA PONDERACIÓN DE INTERNET COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL EN EL CONTEXTO REGIONAL DE DESIGUALDAD

El mínimo vital ha tenido un desarrollo jurisdiccional que podría considerarse muy acotado en nuestro país, al menos temporalmente, y, sin embargo, su construcción es prometedora en cuanto al análisis jurídico situado que produce por lo que ve a las condiciones vitales de las que goza o carece la población, así como las maneras contextuales de hacer frente al problema de la desposesión de los derechos más básicos. Es así que no puede menospreciarse la importancia que está adquiriendo este derecho, que aporta a la solución de la desigualdad vital, existencial y de recursos de la región latinoamericana (Therborn, 2016, pp. 81-100). El contexto nos permite observar las desigualdades estructurales y persistentes que afectan en gran medida los ámbitos más básicos de la subsistencia de millones de personas. A la luz de lo anterior, Internet debe ser valorado no solo en cuanto a su utilidad como medio para la concreción de DDHH y fundamentales (entre ellos los más básicos para la vida digna) sino —y, sobre todo— en cuanto si es prioritario (o no) en la necesaria jerarquización de derechos dentro de la agenda pública.

Es cierto que es plausible incluir el derecho a Internet como un medio

9 Siempre bajo el principio de la dignidad del otro, pues resulta innegable que las distintas posturas de justicia de las democracias actuales deben complementarse: el reconocimiento, la redistribución y la inclusión, así como otras que puedan ser consideradas. Su análisis debe realizarse en el entendido de que la justicia no es reductible y se requiere de la consideración (incluso) de ciertas tensiones que existen entre la identidad y la diferencia, entre la igualdad y la desigualdad, así como otras dicotomías. En este sentido, la pluralidad es necesaria pero la diferencia tiene como límite el respeto a la igual dignidad del otro (Pérez, 2014).

al que se debería poder acceder cada vez con más facilidad en un mundo plagado de información y tecnologías y que en la actualidad se encuentra estrechamente relacionado con el ejercicio efectivo de otros derechos, como se ha visto. La pandemia por covid-19 produjo un nomadismo digital generalizado (Estévez, 2020), donde los sujetos se ven obligados a migrar a diversas plataformas para realizar sus actividades cotidianas, incluidas las más básicas para la subsistencia. Así, el “analfabetismo digital” (esto es, el desconocimiento en el uso de las tecnologías necesarias para esa migración) comúnmente generado por la brecha digital en términos de imposibilidad o dificultad en el acceso a dichas tecnologías, resulta en un conflicto asociado a la subsistencia (Icaza *et al.*, 2019). Sin duda, la pandemia visibilizó y profundizó desigualdades, entre las cuales se hicieron importantes aquellas relacionadas con la falta de acceso a Internet y a la tecnología en general, cuestiones ya existentes pero que se agudizaron con la crisis que trajo el problema sanitario (CEPAL, 2021; Valenti, 2020) y que, se puede afirmar, generan una nueva forma de exclusión social: la exclusión digital.

Sin embargo, cuando hablamos del mínimo vital (y conceptos afines como bienes primarios, necesidades básicas, umbral mínimo de necesidades, esfera de lo indecible o procura existencial) nos colocamos en una discusión de otro orden. No estamos en el terreno de lo útil, de lo que facilita el acceso a otra cosa o de lo instrumental, sino de lo prioritario para subsistir, de condiciones básicas para vivir. Incluso, cuando se quiere incluir a los sujetos en la sociedad digital hace falta materializar precondiciones para las cuales Internet resulta el medio y no el fin.¹⁰ Es cierto que algún caso concreto nos puede exigir darle mayor importancia a la realización efectiva del derecho a Internet que a otros derechos; empero, es de considerarse que cada vez más trabajos exponen las desigualdades insostenibles existentes en las distintas sociedades; algunas de ellas conciernen a desigualdad de recursos, otras a condiciones existenciales o posibilidades de supervivencia.

Por ejemplo, con la pandemia por covid-19, aun cuando se presentó un nomadismo digital y muchas actividades cotidianas importantes se mudaron a la virtualidad, todo el Estado se volcó sobre la prioridad del derecho a la salud. La salud, que en todo momento es considerada parte del mínimo

10 Por ejemplo, cuando en contextos rurales se tiene como objetivo acercar el conocimiento de las tecnologías a la población, previamente se requiere valorar la manera de materializar ciertas necesidades básicas (Icaza *et al.*, 2019) como salud, alimentación o vivienda. Claro está que Internet puede resultar un canal para la obtención de esos satisfactores.

vital —aunque sus maneras de realización sean diversas— puso mucho más en evidencia su prioridad. El juez Pazmiño (2020), vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha declarado en este escenario que “particularmente, el derecho a la salud y la vida, como otros derechos económicos y sociales, por su implicancia y efecto en grandes conglomerados, especialmente los más vulnerables, deben estar en el centro de las consideraciones de las políticas públicas”. No cabe duda, que a pesar de lo imprescindible que resultó y sigue resultando Internet para numerosas actividades, en los picos de la pandemia nada fue más importante que la salud y, quizá, el trabajo (o algún ingreso para subsistir). Al respecto, la Vicepresidencia del mencionado Tribunal también expone cómo

algunos [países] empiezan a implementar iniciativas novedosas, como, por ejemplo, sobre el acceso a un ingreso mínimo vital a ciertos sectores de la población. Estas iniciativas podrían contribuir a crear mecanismos que nos acerquen al goce efectivo de los derechos humanos y a la justicia social para millones de personas en la región (Pazmiño, 2020).

Justo en el sentido de su urgencia, estos aspectos requieren atención inmediata.

El mínimo vital se sostiene fundamentalmente en la necesidad del establecimiento de una sociedad más igualitaria, al menos en su base. Una de las principales vías para buscar esa igualdad de base se encuentra en posibilitar el acceso a las condiciones necesarias para la vida digna, ya que no solo es conveniente socialmente (lo que sería una visión muy acotada y burda de su importancia), sino que es una consideración ética si se quiere seguir afirmando que se vive en una sociedad heredera del pensamiento moderno y de los derechos universales.

La cuestión con el mínimo vital es que genera una óptica crítica sobre el discurso común de los derechos y pone en el centro las necesidades realmente urgentes o prioritarias. Internet realiza una función realmente importante en la actualidad, no solo en las democracias, sino en aquellas sociedades que buscan democratizarse, al ser —probablemente— el medio de acceso a la información que más goza de esta característica y que permite a las personas introducirse en la sociedad digital, ya que rompe con las dinámicas de poder tradicionales en la difusión y divulgación de esta. Sin embargo, sostener sin más que este derecho se encuentra en un estatus

equivalente a otros derechos tal como el alimento o la salud, es decir, que pertenece a los derechos de más importante consideración, puede generar distintos conflictos en la práctica, sobre todo política o, mejor dicho, politiquera. Se configura una relativa obligación de los gobiernos por velar con el mismo interés por todos los derechos humanos y fundamentales, lo que no supondría conflicto alguno en un primer momento, hasta que volvemos la mirada a los recursos (humanos, monetarios, etcétera) limitados que tiene cualquier gobierno. Después, se observa que el discurso politiquero de los derechos favorece las condiciones para dar a este tipo de prerrogativas un uso demagógico o instrumentalizado para fines personales o de grupo, que afectan las necesidades generalizables (Cortina, 2012, p. 205). La posibilidad de legitimación que tiene algún funcionario público en la actualidad a través de la generación de oportunidades de acceso a medios como Internet atiende solo a los intereses de grupos sociales al menos medianamente acomodados económicamente, grupos que participan en las elecciones, votantes que ven enriquecida su calidad de vida con el acceso cada vez mayor a este medio, pero que muchas veces desconocen o ignoran, de forma deliberada, prioridades comunes que resultan de importancia vital para otros grupos, invisibilizados en el debate público oficial.

La importancia de Internet en la actualidad debe ser defendida, aunque siempre de forma cuidadosa y con miras a otras realidades. Al hablar de Internet como tecnología idónea para el acceso a la información, debemos tener en cuenta otras prioridades sociales, derechos aún pendientes de realización efectiva para millones, que son previos en cuanto a su urgencia y que resultan básicos incluso para la propia vida, como el alimento. El acceso a Internet es reconocido en la actualidad como un medio de gran importancia para formar parte de la dinámica de la sociedad digital y, por lo tanto, para acceder a otros derechos. ¿Qué lo hace menos prioritario? No lo es *per se*; esa prioridad de Internet será válida en pos de la materialización del mínimo vital o como medio para dicha materialización. Una vez realizado un mínimo de subsistencia digna para todas las personas que conforman una comunidad, todos los derechos humanos y fundamentales restantes se erigirán sobre una base sólida.

Defender un estatus jurídico prioritario del acceso a Internet debe pasar por el filtro de ser entendido como herramienta para concretar, antes que nada, derechos de subsistencia. Sin el acceso a alimentos, para millones no tiene sentido el acceso a Internet. La pretendida ciudadanía digital

que (como afirma Boaventura) en las condiciones actuales solo se puede presentar con una inequidad muy profunda, no será posible hasta que otras necesidades mucho más fundamentales sean subsanadas en los contextos donde la pobreza (y toda la vulnerabilidad que conlleva esa condición) debería ser atendida con prioridad y de raíz. Aunque hay naciones con índices de pobreza mucho más graves que otros, este es un conflicto que compete a la humanidad en su conjunto.

CONCLUSIÓN

El debate del presente trabajo no tiene la finalidad de acotar injustificadamente los derechos ganados, como es el acceso a Internet, sino de hacer un ejercicio reflexivo de priorización frente a un contexto determinado. No se niega la trascendencia de la progresividad de los DDHH y no se pretende con esto acometer contra los beneficios de la sociedad digital, si esta fuera equitativa. Aquí está, sin embargo, la cuestión: en la sociedad digital, al tratarse de algo tan importante, es necesario reconocer los medios que facilitan la comunicación, así como la obtención de datos e información para poder convertirlos en conocimiento útil y certero que aporte a la materialización efectiva de los derechos que, con tales medios, se están salvaguardando. Esta clara diferencia nos permite no perder el horizonte cuando hablamos de derechos subjetivos en general, derechos humanos y fundamentales (en el caso del marco constitucional de cada Estado), y, podríamos agregar —o encontrar ya dentro de los dos últimos catálogos mencionados—, el mínimo vital.

Las transformaciones aceleradas que produjo la pandemia hacen que se genere una confrontación entre las maneras tradicionales que tenemos de ver las necesidades y las nuevas realidades. La salida frente a la disyuntiva entre los derechos que están en colisión no es sencilla, porque Internet puede ser el canal para la materialización de derechos pertenecientes al mínimo vital. Es cierto que las respuestas deben ser —en buena medida— casuísticas, pero la priorización de derechos (es decir, la planificación para atender ciertos derechos con mayor urgencia que otros, en términos generales) no puede postergarse en el panorama actual, pues ya no solo ha de admitirse la existencia de recursos monetarios limitados, sino la necesidad de salvaguardar recursos naturales para asegurar la subsistencia en el planeta. Esta afirmación no debe acercarse siquiera a las ideologías de los regímenes dictatoriales que limitan las libertades (y los derechos en general) para mantener el

orden por encima del bienestar de las personas y de la dignidad de estas. La finalidad de esa priorización es, en todo momento, de carácter administrativo, y sin perder de vista el fundamento de todo derecho y el principio por el

que debe velar todo poder público: la dignidad.

REFERENCIAS

Altamirano, G. (2017). *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública; Cámara de Diputados LXIII Legislatura. <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Centros-de-Estudio/CESOP/Estudios-e-Investigaciones/Estudios/Los-derechos-humanos-de-cuarta-generacion.-Un-acercamiento>.

Agamben, G. (23 de mayo 2020). Réquiem por los estudiantes. *Artillería Inmanente*. <https://artilleriainmanente.noblogs.org/?p=1514>.

Aguirre, J. (2018). *Dignidad humana y mínimo vital. Dos derechos de construcción jurisprudencial contra la pobreza*. Tirant Lo Blanch.

Anderson, T. (2015). ¿Por qué importa la desigualdad? Del economicismo a la integridad social. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, (223), 191-208. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/45384/40861>.

Bailón, M. (2009). Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de las minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, (12), 103-128. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>.

Balderas, R. (2009). ¿Sociedad de la información o sociedad del conocimiento? *El Cotidiano*, (158), 75-80. <https://www.redalyc.org/pdf/325/32512741011.pdf>.

Bauman, Z. (2009). *Ética posmoderna*. Siglo XXI Editores.

Bustamante, J. (2001). Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, (1). <https://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>.

Cárdenas, J. (2009). *Introducción al estudio del derecho*. UNAM (IIJ); Nostra Ediciones.

Castells, M. (2002). La dimensión cultural de Internet. <https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articulos/castells0502/castells0502.html>.

Cejudo, R. (2007). Capacidades y libertad. Una aproximación a la teoría de Amartya Sen. *Revista Internacional de Sociología*, (47), 9-22. <https://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/50/50>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (cepal). (2021).

El impacto social de la pandemia en América Latina. *Claves de la CEPAL para el desarrollo. Panorama Social de América Latina* 2020, (8). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46740/1/S2000182_es.pdf.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (coneval). (2018). *Estudio diagnóstico del derecho a la educación*. CONEVAL. https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Derechos_Sociales/Estudio_Diag_Edu_2018.pdf.

Cortina, A. (2012). *Ética aplicada y democracia radical*. Tecnos.

Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós.

Cruz, J. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4746/12.pdf>.

En México, el acceso a Internet es un derecho constitucional (2016). *Gobierno de México*. <https://www.gob.mx/gobmx/articulos/en-mexico-el-acceso-a-internet-es-un-derecho-constitucional>.

Estévez, A. (4 de noviembre de 2020). Covid-19 y la migración forzada del zoomismo. *Nexos*. <https://migracion.nexos.com.mx/2020/11/covid-19-y-la-migracion-forzada-del-zoomismo/>.

Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI Editores.

Icaza, D., Campoverde, G., Verdugo, D. y Arias, P. (2019). El analfabetismo tecnológico o digital. *Polo del Conocimiento*, 4(2), 393-406. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/922/pdf#>.

Kant, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Pedro M. Rosario Barbosa.

Noguera, J. (2004). Sobre el concepto de desigualdad en ciencias sociales. <https://grupsderecerca.uab.cat/gsadi/sites/grupsderecerca.uab.cat.gsadi/files/noguera/%28%29sobreElConceptoDeDesigualdadEnCienciasSociales%5BNOGUERA%5D.pdf>.

Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós.

Ochaita, E., Espinosa, Á. y Gutiérrez, H. (2011). Las necesidades adolescentes y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. *Revistas de Estudios de Juventud*, (29), 87-110. <http://www.injuve.es/sites/default/files/RJ92-07.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). (2005). *Hacia las sociedades del conocimiento*. Ediciones UNESCO. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/>

pf0000141908.

Pazmiño, L. (15 de mayo de 2020). Derecho a la salud y Covid-19. Una lectura en clave de derechos humanos: indivisibles, interdependientes y no regresivos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/noticias/Derecho%20a%20la%20salud%20y%20Covid%2019-PPF.pdf>.

Pérez, O. (2014). *Por senda de justicia. Inclusión, redistribución y reconocimiento*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Programa Universitario de Estudios sobre Democracia, Justicia y Sociedad y Universidad Nacional Autónoma de México (19 de junio de 2020). *Elena Álvarez y Boaventura de Sousa: Democracia, ciencia y movimientos sociales* [video]. <http://www.unamglobal.unam.mx/?p=86519>.

Quadra-Salcedo, T. de la (2018). Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En M. Barrio y J. Torregrosa (Coords.), *Sociedad digital y derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-NT-2018-97.

República de Colombia (2003). Corte Constitucional. Sentencia C-776/03. <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/100930-corte-constitucional-de-colombia-c-776-03>.

Silva, J. (2014). El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia. En M. Cervantes, M. Emanuelli, O. Gómez y A. Sandoval (Coords.), *¿Hay justicia para los Derechos Económicos Sociales y Culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. UNAM.

Tamayo, S. (2016). *Espacios y repertorios de la protesta*. UAM Azcapotzalco, Red Mexicana de Estudios de los Movimientos Sociales.

Tesis aislada 1a. XCVII (2007). Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* [Novena Época, tomo xxv, mayo de 2007, 793].

Tesis jurisprudencial I. 4o. A. 12K (10a.). (2013). Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* [Décima Época, libro xvii, de octubre de 2013].

Therborn, G. (2016). *Los campos de exterminio de la desigualdad*. Fondo de Cultura Económica.

Torre, I. de la (2018). La disrupción tecnológica ya está aquí. Cómo afecta a las personas, los gobiernos y las empresas. *Cuadernos de Estrategia. Ministerio de Defensa*, (199), 25-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6831582>.

Valenti, M. (2020). La pandemia de las desigualdades. <https://www>.

clacso.org/la-pandemia-de-las-desigualdades/.

Vázquez, R. (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Wark, J. (2011). *Manifiesto de derechos humanos*. Ediciones Barataria.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

THE AUTHORITY OF LEGAL EMOTIONS:
MYSTICISM OR TRUTH? LEON PETRAŹYCKI'S
LEGAL REALISM VS. NATURAL LAW*

EL AUTORITARISMO DE LAS EMOCIONES JURÍDICAS:
¿MISTICISMO O VERDAD? EL REALISMO JURÍDICO DE
LEON PETRAŹYCKI VS. LA LEY NATURAL

O AUTORITARISMO DAS EMOÇÕES JURÍDICAS:
MISTICISMO OU VERDADE? O REALISMO JURÍDICO
DE LEON PETRAŹYCKI VS. LEI NATURAL

JULIA STANEK*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a5

Abstract

The present paper examines Leon Petrażycki's realistic theory of law and John Finnis' natural law-driven criticisms on the concept of legal emotions. At the beginning of the 20th century Leon Petrażyc-

* This paper has been prepared within the National Science Centre in Poland project nr 2019/33/B/HS5/01521. The author wishes to thank Prof. Edoardo Fittipaldi for his insightful comments.

** PhD, Assoc. Prof., Faculty of Law, Administration and International Relations; Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University. ORCID: 0000-0001-8022-2196; email: jstanek@afm.edu.pl. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=en&user=dC2qMKQAAAAJ>

ki developed psychological theory of law. Petrażycki's theory had a substantial influence on the formation of original, apart from the American and Scandinavian legal realism, version of legal realism. Petrażycki's theory is based on his concept of legal emotions which he regarded as belonging to the wider class of ethical emotions. Initially, the author analyses Petrażycki's and his followers approach, which centers around the idea that legal emotions are both mystic and authoritative and to some extent they are perceived as internal restrictions of our freedom. Particular attention is paid to the analysis of the authoritative nature of legal emotions. The author offers an interpretation of the authoritativeness of legal emotions within legal realism. The author postulates that this term should be interpreted as resulting from mental processes associated with experiencing emotions, i.a.(inter alia) intuitive reasoning. In the second part, the author analyses the approach proposed by John Finnis, who holds that legal emotions have the authoritativeness of truth. In the final section, the author discusses the most recent research in the field of legal philosophy, including results of cognitive neuroscience relevant to emotions and intuitive reasoning.

Keywords: legal emotions, psychological theory of law, John Finnis, Leon Petrażycki

RESUMEN

Se examina la teoría realista del derecho de Leon Petrażycki y las críticas iusnaturalistas de John Finnis al concepto de emociones jurídicas. A principios del siglo xx, Leon Petrażycki desarrolló la teoría psicológica del derecho. La teoría de Petrażycki tuvo una influencia sustancial en la formación de la versión original del realismo jurídico, aparte del realismo jurídico estadounidense y escandinavo. La teoría de Petrażycki se basa en su concepto de emociones jurídicas, que consideraba pertenecientes a una clase más amplia de emociones éticas. Inicialmente, se analiza el enfoque de Petrażycki y sus seguidores, que se centra en la idea de que las emociones jurídicas son a la vez místicas y autoritarias y, en cierta medida, se perciben como restricciones internas de nuestra libertad. Se presta especial atención al análisis del carácter autoritativo de las emociones jurídicas. El autor ofrece una interpretación de la autoridad de las emociones jurídicas

dentro del realismo jurídico. El autor postula que este término debe interpretarse como resultado de procesos mentales asociados con experimentar emociones, i.a. (inter alia) razonamiento intuitivo. En la segunda parte, el autor analiza el enfoque propuesto por John Finnis, quien sostiene que las emociones jurídicas tienen la autoridad de la verdad. En la sección final, el autor analiza las investigaciones más recientes en el campo de la filosofía jurídica, incluidos los resultados de la neurociencia cognitiva relacionados con las emociones y el razonamiento intuitivo.

Palabras clave: emociones jurídicas, teoría psicológica del derecho, John Finnis, Leon Petrażycki

Resumo

A teoria realista do direito de Leon Petrażycki e a crítica do direito natural de John Finnis ao conceito de emoções jurídicas são examinadas. No início do século 20, Leon Petrażycki desenvolveu a teoria psicológica do direito. A teoria de Petrażycki teve uma influência substancial na formação da versão original do realismo jurídico, além do realismo jurídico americano e escandinavo. A teoria de Petrażycki é baseada em seu conceito de emoções legais, que ele considerava pertencer a uma classe maior de emoções éticas. Inicialmente, analisa-se a abordagem de Petrażycki e seus seguidores, que se concentra na ideia de que as emoções jurídicas são ao mesmo tempo místicas e autoritárias e, em certa medida, percebidas como restrições internas à nossa liberdade. Atenção especial é dada à análise da natureza autoritária das emoções jurídicas. O autor oferece uma interpretação da autoridade das emoções jurídicas dentro do realismo jurídico. O autor postula que este termo deve ser interpretado como resultado de processos mentais associados à vivência de emoções, i.a. (inter alia) raciocínio intuitivo. Na segunda parte, o autor analisa a abordagem proposta por John Finnis, que sustenta que as emoções jurídicas têm a autoridade da verdade. Na seção final, o autor revisa as pesquisas mais recentes no campo da filosofia jurídica, incluindo os achados da neurociência cognitiva relacionados às emoções e ao raciocínio intuitivo.

Palavras-chave: emoções jurídicas, teoria psicológica do direito, John Finnis, Leon Petrażycki

INTRODUCTION

Leon Petrażycki's theory of law remains practically unknown in the English-speaking world of legal theory and philosophy. However, apart from the well-known American legal realism and Scandinavian legal realism, there also exists an Eastern European one – proposed by Leon Petrażycki and his followers. The purpose of this paper is to discuss John Finnis' views on the Leon Petrażycki's theory of law, particularly on the essence of the authority of morals.¹ To this goal, the following research methods will be used: historical and philosophical analysis of Leon Petrażycki's theory, conceptual and theoretical analysis of legal emotions. I first determine how the concept of ethical emotions was understood by Leon Petrażycki and his followers.² Among ethical emotions, Petrażycki distinguished between legal and moral emotions. Both Petrażycki and his followers primarily focused on the analysis of legal emotions and their types. Nevertheless, all the results arrived at in this paper in regard to legal emotions can also be applied to moral emotions. This section ends with an interpretation of Petrażycki's views (and those of his followers) on the mystical character of legal emotions. I believe that the term mystical, in relation to the authoritativeness of ethical emotions, following Petrażycki's view, should be interpreted as resulting from unconscious psychic processes, i.e., from intuitive reasoning. I also put forward the thesis that the authoritative character of legal emotions does not result from either mysticism or truth but is dependent on the character of legal emotions. In the Section 2, I will address John Finnis' contentions regarding ethical emotions. Finally, in Section 3 I will present the contemporary views on emotions and intuitive reasoning based on the findings of the cognitive sciences, including neurosciences.

1 John Finnis discussed his criticism at the International Academic Conference “The Scientific Legacy of Leon Petrażycki: History and Modernity (on the 150th Anniversary of His Birth)”, which was held on December 14th-15th, 2017, at the Saint Petersburg State University. Finnis John, Some Questions about Normativity and History in Petrażycki, in: eds. Andrey V. Polyakov, Elena V. Timoshina, Edoardo Fittipaldi, John Finnis Meets the Saint Petersburg School of Legal Philosophy: Is a Dialog Between Legal Realism and Natural Law Tradition Possible? Springer Nature, 2022, in preparation.

2 I consider them to belong to the tradition I refer to as Russian legal realism (Brożek *et al.*, 2018).

Ethical emotions

Ethical emotions (also called emotions of duty) play a key role in Leon Petrażycki's theory of law. They are passive-active experiences that do not trigger predetermined special behaviors.³ In other words, ethical emotions are abstract or blanket emotions. Ethical emotions cause the undertaking of the actions which we represent to ourselves when we experience with them. All ethical experiences amount to the representation of a certain behavior and an ethical emotion, either appulsive or repulsive.⁴ This experience, however, may be enriched with additional elements such as perception or representation of ethically relevant facts,⁵ the perception or representation of a duty-holders,⁶ and the perception or representation of normative facts⁷ (Petrażycki, 2000 [1909-1910], pp. 55-56). By normative facts, Petrażycki understood the perceptions or representations of certain facts that determine the content and condition the obligation and, most importantly, are experienced as the justification of that obligation (e.g., one should behave in a certain way, because this is the custom) (Fittipaldi, 2016).

In Petrażycki's opinion, ethical emotions are characterized first by the fact that they have a peculiar mystical and authoritative character. These emotions may counteract our other desires because they are perceived as "impulses of higher power and authority, flowing out of an unknown, mysterious source (mystical, not without a tinge of fear), separate from our ordinary 'I'" (Petrażycki, 2000 [1909-1910], p. 45).

According to Petrażycki, this kind of emotion is mirrored in the achievements of human civilizations', especially language, poetry, and religion. In general, in a variety of cultures we can find references to a mysterious voice that we perceive as something outside of our ordinary "I". We submit to this voice; we follow its precepts. Based on the analysis of the

3 This makes them different from the emotions that trigger specific actions (e.g., hunger). Petrażycki understands "action" broadly as encompassing both physical and psychological behaviors.

4 By "appulsive emotion" Petrażycki understands emotions that prompt, or encouraging to take a specific action. Repulsive emotions, instead, prompt, or encourage *not* to take certain actions.

5 They are perceptions or representations of conditions, or circumstances the occurrence of which results in the necessity of taking or not taking certain actions (e.g., a red traffic light, which prompts drivers to stop).

6 In other words, it is the perception or representation of an individual from whom a certain conduct is required.

7 At this point it is worth pointing out that Petrażycki does not define the concept of a normative fact.

term “conscience” in different languages,⁸ Petrażycki shows that there is an element in this word that indicates the presence of a being other than our ordinary “I”. In addition, the belief in the existence within one’s psyche of, as it were, another being goes hand in hand with such linguistic expressions as “voice of conscience” or “listening to one’s conscience”. As Petrażycki points out, these expressions indicate the higher authority attributed to ethical emotions. By the same token, in numerous cultures, this “voice” is ascribed to various imaginary mystical beings, such as the ghosts of ancestors, deities, or God (Petrażycki, 2000 [1909-1910], p. 46). Petrażycki remarks that the essence of ethical emotions —their mystic-authoritative character— also manifests itself in the works of philosophers in the form of such metaphysical entities as “the nature” or “the wisdom of the world”. Moreover, Petrażycki observes that even those who expressly eschew mysticism in their explanations and arguments inadvertently end up with mystical explanations. Good examples are “the spirit of the nation” or “the general will”. As a consequence, these essentially mystical constructs are ascribed an authority which is greater than the will of the individual.

A second characteristic feature Petrażycki ascribes to ethical emotions is that “we experience them as an internal limitation of freedom, as a kind of obstacle to free choice and satisfaction of our tendencies, wishes and goals, acting as an irresistible pressure towards behavior, from which the emotions connect” (Petrażycki, 2000 [1909-1910], p. 46).

According to Petrażycki, ethical emotions play a fundamental role in our behavior, because they act as

motives for behavior, inducing one to undertake some actions and refrain from others (motivational impact of ethical experience)”, but also “cause some changes in the psyche (dispositional) of individuals and overall, developing and strengthening one’s habits and inclinations, while weakening and uprooting others (pedagogical and educational impact of ethical experiences) (Petrażycki, 2000 [1909-1910], pp. 126-127).

For this type of emotion, it is characteristic that we experience them not only in relation to others we interact with but also between others we merely perceive or represent to ourselves as well as in relation to future or

8 For example in Polish: *s-umienie*; in Russian: *so-vest’*; in French: *con-science*, in German: *Ge-wissen*.

past events. Petrażycki explains this in terms of projection processes.⁹ This process also explains the internal experience of orders and prohibitions, which we perceive as possessing a higher authority and a mystical character.¹⁰ As a result, there are only real experiences of ethical emotions, and the orders and prohibitions and duties and obligations that relate to experiencing a given emotion are only an emotional projection.

Depending on the type of emotional ethical experiences and their projections in the form of duties and norms, we can distinguish between ethical emotions, that is, between moral and legal emotions. In the case of moral emotions, their projections are obligations and norms that have a purely imperative character. Moral norms impose authoritative duties on their addressees, i.e., certain rules of conduct, but at the same time they do not give rights to others, for example, to initiate proceedings in accordance with those norms due to their being unilaterally binding. In contrast, the projections of legal emotions are obligations and norms characterized by an imperative-attributive character.¹¹ A legal norm, in addition to setting the obligation of a particular behavior, also shapes the entitlement of others to demand compliance with this norm. In the case of legal norms, our legal obligation is reflected as a right: the right of another being.

Interpretation and critique

A pupil of Petrażycki's, George Gins offered an interpretation of emotions similar to that of Petrażycki. He proposed to distinguish between biological and cultural emotions. The counterpart of this distinction in Petrażycki's theory is the latter's distinction between special and blank emotions. Gins' conceptualizes biological emotions in terms of urges to satisfy

9 Here, it is in order to spend a few words on Petrażycki's projection, or emotional phantasms. By these terms he referred to the phenomenon by virtue of which —according to him— the objects that evoke specific emotions within some individual one are ascribed by this latter certain corresponding features. For example, if we experience love towards someone, we also ascribe positive qualities to them, we think they are nice, kind, pleasant. Emotions cause us to ascribe to objects characteristics which in actual fact they do not have.

10 "The categorical orders endowed with higher authority that in ethical experiences appear as objective and as directed to these or those subjects as well as the peculiar states of being bound, obligated, unfree, and subjected that are ascribed to (imagined) subjects to whom (imagined) ethical laws impose or prohibit appropriate conduct are products of emotional projections, or phantasms" (Petrażycki, 2000 [1909-1910], p. 51).

11 The legal duty is a specific reflection of that which is due from us to others.

biological needs that can be found in all living entities. According to Gins, this kind of emotions can be identified with instincts and include hunger, sleep, fear, etc. In contrast, cultural emotions relate to a social actor's functioning in society and can be found only among humans (Gins, 1931, pp. 520-525). These are emotions that arise because of the interaction and communication with others in society (Gins, 1936, p. 41). Nikolai Timasheff, who compares special emotions to conditional reflexes, also thought in a similar direction: "in terms of contemporary psychology, special bilateral experiences correspond roughly to conditional instincts, in which the passive element (stimulus) triggers the active element (reaction), in accordance with specific laws of learning" (Timasheff, 1955, p. 25).

In turn, Max Laserson —one of the continuators of Petrażycki's thought— notes that "special emotions could be called biological-adaptive emotions, and blank emotions (i. a. ethical) social-adaptive emotions" (Laserson, 1930, p. 82).

However, not all students and followers of Petrażycki's ideas agreed on the above characteristics and the properties of ethical emotions. For example, Mikhail Reisner believed that two characteristic features of ethical emotions (i. e., their mystic-authoritative character and their being experienced as an internal restriction of freedom) are not equally important. Referring to the mystic-authoritative aspect of emotions, he notes that mysticism is not unique to ethical emotions. He understands mysticism as a sort of magical thinking, specific at a certain stage of intellectual development. In his opinion, this kind of thinking only provides a means to explain the gap between observed reality and our experiences and imaginations. In Reisner's opinion, the mystic-authoritative character of ethical emotions is not the original feature of those emotions. The "mysticism" of ethical emotions is only a consequence of the fact that we experience them as an internal limitation of our freedom, a limitation which we cannot explain (Reisner, 1908, pp. 62-63). According to Reisner, the basis of legal emotions is "to realize the boundaries that define the scope of a man's internal aspirations" (Reisner, 1908, p. 64). At the same time, it is irrelevant whether this "border" is perceived as independent or as a creation of a "higher being".

Another outstanding Petrażycki student —Georges Gurvitch—, despite his appreciation for Petrażycki's contribution to the understanding of the essence of legal phenomena, did not agree with him on several key issues. In Petrażycki's theory, legal emotions are understood as individual experiences. According to Gurvitch, this approach is contrary to the very

essence of law, which is experienced collectively. In Gurvitch's opinion, legal experiences have a collective character, but not all of their elements have such a character. He argues: "data of legal experience are not understood by Petrażycki as objective data, which are confronted by the subject only as connected with this particular subject" (Gurvitch, 2004, p. 256).

According to Gurvitch, Petrażycki's basic mistake was that legal experience can only be individual and subjective.

Gurvitch redefines Petrażycki's normative facts. Through this concept Gurvitch understands the most directly experienced legal reality. According to him,

a characteristic of legal experience is, on the one hand, the mutual penetration of moral and logical experience (the experience of logical ideas), and, on the other hand, a spiritual and sensory experience, which is characterized by the fact that this experience consists in specific acts of intuitive recognition (Gurvitch, 2004, p. 264).

As a result, legal experience consists of collective acts of recognition of normative facts. Gurvitch, unlike Petrażycki, states that appulsive and repulsive emotions are not the primary elements of legal experience. He believes that what evokes these emotions are the "acts of recognition that are expressed in the form of satisfaction or disappointment" (Gurvitch, 2004, p. 264). Acts of recognition are passive-active and evoke intuitions that have no emotional character. In turn, the induced intuitions have a specific nature. They can be understood as a kind of combination of intellectual and moral intuition. In Gurvitch's opinion, in the process of their creation, emotions are generated as derivatives.

In the case of acts of intuitive recognition, moral intuition is necessary for the determination of moral values and, together with intellectual intuition, it interacts and permeates as part of legal intuition. Ultimately, this results in the fact that the moral experience, which is unique, distinctive and individual, gets generalized and "stabilized" within the framework of the legal experience.

From ethical emotions to legal emotions and law

For the sake of clarity, we will concentrate on one kind of ethical emotions —legal emotions. In a simplified manner, we can assume that Pe-

trażycki and his pupils' distinguished between two basic types of law: positive and intuitive. The accepted criterion for distinguishing these types of law was the existence (or lack thereof) of reference to external normative facts within imperative-attributive experiences. Following Petrażycki, Laserson argued that

[the] legal experiences, which in their intellectual composition contain representations of authoritative-normative facts: laws, customs, ancestors' traditions, etc., we will refer to as the area of positive law. [The] law, which is devoid of references to normative facts ... is an intuitive law (Laserson, 1930, p. 160).

There are many manifestations of positive law. One of its oldest forms is customary law, which is considered unchangeable, existing since the dawn of time. The development of society is conditioned by the fact that customary law is replaced by legal provisions. These latter are more flexible forms of positive law and through them it becomes possible to adapt the law to the ever-changing social reality. Nevertheless, in a sense, each form of positive law stiffens and prevents rapid changes in the law. At the same time, this possible character of positive law may sometimes be advantageous. Slow changes in positive law allow for the unconscious consolidation and transmission from generation to generation of "the valuable common experiences gained".

In the case of intuitive law, it is worth recalling the extremely interesting development of Petrażycki's theory proposed by his pupil Max Laserson (Timoshina, 2016). He argued that it is impossible to accept Petrażycki's contention that intuitive law is always individually variable. A similar view was also expressed by Mikhail Reisner, who claimed that "gradually, intuitive law covers wider and wider social circles, becoming dominant and prevailing in a given environment" (Reisner, 1908, p. 158). As a result, this leads to the creation of intuitive laws of groups, environments and social classes. Following Petrażycki, Laserson acknowledged that there are as many intuitive laws as there are individuals, but claimed that in the area of intuitive law we can distinguish between two subtypes: the individual-adaptive and the social-adaptive intuitive law.

Individual-variable (or individual-adaptive) intuitive law is a legal area in which no fixed templates of behavior exist. This kind of law includes legal experiences from the most intimate sphere of life, including friendship

and love relations. If a specific situation (e.g., a social interaction) is not regulated by a positive law, intuitive-legal individual norms are generated (i.e., intuitive and legal experiences). These legal experiences are short-lived, they are characterized by scant content, and usually do not become fixed in any way, they leave no trace in the form of behavioral patterns.

In Laserson's opinion, the existence of an individual-adaptive intuitive law gives the opportunity to quickly make decisions and take actions in everyday life.¹²

The second sub-type of intuitive law is the social-adaptive one. This type, of law, unlike the individual-variable one, which is different for each individual, varies at the level of individual social groups. As Laserson states:

social-adaptive intuitive law does not consist of individual "answers" to individual circumstances, which essentially remain random, but rather from typical responses, which repeat themselves in a similar way in different units of one within the same social group. Thus, in individuals from one social group, the individual-variable intuitive law has different aspects, however, is completely convergent with social-adaptive law (Laserson, 1930, p. 280).

Within any given social group there are different experiences of individual-adaptive intuitive law, but in principle there are the same social-adaptive ones (e.g., regarding work conditions, social security, etc.).

The basic difference between the subtypes of intuitive law is their motivational ability. The social-adaptive intuitive law, unlike the individual-adaptive one, has a tendency to establish such rules of conduct that will act "always, everywhere and for all" (Laserson, 1930, p. 284). Positive law, in order to ensure its operation, usually includes sanctions, while social-adaptive intuitive law, in order to have motivational ability should be unquestionably authoritative, its norms should be formulated apodictically. Laserson points out that

at the lowest level there is an individual-adaptive intuitive law, adapted only to the peculiarity of the individual': it has the weakest motivational nature, it is not able to transform in the pattern of behavior,

12 For these reasons, he contends that only with regard to this type of law is it correct to claim that there are as many intuitive laws as there are people capable of legal experiences.

has extremely poor intellectual content, and above all does not lead to subordination outside the person's intimate-individual zone where it resides. The next step—social-adaptive intuitive law [—] ... reaches a high motivational power. Finally, at the highest level ... [we have] positive law (Laserson, 1930, p. 287).

According to Laserson, social-adaptive intuitive law is the law that in literature is usually referred to as natural law.

Authoritativeness of ethical emotions: mysticism or intuition?

To summarize, Petrażycki paid little attention to the issue of the mystical-authoritativeness of emotions—in fact, only a few sections. In his view, the very term “mystical” refers mainly to the fact that the source of ethical emotions—which, according to him, are experienced as authoritative—is not fully understood by those who experience them. Their mysticity does not refer to the assessment of an external observer, who analyzes ethical emotions, but to their internal experience. One experiences orders or prohibitions endowed with a higher authority but does not realize where they come from. Furthermore, the Russian term *mističeskij*, among its meanings has “enigmatic, incomprehensible, inexplicable from the point of view of real experience” (Ushakov 1935-1940, entry *mističeskij*). It seems that Petrażycki held that ethical emotions are associated with unconscious mental processes. Of course, he does not use this concept directly, which is not surprising considering the period during which Petrażycki's works were created. It is worth recalling in this context that Petrażycki's theory of law is based on his own conception of psychology rather than other forms of psychology being developed at that time, like Freud's psychoanalysis. As shown above, Petrażycki's followers did not devote much attention to this subject. They did not focus on the analysis of the sense of authoritativeness either, which, along with mysticity makes up the *differentia specifica* of ethical emotions vis-à-vis the broader class of normative emotions. The only context where they paid attention to it was in reference to intuition. Further, it is no understatement to say that they marginalized the nature of emotion highlighted by Petrażycki.

To generalize and, in a sense, to interpret the ideas of the representatives of Petrażycki's version of legal realism, in regard to the authoritativeness of ethical emotions, the term “mystic” should be understood as

mental processes associated with the experience of ethical emotions. One of the types of these processes is called intuitive reasoning. Significantly, its unconscious character does not mean that it cannot become the subject of conscious reflection.

At any rate, if we bear in mind how diverse ethical emotions may be and focus on *mysticalness*, then it appears as reasonable to confine the next considerations to legal emotions. Considering the above, I believe that the authoritative character of legal emotions is neither due to mysticism, truth or commonsense, but depends on the nature of legal emotions. The authoritativeness of intuitive law results from mostly unconscious mental processes, which are usually defined as intuition. At this point it is worth emphasizing that in the work of Petrażycki and his followers, there were no explicit references to intuition, although the very definition of this type of law as “intuitive” does not seem accidental and may allow such an interpretation. In Russian, the word *intuitive* (rus. *intuitivnyj*) means unconscious¹³ or “that which results from direct cognition, received without reasoning and criticism, which is the result of something similar to guessing, when certainty about something arises, but most often it is difficult to determine what it is based on” (Popov, 1907).

However, in the case of positive law, its authoritative character results primarily from the very essence of this law. As mentioned above, in the opinion of this school's representatives, positive law is the result of common experience and the wisdom of generations. In Laserson's words, “positive law, because of its having authoritative references [normative facts], acts as if of itself” (Laserson, 1930, p. 284). When a fact is experienced as normative and so instantiates a type of normative fact (i. e., a law, a custom, a judicial precedent, etc.), positive law requires submission to it, not because “it is convincing for individuals or groups who consider it to be fair or acceptable, but precisely due to its positivity and due to the fact that it has been laid down as a law or custom” (Laserson, 1930, p. 285).

To put it differently, in the case of positive law, through reasoning, we come to comply with the rules of conduct we extract from it. The authority of positive law, and consequently the fact that we submit ourselves to the principles we derive from it, is the final result of our rational reasoning. This does not mean that intuition plays no role in positive law (e.g., when

13 Cf. the entry *intuitivnyj* in Čudinov 1910.

it comes to the interpretation of normative facts). Intuitive reasoning characterizes every kind of ethical emotion. Sometimes, intuitive law, which is not based on external normative facts, may play no role at all (e.g., when it comes to the way a legal instrument should be executed). This is not to deny, though, the possibility of collisions between intuitive reasoning and positive law, along with the form of rational reasoning it involves.

Nevertheless, as the representatives of the school emphasize, this kind of authority of positive law is conditional. As one of Petrażycki's pupils puts it: "with compliance of the law with the requirements of social and legal conscience, the authority of the law remains high, while with its non-compliance with social legal consciousness, the authority of the law decreases" (Kruglevskij, 1918, p. 417).

Due to the fact that, as compared with positive law, intuitive law constantly changes and develops, it is inevitable that at some point positive and intuitive law begin to diverge from one another as to their contents. In a situation where positive law differs from the intuitive law of a significant part of society, the "struggle" between these two types of law begins. If the generally binding positive law starts being perceived as unfair and out of date, society either stops complying with its norms or continues to obey them, but only out of "fear, coercion, and not according to conscience" (Sorokin, 1919, p. 571). In this situation, law may fail to meet with a widespread acceptance in society.¹⁴ From the above, we can conclude that intuitive law—from a certain moment onwards—will have a greater authority than positive law. To put it differently, if positive law comes into strong contradiction with our intuition, the authority of external normative facts drops significantly and they cease to be valid for us.

At this point it is worth adding that in the opinion of this school of thought the influence of intuitive law on positive law is not one-sided. Intuitive law affects positive law, but also the inverse process occurs—positive law affects intuitive law. This means that positive legal norms inexorably influence and can to some extent shape intuitive legal beliefs. This is especially noticeable when positive law is more progressive and removes "outdated" intuitive law institutions. In some situations, over time, legal experiences caused by normative facts can turn into intuitive legal experien-

14 And in an extreme case (when there are very large differences between positive and intuitive law, there may occur a "revolution as a protest against an official law that may take the form of an attempt to destroy it". See: Sorokin (1919, p. 571).

ces. This is the result of repeated clashes of intuitive legal convictions with positive ones and of the consolidation of given patterns of conduct, which are ultimately perceived as the objects of intuitive rights or legal obligations. Petrażycki contends that the group in which such processes take place most frequently are jurists, who, due to their continuous exposure to normative facts, over time turn the law based thereupon into their own intuitive law. Of course, this process occurs to a lesser extent among non-jurists (Petrażycki, 2000 [1909-1910], p. 399). Petrażycki's view is impressive and innovative, especially in the light of the currently popular concept of somatic markers, which is discussed later in this chapter. It is also worth to notice that more or less in the same period in which Petrażycki and his followers were developing these ideas, the role of intuition was noticed by judge Joseph C. Hutcheson. In his *Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision* (1929) he argues that in judicial decision making intuitive cognition plays a decisive role. As he claims:

when the case is difficult or involved and turns upon a hairsbreadth of law or of fact, [...] I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch—that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision (Hutcheson, 1929, p. 278).

Hutcheson's shows that in making decisions, the judge first uses intuition (a hunch) and then somehow rationalizes it in justifying the judgment (Hutcheson, 1929, p. 287).

THE AUTHORITATIVENESS OF TRUTH AND THE ROLE OF PRACTICAL REASONABLENESS

In the opinion of John Finnis, the mystic-authoritative feature of normative emotions results from the inability to explain normativity. On one hand, it is impossible to unreservedly agree with this claim, because Petrażycki's theory fully explains the phenomenon of normativity in psychological terms. On the other hand, Finnis is in a sense right, because Petrażycki's explanation, based on outdated and unscientific psychology, at some points raises unsatisfactory and reasonable doubt. However, I think that in this connection, the context of the origin of Petrażycki's psycholo-

gical theory of law should be taken into account. I believe that Petrażycki's theory, although extremely innovative and original, in the discussed context only sets the direction for further research. With his theory, Petrażycki identified a key problems, such as the nature of legal experiences, emotions, and motivation, which should be studied using the achievements of modern psychology and its research methods. It is worth noting that neither Petrażycki nor his students actually analyzed the mental processes involved when emotions are experienced. For obvious reasons, the representatives of the Saint Petersburg School of Legal Philosophy did not have a proper understanding of the functioning of our minds, nor did they have appropriate tools for studying the mental processes related to the functioning of law. In any case, both Petrażycki's and the other school representatives theories mentioned above worked before a truly scientific examination of mental processes connected with experiencing emotions become possible.

Returning to Finnis' views, according to him, the primary source of normativity are the principles of practical reasoning. These principles guide us to the attainment of basic goods. Among the basic goods, which each individual pursues through his/her development are: life, knowledge, play, sociability of friendship and practical reasonableness. Finnis proposed to use reasonable criteria (e. g., proximity, dependence, reasonable commitments, productivity) to prioritize basic goods, while at the same time rejecting that emotions could be such a criterion. Practical reasoning is an exceptional good, by virtue of which is we become able to establish an appropriate hierarchy of basic values in our lives. According to Finnis, based on the principle of practical reason, we can formulate a set of general moral norms. The main principles of morality and the "ideal of reason" boil down to promoting human flourishing. In a sense, all other moral principles refer to the principle indicated above. What's more, the result of action is the inhibition of unwanted emotions. Subsequently, moral norms become a guide for shaping the principles of the legal system.

According to Finnis, the authoritativeness of morals is not "mystic", but is "the authoritativeness of truth". From this perspective, "this truth is the object(-ive) of truth-seeking and truth-finding practical reasonableness". Truth is considered a type of collection of true judgments.¹⁵

15 Its basic criteria are correspondence to reality and cohesion. The cohesion criterion is broadly understood as consistency with our experience, responsiveness to questions, and compatibility with other true judgments, but also as "correspondence-by-anticipation with human fulfillment".

At the same time, Finnis postulates that the main motivation for people to act is not emotions but reasons for actions. We do not operate under the influence of our senses, but as a result of using our reason and intelligence, which take action after assessing and understanding what obvious benefits are associated with it. As a result, emotions, together with reason and intelligence, are responsible for taking action. Nevertheless, emotions always remain subjected to reason (which Finnis describes as self-discipline). Further, he holds that, if emotional impulsions take the upper hand over the normativity of principles, they may lead us to untruth.

It seems that Finnis understood emotions differently from Petrażycki and his followers. According to them, emotions are something more than the emotional impulses we give in to, which begin to dominate our reason, intelligence and practical reasonableness. Emotions also contain some aspects that we can classify as forms of practical reasoning. Besides, Petrażycki does not claim that we should not use our reason and intelligence to make decisions. Petrażycki points out that in the case of different types of legal emotions (continuing with this example) we have a different “composition” of these emotions.

Analyzing Finnis' views, the question arises whether fast decisions and our moral judgments always have the character of “truth”, or they always rest on the authority of “truth” resulting from practical reasonableness. If they do, is he not overrationalizing intuitive human actions and judgments? In the case of more complicated activities, especially when we have favorable circumstances for making a decision, we may more often avail ourselves of rational reasoning. But are the reasons always the main motivation for our actions? It seems that the answer to this question is negative (e. g., Bergmann & Wagner, 2020). Anyway, as has been shown in numerous studies, reasoning strategies are often very unreliable and carry many disadvantages (Kahneman & Tversky, 1984; Tversky & Kahneman, 1973; Sutherland, 1992).

In Finnis' view, rationality is in a sense contrasted with emotionality. At the same time, rationality has a higher value, and emotions, although they participate in our reasoning, rather more often “disturb” the mind. In light of contemporary research, especially in the area of cognitive sciences, a different picture emerges of the functioning of our reasoning (Bago & De Neys, 2019; Raelison *et al.*, 2020). These emotional reactions, which may also take the form of unconscious intuitive processes, have a significant impact on our reasoning and decision making (e. g., Blanchette, 2014; Haidt,

2013). And more so, some claim that it is evolutionarily older emotional processes that control our thinking. An advocate of this view is, among others, Jonathan Haidt. He holds that “moral judgment is caused by quick moral intuitions, and is followed (when needed) by slow, ex-post facto moral reasoning” (Haidt, 2001, p. 817). The purpose of such reasoning is to justify earlier decisions made under the influence of emotional reactions (i. e. under the influence of intuition). At the same time, Haidt contends that in some cases it is reasoning, not initial intuition, that leads to judgment. However, he believes that such a phenomenon is rare, and occurs when an initial intuition is weak and the ability to process the situation (i. e., the time and the possibility of making an effort) is high (Haidt, 2001, p. 819). Reasoning prevails over intuitions also in the case of contradictory intuitions. Here, the final judgment may be arrived at by “allowing reason to choose among the alternatives based on the conscious application of a rule or principle” (Haidt, 2001, p. 819). Although the assumptions of Haidt’s approach could be questioned (Liao, 2011), there is still a lot of research that shows the great impact of emotions and intuition on our reasoning and decision-making. I will return to this, below.

EMOTIONS AND INTUITIVE REASONING

Generally, on the basis of contemporary psychological research with regard to intuitive reasoning, two terms appear: intuition and insight. There is no consensus on the meaning and understanding of concept of intuition. However, some common characteristic features that appear in almost every contemporary definition of intuition can be traced (among others, Öllinger & von Müller, 2017; Zander *et al.*, 2016). Intuition is understood as characterized by non-conscious processing. Many ideas have been put forth to explain the functioning of the unconscious processes (Garrison & Handley, 2017; Kageyama *et al.*, 2019). Intuition occurs without the participation of our consciousness, but this does not mean that it is never conscious. Second, intuition is automatic (uncontrolled). Intuitive judgments arise spontaneously and cannot be intentionally controlled. Third, the unintentional nature of intuition is also described as a fast and effortless process. Fourth, intuition is based on experience, that is, on knowledge acquired during a person’s life, as a result of many interactions with their environment. Fifth, it has the ability to initiate action: “The non-conscious, experience-based, and unintentional process finally results in a strong tendency toward a hunch, which

serves as a go-signal that is strong enough to initiate action" (Zander *et al.*, 2016, p. 3).

Another phenomenon described in the context of intuitive reasoning is insight. This term is understood as an unexpected appearance of a solution to a specific problem. The solution to the problem appears suddenly and ideally suits. Those who experience insight have a confidence in the truth of the solution, despite their inability to retrace the steps of thought that led them to the solution (Kounios & Beeman, 2014; Öllinger *et al.*, 2008; Topolinski & Reber, 2010; Zander *et al.*, 2016). Nevertheless, there is still not enough knowledgeable information on the insight phenomenon, therefore below we focus only on intuition.

Currently, the most promising area in the field of intuitive reasoning is research in the field of neuroscience and cognitive psychology. In the first place, it is worth recalling the well-known two-system model of mind by Daniel Kahneman (2011). According to his theory, two separate systems are responsible for all cognitive processes in our brain: System 1 (intuitive) and System 2 (reflective). The basic criteria for distinguishing them are "their speed, their controllability, and the contents on which they operate" (Kahneman & Sunstein, 2005). System 1 (intuitive) is characterized by the fact that it is based on unconscious reasoning (intuition). Further, it is automatic, rapid, effortless, associative, evolutionarily old and is more subjective (value-based). Unlike system 1, system 2 (reflective) is based on conscious reasoning and is: controlled, slow, effortful, deductive, evolutionarily recent and more objective (rule-following). As Kahneman (2011) puts it: "One of the main functions of System 2 is to monitor and control thought and actions 'suggested' by System 1, allowing some to be expressed directly in behavior and suppressing or modifying others" (p. 44). It should be mentioned that it is debatable whether such two separate systems elucidate in a complete and comprehensive way all the mechanisms of our reasoning (Kruglanski & Gigerenzer, 2011; Mega *et al.*, 2015; Newman *et al.*, 2017). Interestingly, some sort of coexistence and simultaneousness of the two systems has been demonstrated in recent studies (Bago & De Neys, 2019; Markovits *et al.*, 2019;). Nevertheless, if we are to refer these findings to Petrażycki's conceptualizations, it is apparent that system 1 is responsible for behavior under the influence of an individual-adaptive intuitive law, while behavior under the influence of social-adaptive intuitive law and positive law should be traced back to both system 1 and 2, with more relevance to be given to system 2, especially in the case of positive law.

It is worth noting that although the concepts explaining the mechanisms of intuition are many (i. a., Churchland, 2019; Sauer, 2017,), one of the best known is the concept of somatic markers proposed by Antonio Damasio (Damasio *et al.*, 1991). Based on the observation of the behavior of patients with damage in the ventromedial prefrontal cortex, it was assumed that in this area of the brain there are centers responsible for personal and social decision making. The somatic marker hypothesis is based on the following background assumptions. Firstly, human reasoning, including decision-making, depends on many (conscious and unconscious) neurobiological processes. At the same time, conscious operations depend on sensory images (dependent on the coordinated activity of early sensory cortices). Secondly, all of these processes depend on the functioning of attention and working memory. Thirdly, for reasoning and decision making it is necessary to have so-called dispositional knowledge. This knowledge includes information about the decision situation, different options of action, and its consequences (Damasio, 2006, p. 166). Damasio proposed a specific classification of the forms of dispositional knowledge.¹⁶ In the ventromedial prefrontal cortex there are structures responsible for the connection between knowledge about a certain situation and emotions, which in turn are associated with the occurrence of similar situations in the past. As Damasio puts it:

somatic markers are a special instance of feelings generated from secondary emotions. Those emotions and feelings have been connected, by learning, to predicted future outcomes of certain scenarios. When a negative somatic marker is juxtaposed to a particular future outcome the combination functions as an alarm bell. When a positive somatic marker is juxtaposed instead, it becomes a beacon of incentive (Damasio, 2006, p. 174).

In conclusion, somatic markers operate (consciously or non-consciously) as assistants in decision-making processes. Damasio (2006) writes that “emotion ha[s] a role to play in intuition, the sort of rapid cognitive

16 Damasio’s classification is as follows: “A. innate and acquired knowledge concerning bioregulatory processes and body states and actions, including those which are made explicit as emotions. B. knowledge about entities, facts (e. g., relations, rules), actions and action-complexes, and stories, which are usually made explicit as images. C. knowledge about the linkages between B items and A items, as reflected in individual experience. D. knowledge resulting from the categorizations of items in A, B and C” (Damasio, 1996, p. 1414).

process in which we come to a particular conclusion without being aware of the immediate logical steps” (pp. xviii-xix). The above does not mean that we do not have knowledge about those steps, but that emotions are so quick in providing answers that we do not have to “activate” too much knowledge. Importantly, the somatic marker is something learned. This is why

the quality of one's intuition depends on how well we have reasoned in the past; on how well we have classified the events of our past experience in relation to the emotions that preceded and followed them; and also on how we have reflected on the successes and failures of our past intuitions (Damasio, 2006, p. xix).

By transferring the above to the legal field, the more educated and experienced a lawyer is, the more accurate his intuitions will be. Moreover, Damasio concepts can explain the phenomenon mentioned above in the context of Petrażycki's theory, namely, the process of turning the norms of positive law into intuitive legal experiences.

The concept discussed above is grounded on a specific understanding of emotions. It should be remarked that this is not a universally accepted understanding of this phenomenon (Scarantino, 2016; Scarantino y De Sousa, 2018). Generally, there are three main approaches in the study emotions: the feeling tradition (i. a., Duran *et al.*, 2017; LeDoux & Hofmann, 2018; Prinz, 2012), the evaluative tradition (i. a., Neu, 2000; Nussbaum, 2001; Tappolet, 2016) and the motivational tradition (i. a., Frijda, 2010; Scarantino, 2014).

In the context of Petrażycki's theory the motivational tradition is of particular importance. However, this trend is not uniform. It includes such extremely different approaches as the basic theory of emotions¹⁷ and evolutionary approach¹⁸ on the one hand, and constructivist theories on the other (Barrett & Russell, 2015; Barrett, 2017; Van Kleef, 2016). The discussion of the nature of emotions is not limited to the concept of emotion (which is

17 This approach understands emotions as an affective system and research focuses on the correlation between facial expressions and emotions (i. a. Ekman, 2003; Izard, 2007).

18 This approach treats emotions as adaptive systems (i. a. Tooby & Cosmides, 1992). One of the crucial hypotheses of evolutionary psychologists is that some aspects of human reasoning evolved to solve specific problems in social interactions.

still object of discussion), but comprises among other things the issue of the rationality,¹⁹ intentionality, universality and consciousness of emotions.²⁰

Finally, it should be emphasized that contemporary neuroscience and cognitive psychology are not able to explain the nature of emotion and intuition in a clear way. This is related both to the high degree of complexity of the analyzed issues (occurrence of many variables as well as many confounding factors) and to the relatively short history of this research area along with its novelty and the relatively recent availability of complex research tools (such as fMRI or NIRS). This notwithstanding, neuroscience and cognitive psychology have opened a wide horizon for scientists to further study the correlation between the activity of our brain at the neuronal level and our behavior and experiences.

CONCLUDING REMARKS

In Petrażycki's theory, using the term "mystical" in the context of ethical emotions refers mainly to the fact that an individual experiences these emotions does not realize its source, literally "mysterious source" (Petrażycki, 2000 [1909-1910], p. 45). A different perspective is taken by John Finnis. In his opinion, the authoritativeness of morals is not "mystic", but it is truth and the concept of truth is connected with the idea of practical reasonableness. He relies on the assumptions that reason has a higher value than emotions and that emotions should be subjected to reason, while according to Petrażycki, the basic motivation of people's behavior in society are emotions. Since at Petrażycki's time the study of psychological phenomena was at an early stage, in order to develop a psychological approach to law he had to previously develop his own psychology. For obvious reasons, some aspects of Petrażycki's psychological theory of law are incompatible with the knowledge obtained since that time. In light of contemporary research, especially in the area of cognitive sciences, the term "mystic" should be referred to the fact that an important component of mental processes is repre

19 Although generally speaking, the majority of scientists agree with the thesis that emotions should not be contrasted with reason, the mechanism by virtue of which emotions get rationalized remains a contentious issue (Scarantino & De Sousa, 2018).

20 Additionally, a lot of further aspects should be taken into consideration in the context of emotion and intuition (e. g., the influence of working memory Maldei *et al.*, 2020).

sented by emotions, and, notably, by intuition. The authoritative character of legal emotions is due to neither mysticism nor truth nor commonsense, but depends on the nature of legal emotions.

REFERENCES

Bago, B. & De Neys, W. (2019). The smart system 1: Evidence for the intuitive nature of correct responding on the bat-and-ball problem. *Thinking & Reasoning*, 25(3), 257-299.

Barrett, L. (2017). *How emotions are made: The secret life of the brain*. Houghton-Mifflin-Harcourt.

Barrett, L. & Russell, J. (Eds.). (2015). *The psychological construction of emotion*. Guilford Press.

Bergmann, L. T. & Wagner, J. (2020). When push comes to shove. The moral fiction of reason-based situational control and the embodied nature of judgment. *Frontiers Psychology*, (11), 203.

Blanchette, I. (Ed.). (2014). *Emotion and reasoning*. Psychology Press.

Brožek, B., Stanek J. & Stelmach, J. (Eds.). (2018). *Russian legal realism, law*. Springer.

Churchland, P. S. (2019). *Conscience: The origins of moral intuition*. W. W. Norton Company.

Čudinov, A. N. (1910). *Slovar' inostrannyx slov, vošedšix v sostav russkogo jazyka*. Čudinov A. N. (Dictionary of foreign words that are part of included in the Russian language. Chudinov, AH, 1910).

Damasio, A. (1996). The somatic marker hypothesis and the possible functions of the prefrontal cortex [and discussion], philosophical transactions. *Biological Sciences*, 351(1346), 1413-1420.

Damasio, A. (2006). *Descartes' error*. Vintage.

Damasio, A., Tranel, D. & Damasio, H. C. (1991). Somatic markers and the guidance of behaviour: Theory and preliminary testing. In H. S. Levin, M. Eisenberg, A. L. Benton (Eds.), *Frontal lobe function and dysfunction* (pp. 217-229). Oxford University Press.

Duran, J., Reisenzein, R. & Fernández-Dols, J. M. (2017). Coherence between emotions and facial expressions: A research synthesis. In J. M. Fernández-Dols & J. Russell (Eds.), *The science of facial expression* (pp. 107-129). Oxford University Press.

Ekman, P. (2003). *Emotions revealed*. Times Books.

Fittipaldi, E. (2016). *Leon Petrażycki's theory of law*. In E. Pattaro & C. Roversi (Eds.), *Legal philosophy in the twentieth century: The civil law world. Tome 2: Main orientations and topics*. Springer.

Frijda, N. (2010). Impulsive action and motivation. *Biological Psychology*, 84(3), 570-579.

Garrison, K. E. & Handley, I. M. (2017). Not merely experiential: Unconscious thought can be rational. *Frontiers in Psychology*, (8), 1096.

Gins, G. (1931). *Novye idei v prave i osnovnye problemy sovremenosti*. Xarbin. Tip. N. E. Činareva.

Gins, G. (1936). *Očerki social'noj psixologii: Vvedenie v izučenie prava i npravstvennosti*. Izd. Birževogo Komiteta.

Gurvitch, G. D. (2004). *Filosofiya i sotsiologiya prava: Izbrannye sochineniya [Philosophy and sociology of law. Selected works]*. Izdatel'skij Dom S.-Peterburgskogo gos.

Haidt, J. (2001). The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, 814-834.

Haidt, J. (2013). Moral psychology and the law: How intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence. *University of Alabama Law Review*, (64), 867-903.

Hutcheson, J. C. (1929). Judgment intuitive: The function of the hunch in judicial decision. *Cornell Law Review*, 14, 274-288.

Izard, C. E. (2007). Basic emotions, natural kinds, emotion schemas, and a new paradigm. *Perspectives on Psychological Science*, 2(3), 260-275.

Jung, N., Wranke, C., Hamburger, K. & Knauff, M. (2014). How emotions affect logical reasoning: Evidence from experiments with mood-manipulated participants, spider phobics, and people with exam anxiety. *Frontiers Psychology*, 5.

Jung-Beeman, M., Bowden, E. M., Haberman, J., Frymiare, J. L. & Arambel-Liu, S. (2004). Neural activity when people solve verbal problems with insight. *PLOS Biology*, 2(4), e97.

Kageyama, T., Dos Santos, K., Kawashima, R. & Sugiura, M. (2019). Performance and material-dependent holistic representation of unconscious thought: A functional magnetic resonance imaging study. *Frontiers in Human Neuroscience*, (13), 418.

Kahneman, D. (2011). *Thinking, fast and slow*. Farrar, Straus and Giroux.

Kahneman, D. & Tversky, A. (1984). Choices, values, and frames. *American Psychologist*, 341-350.

Kahneman, D. & Sunstein, C. R. (2005). Cognitive psychology of moral intuitions. In J. P. Changeux, A. R. Damasio, W. Singer & Y. Christen (Eds.), *Neurobiology of human values: Research and perspectives in neurosciences*. Springer.

Kounios, J. & Beeman, M. (2009). The aha! Moment: The cognitive neuroscience of insight. *Current Directions in Psychological Science*, 18(4), 210-216.

Kounios, J. & Beeman, M. (2014). The cognitive neuroscience of insight. *Annual Review of Psychology*, 65(1), 71-93.

Kruglanski, A. W. & Gigerenzer, G. (2011). Intuitive and deliberate judgments are based on common principles. *Psychological Review*, 118(3), 97-109.

Kruglevskij, A. N. (1918). *Učenie o pokušenii na prestuplenie, tip. M. P. Frolovoj, vol I. and II.* Petrograd.

Laserson, M. (1930). *Obščaja teorija prava : Vvedenie v izučenie prava. Žizn' i kul'tura*, Riga.

LeDoux, J. E. & Hofmann, S. G. (2018), The subjective experience of emotion: A fearful view. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 19, 67-72.

Liao, S. M. (2011). Bias and reasoning: Haidt's theory of moral judgment. In T. Brooks (Ed.), *New waves in ethics. New waves in philosophy*. Palgrave Macmillan.

Maldei, T., Baumann, N. & Koole, S. L. (2020). The language of intuition: A thematic integration model of intuitive coherence judgments. *Cognition and Emotion*, 34(6), 1183-1198.

Markovits, H., De Chantal, P., Brisson, J. & Gagnon, E. (2019). The development of fast and slow inferential responding: Evidence for a parallel development of rule-based and belief-based intuitions. *Memory & Cognition*, (47), 1188-1200.

Mega, L. F., Gigerenzer, G. & Volz, K. G. (2015). Do intuitive and deliberate judgments rely on two distinct neural systems? A case study in face processing. *Frontiers in Human Neuroscience*, (9), 456.

Neu, J. (2000). *A tear is an intellectual thing: The meanings of emotion*. Oxford University Press.

Newman, I. R., Gibb, M. & Thompson, V. A. (2017). Rule-based reasoning is fast and belief-based reasoning can be slow: Challenging current explanations of belief-bias and base-rate neglect. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 43(7), 1154.

Nussbaum, M. C. (2001). *Upheavals of thought: The intelligence of emotions*. Cambridge University Press

Öllinger, M., Jones, G. & Knoblich, G. (2008). Investigating the effect of mental set on insight problem solving. *Experimental Psychology*, 55(4), 270-282.

Öllinger, M. & Müller, A. (2017). Search and coherence-building in intuition and insight problem solving. *Frontiers in Psychology*, (8), 827.

Petrażycki, L. I. (2000). *Teorija prava i gosudarstva v svyazi s teoriej npravstvennosti* [Theory of law and state as connected with the theory of morality]. Lan.

Polyakov, A. V. (2016). *Obščaja teorija prava : Problemy interpretacii v kontekste komunikativnogo podxodada* [General theory of jurisprudence: interpretation in the context of communicative approach]. Prospekt.

Popov, M. (1907). *Polnyj slovar' inostrannyx slov, vošedšix v upotreblenie v russkom jazyke*. (A complete dictionary of foreign words that have come into use in the Russian language). Moskva: t-vo I.D. Sytina.

Prinz, J. (2012). Emotions: How many are there? In E. Margolis, R. Samuels, S. P. Stich (Eds.), *The oxford handbook of philosophy of cognitive science*. OUP USA.

Raelison, M., Thompson, V. A. & De Neys, W. (2020). The smart intuitor: Cognitive capacity predicts intuitive rather than deliberate thinking. *Cognition*, (204), 104381.

Reisner, M. (1908). *Teorija L. I. Petražickogo, marksizm i social'naja ideologija*. Tip. t-va "Obščestvennaja pol'za".

Sauer, H. (2017). *Moral judgments as educated intuitions*. MIT Press.

Scarantino, A. (2014). The motivational theory of emotions. In D. Jacobson & J. D'Arms (Eds.), *Moral psychology and human agency* (pp. 156-185). Oxford University Press.

Scarantino, A. (2016). The philosophy of emotions. In L. F. Barrett, M. Lewis & J. M. Haviland-Jones (Eds.), *Handbook of emotions* (pp. 3-18). Guilford Press.

Scarantino, A. & De Sousa, R. (2018). Emotion. In E. N. Zalta (Ed.), *The stanford encyclopedia of philosophy*. S. e.

Shapiro, D. (1971). Natural and contrived experience in a reasoning problem. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, (23), 63-71.

Sorokin, P. (1919). *Èlementarnyj učebnik obščej teorii prava v svyazi s teoriej gosudarstva*. Yaroslavl Credit Union of Cooperative Presses, Yaroslavl'.

Sutherland, S. (1992). *Irrationality: The enemy within*. Constable.

Tappolet, Ch. (2016). *Emotions, values, and agency*. Oxford University Press.

Timasheff, M. (1955). Introduction. In L. Petrażycki, *Law and morality*. Harvard University Press.

Timoshina, E. (2016). Max Lazerson's psychological theory of law. In E. Pattaro & C. Roversi (Eds.), *A Treatise of legal philosophy and general jurisprudence* (pp. 527-542). Springer Nature.

Tooby, J. & Cosmides, L. (1992). Cognitive adaptations for social exchange. In J. Barkow, L. Cosmides & J. Tooby (Eds.), *The adapted mind: Biological approaches to mind and culture* (pp. 163-228). Oxford University Press.

Topolinski, S. & Reber, R. (2010). Gaining insight in to the “aha” experience. *Current Directions in Psychological Science*, 19(6), 402–405.

Tversky, A. & Kahneman, D. (1973). Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, (2), 207-232.

Ushakov, D. N. (Ed.). (1935-1940). *Tolkovyj slovar' russkogo jazyka*. <http://feb-web.ru/feb/ushakov>.

Van Kleef, G. (2016). *The interpersonal dynamics of emotion: Toward an integrative theory of emotions as social information*. Cambridge University Press.

Zander, T., Öllinger, M. & Volz, K. G. (2016). Intuition and insight: Two processes that build on each other or fundamentally differ? *Frontiers in Psychology*, (7), 1395.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

EVOLUTION OF THE REGULATORY SYSTEM OF THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

ESTEFANÍA JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a6

Resumen

Este artículo ofrece una visión acerca de la significativa evolución del régimen jurídico que han experimentado los derechos de las personas con discapacidad. El trabajo parte de un análisis histórico de los distintos paradigmas sociales desde los que se ha abordado el tema de la discapacidad: el de exclusión, el médico o rehabilitador y el social. A partir de ahí, se describe el actual régimen normativo de los dere-

* Profesora Directora de la Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid (España). Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, obteniendo la calificación de Sobresaliente en el examen de Licenciatura, así como el Premio Extraordinario. Doctora en Derecho por la Universidad de Almería, logrando Sobresaliente Cum Laude por unanimidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9919-5255> Correo electrónico: ejeronimo@uemc.es

chos de las personas con discapacidad a nivel internacional, europeo y español; régimen inspirado, en buena medida, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el seno de las Naciones Unidas en el año 2006. Este trabajo pretende resaltar los notables avances que, en esta materia, ha experimentado el ordenamiento jurídico español, donde el nuevo paradigma social ha supuesto importantes novedades en múltiples sectores normativos, en los que se afronta la regulación de los derechos de las personas con discapacidad desde la inclusión, la participación y la no discriminación.

Palabras clave: derecho constitucional, derechos humanos, discapacidad, igualdad, integración social.

Abstract

This article offers a overview of the significant legal development that the rights of people with disabilities have evolved. The work is based on a historical analysis of the different social paradigms from which the issue of disability has been approached: the exclusion, the medical or rehabilitative, and the social. From there, the current regulatory regime of the rights of people with disabilities at international, European and Spanish framework is described; regime largely inspired by the Convention on the Rights of Persons with disabilities, approved within the United Nations in 2006. This work seeks to emphasize the substantial advances that the spanish legal system has experienced in this area, where the new social paradigm has imposed important advances in multiple branches of law, in which the regulation of the rights of people with disabilities is faced from inclusion, participation and non-discrimination.

Keywords: constitutional law, human rights, disabilities, equality, social integration.

Resumo

Este artigo oferece uma visão sobre a evolução significativa do regime jurídico que os direitos das pessoas com deficiência têm expe-

rimentado. O trabalho parte de uma análise histórica dos diferentes paradigmas sociais a partir dos quais a questão da deficiência foi abordada: o da exclusão, o médico ou reabilitador e o social. A partir daí, descreve-se o atual regime normativo dos direitos das pessoas com deficiência a nível internacional, europeu e espanhol; regime inspirado, em grande medida, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada no seio das Nações Unidas em 2006. Este trabalho pretende evidenciar os notáveis avanços que, nesta matéria, o ordenamento jurídico tem experimentado em Espanha, onde o novo paradigma social trouxe importantes inovações em múltiplos setores normativos, nos quais a regulação dos direitos das pessoas com deficiência é enfrentada a partir da inclusão, participação e não discriminação.

Palavras-chave: direito constitucional, direitos humanos, incapacidade, igualdade, integração social.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende ofrecer un estudio de la significativa evolución que, en las últimas décadas, viene experimentando el régimen normativo de los derechos de las personas con discapacidad en Europa y, específicamente, en España. Dicha evolución jurídica es el reflejo del cambio de paradigma que, en materia de discapacidad, se viene reflejando en esta materia desde la década de los setenta del pasado siglo. Se va extendiendo, desde entonces —tanto en el Derecho internacional, como en el ordenamiento jurídico interno—, el denominado paradigma social o integrador, que sitúa el origen de buena parte de los problemas que suscita la discapacidad en aquellas condiciones sociales que impiden a las personas que la padecen una participación plena en la comunidad y el libre desarrollo de su personalidad.

Un hito destacado en esta materia viene dado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Desde entonces, se han venido sucediendo múltiples avances normativos en esta materia, reflejados en innumerables textos jurídicos.

Para abordar esta temática estructuraré mi exposición en cinco apartados: en el primero de ellos repasaré, muy sucintamente, la evolución que ha experimentado el tratamiento de las personas con discapacidad; a continuación, examinaré el marco normativo internacional en esta materia; el siguiente bloque del trabajo lo dedicaré a analizar la protección que la Constitución española vigente (en adelante *ce*) brinda a las personas con discapacidad, en estrecha relación con el reconocimiento constitucional de la igualdad; a continuación, abordaré, de forma más concreta, el avance experimentado en materia de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de nuestra vigente legislación; por último, cerraré este estudio con unas conclusiones finales.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

Los avances habidos en la comprensión de la discapacidad y su teorización se encuentran interrelacionados e impulsados por los acontecimientos sociopolíticos, culturales, científicos y económicos que han tenido lugar a lo largo de la historia (Victoria, 2013, p. 822). Bajo esta óptica, cabe re-

ferirse a tres distintos paradigmas en el tratamiento de la discapacidad por parte de la sociedad y del Estado, lo que ha tenido su consiguiente reflejo en el ordenamiento jurídico, que se ha ido adaptando a las consideraciones sociopolíticas del momento (Álvarez, 2017, pp. 1029-1037; Asís *et al.*, 2007, pp. 58-59; Díaz, 2017, pp. 23-33; Fernández, 2020, pp. 36-44; Martínez-Pujalte, 2015, p. 18; Pérez y Álvarez, 2020, pp. 99-100):

1. El primer paradigma que encontramos es el denominado “de prescindencia o exclusión”, que parte de asumir que las personas con discapacidad, lejos de aportar nada útil a la sociedad, son seres inservibles e improductivos, por lo que constituyen una carga para la familia y la comunidad, de modo que su vida no merece la pena ser vivida. En las raíces de este paradigma se encuentran, principalmente, motivos de orden religioso, por cuanto el padecimiento de enfermedades se explicaba como un castigo de los dioses por un pecado cometido. Por este motivo, se prescindía de ellas, bien sea a través de su directa eliminación física mediante procedimientos eugenésicos, bien recluyéndolos a un espacio de marginación, donde son objeto de una mera caridad social. Así pues, dentro de este paradigma se distinguen, a su vez, dos modelos: el eugenésico y el de la marginación.

a. El modelo eugenésico es el característico de una doctrina organicista del poder, y fue el seguido, con mayor o menor intensidad, y en función del sistema político imperante, desde la Antigüedad clásica grecorromana;¹ pasando por el darwinismo social del siglo XIX, en el que rebrotó el movimiento eugenésico al considerar que las personas con defectos físicos o intelectuales suponían un peligro para la sociedad; hasta las experiencias totalitarias del primer tercio del siglo XX, alcanzando este modelo sus cotas más elevadas de crueldad en la Alemania nazi.²

1 Las medidas que se adoptaban en la Grecia y la Roma antiguas incluían el infanticidio, el abandono, la mutilación de niños y jóvenes para mendigar, o la compra de personas con discapacidad para utilizarlos como diversión. Con todo, conviene subrayar la diferencia entre si el padecimiento era congénito o bien adquirido posteriormente como consecuencia de un accidente, herida de guerra o enfermedad, ya que las medidas que se debían adoptar en uno u otro caso eran muy distintas; mientras que en el primer caso se aplicaban las medidas que acabamos de señalar, cuando se trataba de personas con una discapacidad sobrevenida, en cambio, no se aplicaba ningún tipo de castigo (Fernández, 2020, pp. 37-38).

2 Sirvan de muestra, en el sistema nazi de la Alemania de Hitler, la Ley de evitación de la descendencia morbosa (1933) y el programa Aktion T-4 (1939), que impulsó a todos los médicos del III Reich a ejecutar “muertes por compasión”. A resultas de ello, los nazis esterilizaron casi a medio millón de personas y asesinaron sistemáticamente a más de cien mil personas con discapacidad (Álvarez, 2017, p. 1033).

b. Por su parte, siguiendo el modelo de la marginación, las personas con discapacidad eran excluidas de la sociedad, siendo objeto de burla o diversión; si bien en ocasiones recibían el cuidado a través del internamiento, por parte de la caridad y la beneficencia institucionalizadas, bajo la influencia de las tradiciones religiosas judía y cristiana.³

2. Los inicios del segundo paradigma, el médico o rehabilitador, pueden situarse a fines del siglo XVIII o principios del XIX, y su consolidación, sobre todo desde el punto de vista normativo, en el primer tercio del siglo XX, a partir de los efectos que provocó la Primera Guerra Mundial, al quedar muchas personas heridas y mutiladas. Bajo este paradigma, el fenómeno de la discapacidad es afrontado a partir del asistencialismo, el paternalismo y la institucionalización. La persona con discapacidad es percibida como un enfermo. Así, las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales son vistas como consecuencia de una patología que restringe la funcionalidad del individuo, en relación con los parámetros establecidos socialmente. Por lo tanto, se sitúa el “problema” de la discapacidad dentro de la persona, pues se entiende que viene motivado exclusivamente por las pérdidas psicológicas o limitaciones funcionales, que se asumen como provocadas por la deficiencia. De este modo, se considera que debe ser objeto de asistencia y de una actuación pública tendente a su prevención, curación, rehabilitación y reinserción social a través de la intervención profesional de diversos especialistas. Se le reconocen una serie de derechos sociales de carácter prestacional y económico⁴ (empleo protegido, educación especial, servicios asistenciales, sistema público de salud y régimen público de la seguridad social). En la medida en que la rehabilitación se logre, se le considerará una persona capacitada para realizar una contribución útil a la sociedad. De este modo, la persona con discapacidad se hallaba sometida a la voluntad ajena: de familiares y médicos, quienes le despojaban de su capacidad de autogobierno, debiendo seguir los tratamientos prescritos durante el proceso de normalización, todo

3 Aunque no se corresponde específicamente con una etapa determinada, el modelo de la marginación suele asociarse con la Edad Media, por cuanto en esta época se intensifica la exclusión de las personas con discapacidad.

4 El enfoque médico está relacionado con el análisis común de la discapacidad dentro del llamado proceso de especificación de los derechos, el cual se caracteriza por diversificar la titularidad de los derechos y por pretender justificar una atribución de derechos apoyada en el reconocimiento de la especialidad. Así las cosas, la especificación desemboca en el surgimiento de derechos propios de determinados sujetos o colectivos de los que estos serían titulares por razón de los rasgos que los singularizan o identifican (Cuenca, 2012, p. 116).

ello con la finalidad última de ingresar en la sociedad. En efecto, el modelo médico fue criticado con posterioridad por los teóricos del modelo social, al considerar que está basado en una presunción de inferioridad fisiológica o biológica de las personas con discapacidad, coadyuvando a una suerte de dependencia.

El paradigma “rehabilitador” se aparta del anterior en dos aspectos fundamentales: en primer lugar, sitúa las causas de la discapacidad en el campo científico o médico, abandonando la idea de que la discapacidad pudiera venir originada en la religión; y, en segundo lugar, las personas con discapacidad, al ser catalogadas como enfermas, ya no son objeto de marginación o exclusión, ni sufren prácticas eugenésicas, sino que se busca su tratamiento médico y rehabilitación. Y así, es justo reconocer que en su momento este paradigma conllevó significativos avances procedentes del hecho de reparar en las situaciones particulares de los individuos y pretender así ofrecer respuestas concretas desde las políticas legislativas.⁵ Gracias a este paradigma, la persona con discapacidad deja de estar marginada y adquiere la condición de ser humano, aunque enfermo.

3. Por último, el tercer paradigma, conocido como *social e integrador*, vigente en la actualidad, supone una alteración radical de óptica acerca de la realidad de la discapacidad que se fundamenta en un doble aspecto:

- a. Por un lado, este nuevo enfoque parte de entender que las causas que originan la discapacidad no son de índole científica, sino social, despojando de este modo la carga del problema al individuo para trasladarlo a un entorno incapaz de satisfacer las necesidades procedentes de la discapacidad. En consecuencia, centra su ámbito primordial de intervención en revertir la situación de dependencia ante los demás, al estimar que el análisis y la respuesta a la discapacidad deben ser de carácter social.
- b. Por otro lado, acentúa la condición irrevocable de la persona con discapacidad como ser humano dotado de autonomía personal, subrayando la igual dignidad de todos los individuos con independencia de sus capacidades, exi-

5 Aun cuando el desarrollo de este paradigma ha implicado progresos formidables en la esfera médico-rehabilitadora, no ha sucedido lo mismo en la jurídica social. En concreto, desde la perspectiva jurídica, la discapacidad se aborda únicamente dentro de la normativa de la asistencia y la seguridad social, o se incluye entre ciertas cuestiones del Derecho civil vinculadas con la incapacitación y la tutela (Asís, 2007, p. 59).

giendo, consiguientemente, el ejercicio pleno de los derechos, así como la completa integración y participación de todos en la sociedad, incluidas también, por tanto, las personas con discapacidad.

Fueron las protestas llevadas a cabo por las propias personas con discapacidad, y por sus familias, en Estados Unidos e Inglaterra, fundamentalmente,⁶ durante los años sesenta, las que consiguen gestar este nuevo paradigma, cuyo referente básico arranca del Movimiento de Vida Independiente.⁷ Su ideario se cifraba en la libertad de las personas con discapacidad para decidir sobre las cuestiones que afectaran a su propia vida (Álvarez, 2017, pp. 1034-1035; Fernández, 2020, p. 44).

El modelo social parte de la concepción de la deficiencia como una diferencia, como un rasgo más de la persona, abogando por una visión positiva y optimista de la deficiencia. Se fundamenta en la acción social y política: la primera, referida a la responsabilidad que tiene la sociedad de remover los obstáculos y eliminar todas las barreras, incluidas las psicológicas, que impiden la plena participación en la vida pública de las personas con deficiencia, y la segunda, dirigida a la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. Este modelo rechaza la concepción de las personas con discapacidad de acuerdo con parámetros de inferioridad o no-normalidad (Díaz, 2017, p. 32; Fernández, 2020, p. 49). El resultado final de esta larga evolución es la absoluta modificación de la posición del individuo con discapacidad hasta situarla en su calidad de persona en el centro

6 En Gran Bretaña, una agrupación de académicos y activistas creó la asociación Unión de Personas con Discapacidad Física contra la Segregación, de la que surgió un conjunto de propuestas e ideas en torno al programa "Principios fundamentales de la discapacidad" (Fernández, 2020, p. 45). Movimientos similares se produjeron en los países escandinavos. Estos movimientos surgen y se promueven por los propios discapacitados y sus familias, que rechazan vivir en organismos apartados y el sometimiento a planes de rehabilitación, sin poseer ningún control sobre sus vidas (Victoria, 2013, pp. 822-823).

7 Ed Robert fue el pionero en la cruzada contra la discriminación de las personas con discapacidad en Norteamérica. Este estudiante universitario, cuya vida dependía de un pulmón artificial, venció todas las trabas impuestas por los poderes públicos para concluir sus estudios en la Universidad de California. La victoria de Robert en sus exigencias de accesibilidad universitaria fue la semilla del Movimiento de Vida Independiente, cuyas demandas se extendieron de inmediato a todas las esferas de la vida social. Roberts fundó en 1972 el primer Centro de Vida Independiente en el cual eran las propias personas con discapacidad quienes se procuraban los servicios necesarios y las que dirigían y controlaban los mismos (Fernández, 2020, pp. 44-45).

del ordenamiento jurídico como verdadero protagonista activo (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 53).

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

Después de la Segunda Guerra Mundial germina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos encabezado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que, junto con los dos Pactos Internacionales de derechos civiles, políticos y sociales, económicos y culturales (1966), y sus dos protocolos facultativos, conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos,⁸ cuyo fin fue construir un corpus jurídico tuitivo que protegiera los derechos y libertades fundamentales de los individuos en todos los países. Esta compleja tarea se ha visto favorecida por la negociación de otros acuerdos jurídicos regionales sobre la misma materia: la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos Humanos (1981). Ahora bien, no se consiguió que los Estados parte de los distintos tratados internacionales respetaran los derechos fundamentales de todos, relegando a colectivos como niños, mujeres, minorías étnicas o personas con discapacidad, entre otros. Esto propició la redacción de convenios internacionales *ad hoc* destinados a garantizar los derechos fundamentales de estos amplios sectores de la ciudadanía, que sistemáticamente eran conculcados en innumerables zonas del mundo (Álvarez, 2017, p. 1042). En esta línea, y ciñéndonos a la labor de las Naciones Unidas en su batalla por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad, han sido de forma principal sus agencias especializadas las que han abordado a nivel internacional la tutela de las personas con discapacidad,⁹ aunque de manera sectorial, esto es, cada una en el área específica que le concierne.

8 Desde sus inicios, la Organización de las Naciones Unidas (onu) acogió la atención a los discapacitados, aunque inicialmente no como una política global, sino mediante su protección social vía sistemas de Seguridad Social (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos), o bien en el marco de la prohibición de discriminaciones (pactos internacionales de 1966: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

9 La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y la Organización Internacional del Trabajo (Moreno, 2013, p. 354).

Las personas con discapacidad son sujetos de declaraciones de Derechos Humanos desde la década de los setenta.¹⁰ Con posterioridad, se ha recalcado la relevancia de la tutela de dichas personas en numerosas reuniones y cumbres organizadas por las Naciones Unidas,¹¹ y en distintos documentos suscritos que han supuesto la consagración, a nivel internacional, de una extensa orientación de derechos humanos para impulsar la condición de las personas con discapacidad en las actividades principales de desarrollo. Ahora bien, estas iniciales acciones internacionales de protección de las personas con discapacidad evidenciaban, sobre todo, los postulados del modelo médico, asistencial o rehabilitador (Moreno, 2013, pp. 353-356). En los últimos decenios, las Naciones Unidas han mostrado un notorio apoyo hacia el giro de una perspectiva sobre la discapacidad basada en los derechos humanos, evolucionando hacia un sistema centrado en las personas con discapacidad como sujetos de derechos, partiendo del principio de igualdad de oportunidades y de la dignidad humana.¹²

Vemos, pues, que el Derecho Internacional ha venido desempeñando una función capital en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, habida cuenta de la gran cantidad de instrumentos normativos que se han adoptado, así como del cambio axiológico profundo que ponen de manifiesto (Olarte, 2020, p. 111). Con todo, el verdadero salto cualitativo, que ha supuesto un significativo cambio de paradigma, tuvo lugar con la ya referida Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), aprobada, junto con su protocolo facultativo, en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 mediante Resolución 61/106. Fue firmada el 30 de marzo de 2007 por

10 Pensemos en la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2856, xxvi, de 20 de diciembre de 1971) o en la Declaración de los Derechos de los Impedidos (aprobada por la Asamblea General en diciembre de 1975) (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 61).

11 Y así, proclama 1981 Año Internacional de los Impedidos; o en 1982 la Asamblea General aprueba el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. Poco después, la Asamblea General proclamó el día 3 de diciembre Día Internacional de las Personas con Discapacidad; y en 1993 aprobó las Normas Uniformes sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Monereo y Ortega, 2020, pp. 61 y 64-65).

12 Este nuevo enfoque, respaldado por las Naciones Unidas, se hizo ostensible, entre otras iniciativas, en la elaboración del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982 en su Resolución 37/52 (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 61).

España, y ratificada el 3 de diciembre de 2007, entrando en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008. Nuestro Estado ha ratificado, igualmente, su protocolo facultativo.

La CDPD señala:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1.2).

Se observa que la Convención parte de un concepto de discapacidad¹³ que, como observa Alemany (2018, pp. 204-205), posee tres características: el “modelo social” (Preámbulo, e); la neutralidad valorativa de la noción de discapacidad o, más aún, la afirmación de su valor positivo (art. 3, d), y la unidad, al no diferenciar entre clases de discapacidad¹⁴ (art. 1). Se aprecia, pues, que la CDPD aborda la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y no desde una óptica meramente asistencial (Cuenca, 2013, p. 18). En realidad, la Convención no reconoce nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino que, bajo el prisma del paradigma social, hace hincapié en la discriminación estructural que padece el colectivo con discapacidad y dispone las obligaciones jurídicas de los Estados de respetar y proteger el disfrute de todos los derechos humanos de este grupo social en igualdad de condiciones. Para ello, la CDPD define algunos conceptos como la accesibilidad, la inclusión, la participación y la no discriminación, ubicándolos en el contexto de las personas con discapacidad para asegurar que puedan disfrutar plenamente de sus derechos (Pérez y Álvarez, 2020, p. 105).

13 Discapacidad, dependencia, minusvalía, incapacitación e incapacidad son palabras que, con frecuencia, se confunden y suelen utilizarse de manera indistinta e incorrectamente. Conexos a estos términos se producen situaciones o procedimientos que se refieran igualmente a ámbitos diferentes y poseen distintas implicaciones (Pérez y Álvarez, 2020, p. 109).

14 Una concepción semejante de la discapacidad se viene manteniendo por parte de la jurisprudencia dictada por los órganos judiciales del ámbito europeo, en el seno de la Unión Europea (p. ej., *stjue*, Sala Segunda, 11 de abril de 2013) y del Consejo de Europa (*sstedh* de 30 de abril de 2009, asunto *Glor contra Suiza*; de 22 de marzo de 2016, asunto *Guberina contra Croacia*; y 23 de marzo de 2017, asunto *A.-M.V. contra Finlandia*).

La Convención constituye, sin duda, un notable hito en la protección de las personas con discapacidad. Su propósito es: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1).

En este sentido, la CDPD aborda la regulación sustantiva de los derechos fundamentales, ya existentes, para adaptarlos a la concreta situación de las personas con discapacidad, empleando el principio de no discriminación como sustento del contenido de estos derechos sustantivos (Olarte, 2020, p. 114). Así las cosas, el principio de no discriminación,¹⁵ al interconectarlo con los derechos humanos reconocidos en la CDPD, viene a asegurar su ejercicio y disfrute en igualdad de oportunidades por parte de las personas con discapacidad (Cuenca, 2013, p. 20).

Visto todo lo anterior, cabe concluir que la Convención de 2006 supone una transformación en el concepto de discapacidad, al transitar desde una preocupación en materia de bienestar social a un asunto de derechos humanos, que asume que las barreras y los prejuicios de la sociedad conforman en sí mismos una discapacidad (Moreno Molina, 2013, p. 358). En definitiva, la CDPD constituye el documento jurídico internacional de tutela de la discapacidad de mayor trascendencia (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 63).

Por otra parte, se han adoptado medidas de gran relevancia en esta materia en el ámbito europeo, debiendo resaltar la labor desempeñada por el Consejo de Europa y por la Unión Europea. Por lo que se refiere al Consejo de Europa, recordemos que nace, como organización intergubernamental europea, para la defensa y tutela de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en Europa. Sus principales instrumentos normativos son el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamenta-

15 La Convención, tras definir la “discriminación por motivos de discapacidad”, destaca que “incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (art. 2). La cdpd entiende por “ajustes razonables” “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2). En definitiva, la fórmula del ajuste razonable consistiría en la obligación de establecer todo un juego de medidas adecuadas para hacer posible que una persona con discapacidad tenga acceso o participe en el progreso en el empleo o en la formación, salvo que tales medidas supongan una carga desproporcionada al empleador (Rey, 2017, pp. 165-166). Algunas SSTC hacen referencia a la exigencia de adoptar “ajustes razonables” con base en la Convención de 2006 (sstc 10/2014, de 27 de enero; 77/2014, de 22 de mayo o 3/2018, de 22 de enero).

les (1950) y la Carta Social Europea (1961). El Consejo de Europa también ha impulsado la adopción de otros instrumentos y tratados encaminados a proteger a ciertos colectivos de personas, pero ninguno de estos se refiere de forma concreta a las personas con discapacidad. Por lo que hace al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tampoco contiene ninguna mención expresa a la discapacidad. En contraste, la meritoria jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido decisiva en orden a proteger los derechos de estas personas, superando una interpretación literal y obsoleta del tenor literal del Convenio.¹⁶ Respecto a la Carta Social Europea, contiene, incluso ya en su primera redacción, menciones expresas a la discapacidad (arts. 9 y 10, orientación y formación profesional), siendo el artículo 15 (en su versión de 1961) el precepto que más específicamente se refería al derecho a la formación y readaptación profesional de estas personas. Pese al contenido limitado de dicho precepto,¹⁷ el Comité Europeo de Derechos Sociales ha realizado una labor de interpretación amplia, propia del modelo social de discapacidad. Junto a estos instrumentos normativos y su correspondiente jurisprudencia, hay que destacar también la relevancia de la adopción de planes de actuación para los Estados (Olarte, 2020, pp. 114-117).

Por lo que hace a la Unión Europea (en adelante UE), la larga evolución experimentada por la originaria Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) ha determinado la aparición de un espacio de derechos fundamentales en el seno de una organización que nació con fines de cooperación económica. Por este motivo, el Tratado Constitutivo de la CEE no preveía competencia alguna en materia de derechos ni tampoco en materia de discapacidad. No obstante, hoy día, las instituciones de la UE¹⁸ también fomentan la concepción de la discapacidad como una cuestión de respeto de los derechos humanos basado en los valores que consagra el Tratado de la UE y que se reconocen en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la

16 La interpretación dinámica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado como resultado la aplicación a la discapacidad de algunos derechos mayoritariamente de carácter civil y político, reconociendo que las personas con discapacidad tienen derecho a la independencia, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad (Olarte, 2020, pp. 114-115).

17 Por una parte, nos encontramos con la terminología propia de su época (*minusválido*, *inválido*, *disminuido*); y, por otra parte, obligaba a los Estados a adoptar medidas de inserción laboral a través de dos opciones: empleo protegido o empleo ordinario, sin llegar a establecer la preferencia por el empleo ordinario (Olarte, 2020, p. 116).

18 Donde encontramos unos ochenta millones de personas, esto es, una de cada seis, con una discapacidad, entre leve y grave (Monereo y Ortega, 2020, p. 72).

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁹ (Moreno, 2013, p. 359). El punto de partida hemos de situarlo en el Tratado de la CEE (arts. 117 y 125), a partir de cuya limitada atribución competencial²⁰ la CEE comenzó a adoptar algunas iniciativas referidas a las personas con minusvalía, dentro de las políticas sociales. Todas ellas respondían al paradigma asistencial. En este contexto, las primeras medidas se centraron en el ámbito sociolaboral, en el que han permanecido hasta entrado el presente siglo, momento en que ha terminado por imponerse la perspectiva transversal de la igualdad de oportunidades y no discriminación (Olarte, 2020, p. 117).

Dejando aparte los significativos instrumentos normativos con que cuenta la UE en materia de discapacidad en la actualidad,²¹ destaca, además, la firma el 30 de marzo de 2007 de la CPDP, y su posterior ratificación el 23 de diciembre de 2010, siendo el primer tratado internacional que prevé la posibilidad de adhesión de una organización de naturaleza regional. Por su parte, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de la Comisión Europea, adoptada en 2010, basada en la Convención, ofrece un marco de acción a escala europea y nacional para abordar las diversas situaciones de personas con discapacidad.

19 En este sentido, podemos apuntar algunas referencias normativas, tales como las contenidas en el Tratado de Funcionamiento de la ue (arts. 10 y 19); la Declaración 22 del Tratado de Ámsterdam, relativa a las personas discapacitadas; el Tratado de la ue (art. 2); la Carta de los Derechos Fundamentales de la ue (arts. 20, 21 y 26); la Resolución del Consejo de la ue y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008, relativa a la situación de las personas con discapacidad en la ue; la Resolución del Parlamento Europeo, del 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la cdpd y su Protocolo Facultativo; o, una vez suscrita por la ue la cdpd, la aprobación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, entre otros (Moreno, 2013, pp. 359-361).

20 La ampliación competencial operada con el Tratado de Ámsterdam en 1997 (con la modificación del art. 13 tcee), incluyendo una referencia expresa a la discapacidad, abrió las puertas a la intervención normativa del Consejo (Olarte, 2020, p. 119).

21 Pensemos en la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; o en el Reglamento 1107/2006, del derecho de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, además de programas de acción y otros instrumentos *soft law* (Olarte, 2020, p. 117).

MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SU CONEXIÓN CON LA IGUALDAD

Antes de proseguir, hay que dejar apuntado que estamos ante un problema constitucional de entidad, habida cuenta que se calcula que en España afecta a cerca de cuatro millones de personas, esto es, a más de un 8,5 % de nuestra población (existe una persona con discapacidad en uno de cada cinco hogares) (CERMI-MESS, 2016, pp. 11-12). Pues bien, el marco genérico desde el que cabe plantearse la cuestión de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad puede ser construido, como ha dejado sentado el propio Tribunal Constitucional (en adelante TC), desde el artículo 14 de la CE, en estrecha conexión, genéricamente, con el mandato contenido en el artículo 9.2 CE, y, concretamente, con su plasmación en el artículo 49 CE.²² Pasemos a analizar estos tres preceptos constitucionales.

Reconocimiento constitucional de la igualdad formal y material

El artículo 14 CE reconoce la igualdad de carácter formal como principio ordenador y cláusula general del ordenamiento jurídico que señala un límite para la actuación promocional de los poderes públicos. Afirma este precepto: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Las causas de discriminación específicamente vedadas serían, pues, el nacimiento (referido a las distinciones fundadas en la filiación), la raza, el sexo, la religión y la opinión. Esta enumeración de causas posibles de discriminación se acompaña de una cláusula general que pone de manifiesto la existencia de discriminación por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Podríamos preguntarnos cuáles son las posibles causas de discriminación que caben incluirse mediante la referida cláusula general. El tema debe ser conectado con los parámetros del juicio de razonabilidad, en el sentido de que no toda posible causa de discriminación debe ser considerada como constitucionalmente relevante, sino solamente aquellas que sean razonables. En todo caso, habrá de ser nuestra jurisprudencia constitucional la encargada

22 En esta línea, por ejemplo, stc 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4º, y stc 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3º.

de ir decantando todas estas posibles causas, teniendo en cuenta igualmente la vigencia de las diferentes declaraciones y pactos internacionales. Del amplio uso hecho de esta cláusula general por el TC, hemos de citar la trascendencia que han tenido, como circunstancias discriminatorias: la edad, la orientación e identidad sexuales, la discriminación por circunstancias familiares, la pertenencia a las Fuerzas Armadas y, por lo que a nosotros interesa, la discapacidad. En efecto, el TC español considera inserta en el ámbito del artículo 14 CE la discapacidad como una causa de discriminación prohibida (STC 269/1994, de 3 de octubre). Por tanto, las personas con discapacidad constituyen un colectivo especialmente protegible (Giménez, 2009, p. 234).

El derecho a la igualdad se traduce jurídicamente en un derecho subjetivo fundamental a no ser discriminado. La jurisprudencia de nuestro TC ha subrayado que un tratamiento legislativo distinto es legítimo siempre que exista una justificación objetiva y razonable, que persiga una finalidad legítima y respete una proporcionalidad adecuada entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Esto significa la vinculación de todos los poderes públicos al derecho constitucional a no ser discriminado, cada uno de conformidad con sus procedimientos de actuación, con arreglo a la prueba de la desigualdad, consolidado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en aplicación del artículo 14 del Convenio de 1960) y, siguiendo a la misma, de nuestro TC.²³ Con arreglo a dicho esquema, se establece la distinción entre la diferenciación y la discriminación. La Constitución no prohíbe cualquier diferenciación, sino la discriminación, esto es, la desigualdad jurídicamente consagrada a partir de una fundamentación constitucionalmente prohibida. Esta construcción metodológica nos sirve para delimitar la desigualdad constitucionalmente inadmisibles por ser discriminatoria, de la desigualdad constitucionalmente legítima por no ser discriminatoria, sino aparecer apoyada en la consideración jurídica de un presupuesto de hecho razonablemente diferente, en términos adecuados y proporcionales a la finalidad materialmente igualatoria que dicha diferenciación de regímenes jurídicos debe perseguir (STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 4º).

Por su parte, el artículo 9.2 CE estipula:

23 En esta línea, *vid.*, por todas, stc 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3º.

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

Esta norma va referida a la igualdad de signo material, real y efectiva, como objetivo fundante de la dimensión social, transformadora y promocional del Estado y de la actividad de los poderes públicos.

Se trata de un mandato al mismo tiempo de signo positivo (“promover”) y negativo (“remover los obstáculos”), que nuestro Texto Constitucional ordena respecto a todos los poderes públicos sin excepción, para la consecución de la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sociales. Dimensión colectiva que sustenta el tratamiento jurídico diferenciado para colectivos especialmente desfavorecidos o vulnerables (Olarte, 2020, p. 109).

Desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real (art. 9.2 CE) e igualdad formal (art. 14 CE) son conceptos diferentes, no debemos contraponerlos. La igualdad real implica el establecimiento de ciertas diferencias de trato jurídico a favor de ciertos colectivos sociales mencionados en el mismo texto constitucional (entre los que cabe incluir a quienes padecen una discapacidad física y psíquica) en función de criterios de desigualdad, no solo jurídicamente razonables y válidos, sino, cabe decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente contemplados por el constituyente. En suma, la igualdad de trato es, en nuestro sistema jurídico, perfectamente compatible con la acción positiva para superar desventajas y desigualdades que históricamente viene sufriendo un colectivo. La doctrina y la jurisprudencia del TC avalan el nexo existente entre la vertiente formal y material de la igualdad, legitimando aquellas actuaciones de los poderes públicos involucradas en la implementación de concretas desigualdades formales en aras de la consecución de la igualdad real (Cabra de Luna, 2004, p. 24).

La protección de las personas con discapacidad en el artículo 49 CE

Una vez examinado el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), profundizaremos en el estudio del tratamiento constitucional de los derechos de las personas con discapacidad, analizando el artículo 49. Un estudio de

Derecho Constitucional Comparado nos muestra que, por lo que concierne a Europa occidental, tan solo un escaso número de Estados han incluido alguna mención a las personas con discapacidad en sus textos constitucionales,²⁴ lo que convierte a nuestra Carta Magna en una de las pioneras, en su momento, en la incorporación de un artículo específico relativo a las personas con discapacidad y su régimen de protección (Lorenzo y Loya del Río, 2020, p. 221). Por otra parte, así como los textos constitucionales italiano, francés, griego y maltés se limitan a contemplar la obligación del Estado de satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad y a reiterar su derecho a la educación y a la formación profesional, la Carta Magna portuguesa, por el contrario, contempla disposiciones normativas específicas para la protección efectiva e integral de los derechos de las personas con discapacidad. La parte dogmática de la CE ha recibido la influencia, principalmente, de la Constitución de Portugal, cuya huella se aprecia en el tenor literal del artículo 49 CE. Y así, este precepto revela la orientación integral u holística del fenómeno de la discapacidad, adoptado por aquella de modo original (Álvarez, 2017, pp. 1038-1040).

Ahora bien, nuestro constituyente optó por integrar el sistema de tutela de las personas con discapacidad, contenido en el artículo 49, en el Capítulo III del Título I CE, esto es, formando parte de los llamados “Principios rectores de la política social y económica”, los cuales se encuentran estrechamente vinculados con la configuración de nuestro Estado como social (art. 1.1 CE), esto es, un modelo de Estado intervencionista y asistencial. La tradicional crítica que se viene formulando a los derechos sociales de prestación —consagrados, por vez primera, en la Constitución mexicana de 1917 (Angarita, 2021, p. 512)— se sustenta en la complejidad que entraña su eficacia jurídica, puesto que, pese a su reconocimiento constitucional, se constatan los problemas que suscita la protección del disfrute efectivo de estos derechos de modo equivalente al que pueden garantizar los derechos de defensa. En efecto, los principios rectores cuentan con un sistema de protec-

24 Más específicamente, los precedentes del art. 49 ce se encuentran en el art. 38, apartados 1º y 3º, de la Constitución italiana (1947); en el art. 21.2 de la Constitución griega (1975); en el art. 17 de la Constitución de Malta (1964); en el preámbulo de la Constitución francesa de la IV República (1946), que continúa en vigor al ser incorporado por remisión a la Constitución de 1958; y en el art. 71 de la Constitución portuguesa (Álvarez, 2017, p. 1037).

ción significativamente inferior al que protege a los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo II del Título I.²⁵

Pasemos, a continuación, a examinar el tenor literal del precepto en análisis. Dice así el artículo 49:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Lo primero que llama la atención del precepto es la terminología empleada por los constituyentes. Aunque este precepto data de 1978, fecha en que se promulga la vigente Constitución, contexto histórico que explicaría esta expresión, más de cuatro décadas después se debería considerar la oportunidad de actualizar la redacción de este²⁶ (Díaz, 2017, p. 112; Olarte, 2020, p. 110). En efecto, el término “disminuidos” debería ser reemplazado por otro que no conlleve una carga peyorativa, pues implica un desvalor hacia las personas con discapacidad.²⁷

Relacionado con lo anterior, en el tenor literal del artículo 49 de la Constitución puede verse plasmado un paradigma híbrido o mixto, en el sentido que refleja aspectos consustanciales al modelo médico y al modelo social.

1. Y así, por un lado, los constituyentes creyeron que la discapacidad tenía que abordarse mediante soluciones de carácter médico y asistencial,

25 No obstante, se procura que, al menos, tengan un cierto carácter normativo al vincular con sus mandatos al legislador, principal destinatario de estas normas; limitar al ejecutivo en su actuación, marcándole, entre sus fines de actuación, la consecución de estos derechos, y servir de parámetro interpretativo para el poder judicial, sujeto, como el resto de los poderes públicos, “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 ce) (Cobrerros, 1987, pp. 27-59).

26 En esta línea, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dispuso que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”, y que, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, las disposiciones normativas elaboradas por las administraciones públicas utilizarán el término “personas con discapacidad” para denominarlas (Disposición Adicional 8).

27 La Constitución portuguesa, promulgada dos años antes, ya contenía la expresión, más respetuosa, de “ciudadanos portadores de deficiencia” (Álvarez, 2017, p. 1039).

brindadas por el Régimen Público de la Seguridad Social (art. 41) y el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43), imprescindibles para curar o paliar, en la medida de lo médicamente posible, las deficiencias de toda índole que padecen las personas con discapacidad. Tales medidas se reflejan en la primera parte del precepto (“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración²⁸ [...] a los que prestarán la atención especializada que requieran”), donde se concibe a las personas con discapacidad como miembros de un colectivo especialmente protegido.

2. Pero, por otro lado, se refleja, igualmente, la influencia del modelo social en el inciso final del artículo (“los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”). Se quiere ver así explicitada la necesidad de adoptar acciones positivas de los poderes públicos que favorezcan el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos con discapacidad, lo que nos llevaría a conectar el artículo 49 con la cláusula del Estado social (art. 1.1), los valores de libertad e igualdad (art. 1.1), la dignidad humana (art. 10.1) y, como ya dijimos, el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 14, cuyo contenido constitucional ha de verse completado, a su vez, por lo dispuesto en el artículo 9.2 CE (Álvarez, 2017, p. 1040). De este modo, a la hora de abordar si ha habido discriminación o no hacia una persona con discapacidad en el disfrute de alguno de sus derechos, habrá que poner en interrelación los antedichos preceptos constitucionales.²⁹ Y así, la segunda parte del artículo 49 CE reputa a las personas con discapacidad titulares de derechos constitucionales reconocidos a todas las personas.³⁰ Los derechos fundamentales se erigen en las herramientas

28 En efecto, la primera parte del referido precepto contiene un conjunto de prestaciones por parte de los poderes públicos: 1) Previsión: la discapacidad es un fenómeno complejo, que incorpora entre sus causas factores de carácter social. 2) Tratamiento: la discapacidad no es solo una cuestión relacionada con políticas sanitarias ni de seguridad social, sino que es una cuestión de derechos humanos. 3) Rehabilitación: la rehabilitación no solamente es el proceso dirigido hacia la consecución del máximo nivel de desarrollo y de integración de las personas con discapacidad, sino que tiene un alcance más extenso, encaminado a la rehabilitación social. 4) Integración: la finalidad es la inclusión en el diseño de una sociedad formada para afrontar las necesidades de todos, con la consiguiente emancipación y equiparación en derechos (Asís, 2007, pp. 62-63).

29 stc 3/2018, de 22 de enero, FJ 5º.

30 Es especialmente relevante su incidencia en relación con el derecho al trabajo (art. 35 ce), la política orientada a la consecución de pleno empleo (art. 40 ce), el régimen público de Seguridad Social ante situaciones de necesidad (art. 41 ce), o la protección de la salud (art. 43 ce) (Olarte, 2020, p. 109).

jurídico-políticas apropiadas para que las personas con discapacidad puedan, al igual que el resto de los individuos, y en la mayor medida posible, desarrollar libremente su propia personalidad (Asís *et al.*, 2007, pp. 62-64).

Pues bien, el pasado mes de mayo de 2021, el Gobierno de la nación española presentó una iniciativa de reforma en profundidad del artículo 49 CE. Al momento del cierre del presente trabajo, dicho proyecto de reforma constitucional aún se encuentra en tramitación parlamentaria.

DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Partiendo del marco internacional y constitucional arriba expuesto, nuestro Derecho Positivo ha venido regulando la discapacidad, desde hace ya cuatro décadas, a través de un conjunto normativo amplio y diverso, coexistiendo normas de rango legal y reglamentario. Estaríamos ante un conjunto de normas caracterizado por su transversalidad y coherencia interna y que viene integrado por normas procedentes de diversas ramas del ordenamiento jurídico³¹ (derecho civil, mercantil, penal o administrativo) (Olarte, 2020, p. 107).

También se aprecia la diversa procedencia de las fuentes normativas, pues unas son de origen estatal y otras autonómicas.³² Y es que, desde la perspectiva constitucional competencial,³³ la regulación de los derechos de las personas con discapacidad constituye una materia compartida entre el

31 En la literatura científica no escasean las voces que defienden que, al tratarse de un conjunto normativo con un objeto específico (la discapacidad), cuantitativamente amplio y cualitativamente específico, y al contar con unos principios ordenadores propios, estaríamos ante una rama o subsector diferenciado, aun de corta trayectoria (Olarte, 2020, p. 122).

32 A las competencias estatales y autonómicas se añaden las locales en materia de “servicios sociales” reconocidas en la legislación sobre dichas entidades (art. 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases del Régimen Local), la cual suele incorporar aspectos en materia de discapacidad. Este reconocimiento general ha propiciado que las respectivas legislaciones autonómicas atribuyan competencias a las corporaciones locales en esta materia y que se articulen mecanismos de coordinación y cooperación. Ello conlleva la generación de estructuras administrativas sobre discapacidad a nivel municipal para la gestión de estas cuestiones, generalmente en el seno de las concejalías en materia de servicios sociales o similares (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 74).

33 Desde un punto de vista internacional, respecto a los mandatos contenidos en la cdpd (art. 4.5), el sujeto obligado al cumplimiento de la Convención es el Estado español, con independencia de las formas de poder territoriales que se puedan desarrollar (cermi-mess, 2016, p. 73).

Estado central y las Comunidades Autónomas. Efectivamente, por una parte, el artículo 148.1.20 CE asigna a las comunidades la competencia exclusiva en materia de “asistencia social”, donde habitualmente se han incorporado las diversas políticas en materia de discapacidad, de manera particular, las actuaciones asistenciales; así mismo, hemos de destacar que, con las reformas de los Estatutos de Autonomía operadas a partir del año 2006, se advierte una mayor presencia y visibilidad de derechos de las personas con discapacidad, lo cual, a su vez, se ha reflejado en la adopción de leyes autonómicas específicas en esta materia. Pero, por otra parte, el Estado ha invocado el artículo 149.1.1 CE, esto es, la garantía de la igualdad básica “de todos los españoles en el ejercicio de los derechos” constitucionales, para desarrollar esta materia por medio de diversas leyes, a algunas de las cuales nos referiremos seguidamente. Por lo demás, la aplicación del artículo 149.1.1 en relación con el artículo 49 CE, ha sido reconocida de modo expreso por el TC³⁴ (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 73; Olarte, 2020, p. 131; Rey, 2017, p. 164).

A título meramente ejemplificativo, pasemos a enumerar a continuación algunos de los principales hitos normativos por los que ha atravesado la evolución del marco jurídico de la discapacidad en España (Díaz, 2017, p. 113; Fernández, 2020, p. 52; Lorenzo y Pérez, 2020, pp. 62-63; Pérez y Álvarez, 2020, p. 101). La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos (LISMI), fue la primera regulación legislativa de la discapacidad que supuso la superación de la óptica meramente caritativa.³⁵ Le siguió la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU).³⁶ Destaca, seguidamente, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En igual línea se sitúa el vigente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

34 En este sentido, por todas, stc 18/2017, de 2 de febrero.

35 En efecto, esta ley fue inspirada fundamentalmente por un paradigma rehabilitador, si bien recogía ya algunos principios de un incipiente modelo social.

36 Esta ley, en concordancia con los mandatos internacionales y las exigencias de la UE, y adelantándose a la aprobación de la cdpd, incorpora al ordenamiento jurídico español la óptica social de la discapacidad que rebasa el enfoque fundamentalmente médico-rehabilitador que inspiró la lismi, por lo que supuso un avance muy significativo en la legislación española en materia de discapacidad.

General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Este Real Decreto Legislativo, que ha tenido en la CDPD su principal referente, deroga las tres leyes anteriores (Leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007), por integrarse en dicho texto refundido. El Real Decreto Legislativo 1/2013, adopta un paradigma de la discapacidad caracterizado por tres notas: 1) se adhiere al modelo social de discapacidad, pues reconoce que las dificultades que sufre este grupo se encuentran en la propia sociedad, y no en estas personas; 2) opta por una respuesta desde el ángulo de los derechos humanos, de modo que libertad, igualdad y dignidad se erigen en los referentes en el tratamiento de la discapacidad, y 3) reconoce la realidad discriminatoria y afirma la necesidad de una intervención pública (especialmente legislativa) que promuevan la efectiva igualdad de oportunidades (Olarte, 2020, p. 122).

Podemos, así mismo, resaltar, sin ánimo de exhaustividad, otros avances normativos más específicos, encuadrables en muy diversos sectores de nuestro ordenamiento, como son (Olarte, 2020, pp. 126-131):

1. En el campo de los derechos civiles y políticos, hemos de reseñar que la plena participación social ha sido una de las reivindicaciones más persistentes de todo el movimiento de personas con discapacidad, muy consciente de su trascendencia en orden a generar un cambio social y político profundo. Uno de los últimos avances para las personas con discapacidad en nuestra normativa ha sido la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad³⁷ (modificación que se adoptó en cumplimiento de lo previsto en el art. 29 CDPD).

2. En materia laboral, el Estatuto de los Trabajadores (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, siempre que se hallen “en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (art. 4.2 c), y adopta numerosas medidas de fomento de empleo y de apoyo a las personas con discapacidad en este ámbito (*v.gr.* arts. 17.3,

37 De este modo, se reconoce a todas las personas el ejercicio de su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera. Y se dispone que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial.

46.3 o 48.2). Además de las previsiones contenidas en el estatuto, cabe recordar la obligación de reservar el 2 % de la plantilla en empresas, públicas o privadas, de cincuenta o más trabajadores, a trabajadores con discapacidad, contenida en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013 (art. 42).³⁸ Igualmente, hemos de tener presentes las obligaciones que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) prevé para el empresario en orden a “la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo” (art. 25.1); o las disposiciones contenidas en la Ley de Empleo (aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre). No olvidemos tampoco las medidas de protección de las personas con discapacidad en relación con el empleo público (p. ej., art. 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). A las disposiciones anteriores, habría que sumar un amplio conjunto de normas en materia de medidas de fomento de empleo e incentivos a la contratación de personas con discapacidad. Todas estas previsiones evidencian que el ordenamiento laboral es uno de los sectores donde la discapacidad recibe un tratamiento jurídico diferenciado de forma más intensa, a lo que ha contribuido la impronta sociolaboral del ordenamiento comunitario y europeo.

3. Por otra parte, y en coherencia con las medidas protectoras contenidas en el sector laboral, en el ámbito de la seguridad social se incorpora el derecho a la protección de las situaciones de necesidad derivadas de la discapacidad, conformando un régimen fundamentalmente prestacional que atiende a la imposibilidad de obtención de ingresos derivados del trabajo a

38 Pensemos, en este sentido, que, atendiendo a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2020 la tasa total de empleo fue del 61,9 %; ahora bien, la tasa para las personas sin discapacidad fue del 64,3 %, mientras que para las personas con discapacidad fue del 26,7 %. Dentro, a su vez, de las personas con discapacidad (personas con un grado de discapacidad superior o igual al 33 % y asimilados según el RD Legislativo 1/2013), la tasa de empleo es inferior para las personas que padecen una discapacidad de tipo intelectual (17,6 %) y mental (17,1 %). También los salarios brutos por año (tomando como referencia el año 2019) son inferiores para las personas que padecen discapacidad intelectual (13.136 €) y mental (17.521 €), si lo comparamos con la media de las personas con discapacidad (20.574 €) y sin discapacidad (24.512 €) (Instituto Nacional de Estadística, 2022).

causa de la discapacidad,³⁹ contenido básicamente en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (v.gr. art. 206 bis, añadido por Ley 21/2021, de 28 de diciembre).

4. En materia civil, hemos de destacar que, desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal (Código Civil, principalmente en su Título IX del libro primero, y arts. 756-762 Ley Enjuiciamiento Civil) para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no es posible limitar la capacidad de las personas. Se suprime la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Partiendo de este planteamiento, la Ley 8/2021 prescinde del procedimiento judicial de incapacitación o modificación judicial de la capacidad, transformándolo en un procedimiento de designación de apoyos. Los apoyos designados para cada individuo con discapacidad irán encaminados a asegurar que ejercita su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con el resto de las personas, y que son respetados su voluntad, deseos y preferencias. En este sentido, se potencian las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria para que pueda ejercer su capacidad jurídica, que serán las determinadas por la propia persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y el alcance del este.⁴⁰

5. El ordenamiento penal ha venido adoptando una perspectiva de la discapacidad centrada en la incapacidad que puede acompañar a ciertos tipos de discapacidad, y en algún supuesto como agravante de determinados delitos. Junto a lo anterior, hay que destacar que la reforma del Código Penal realizada en el año 2015 ha incorporado planteamientos ya consolidados tras la CDPD (v.gr. arts. 25 o 140.1.1 a). Junto a la norma sustantiva, también

39 Hay que mencionar, más allá del Sistema de la Seguridad Social, los mecanismos de protección a la discapacidad en el ámbito de la dependencia, contenidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

40 Sin perjuicio de lo anterior, el legislador parte de asumir que hay personas cuyo grado de discapacidad o circunstancias vitales, bien les impiden ser poco conscientes de su situación, o bien les pueden provocar que padezcan influencias indebidas, e incluso abusos, por parte de otras personas. Para estos supuestos, la ley previene que pueden adoptarse medidas coercitivas, aun cuando contradigan la expresa voluntad de la persona con discapacidad (sts 589/2021, Sala 1.ª, de 8 de septiembre). Otra de las significativas novedades de la reforma es que las medidas de apoyo podrán constituirse extrajudicialmente por medio de escritura pública otorgada ante notario, si lo solicita la persona en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo (art. 255).

la norma procesal (Ley de Enjuiciamiento Criminal) incorpora esta óptica protectora de la discapacidad desde la igualdad y no discriminación; igual sucede en otras normas como la Ley General Penitenciaria, la Ley del Estatuto de la víctima del delito, la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, la Ley del procedimiento de *Habeas Corpus* o el Código Penal Militar.

6. La discapacidad recibe igualmente un tratamiento jurídico específico en el ámbito fiscal, partiendo de la igualdad, uno de los principios constitucionales reguladores de los ingresos tributarios (art. 31.1 CE), incorporados igualmente a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (art. 3 LGT). Dicho planteamiento se ha trasladado al ámbito del régimen jurídico de los diferentes tributos, contemplando un tratamiento específico de tutela de la discapacidad en la normativa reguladora de los distintos impuestos (IRPF,⁴¹ IVA, IVTM, IP, IS, ISD, ITPAJD, etc.).

Dejemos apuntado que, al igual que hemos visto en los sectores jurídicos anteriores, en otros muchos, en los que no podemos entrar a detenernos por su extensión, se ha producido también la incorporación del principio de igualdad de las personas con discapacidad de forma transversal. Tal sucede con el derecho administrativo, la protección ciudadana, el ordenamiento mercantil, la legislación en materia de salud, familia, vivienda, deporte, cultura, comunicación y sociedad de la información, o la legislación procesal.

CONCLUSIONES

En las páginas que preceden hemos podido comprobar el ingente proceso normativo que, tanto en el ámbito internacional como nacional, ha tenido lugar en los últimos años en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, el cual ha posibilitado el tránsito emblemático del paradigma médico rehabilitador hacia el social, centrado en la tutela de la persona con discapacidad como sujeto de derechos (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 53).

41 El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es, sin lugar a duda, la figura que más se ha enfocado dentro del sistema tributario español hacia el establecimiento de una discriminación positiva en el trato de las personas con discapacidad (Álvarez, 2000, p. 13).

Junto a lo anterior, hay que resaltar, así mismo, la encomiable tarea realizada por nuestra jurisprudencia, constitucional⁴² y ordinaria,⁴³ en orden a interpretar y aplicar nuestra Carta Magna y el resto del ordenamiento jurídico —en ocasiones, adelantándose incluso a la normativa legal española—,⁴⁴ teniendo presente el paradigma social del tratamiento normativo de las personas con discapacidad contenido en la Convención de 2006.

De esta forma se viene posibilitando el impulso gradual por parte de los poderes públicos, cada uno en la esfera de sus competencias, de aquellas medidas y soluciones dirigidas a la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades y no discriminación en el disfrute de los derechos fundamentales, y que permiten, a la postre, el desarrollo de la dignidad de las personas con discapacidad (Lorenzo y Pérez, 2020, p. 54).

42 Sirvan de ejemplo las sstc 7/2011, de 14 de febrero; stc 208/2013, de 16 de diciembre; la stc 10/2014, de 27 de enero; 77/2014, de 22 de mayo; 34/2016, de 29 de febrero; 132/2016, de 18 de julio; 31/2017, de 27 de febrero; 85/2017, de 3 de julio; o la stc 3/2018, de 22 de enero.

43 *Vid.*, a modo de ejemplo, ssts de 29 de abril de 2009; de 11 de octubre de 2012; de 24 de junio de 2013; de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014; de 17 de marzo de 2016; la sts 145/2018, de 15 de marzo; de 9 de octubre de 2015; de 5 de octubre de 2009, de 19 de marzo de 2014; de 16 de febrero de 2015; las ssts de 10 y 11 de octubre de 2013; o las ssts de 9 de mayo de 2011, 1976/2017, de 14 de diciembre, y 861/2019, de 21 de junio.

44 Como muestra de esta filosofía, destacaremos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 47/2011, de 11 de febrero de 2011. Tradicionalmente, los jueces españoles han optado por la incapacitación absoluta de las personas que sufren una discapacidad intelectual. Esta resolución fue pionera al reconocer por primera vez en España la mayoría de sus derechos civiles a un joven con síndrome de Down: le otorgaba el derecho de voto, y, lo que es más importante, el derecho de testar, casarse y administrar las rentas de su trabajo. Es la primera vez que en España un tribunal aplica de lleno el principio general del artículo 12 cdpd (Camacho, 2011, pp. 26-27).

REFERENCIAS

Alemany, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General N.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 201-222. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6556/5678>.

Álvarez, P. (2000). La discapacidad en el sistema tributario español. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 11-28. <http://hdl.handle.net/2183/2079>.

Álvarez, H. (2017). La tutela constitucional de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, 1(100), 1027-1055. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20725>

Angarita, J. P. (2021). El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho: evolución histórica entre el siglo XIX y XX. *Ratio Juris* UNAULA, 16(33), 503-519 DOI: <https://doi.org/10.24142/raju.v16n33a7>.

Asís, R., Aiello, A., Bariffi, F., Campoy, I. y Palacios, A. (2007). La accesibilidad universal en el marco constitucional español. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, (16), 57-82.

Cabra de Luna, M. A. (2004). Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (50), 21-46. <https://vlex.es/vid/discapacidad-accesibilidad-universal-236661>.

Camacho, M. (2011). El reconocimiento jurídico de las personas con discapacidad. *Escritura Pública*, (69), 26-28. <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/606931/n%C3%BAm+69+-+SUMARIO+N%C2%BA+69+Mayo-Junio+2011+-+EN+ESTE+PA%C3%8DS+-+El+reconocimiento+jur%C3%ADdico+de+las+personas+con+discapacidad.pdf/74b29ae7-928d-9d81-eea9-e40d25991455?t=1571240206427>.

CERMI y Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MESS). (2016). 2006-2016: 10 años de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Balance de su aplicación en España. http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/09/88_2006-2016.pdf.

Cobrerros, E. (1987). Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado. *Revista Vasca de Administración Pública*, (19), 27-59. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=271966>.

Cuenca, P. (2012). Sobre la inclusión de la discapacidad en la Teoría de los Derechos Humanos. *Revista de Estudios Políticos*, (158), 103-137. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-158-octubre-diciembre-2012/sobre-la-inclusion-de-la-discapacidad-en-la-teoria-de-los-derechos-humanos-1>.

Cuenca, P. (2013). Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad. Avances y retos pendientes. *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, (11), 17-40. DOI: <https://doi.org/10.18543/aaahdh-11-2013pp17-40>.

Díaz, E. (2017). *El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España. Un estudio sobre la desigualdad por razón de discapacidad*. CERMI, 76.

Fernández, J. A. (2020). Conceptuación y modelos de atención a la discapacidad: evolución histórica. En J. L. Ruiz, B. López, J. A. Maldonado, F. Vila, M. Moreno y J. L. Monereo (Dir.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad: un enfoque integral y exhaustivo* (págs. 35-54). Laborum Ediciones.

Giménez, D. (2009). El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español. En L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (págs. 223-243). Thomson Reuters-Aranzadi, Fundación Academia Europea de Yuste.

Instituto Nacional de Estadística (2022). <https://www.ine.es/>.

Lorenzo, R. y Loya del Río, M. (2020). Concepto y sistema de fuentes. En R. Lorenzo García y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Fundamentos del derecho de la discapacidad*. Thomson Reuters-Aranzadi, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Fundación Derecho y Discapacidad, 205-253.

Lorenzo, R. y Pérez, L. C. (2020). Delimitación y definición, en Lorenzo García, R. y Pérez Bueno, L.C. (Dir.), *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (págs. 51-90). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Fundación Derecho y Discapacidad.

Martínez-Pujalte, A. L. (2015). *Derechos fundamentales y discapacidad*. Grupo Editorial Cinca, Colección Convención ONU, 14.

Monereo, J. L. y Ortega, G. (2020). El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional so-

bre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. En J. L. Ruiz, B., López, J. A. Maldonado, F. Vila, M. Moreno y J. L. Monereo (Dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad: un enfoque integral y exhaustivo* (págs. 55-106). Laborum Ediciones.

Moreno, J. A. (2013). Derechos humanos y protección de las personas con discapacidad. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 14(2), 353-366. DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v14i2.462>.

Olarte, S. (2020). Protección jurídica de la discapacidad y sus fuentes reguladoras. En J. L. Ruiz, B., López, J. A. Maldonado, F. Vila, M. Moreno y J. L. Monereo (Dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad: un enfoque integral y exhaustivo* (págs. 107-133). Laborum Ediciones.

Pérez, L. C. y Álvarez, G. (2020). Sustrato social. En L. García y L. C. Pérez (Dirs.), *Fundamentos del derecho de la discapacidad* (págs. 95-173). Thomson Reuters-Aranzadi, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Fundación Derecho y Discapacidad.

Rey, F. (2017). Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018. *Revista de Derecho Político*, (100), 125-171. <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20685>.

Tribunal Constitucional Español, Sala Primera (1994). Sentencia 269/1994 de 3 de octubre. Recurso de amparo 3170-1993. Contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en impugnación de pruebas de acceso a la Función Pública. BOE, Boletín Oficial del Estado, España (págs. 43-48). <https://www.boe.es/boe/dias/1994/11/08/pdfs/T00043-00048.pdf>.

Tribunal Constitucional Español, Pleno (2017). Sentencia 18/2017, de 2 de febrero. Conflicto positivo de competencia 2113-2015. BOE, Boletín Oficial del Estado, España, Numero 59, Sec. TC (págs. 18030-18051). <https://www.boe.es/boe/dias/2017/03/10/pdfs/BOE-A-2017-2619.pdf>.

Victoria, J. A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Revista de Derecho*, (12), 817-833. DOI: <https://doi.org/10.5944/rduned.12.2013.11716>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA: EXPEDIENTES DEL ARCHIVO
HISTÓRICO JUDICIAL DE MEDELLÍN, COLOMBIA, FINALES DEL
SIGLO XIX Y PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

VIOLENCE AGAINST CHILDREN: RECORDS OF THE HISTORICAL
JUDICIAL ARCHIVE OF MEDELLIN, COLOMBIA, END OF THE
19TH CENTURY AND FIRST HALF OF THE 20TH

VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS: REGISTROS DO ARQUIVO
HISTÓRICO JUDICIAL DE MEDELLÍN, COLÔMBIA, FINAL
DO SÉCULO XIX E PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX

JAIRO GUTIÉRREZ AVENDAÑO*
HERWIN EDUARDO CARDONA QUITIÁN**
JULIÁN ANDRÉS AMADO BECERRA***

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a7

-
- * Doctor en Ciencias Humanas y Sociales. Posdoctorado en Bioética. Magíster en Educación. Filósofo. Docente integrante del grupo Estudios de Fenómenos Psicosociales, Universidad Católica Luis Amigó. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0642-0722>, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=CQb-NwwAAAAJ&hl=es>, CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000810339. Correo electrónico: jairo.gutierrezav@amigo.edu.co
- ** Doctor en Psicoanálisis. Magíster en Psicoanálisis, Subjetividad y Cultura. Licenciado en Psicología y Pedagogía. Docente integrante del grupo Estudios de Fenómenos Psicosociales, Universidad Católica Luis Amigó. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0105-6028>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=Ojpa1IAAAAAJ&hl=es>, CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000987751. Correo electrónico: herwin.cardonaqu@amigo.edu.co
- *** Magíster en Historia. Historiador. Filósofo, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia; Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7007-5938>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=Bn83KJIAAAAAJ>, CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=00000272. Correo electrónico: acracio950@gmail.com

RESUMEN

El objetivo propuesto es comprender la incidencia del surgimiento de una sensibilidad estatal y familiar de protección de la infancia en las formas de peritazgo y juicio en los delitos de infanticidio, fuerza y violencia contra esta población vulnerable, consignados en expedientes del Archivo Histórico Judicial de Medellín, a finales del siglo XIX y primera mitad del XX. La presente es una investigación cualitativa que sigue el método histórico-hermenéutico, por tratarse de un estudio descriptivo-retrospectivo, mediante análisis de discurso y heurística de archivo para el hallazgo de casos. Los fallos por los delitos de aborto e infanticidio, fuerza y violencia, tuvieron en común que la mayoría de los casos, principalmente, fueron sobreseídos, seguidos de los incompletos y archivados. De igual forma, coincide en que los casos condenados fueron una minoría. En los juicios, la moral no fue tan determinante, como suele pensarse, porque tuvieron un proceso conforme a la técnica y la ciencia penal de la época. Por lo tanto, la cantidad de casos sobreseídos en el delito de aborto e infanticidio obedeció a la falta de pruebas y por la precariedad de la ciencia penal y forense. De igual forma, en el delito de fuerza y violencia se debió a que no se evidenció abuso deshonesto ni señales de forzamiento en el cuerpo de la víctima y porque el acto cometido no constituía delito.

Palabras clave: abuso, fuerza, infancia, procesos judiciales, infanticidio, violencia.

Abstract

The proposed objective is to understand the incidence of the emergence of a state and family sensitivity of child protection in the forms of expert opinion and trial in the crimes of infanticide, force and violence against this vulnerable population, recorded in files of the Judicial Historical Archive of Medellín, at the end of the 19th century and the first half of the 20th. This is a qualitative research, which follows the historical-hermeneutical method, as it is a descriptive-retrospective study, through discourse analysis and file heuristics to find cases. The verdicts for the crimes of abortion and infanticide; force and violence, had in common that the majority of cases, mainly, were dismissed,

followed by incomplete and archived. Similarly, it agrees that the convicted cases were a minority. In the judicial decisions, morality was not so decisive because they were taken in accordance with the rigor of the criminal prosecution of the time. Therefore, the number of cases dismissed in the crime of abortion and infanticide was due to the lack of evidence and the precariousness of criminal and forensic science. Similarly, in the crime of force and violence, it was due to the fact that there was no evidence of indecent abuse or signs of forcing on the victim's body and because the act committed did not constitute a crime.

Keywords: abuse, strength, childhood, court proceedings, infanticide, violence.

Resumo

O objetivo proposto é compreender a incidência do surgimento de uma sensibilidade estatal e familiar de proteção à criança nas formas de perícia e julgamento nos crimes de infanticídio, força e violência contra essa população vulnerável, registrados em arquivos do Arquivo Histórico Judicial de Medellín, no final do século XIX e primeira metade do século XX. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que segue o método histórico-hermenêutico, por se tratar de um estudo descritivo-retrospectivo, por meio de análise de discurso e heurística de arquivo para encontrar casos. Os veredictos pelos crimes de aborto e infanticídio; força e violência tinham em comum que a maioria dos casos, principalmente, foram suspensos, seguidos de incompletos e arquivados. Da mesma forma, concorda que os casos condenados foram uma minoria. Nos julgamentos, a moralidade não foi tão decisiva, como muitas vezes se pensa, porque tiveram um processo de acordo com a técnica e a ciência criminal da época. Portanto, o número de processos arquivados no crime de aborto e infanticídio deveu-se à falta de provas e à precariedade da ciência criminal e forense. Da mesma forma, no crime de força e violência, deveu-se ao fato de não haver indícios de atentado ao pudor ou sinais de coação no corpo da vítima e porque o ato cometido não constituiu crime.

Palavras-chave: abuso, força, infância, processos judiciais, infanticídio, violência.

INTRODUCCIÓN

Abordar la infancia desde un carácter unitario y no equívoco en el mundo historiográfico latinoamericano se ha vuelto una tarea ardua. Dado que ha dejado de lado su pretensión de historia total para abrirle campo a varias líneas de interpretación en las que el concepto infancia se llegaría a transformar en “las infancias”, para acoger metodológicamente contextos sociales, discursivos y políticos concretos de la periodicidad histórica para enriquecer la interpretación histórica (Lionetti *et al.*, 2018, pp. 5-11).

Las infancias como categoría abren tras de sí múltiples inquietudes que surgen a la hora de develar su papel activo dentro del campo social e histórico de la modernidad. En este caso, en uno de sus particulares y extendidos fenómenos, las violencias aplicadas a este rango etario conformado de varias formas a lo largo del siglo XIX y parte del XX.

En consecuencia, para abordar de una mejor manera el asunto, primero se hará un breve recorrido historiográfico de las líneas fuertes que ha manejado la historia de la infancia en el campo académico occidental, luego en el latinoamericano y por último el colombiano. Lo anterior servirá para poder comprender las líneas interpretativas gruesas de esa categoría que acogerá luego el concepto tipificado de violencias aplicadas a la infancia en el siglo XIX.

Los años sesenta fueron para la historiografía francesa y estadounidense momentos importantes para empezar a reflexionar en campos antes no abordados como la infancia, la juventud, la sexualidad, las mentalidades, la muerte y otros asuntos considerados marginales para la academia en ese entonces. La reformulación del uso de las fuentes y la inclusión del análisis de otras para remodelar metodologías trajo toda una serie de obras que llegaron a darle un primer vistazo atractivo al tema de la infancia (Burguiere, 2009, pp. 211-248). Ejemplo de lo anterior fueron Philippe Ariès, historiador miembro de la tercera escuela de los Annales, y Lloyd DeMause, que hacía parte de la nueva historia estadounidense con enfoque psicoanalítico.

En grandes líneas, Ariès (1987, pp. 82-90) propuso entender la infancia del Antiguo Régimen a partir de un análisis iconográfico e iconológico de las pinturas que llegaron a representar los conjuntos familiares del siglo XVI y XVIII. En ellos encontró que la representación de la infancia caló en un primer momento dentro del mundo sentimental familiar que empezó a institucionalizarse en la creación del espacio privado propio de lo familiar. Un espacio en el que se empezaron a separar los cuartos de los niños del de

los padres y la servidumbre. Lugares en los que el niño pudo sentirse como tal con espacios de juego, educación y esparcimiento, todo dentro de la formación de la familia moderna del siglo XVIII.

En la sociedad anterior al siglo XVI no existió para Ariès (1987 pp. 90-111) una figuración clara del niño, este pasaba de ser bebé a ser un hombre joven sin etapas. Para este autor, en la Edad Media la socialización general del niño no perteneció exclusivamente a la familia. La invención de la modernidad significó una apropiación afectiva y efectiva de control familiar a todos los aspectos de socialización y aprendizaje dentro de la vida del infante. El paso del Antiguo Régimen al nuevo significó la separación del infante de la vida cotidiana del adulto para darle paso, a finales del siglo XVIII, al comienzo de una separación del mundo infantil del adulto. Fue para Ariès el momento del sentimiento moderno de la infancia (1987, p. 450).

La segunda corriente importante de interpretación historiográfica de la niñez vino de parte de DeMause con su obra *Historia de la infancia* (1974a). El enfoque de este autor estuvo anclado a una perspectiva psicoanalítica abriendo el panorama más allá del purismo histórico. En este sentido, la esfera investigativa de la infancia no vino de mano de la historia, sino del psicoanálisis freudiano. Esa dimensión psicoanalítica fue fundante para entender de otro modo la infancia más allá del régimen religioso, mítico y moral católica/protestante. El descubrimiento de que las prácticas de crianza moldeaban la base de la personalidad adulta dio toda una visión diferente del fenómeno que implica la infancia.

En este orden de ideas, el autor se figuró el problema de las infancias no desde un inicio de la misma en un momento histórico/sociológico concreto, sino que abordó la complejidad de la infancia a partir de la interacción casi siempre permanente entre una generación que va surgiendo y otra que va transformándose. Como si fuera una aproximación constante entre el adulto y el niño desde una diferencia que ha hecho que cada época tenga su apropiación de la infancia a partir de una negatividad persistente en el infanticidio, el abandono, la lactancia, la violencia general y los abusos de la carne (DeMause, 1974a, pp. 20-23).

Estas prácticas serían para DeMause las constantes necesarias para abordar en toda época la definición de la infancia, en su exclusión. Una distancia que genera el movimiento histórico complejo dentro de cada generación. Momentos y categorías analíticas clave para entender el desarrollo de la infancia en cada etapa de la historia hasta los albores de la modernidad que vendrían a ser el resultado de estas prácticas que seguirían manifestán-

dose de diferentes modos. En otras palabras, para el autor, las formas de interacción entre el adulto y el infante estarían definidas por contradicciones del adulto sin resolver dejando como resultado un infante amado/odiado, castigado/alabado, bueno/malo en todo instante (DeMause, 1974a, p. 24).

En torno a su interpretación histórica, señaló cinco periodos históricos/conceptuales alrededor de la infancia, un primer momento marcado por el infanticidio dado entre la Antigüedad y el siglo IV, el abandono dentro del siglo IV y el XIII, luego la ambivalencia del siglo XIV y el XVII con relación a una divinidad y la maldad del niño que debía ser moldeada y a la vez permitida dentro de la esfera familiar. En esta etapa ambivalente se podría ubicar el estudio de Ariès.

La cuarta etapa sería la intrusión dada en el siglo XVIII, acá los padres deseaban controlar todo aspecto íntimo y emocional del infante, y, por último, ubicaría el paso de la socialización moderna dada en el siglo XIX y principios/mediados del XX. Podría interpretarse este análisis como unilineal, pero su propósito fue dar las etapas para entenderlas de forma plurilineal (DeMause, 1974a, pp. 20-23). Unas constantes dadas dentro de la categoría general de lo filial en la sociedad occidental.

En el ámbito latinoamericano, Argentina y México han sido los mayores exponentes de trabajos en los que se han estudiado las representaciones de la infancia a partir del discurso, su estudio y su aplicación en los distintos modos de control y uso de la infancia en la esfera educativa, civil y familiar. Los estudios de Carli (2003, pp. 10-25) han figurado un manejo de fuentes escritas y testimoniales que logran mostrar el devenir de las infancias argentinas.

La infancia vino a significar un tiempo biológico dado entre el nacimiento y la pubertad (Carli, 2011, p. 10). Se trata de un régimen de formas culturales de cohesión, control de la experiencia vital propuestas por los adultos para guiar los procesos de socialización arbitraria implementada hacia la infancia. Para Carli (2003, pp. 25-30), la infancia constituye un sujeto que permanentemente ha ido en lucha de arriba abajo por darse autonomía e identidad en el campo del control de la familia y la escuela.

Por otro lado, de forma más reciente la historia comparada ha tenido acercamientos muy interesantes al problema de la niñez transversalizando distintas investigaciones que han puesto a dialogar las experiencias que la infancia ha tenido en común en la época colonial, republicana y moderna. En el libro *Nuevas miradas a la historia de la infancia en América Latina*, Sosenski y Jackson (2012 pp. 113-140) abordan las interacciones que se han

generado alrededor de los niños expósitos en las dinámicas caritativas de los estados latinoamericanos alrededor de las beneficencias, los regímenes de cuidado de las aguas, higiene y otros temas de educación urbana para los mismos.

En el caso colombiano, este tema tomó importancia en los años noventa; Rodríguez y Manarelli (2007 pp. 17-59), en su libro *Historia de la infancia en América Latina*, elaboran un ejercicio de historia comparada en el que se estudia la infancia prehispánica, la infancia colombiana, la niñez de calle como fenómeno regional para Latinoamérica, la exposición de los mismos a ser material de guerra y las expropiaciones de los niños por las dictaduras en el caso argentino. Como también de procesos de medicalización para los mismos a finales y principios del siglo XX en Colombia.

Por otra parte, el *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura* abordó en 1987 un tema particular que trajo una serie de investigaciones posteriores importantes alrededor de la relación entre violencia e infancia en Colombia. Con el artículo “Las Juanas de la Revolución. El papel de las mujeres y los niños en la Guerra de los Mil Días”, publicado por Jaramillo (1987, pp. 211-230) mostró un momento desconocido en la historia del país y evidenció cómo los dos partidos de la época, conservador y liberal, usaron a los infantes para la guerra, ya que los llegaron a considerar útiles por su agilidad, viveza, poca cercanía a los vicios y poco temor a la muerte. Ilustrar ese momento oscuro de la historia del país significó abrir las puertas a otras investigaciones que circularían en la dupla violencia-infancia.

Otro enfoque surgió en la investigación del siglo XVII y XVIII por parte de Dueñas (1993, pp. 63-113). La relación familia colonial e infancia dio cuenta de las diferentes formas en las que las familias se formaban en el campo de lo popular bajo el concepto de “descendencia ilegítima”; este campo fue explorado en Medellín y Santafé de Bogotá. Develar esta tradición significó abrirles campo a las investigaciones sobre la evolución y transformación de la familia y la infancia bajo las dinámicas de la responsabilidad paterna hacia hijos legítimos o ilegítimos (Dueñas, 1996, pp. 33-48).

ESTADO Y FAMILIA

En el transcurso entre el siglo XIX y XX aparece el acompañamiento sobre la imposición y el dominio. Se busca la adaptación desde la canalización de los impulsos. Esta tendencia se desplegó a partir de los estados absolutistas, cuya administración estuvo centrada en el control de la policía.

Los reglamentos estaban organizados desde el saber que buscaba vigilar y controlar las relaciones sociales.

La familia no será ajena a este nuevo poder de la administración; por el contrario, emerge a la esfera de lo social en medio de la instalación de los poderes policivos (Cardona, 2012, p. 121). Donzelot muestra cómo la familia en el Antiguo Régimen (siglo XVIII) era objeto de gobierno; sin embargo, había una franja en la cual el jefe de familia se encargaba de la distribución interna de sus miembros, debía “garantizar la fidelidad al orden público de los suyos” (Donzelot, 1990, p. 52). Alianza entre el padre jefe de familia y el Estado, en donde el primero mantenía a los suyos de acuerdo con las exigencias del segundo. Por su parte, el Estado, si los miembros de la familia contravenían el orden, apoyaba al padre para obligarlos a entrar de nuevo en el orden social (Cardona, 2012, p. 121).

De acuerdo con Donzelot (1990, p. 19), a mediados del siglo XVIII comienza a florecer una abundante literatura sobre el tema de la conservación de los hijos, debido a que las tasas de mortalidad eran altas. Dado que se trata de una racionalidad administrativa, el interés por la conservación de los hijos estará asociado al beneficio que estos podrían brindar en tareas como la milicia, la marina o la colonización.

Esta racionalidad se traduce en una serie de prácticas de “crianza, educación y medicación de los niños” (Donzelot, 1990, p. 26). Aparecen manuales de crianza y de higiene que se convierten en guías para las familias, pasando de los consejos prácticos a los imperativos. Es así como la mujer se convierte en el aliado principal para el nuevo orden de saber-poder en emergencia. El nuevo discurso comienza una cruzada contra las antiguas formas de crianza, una lucha contra las prácticas juzgadas inútiles; pero, sobre todo, una exaltación de la lactancia materna.

En el trabajo de Badinter (1981, pp. 165-197) puede observarse que el amor maternal no existió siempre, se trata más bien de una construcción moderna. De hecho, demuestra que lo predominante en el Antiguo Régimen era más bien la indiferencia materna. El estudio de los casos de abandono y la crianza a manos de las nodrizas constituyen la base argumentativa y demostrativa. Es con la emergencia de los discursos liberales burgueses como aparece la idea de que el rol fundamental de la mujer es la crianza materna, y su papel dentro de la sociedad es producir al hombre libre de la modernidad.

En este sentido, el papel asignado a la madre será fundamental para sostener el orden social y sus argumentos ideológicos no se hacen esperar: se atribuye al papel de la madre la educación de los hombres libres, la trans-

misión de las costumbres, pero también el cuidado de su salud. Ellas serán las responsables de que existan vagabundos y desadaptados, de manera que la culpa ejercerá un efecto de rebote sobre sí mismas.

Los casos de infanticidio y el aborto serán delitos cuyas condenas irán incluso hasta la pena de muerte. Bajo la idea del instinto materno se desplegará una cacería de brujas evidente en los juicios sobre infanticidio. Este argumento reforzado, además por la moral católica, se convertirá en la base argumentativa para demostrar la falla de la mala madre.

CONTEXTO DE LA INFANCIA EN COLOMBIA

En el ámbito nacional, las manifestaciones de violencia contra los niños se observan principalmente en los contextos rurales y en las formas de reclutamiento. A finales del siglo XIX, el país es un campo de batalla y la infancia es vista como mano de obra para guerra. Su participación era cotidiana y fundamental en los diferentes frentes de la violencia armada, tal y como lo menciona Jaramillo (2007):

Siendo la guerra una de las más antiguas actividades del hombre, la participación de la infancia en ella es tan vieja como la guerra misma [...] si al infante se le consideraba socialmente como adulto, cuando estallaban conflictos armados estos eran incorporados sin el menor reparo a las filas de los combatientes (p. 231).

En estos siglos, la violencia se encuentra expresada en dos extremos: por un lado, el estallido de la guerra y, por otro, la demanda de protección. Los manejos sobre la infancia parten de la incapacidad económica y el desconocimiento de las familias, las cuales durante algunos años optan por entregar a manos de terceros la crianza de sus hijos (Rodríguez y Manarelli, 2007, pp. 37-48).

Hay que mencionar que a finales del siglo XIX y principios del XX las condiciones de salubridad e higiene en muchos lugares del país es precaria. Los instructivos para el buen cuidado de los niños y el personal capacitado para esta tarea es escaso. Las cortesanas se encargan del cuidado de los niños, buscando con ello una forma de ganarse la vida.

En 1842 y 1849 los malos manejos de cuidado motivados por una paga, con hambre y callados por narcóticos, elevó a 70 % el fallecimiento de los niños que se encontraban en poder de las cortesanas. La cifra superaba

muchas veces el 10 % de las defunciones de los párvulos criados por sus propias familias (Restrepo, 2007, pp. 265-279).

Dentro de las dinámicas de violencia sobre el niño era también frecuente el infanticidio, en el cual hay una intención de hacer desaparecer la vida del infante por razón de su naturaleza, con acción directa o indirecta de los padres. El infanticidio se define como “la muerte dada por la madre o el padre —o con el consentimiento de estos— a un niño viable en el acto de nacer o poco tiempo después de haber nacido” (Gutiérrez, 2009, p. 159).

Las mujeres que cometían aborto eran acusadas de infanticidio. En los años de 1890 a 1930 eran utilizadas diversas formas para atentar contra de las vidas de los niños nacidos o no nacidos:

Las formas o las técnicas a las que acudieron las infanticidas fueron variadas, curiosas, perturbadoras: el abandono del bebé en un paraje solitario, la inmersión de este en letrinas, asfixiarlo, sumergirlo en afluentes de agua, estrangularlo, causarle heridas o dejarlo que muriera a causa de una hemorragia umbilical, son algunos de los métodos que figuran en los registros de los juicios que reposan en el Archivo Histórico Judicial de Medellín (Ortiz, 1953, p. 17, citado en Gutiérrez, 2009, p. 170).

Estas maneras, según Wheeler (1987, pp. 407-418), fueron usadas también de forma constante en el siglo XIX en Estados Unidos bajo propósitos morales. Infanticidios hechos para ocultar el pecado del dueño de casa al cometer adulterio con alguna mujer de la servidumbre dentro de una región en la que la religión protestante tuvo bastante presión social alrededor de las relaciones lícitas en el matrimonio. Su control trató de ser efectivo pero las cifras mostraron todo lo contrario.

En Inglaterra, según Toulalan (2014, pp. 21-52), las mujeres que hicieron esas prácticas fueron sometidas a juicios públicos en los que les pedían que contaran en detalle cómo perpetraron el crimen. Hubo una distancia de clase alrededor de estos crímenes. La mujer pobre empleada por un patrón rico generalmente era descubierta y delatada por el dueño de casa o empleados cercanos.

Las mujeres de posición acomodada mandaban a hacer esto y muy pocas veces fueron delatadas. Esto, para la autora, fue muestra de un control moral del cuerpo, la reproducción y la cohesión económica de las familias con dinero. Respecto al aborto, el código penal de 1890 indica: “la mujer que emplee alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio que procure aborto sufrirá la pena de uno a tres años si resulta culpable”.

INFANTICIDIO

La infancia para finales del siglo XVIII y principios del XIX tuvo varias transiciones importantes en las esferas económica, política y social. Algunas de ellas se ven reflejadas en prácticas educativas, laborales y de crianza. Pero, a pesar de que emerge un discurso sobre el cuidado de los niños, estos continúan siendo objeto de diferentes formas de violencia, algunas de las cuales llegan hasta el asesinato.

Los discursos sobre la infancia generaron manuales y regulaciones para el cuidado que fijaban su interés en el núcleo familiar, dado que se consideraba protector para el niño. Sin embargo, el estudio de los expedientes en el Archivo Judicial de Antioquia permite constatar que durante el siglo XIX y principios del XX las prácticas de violencia contra los niños en la sociedad antioqueña seguían siendo frecuentes. En algunos casos, puede observarse un trato duro y distante, lo cual los expone a un ambiente de desprotección donde pueden morir fácilmente (Rodríguez y Manarelli, 2007, pp. 42-48).

Algunas de las prácticas de violencia ejercidas sobre la infancia son el abandono, los castigos descomunales, las hambrunas y el asesinato. Estas conductas estaban atravesadas por juicios morales y creencias religiosas y culturales influidas por los significados de la época en torno a la infancia, la crianza, la maternidad y la familia.

La práctica de infanticidio era común en los griegos cuando los niños tenían alguna deformidad o eran considerados débiles, enfermos o anormales. Asimismo, el sacrificio era común en las civilizaciones antiguas. Según indica DeMause (1974b, pp. 20-55), el sacrificio de niños era practicado por galos, escandinavos, egipcios, fenicios, moabitas, amonitas, e incluso los israelitas. También era frecuente la práctica de dar muerte a los hijos del enemigo.

En Roma, el dar muerte a los niños fue considerado asesinato hasta el siglo IV, y hasta el siglo VIII aparece el primer asilo para niños abandonados. Hacia el siglo XVIII los expósitos estaban llenos de niños. En el siglo XIX aún se encontraban niños muertos en las calles de Londres. Incluso, había nodrizas dedicadas única y exclusivamente a eliminar niños. Por esta razón, DeMause (1974b) afirma que “el niño de otras épocas estaba rodeado desde su nacimiento de una atmósfera de muerte y de medidas contra la muerte” (p. 26).

Entrado el siglo XIX la educación higiénica de los niños era ya una de las prioridades. Era común que los niños fueran golpeados por sus pa-

dres con látigos, palas, bastones, barras de hierro, varillas e instrumentos escolares. Las palizas producían magulladuras y heridas. La práctica de pegarle a los hijos se reproducía de generación en generación. Era común que las madres golpearan a sus hijos cruelmente. En el Renacimiento empezó a aconsejarse castigarse con moderación para evitar la muerte, así, los azotes fueron sustituidos paulatinamente por el encierro.

Entre los expedientes revisados respecto al delito de infanticidio se establecen las siguientes categorías (tabla 6.1):

Tabla 6.1 Expedientes delito de infanticidio

Delito	Año	Lugar	Entidad judicial	Estado
Parricidio/ infanticidio	1890	Abejorral, Antioquia	Juzgado Primero Superior Medellín	Sobreseído/ suspensión
Parricidio	1892	Neira, Manizales	Juzgado Primero Superior Medellín	Concluido/ condenatoria
Infanticidio	1901	Guarne, Antioquia.	Juzgado Primero Superior	Sobreseído/ suspensión
Juicio contra una mujer por incendiar una casa habitada con niños	1909	Urrao, Antioquia.	Juzgado Segundo Superior Medellín	Absuelto, No sentenciado
Infanticidio	1914	Ebójico, Antioquia.	Juzgado Primero Superior Medellín	Absuelto
Aborto (infanticidio)	1926	Caldas, Antioquia.	Tribunal segundo Superior Medellín	Sobreseído/ suspensión
Investigación por la muerte de la menor de edad supuestamente por una enfermedad	1928	Quibdó, Antioquia.	Juzgado Superior de Quibdó	Sobreseído/ suspensión

Fuente: Archivo Histórico Judicial de Medellín.

Estos análisis se constatan en un estudio más amplio, presentado por Gutiérrez, a partir de 97 casos consultados por los delitos de aborto e infanticidio del Archivo Histórico Judicial de Medellín, entre 1890 y 1930. De estos, la mayoría fueron sobreseídos 80 (74 %), seguidos por los absueltos 12 (11,1 %), unos cuantos penalizados 4 (3,7 %) y prescritos 1 (0,9 %) (Gutiérrez, 2009, pp. 159-177).

En la “Investigación por la muerte de la menor de edad” (1928) puede verse que en ocasiones los niños eran utilizados para realizar distintos ofi-

cios, en este caso domésticos, y era frecuente que recibieran reprimendas o que fueran sometidos a situaciones de tortura. En este caso, la niña murió a causa de unas quemaduras ocasionadas por el hijo de su tía, quien estaba a cargo de la niña. Había parado en casa de su abuela materna, porque su madre no contaba con los recursos suficientes para su crianza.

En el “Juicio contra una mujer por incendiar una casa habitada por niños” (1909) puede observarse el valor que comienza a tomar la infancia tanto a nivel familiar como social. Al parecer, una mujer que tenía algunas disputas de tierra con uno de sus vecinos decidió incendiar la casa cuando los niños estaban solos, como retaliación contra su vecino. En este caso se trata de una violencia contra un adulto que se le inflige a través de sus hijos, acto que muestra el alto valor que tienen estos para la familia.

Los casos más frecuentes son los de infanticidio cometidos luego del nacimiento de los niños (proceso por infanticidio 1901, 1914, 1926). Cinco de las acusadas en los expedientes fueron llamadas a juicio por infanticidio. En dos de los casos las mujeres habían golpeado con un objeto contundente a la criatura en la cabeza.

La acusación por parricidio constituía un agravante, y estaba establecida en el código penal de 1890: el parricidio se constituye “cuando se cometa en la persona de algún ascendiente, descendiente o cónyuge a sabiendas de que existe el vínculo expresado”. En ocasiones, los niños eran asesinados por sus madres debido al abandono de sus parejas o porque no era posible establecer su procedencia. La vergüenza social que causaba esta situación era la razón que, según sus argumentos, había motivado el asesinato.

En este caso, se trataba no solo del delito de homicidio, sino de la presunción de que el móvil de dicha conducta había sido cometido como venganza contra el padre del niño. Esta forma de comprender el delito permite ver que más que el niño lo que importaba era su lugar como posesión del padre y del Estado.

Quienes eran llamados a testificar, además de rendir indagatoria sobre los hechos ocurridos, debían dar un concepto sobre el comportamiento moral de la sindicada. Este juicio de valor era importante para determinar el grado de culpabilidad. En todos los casos, las madres eran viudas o solteras, hecho que se constituía en un motivo de sospecha frente a su comportamiento moral. En cuanto a su condición social, la mayoría eran mujeres pobres y con escasa educación. En general, las sindicadas tenían otros hijos, por lo cual era importante el concepto que se diera sobre su desempeño como madres.

Durante el juicio, el primer asunto tenía que ver con comprobar el reciente estado de embarazo de la mujer. Para esto se recogían testimonios y, en algunos casos, se acudía a los peritos médicos para que dieran un concepto. Luego de comprobar el estado de embarazo de la acusada, se procedía a recolectar información sobre las causas de la muerte del niño. Era frecuente que las madres afirmaran que el niño había nacido muerto. Por eso, el peritaje era fundamental para establecer si los pulmones del niño habían funcionado. Casi siempre, los niños asesinados eran abandonados en las afueras o en algunos casos enterrados en sus casas.

DELITO DE “FUERZA Y VIOLENCIA”

A finales del siglo XIX, el abuso y la negligencia contra la infancia se transformó pasando de un “no problema” a la responsabilidad de los grupos de caridad del sector cívico y, más recientemente, a cargo del sector público. En Estados Unidos, por ejemplo, a partir de la década de 1870 surgió una racionalidad política frente a este problema que otorgó un nuevo reconocimiento gubernamental para un viejo problema. Según Nelson, el abuso y la negligencia infantil fueron vistos como actos aislados y extremos de individuos atípicos. Debido a esta opinión, no había énfasis sobre la prevención del abuso o la negligencia, y la respuesta “colectiva” se limitaba al castigo de delincuentes (Nelson, 1979, pp. 99-105).

La historia de la violación ha permanecido invisible, o no ha sido escrita en profundidad; de acuerdo con Vigarello (1999, p. 6), el interés por comprender este delito en la sociedad y la cultura es directamente proporcional al aumento de denuncias y condenas que, para el contexto de Francia, se multiplicó por seis veces en la última década del siglo XX. En Colombia, la cifra también aumentó; por ejemplo, de un total de 10.716 dictámenes de Medicina Legal en 1997 se pasó a 12.485 en 1999 y a 13.352 en 2001 (Unicef, 2001, p. 40).

A principios del siglo XXI, el 86 % del total de dictámenes por abuso sexual se practicaron en menores de 18 años, siendo la edad más afectada la de 10 a 14 años (37 %), seguida por la de 5 a 9 años (25 %), la de 15 a 17 años (14 %) y la de 1 a 4 años (10 %). En el 78 % de los casos, el agresor era un conocido del niño o la niña, principalmente padre, padrastro u otro familiar (Unicef, 2001, p. 40).

Estos datos de la historia reciente sugieren una búsqueda retrospectiva hacia finales del siglo XIX y primera década del siglo XX, de la emergencia, las continuidades y los cambios en la lucha contra este flagelo. De

hecho, dichas cifras son proporcionales a las registradas en la base de datos del Archivo Histórico Judicial de Medellín para el periodo de estudio.

Se destaca un cambio de sensibilidad y de tolerancia frente a la perversidad atribuida a los actos de abuso y acceso carnal violento, en tanto el lugar que ocupaban los criminales más temibles, que mezclaban la sangre y el robo en el imaginario policiaco y periodístico, fue desplazado por el violador, sobre todo el de niños, que mezcla la sangre con el deseo y la sexualidad (Vigarelli, 1999, pp. 6-7).

Según el estudio sobre criminalidad en Antioquia presentado por Martínez, en la localización de los delitos contra la moralidad, a finales del siglo XIX, los de fuerza y violencia predominaron en los municipios de Santa Fe de Antioquia, Jericó y Centro. En sus estadísticas se evidencia que, mientras disminuía la inmoralidad no violenta (prostitución, amancebamientos, etc.) aumentó la inmoralidad violenta (estupro, fuerza, etc.) (Martínez, 1895, p. 11).

Se observa que antes de la expedición del código de 1890, influido por el derecho ilustrado europeo, no existía una separación entre delito y moral, que lo consideraba como un acto deshonesto o pecaminoso, en lugar de determinar la nocividad del comportamiento, asimismo, la función de la pena era la expiación o eliminación de la culpa del delincuente para el restablecimiento del orden moral de la comunidad afectada (Bernate, 2004, pp. 535-558).

Martínez compara la proporción de estos delitos en tanto la corrupción (moralidad no violenta) se presentaba: 1 entre 182.987 habitantes; en cambio, los de fuerza y violencia 1 entre 19.287. Esto significaba que disminuían los asuntos de policía y se recargaban más los juzgados de delitos graves (Martínez, 1895, p. 19).

Este influjo moral y religioso, según Márquez (2013), se evidencia en que en los códigos penales de 1837 y de 1890 no se utilizaba la palabra “sexual”, pero sí es recurrente la utilización de la palabra moral. Asimismo, de acuerdo con Del Valle (2010), se usaban las palabras “torpe o deshonesto” para describir conductas tan cotidianas como “cantar o recitar canciones torpes”, pero también para “actos carnales, abusos deshonestos, cópula, violación, fuerzas y ultrajes que ofendían el pudor y las buenas costumbres” (p. 219).

En cuanto a los términos empleados, Vélez (2017), en su análisis sobre los delitos sexuales en los códigos penales de la segunda mitad del siglo XIX, afirma que estos no presentan diferencias significativas en cuanto a su tipificación (p. 40). Vélez destaca que en las definiciones de delitos como “alcahuetería”, “aborto”, “estupro” y “seducción” se empleó unívocamente la palabra “mujer”; en el caso del delito de “corrupción” se usaba “jóvenes”

menores de cierta edad. Para los otros delitos (acciones obscenas, aborto, castramiento, rapto, fuerza y violencia, ultraje) se empleó la palabra “personas” (p. 43).

Según Putnam (1896, p. 325), impulsor de la medicina legal en el país, debido al pudor y a la deshonra que producía para las víctimas, la tradición imponía el ocultamiento de estos delitos que, en efecto, llegaban a condenarse cuando se hacían públicos, producto del escándalo y el escarnio. El temor a la estigmatización y revictimización ha pervivido hasta la actualidad como una barrera para el acceso a la justicia, y, por tanto, para que muchas familias y comunidades encubran a los perpetradores.

El Código Penal de 1890, en su artículo 683, establecía que “el que abusare deshonestamente de un impúber de sexo contrario será detenido por forzador, en cualquier caso, y sufrirá la pena de ocho a diez años”. No se tenía en cuenta que el violador fuera del mismo sexo, porque este se consideraba como delito de corrupción (contra la moral pública); según el artículo 429, se imputaba en términos de perversión, prostitución y seducción de impúberes, e incluye los actos homosexuales con menores.

Al final de su estudio de criminalidad en Antioquia, Martínez (1895) presenta un listado de los criminales más peligrosos de Antioquia, entre los que aparecen dos acusados por fuerza y violencia (contra la moralidad): uno, por abusar de dos de sus nietas, condenado a 15 años y 9 meses de reclusión. De apellido Chaverra, “vecino de Santo Domingo, casado, agricultor, color moreno, pelo negro cano, frente despejada, cejas despobladas, ojos pardos, nariz roma, boca y labios regulares, barba cana, constitución delgada, estatura 1,60 cm, sabe leer y escribir” (p. 79).

El otro, por 30 delitos contra niñas, condenado a 206 años y 6 meses de pena corporal. De apellido Morales, “vecino del Peñol, 49 años, casado, labrador, color mulato indio, pelo negro tieso, frente estrecha, cejas negras, ojos pequeños, nariz aguileña, boca grande, labios gruesos, desdentado, bozo tieso, constitución robusta, estatura 1,55 cm. Más corto del brazo derecho, sabe leer y escribir” (Martínez, 1895, p. 81). Estas descripciones fisionómicas fueron típicas del influjo de la Escuela positivista italiana, que dio origen a la antropología criminal de Lombroso que, por medio de la evidencia frenopática o auscultación de marcas típicas en el cuerpo intentaba identificar la propensión a la criminalidad (Gutiérrez, 2007, pp. 56-70).

Este tipo de delito contra la infancia se rastreó en una muestra de siete expedientes, localizados en el grupo documental “Criminal”, fechados entre 1890 y 1925 (tabla 2).

Tabla 2. Expedientes delitos de fuerza y violencia

Delito	Año	Lugar	Entidad judicial	Estado
Fuerza y violencia a una niña	1890	San Jerónimo	Juzgado Primero Superior de Medellín	Sentencia condenatoria
Violencia e intento de violación en niña de 12 años	1907	Jericó	Juzgado primero Superior de Medellín	Incompleto
Fuerza y violencia a una niña	1914	Medellín	Juzgado Segundo Superior de Medellín	Sobreseído, no sentenciado
Actos sexuales entre grupo de púberes	1915	Bello	Juzgado Primero Superior de Medellín	Sobreseído, archivado
Fuerza y violación de una niña de 9 años bajo los efectos del alcohol	1916	Segovia	Tribunal Superior de Medellín	Concluido
Delito de fuerza y violencia (estupro) contra una niña	1923	Gómez Plata	Juzgado Segundo Superior de Medellín	Sobreseído
“Violenciación” a menor de 7 años	1925	Medellín	Juzgado Segundo Superior	Condenatoria

Fuente: Archivo Histórico Judicial de Medellín.

De estos casos se destaca que las denuncias eran remitidas a los alcaldes municipales, quienes asignaban peritos para el reconocimiento de la víctima, de los hechos y presuntos responsables; luego, se llamaba a declarar a testigos y averiguar reincidencias. Se trasladaban los sumarios a los respectivos juzgados de circuito. En el juicio se escuchaba la declaración del menor, la de sus padres o acudientes, a los testigos y el dictamen de medicina legal.

De los casos desestimados da cuenta el trabajo de Vélez, dado que en la base de datos del Archivo Histórico Judicial de Medellín se clasificaron 108 expedientes en los que se identificaron 10 delitos, entre 1860 y 1902: aborto, acoso, alcahuetería, castración, corrupción de menores, estupro, fuerza y violencia, rapto, seducción y violación. El delito de fuerza y violencia tiene el mayor número de casos (46), que representa el 57 % del total (Vélez, 2017, pp. 43-44).

También se encontraron tres delitos combinados: rapto y estupro, fuerza y violencia y estupro, corrupción de menores y violación. Y cuatro tentativas de delito: de aborto, de estupro, y dos de fuerza y violencia. Se halló que el 54 % de los casos (59) fueron sobreseídos y absueltos, seguidos de 20 penalizados (18,5 %), 17 incompletos (15,7 %), 8 concluidos (7,4 %) y 4 archivados (3,7 %) (Vélez, 2017, pp. 43-44).

En otros análisis más amplios, como el realizado por Melo (1999, pp. 108-125), de un total de 165 expedientes del Archivo Histórico Judicial de Medellín encontró que el 67 % fueron casos por fuerza y violencia (111), seguido de 37 por rapto y 17 por estupro. Destaca que el 96 % de los ofendidos fueron mujeres y el 70 % contra niñas. Los pocos varones son todos casos por fuerza y violencia. Su hipótesis es que, a menor edad, mayor la indignación y búsqueda de justicia, y, a medida que la edad aumenta es mayor la indiferencia, debido a la mentalidad de prejuicio moral y sospecha que hacía ver a las ofendidas como acusadas, en búsqueda de posibles conductas provocadoras del incidente.

CONCLUSIONES

Tanto en la muestra propia de expedientes como en la de estudios afines que analizaron el Fondo Criminal del Archivo Histórico Judicial de Medellín, Colombia, los fallos por los delitos de aborto e infanticidio, fuerza y violencia, tuvieron en común que la mayoría de los casos, principalmente, fueron sobreseídos, seguidos de los incompletos y archivados. De igual forma, coincide en que los casos condenados fueron una minoría.

Se concuerda que en las decisiones judiciales la moral no fue tan determinante porque fueron tomadas conforme a la rigurosidad del enjuiciamiento criminal de la época (Del Valle, 2010). Por lo tanto, la cantidad de casos sobreseídos en el delito de aborto e infanticidio, que suele atribuirse a valoraciones de la honorabilidad de la acusada, su estado civil, posición socioeconómica y otros atenuantes, en realidad obedecieron a la falta de pruebas y por la precariedad de la ciencia penal y forense. De igual forma, en el delito de fuerza y violencia se debió a que no se evidenció abuso deshonesto ni señales de forzamiento en el cuerpo de la víctima y porque el acto cometido no constituía delito.

Se destaca que una historia de la infancia se encuentra atravesada por la violencia infantil que ha circundado el cuerpo del infante para su control, sometimiento y en parte humillación perversa. Se constata que cuanto más

se retrocede en el pasado más bajo es el nivel de cuidado de la infancia. Este sentimiento de protección no ha sido un acto consciente inherente a las culturas, sino que fue despertando con la objetivación de los paido-saberes (puericultura, pediatría, pedagogía, paidopsicología/psiquiatría, derechos del niño, entre otras especialidades), disposición que no estaba instalada por completo en el Antiguo Régimen y, por tanto, constituye una invención de la modernidad.

El camino para el develamiento de estas prácticas es prometedor en el campo historiográfico. Sin embargo, resulta significativo proponer estudios desde una perspectiva contingente, particular y contextual. Se hace necesario reflexionar sobre las categorías que podrían nacer de cada investigación tejiendo periodicidades que reconozcan continuidades y discontinuidades en esos procesos nada lineales. Es crucial proyectar investigaciones que se preocupen por la definición de la infancia desde su negatividad: la violencia. Asimismo, consolidar caracterizaciones que apunten a la creación de una figuración del sujeto infantil desde una analítica de las prácticas de crianza, control moral y económico como las que se develan en el presente artículo.

REFERENCIAS

Ariès, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Taurus.

Badinter, E. (1981). *¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal siglo xvii al xx*. Paidós.

Becerra, A. y Reina, A. (2019). *Infancia y juventud en Colombia. Aproximación historiográfica*. Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

Bernate, F. (2004). El código penal de 1890. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 535-558.

Burguiere, A. (2009). *La escuela de los Annales: una historia intelectual*. Publicacions de la Universitat de València.

Cardona, H. (2012). *El engranaje del discurso capitalista y sus efectos sobre el lazo social contemporáneo*. [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

Carli, S. (2003). *Niñez, pedagogía y política. Transformaciones de los discursos acerca de la infancia en la historia de la educación argentina entre 1880 y 1995*. Universidad de Buenos Aires.

Carli, S. (2011). *La memoria de la infancia. Estudios sobre historia, cultura y sociedad*. Universidad de Buenos Aires.

Del Valle, P. y Hernández, O. (2010). Aborto y delitos sexuales en Antioquia a finales del siglo xix y principios del siglo xx: una historia secreta. *Revista Estudios de Derecho*, 67(149), 219-242.

DeMause, L. (1974a). *Historia de la infancia*. Alianza Editorial.

Demaude, L. (1974b). *The evolution of childhood*. The Psychohistory Press.

http://www.psicodinamicajlc.com/articulos/varios/evolucion_infancia.pdf.

Donzelot, J. (1990). *La policía de las familias*. Pre-Textos.

Dueñas, G. (1993). Sociedad, familia y género en Santafé a finales de la Colonia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, (21), 63-113.

Dueñas, G. (1996). Adulterio, amancebamiento, divorcios y abandono: la fluidez de la vida familiar santafereña, 1750-1810. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, (23), 33-48.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). (2001). *La niñez colombiana en cifras*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

<https://www.unicef.org/colombia/media/2356/file/Ni%C3%B1ez%20colombiana%20en%20cifras.pdf>.

Gutiérrez, J. (2007). Fisionomía de la transgresión y el juicio del rostro, en clave alusiva a *El proceso* de Kafka. *Ratio Juris*, 2(5), 56-70, doi: <https://doi.org/10.24142/raju.v2n5a5>

Gutiérrez, N. (2009). Los delitos de aborto e infanticidio en Antioquia, 1890-1930. *Historia y Sociedad*, (17), 159-177.

Jaramillo, C. (1987). Las juanas de la revolución: el papel de las mujeres y los niños en la Guerra de los Mil Días. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, (15), 211-230.

Jaramillo, C. (2007). Los guerreros invisibles. El papel de los niños en los conflictos civiles del siglo XIX en Colombia. En P. Rodríguez y M. Manarelli (Comp.), *Historia de la infancia en América Latina* (págs. 231-246). Universidad Externado de Colombia.

Lionetti, L., Cosse, I. y Zapiola, M. (Comps.). (2018). *La historia de las infancias en América Latina*. Universidad Nacional del Centro, CONICET. <https://igehcs.conicet.gov.ar/wp-content/uploads/sites/104/2019/03/La-historia-de-las-infancias.pdf>.

Márquez, J. (2013). Delitos sexuales y práctica judicial en Colombia: 1870-1900. Los casos de Bolívar, Antioquia y Santander. *Palabra*, (13), 30-49.

Martínez, M. (1895/1992). *Criminalidad y violencia en Antioquia*. Imprenta de El Espectador.

Melo, B. (1999). Primero muertas que deshonradas. Antioquia: 1890-1936. *Historia y Sociedad*, 6, 108-125.

Nelson, B. (1979). The politics of child abuse and neglect: New governmental recognition for an old problem. *Child Abuse and Neglect*, 3, 99-105.

Putnam, C. (1896). *Tratado práctico de medicina legal en relación con la legislación penal y procedimental del país*. Imprenta de Antonio M. Silvestre. <https://ia801603.us.archive.org/2/items/tratadopraciticod01putn/tratadopraciticod01putn.pdf>.

República de Colombia (1890). *Código penal*. Librería Camacho y Roldán.

Restrepo, E. (2007). El concertaje laboral de los niños abandonados en Bogotá 1642-1885. En P. Rodríguez y M. Manarelli (Comps.), *Historia de la infancia en América Latina* (págs. 265-279). Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, P. y Manarelli, M. (Comps.). (2007). *Historia de la infancia en América Latina*. Universidad Externado de Colombia.

Sosenski, S. y Jackson, E. (2012). *Nuevas miradas a la historia de la infancia en América latina*. UNAM.

Toulalan, S. (2014). “Is he a licentious lewd sort of a person?”: Constructing the child rapist in early modern england. *Journal of the History of Sexuality*, 23(1), 21-52.

Vélez, L. (2017). *¿La violencia sexual como arma de guerra o la guerra como excusa? Una aproximación a los delitos sexuales durante las guerras civiles en Antioquia (1860-1902)*. [Trabajo de grado]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Vigarelo, G. (1999). *Historia de la violación, siglos xvi- xx*. Cátedra.

Wheeler, K. (1997). Infanticide in nineteenth-century Ohio. *Journal of Social History*, 31(2), 407-418.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN EN ASUNTOS AMBIENTALES
EN COLOMBIA

THE EXERCISE OF THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION
ON ENVIRONMENTAL MATTERS IN COLOMBIA

O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO
EM MATÉRIA AMBIENTAL NA COLÔMBIA

JORGE EDUARDO VÁSQUEZ SANTAMARÍA*

CAROLINA RESTREPO MÚNERA**

ANA MARÍA ROLDÁN VILLA***

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a8

-
- * Resultado del proyecto de investigación “Acceso a la justicia para la protección de derechos colectivos y del ambiente, el acceso a la información y la participación democrática. Fase II Derechos Bioculturales e Intergeneracionales”, desarrollado por la Universidad Católica Luis Amigó desde la línea de investigación “Derecho y Sociedad”, del grupo de investigaciones Jurídicas y Sociales, y la Universidad Autónoma Latinoamericana desde la línea de investigación “Constitucionalismo Crítico y Derechos Humanos” del grupo de investigaciones Constitucionalismo crítico y género, ambas en Medellín, Colombia.
- ** Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente investigador del Grupo de Investigación Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica Luis Amigó. ORCID: 0000-0002-6280-005X. Correo electrónico: jorge.vasquezsa@amigo.edu.co Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=v8GT-VAAAAAJ>
- *** Abogada de la Universidad de Medellín y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente investigadora del Grupo de Investigación Constitucionalismo Crítico y Género de la Universidad Autónoma Latinoamericana. ORCID: 0000-0002-1659-0135. Correo electrónico: carolina.restrepomu@unaula.edu.co Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=9oKdUhYAAAAJ>
- **** Abogada de la Universidad de Medellín, Magíster en Derecho Internacional de University of East London, Inglaterra. Docente investigadora del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica Luis Amigó. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5678-261X>. Correo electrónico: ana.roldanvi@amigo.edu.co Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=Ri-8k3icAAAAJ>

Resumen

Con base en la pregunta ¿cómo ha sido el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991? el artículo fijó como objetivo general comprender las condiciones en las cuales se da el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental a partir de esa Carta Política, pero asume también una conceptualización jurídica sobre la información ambiental que contribuya a definir senderos de seguridad que faciliten el ejercicio del derecho de acceso. Para ello, se empleó una metodología cualitativa, incluyendo los métodos hermenéutico y fenomenológico, y la entrevista semiestructurada en profundidad como técnica de recolección de información, la cual siguió una línea de corte deductivo que partió por indagar la valoración del ejercicio del derecho de acceso a la información en general, luego sobre el ejercicio de ese derecho de acceso en asuntos ambientales y, finalmente, sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental cuando resulta necesario para acceder a la justicia. Lo anterior permitió develar la interdependencia material entre los derechos de acceso en asuntos ambientales, así como la imperiosa necesidad de agotar la judicialización para realizar el acceso y ver garantizada la información que luego es necesaria para poder emprender nuevas acciones judiciales.

Palabras clave: derechos de acceso, derecho de acceso a la información, derecho de acceso a la información ambiental, participación.

Abstract

Based on the question How has the right of access to environmental information been exercised in Colombia since the Political Constitution of 1991? the article's general objective is to understand the conditions under which the right of access to environmental information has been exercised since the Political Charter, but it first assumes the commitment to propose a legal conceptualization of environmental information that contributes to define security paths that facilitate the exercise of the right of access. For this purpose, a qualitative methodology was used, including hermeneutic and phenomenological

methods, and the semi-structured in-depth interview as a technique of information gathering, which followed a deductive line that started by investigating the valuation of the exercise of the right of access to information in general, then on the exercise of that right of access in environmental matters, and finally, on the exercise of the right of access to environmental information when it is necessary to access justice. This made it possible to reveal the material interdependence between the rights of access in environmental matters, as well as the imperative need to exhaust the judicial process in order to obtain access and see the information guaranteed, which is then necessary to be able to take further legal action.

Key words: access rights, right of access to information, right of access to environmental information, participation.

Resumo

A partir da pergunta: Como tem sido o exercício do direito de acesso à informação ambiental na Colômbia desde a Constituição Política de 1991? O artigo tem como objetivo geral compreender as condições em que se exerce o direito de acesso à informação ambiental a partir daquela Carta Política, mas assume primeiro o compromisso de propor uma conceituação jurídica da informação ambiental que contribua para definir caminhos que facilitem o exercício do direito de acesso. Para isso, utilizou-se uma metodologia qualitativa, incluindo métodos hermenêuticos e fenomenológicos, e a entrevista semiestruturada em profundidade como técnica de coleta de dados, que seguiu uma linha dedutiva que começou por investigar a avaliação do exercício do direito de acesso à informação em geral, depois sobre o exercício desse direito de acesso em matéria ambiental e, finalmente, sobre o exercício do direito de acesso à informação ambiental quando for necessário aceder à justiça. O exposto possibilitou revelar a interdependência material entre os direitos de acesso em matéria ambiental, bem como a necessidade urgente de esgotar o processo judicial para obter acesso e garantir as informações que posteriormente são necessárias para poder empreender novas ações judiciais.

Palavras-chave: direitos de acesso, direito de acesso à informação, direito de acesso à informação ambiental, participação.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ambiental vigente en Colombia se levanta sobre el paradigma de la sostenibilidad, y viene siendo desarrollado a través de instrumentos internacionales, como es el caso de la Agenda 21, la Declaración de Principios relativos a los Bosques, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible. Con base en instrumentos como los citados, el ordenamiento jurídico ambiental elevó la sostenibilidad a rango constitucional (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 80), asegurando su realización como una de las obligaciones ambientales calificadas del Estado (República de Colombia, 2010, 2015a, 2016). Ese contenido se desarrolla a través de la legislación ambiental, en especial con la Ley 99 de 1993, que conceptualiza el desarrollo sostenible como el modelo que se orienta al

crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medioambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades (República de Colombia, 1993, art. 3),

e incorpora los principios de la Declaración de Río (ONU, 1992) como fundamentos de la política nacional ambiental, por lo menos como criterios orientadores e interpretativos, obedeciendo al ajuste que realizó la Corte Constitucional cuando decidió que son

principios y valores de rango legal, que solo se aplican de modo indirecto y mediato, y para interpretar el sentido de las disposiciones de su misma jerarquía, y el de las inferiores cuando se expiden regulaciones reglamentarias o actos administrativos específicos (República de Colombia, 1994).

Entre los cometidos del desarrollo sostenible está la capacidad de prevenir, gestionar y resolver los conflictos socioambientales, que tiene lugar en el Principio 10 de la Declaración de Río (ONU, 1992), donde se establece que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales” es a través de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia. Esa previsión no constituye propiamente una transformación en la comprensión para-

digmática del ambiente, pero sí un cambio sobre su gestión y en la efectiva realización de las potestades jurídicas de acceso en asuntos ambientales que sustentan los referentes y las orientaciones de tipo político producidos por el Estado, que toman como punto de partida el “engranaje en el que la realización de cada uno de ellos depende del otro y en el que el funcionamiento del conjunto contribuye a la puesta en práctica de un concepto global, cual es el de la democracia ambiental” (Prieur, 1999, p. 9).

Los derechos de acceso son para los ciudadanos garantías jurídicas que permiten hacer efectivo el ejercicio del derecho a un ambiente sostenible, articulado al correlativo del deber que se radica en el mismo contenido que define al derecho, trascendiendo la comprensión de un ambiente inmerso en un modelo de sostenibilidad, donde el ciudadano solo exige el cumplimiento de la protección del ambiente para pasar a la exigencia de la realización del derecho sumado al cumplimiento del deber ciudadano del que también depende el ambiente sostenible.

De manera que el desarrollo sostenible no es viable si en la gestión ambiental se mantiene al ciudadano como un actor ausente o pasivo y no se le integra como partícipe en ejercicio del derecho/deber, aspecto que no puede ser visto como un avance corriente en el derecho ambiental, por el contrario, evidencia el nivel de comprensión que alcanza la visión paradigmática de la sostenibilidad, que involucra al ser humano como un actor inmerso en los conflictos socioambientales, sin que sea un componente aislado ni limitado a la posición de mera exigencia del derecho, sino que es un integrante codependiente del ambiente, que para realizar el derecho, al mismo tiempo, debe asumir el cumplimiento del deber. Con ese alcance la titularidad de los deberes frente al ambiente se expande a umbrales que van más allá del Estado, que engloban a los seres humanos en el ejercicio correlativo del derecho/deber, donde las potestades jurídicas sobre las cuales avanza el paradigma de la sostenibilidad no tienen carácter absoluto y, de acuerdo con la interpretación constitucional, se sujetan a un término que de extralimitarse representaría una actuación ilegítima.

Entre los derechos de acceso se seleccionó el de información, por representar la condición previa y necesaria para dar lugar al engranaje que permite el debido ejercicio de los derechos de acceso a la participación y a la justicia en asuntos ambientales, razón que justifica la focalización de este trabajo solo en el derecho de acceso a la información ambiental, pues es el punto de partida del involucramiento ciudadano que construye experiencias que trascienden los umbrales formales o lógicos a través de los cuales los

derechos se presentan en las normas (Valencia y Ortiz, 2002), y nos inserta en nuevas configuraciones materiales y teleológicas a partir de las fusiones y aprehensiones que ese derecho tenga con la realidad. Lo anterior implica articular el ejercicio del derecho de acceso a la información con conflictos socioambientales que permiten aproximarse a las comprensiones que se construyen socialmente por medio del ejercicio de ese derecho, razón por la cual se propuso la pregunta ¿cómo ha sido el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991? desde la cual se estableció, como objetivo general, comprender las condiciones del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental a partir de la vigencia de esa carta política.

METODOLOGÍA

Se empleó un diseño metodológico cifrado en las oportunidades de posicionar un objeto teórico, asumido como el “recorte de dimensiones de la misma realidad desde cierto enfoque conceptual, de manera que el mismo objeto real puede abordarse desde el ángulo óptico de diferentes ciencias” (Sáez, 2008, p. 22). El teórico surge del objeto real, dado para este caso en las condiciones del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental a través de las percepciones de sujetos que promovieron o conocieron acciones judiciales que buscaron gestionar y resolver conflictos socioambientales en Colombia. La articulación entre la dimensión real y la teórica justificó la aplicación del modelo de investigación cualitativa, siempre que busca “acercarse al mundo de ahí afuera” (Flick, 2012, p. 9) para aprehender el fenómeno desde su interior, detallando “cómo las personas construyen el mundo a su alrededor, lo que hacen o lo que les sucede en términos que sean significativos y que ofrezcan una comprensión llena de riqueza” (Flick, 2012, p. 9).

El método hermenéutico orientó los pasos iniciales sobre las condiciones que definen el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, la primera fue la precomprensión, asumida como una aproximación preliminar, consiente y reflexiva sobre el fenómeno, con la cual se identificaron sus dinámicas y expresiones, se construyeron las primeras imágenes de este y se extrajeron sus atributos y sus propiedades (Gizbert-Studnicki, 1995). La precomprensión dio paso al reconocimiento de los prejuicios sobre la realidad objeto de investigación y a su correspondiente depuración, para luego emprender la fusión del horizonte de los investigadores con la

realidad social, momento en el que se dio paso al método fenomenológico, que fue escogido por trabajar la percepción de los seres humanos a partir de la experiencia, de lo vivido (Morse y Richards, 2002) en una secuencia de pasos que representó un retorno reflexivo a casos judicializados en los cuales se ejerció el derecho de acceso a la información ambiental, y permitió la construcción de conocimiento a partir de la experiencia individual de actores que han estado involucrados en el ejercicio de ese derecho de acceso.

La fenomenología se valió de la entrevista semiestructurada en profundidad, la cual fue realizada a siete actores, demandantes o coadyuvantes, lo que acreditó que vivieron las condiciones del ejercicio del acceso a la información ambiental para adelantar sus causas ante el poder judicial. Los actores se localizaron en Bogotá, Medellín, Ibagué, Neiva y Manizales, y compartían la calidad de ser profesionales del derecho; además, la entrevista se aplicó a dos funcionarios judiciales de la máxima magistratura que han tenido conocimiento de las condiciones que determinan el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental. La entrevista siguió una línea temática de corte deductivo, toda vez que partió por consultar la valoración del ejercicio del derecho de acceso a la información en general, luego la valoración del ejercicio del derecho en asuntos ambientales y, por último, el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental cuando resulta necesario para acceder a la justicia.

Toda vez que el objeto de investigación se concentró en el derecho de acceso a la información ambiental y, con este, a la información ambiental, se enfrentó la ausencia de una disposición definitoria de ese concepto, así como la carencia de su desarrollo reglamentario y jurisprudencial, lo que exigió emprender una construcción preliminar que permitiera abordar con profundidad y certeza las percepciones de los actores indagados. Por eso se propone una conceptualización jurídica sobre la información ambiental que contribuya a definir senderos de seguridad que faciliten el ejercicio del derecho de acceso, propuesta que está respaldada en disposiciones internacionales e internas, a partir de las cuales se sistematizaron algunas de las normas jurídicas con mayor incidencia en el cumplimiento de deberes ambientales relacionados con la información ambiental.

Posteriormente, se presentan los resultados alcanzados a partir de cada una de las tres unidades de análisis que fueron objeto de la entrevista: el ejercicio del derecho de acceso a la información en general, el ejercicio del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales y, finalmente, el ejercicio de ese derecho cuando resulta necesario para acceder a la justicia.

EL DERECHO DE ACCESO ¿A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL?

Los derechos de acceso en materia ambiental, también conocidos como derechos ambientales procedimentales, fueron reconocidos en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), derechos que, a nivel internacional, y en especial en América Latina y el Caribe, han tenido una evolución progresiva, más no rápida. A partir de tratados internacionales vinculantes (*hard law*) como el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación en la toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia —Convenio de Aarhus— (1998), el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe —Acuerdo de Escazú— (2018), y disposiciones no vinculantes (*soft law*) como las Directrices para la elaboración de la Legislación Nacional, el Acceso a la información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales —Directrices de Bali— (UNEP, 2010), se establecen parámetros, estrategias y mecanismos para garantizar la protección efectiva de los derechos a la información, a la participación y a la justicia ambiental.

En específico, el derecho de acceso a la información, sobre el cual se focaliza este trabajo, se encuentra estipulado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y señala que el derecho a la libertad de pensamiento y de opinión incluye la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (OEA, 1969, art. 13) principalmente aquella de interés público, entre la cual se encuentran las actividades que pueden afectar el medioambiente (Corte IDH, 2017). De acuerdo con la Corte IDH (2017), la gestión de los Estados debe estar sustentada en los principios de publicidad y transparencia, por lo tanto, la obligación de suministrar información en asuntos ambientales implica que, por regla general, para su obtención no es necesario acreditar un interés directo o demostrar una afectación directa. Además, dicho acceso debe ser “asequible, efectivo y oportuno” (Corte IDH, 2017, p. 88), razón para que en los Estados se radique la obligación de transparencia activa, esto es, el deber de suministrar de oficio la información que puede ser relevante y útil para el ejercicio de otros derechos. El acceso a la información impone además la “obligación de preparar y difundir, distribuir o publicar, en algunos casos de forma periódica, información actualizada sobre el estado del medioambiente en general o sobre el área específica que cubre el tratado en cuestión”. (Corte IDH, 2017, p. 89).

En Colombia no hay una definición establecida sobre el derecho de acceso a la información en asuntos ambientales, ni sobre la información ambiental, no obstante, el vacío se puede subsanar con una hermenéutica sistemática realizada sobre las disposiciones jurídicas constitucionales, legales y reglamentarias, en las que no dejan de tener lugar los derechos de acceso del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro (1992).

Inicialmente, se debe recordar que en Colombia se establecen una serie de disposiciones para garantizar el derecho a la información; el artículo 20 de la Carta Política de 1991 reconoce, entre otros, el derecho de “informar y recibir información veraz e imparcial” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 20), el artículo 23 consagra el derecho de petición como un derecho fundamental y un mecanismo idóneo para que la ciudadanía solicite información de interés general o particular; el cual ha sido desarrollado por la Ley estatutaria 1755 de 2015, que modificó la Ley 1437 de 2011. Al ser considerado un derecho fundamental constitucional, permite recurrir a la acción de tutela cuando la petición sea denegada, no sea contestada en los términos establecidos, o cuando no se resuelva de fondo. En la categoría de derechos culturales, el artículo 74 constitucional reconoce que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 74) y la Norma Superior además consagra la obligación de generar anualmente un informe sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente, tarea del Contralor General de la República, a quien corresponde presentarlos al Congreso (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 268, núm. 7).

El vacío que existe en Colombia sobre la información ambiental, como objeto jurídico sobre el cual se debe garantizar el acceso, obliga a remitirse al artículo 4 de la Ley 1712 de 2018, conocida como la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional. En ella se define el derecho de acceso a la información sin limitarlo a un sector específico, como aquel que permite que “toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados”. Se trata de un derecho que puede ser restringido de manera excepcional y por motivos previamente registrados en el ordenamiento jurídico; además, conlleva “la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública” (República de Colombia, 2014, art. 4).

Hasta este punto, el derecho de acceso a la información ambiental puede ser considerado una especie del género del derecho de acceso a la información, que sigue la naturaleza de derecho fundamental, se impone a los sujetos obligados que posean o controlen información ambiental, lo que involucra a todas las entidades públicas en todos los niveles y órdenes, a los organismos y entidades estatales autónomos, independientes y de control, y a todas las personas que ejerzan función pública y presten servicios públicos (República de Colombia, 2014, art. 5). De lo anterior, que el derecho de acceso a la información en asuntos ambientales implica por lo menos tres obligaciones para el Estado: 1) Generar información sobre el ambiente. 2) Permitir el acceso de la ciudadanía a la misma, y 3) Poner a disposición de manera fácil y asequible esa información. Además, se entiende que el acceso a la información es una herramienta de control sobre la gestión pública que permite el empoderamiento de las comunidades y el ejercicio de los otros derechos de acceso, como son la participación y a la justicia.

Pero si bien la Ley 1712 de 2014 proporciona contenidos que permiten suplir el vacío relacionado con el “acceso” a la información, al tiempo que ofrece referentes para comprender la dimensión de “información”, cuando la define como el “conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen” (República de Colombia, 2014, art. 6, a.), no llena el vacío sobre el concepto de la información ambiental, que en el derecho colombiano no se emplea de manera reciente ni excepcional, el cual, por el contrario, tiene un trayecto considerable.

El Decreto 2811 de 1974 compromete el deber de información internacional para planear el uso adecuado y el debido desarrollo a los recursos naturales (art. 10), crea el Sistema de Información Ambiental (sia) en el que se deben reunir “los datos físicos, económicos, sociales, legales, y en general, concernientes a los recursos naturales renovables y al medio ambiente” (art. 20), establece para las empresas forestales y de transporte la obligación de proporcionar la información sobre sus datos estadísticos, su acarreo y su producción (art. 228), deber que se hace extensible a las actividades de comercialización de productos de fauna silvestre y especies (art. 263), y también para los administradores de “embalses, centrales hidroeléctricas, acueductos y distritos de riego” (art. 323).

Con la expedición de la Ley 99 de 1993, la información incrementó su incidencia en la gestión ambiental y en el aseguramiento de derechos vinculados a ese sector, toda vez que compromete como parte del Sistema Nacional

Ambiental (sina) a las entidades públicas y privadas que produzcan ese tipo de información (arts. 4, 6), se encomienda al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenibles (MinAmbiente) establecer el sia (arts. 5, 20), y replica esa función en las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de su respectiva jurisdicción (arts. 31, 22), sin dejar de lado que la Ley 99 de 1993 adscribe al MinAmbiente al Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis” (invemar), al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander Von Humboldt”, al Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas “Sinchi”, al Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico “Jhon Von Neumann” y al Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (ideam), este último, encargado de “dirigir y coordinar el Sistema de Información Ambiental y operarlo en colaboración con las entidades científicas vinculadas al Ministerio de Medio Ambiente” (Ministerio de Medio Ambiente, 1994, art. 2), todas, instituciones que producen información científica sobre el ambiente y los recursos naturales de Colombia.

La información ambiental se convierte además en la base de instrumentos como el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, del Estudio de Impacto Ambiental, y de los procedimientos para el otorgamiento de licencias ambientales, pero en el basto compendio de disposiciones jurídicas no se concreta con certeza ni suficiencia una definición sobre información ambiental, razón para insistir en la pregunta ¿qué alcance puede recibir ese concepto en Colombia? Entre las posibles respuestas se identifican las siguientes.

Ley 99 de 1993, que reúne varios mecanismos administrativos y judiciales para garantizar la participación en asuntos ambientales, entre ellos está el derecho de petición de información ambiental. Sin embargo, el alcance de la disposición que reconoce esa modalidad de derecho de petición motiva interpretaciones diversas, algunas con un alcance parcial o reducido frente a la información ambiental como objeto de acceso al que se debe llegar mediante el derecho de petición. De acuerdo con el artículo 74 de la Ley 99 de 1993, cualquier persona, natural o jurídica, en el territorio nacional, “tiene derecho a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973”, contenido del cual surgen varios alcances e interpretaciones. En cuanto a los primeros, se lee que el citado mecanismo de participación se proyecta para tres amplios supuestos: información sobre elementos susceptibles de producir contaminación, información sobre los peligros que el uso de esos elementos puede provocar a la salud humana y, finalmente, la sa-

lud humana en sí misma, pues es el objeto jurídico de protección que permite establecer los parámetros y niveles de peligro.

A partir de esos tres supuestos generadores de información que puede ser peticionada en el sector ambiental, devienen dos interpretaciones obligadas: ¿qué es contaminación? y ¿cuál es el alcance del artículo 16 de la Ley 23 de 1973? La contaminación está definida jurídicamente en Colombia de la siguiente manera:

Alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares (República de Colombia, 1973, art. 4).

El concepto es confirmado casi en los mismos términos por el artículo 8 del Decreto 2811 de 1974, que siguiendo a la Ley 23 de 1973 define como contaminante “cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente puede producir alteración ambiental [...]. La contaminación puede ser física, química o biológica” (art. 8). De manera que un segundo alcance de la información ambiental como objeto de acceso del derecho de petición, diferente pero complementario al que se desprende del artículo 74 de la Ley 99 de 1993, es aquel que la asume como la producida por las interferencias al bienestar humano y a su salud a raíz de un elemento, combinación de elementos o formas de energía humanas o naturales que por sus concentraciones tengan el potencial de producir alteraciones, lo que se extiende a supuestos de afectación a la fauna, a la flora, a la calidad del ambiente y de los recursos naturales renovables, que en términos del Decreto 2811 de 1974 incluye a la atmósfera y al espacio aéreo nacional, a las aguas, tierras, suelo, subsuelo, a los recursos geotérmicos, el paisaje, la flora, la fauna y las fuentes primarias de energía no agotables (art. 3).

Se trata de una información que tiene como hecho generador sustancias, elementos y formas de energía en niveles o concentraciones que alteran las condiciones adecuadas para el desarrollo de la vida, humana y no humana; elementos que por su potencial de alteración deben dar lugar a información de tipo preventivo sustentada en la certeza científica, de tipo precautorio, cuando dicha certeza este ausente, y de tipo reactivo, cuando la alteración se presente a pesar de la prevención y la precaución. Es una infor-

mación que a diferencia de la literalidad del artículo 74 de la Ley 99 de 1993, se desagrega en varios objetos jurídicos de protección: el bienestar humano, la salud humana, la flora, la fauna, la calidad del medioambiente y la afectación de los recursos naturales, la mayoría objetos jurídicos indeterminados que por su amplitud e interdependencia deben ser asumidos como un listado enunciativo que trae la ley, y que en el caso de las expresiones vivas no humanas se puede complementar con las modalidades de recursos naturales renovables previstos en el artículo 3 del Decreto 2811 de 1974.

Por su parte, el tercer supuesto previsto en la disposición del artículo 74 de la Ley 99 de 1993 sobre el derecho de petición ambiental remite al artículo 16 de la Ley 23 de 1973, que dispone:

El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado (República de Colombia, 1973, art. 16).

El contenido normativo del artículo 16 propone el ejercicio del derecho de petición de información ambiental sobre supuestos en los cuales se configura responsabilidad estatal o civil por afectaciones a la salud humana, lo que se hace extensible al bien jurídico vida, y que en un primer momento da lugar a la información relacionada con el establecimiento de la certeza del nexo causal entre un hecho generador y el daño antijurídico. No obstante, por la naturaleza primordialmente preventiva y precautoria de las normas jurídicas ambientales, se considera que la remisión al artículo 16 de la Ley 23 de 1973 también abre lugar a la información que permite prevenir y mitigar los daños por acción y omisión en el sector ambiente, esto es, información que prevenga el hecho generador del daño antijurídico sobre el bienestar humano, la salud humana, la flora, la fauna, la calidad del medioambiente y la afectación de los recursos naturales.

Otra de las respuestas al alcance del concepto de información ambiental la ofrece el Decreto 1076 de 2015, Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, el cual tiene en un efecto reducido sobre el acceso a la información ambiental y al derecho de petición. En esa reglamentación, el acceso a la información ambiental tiene un punto en el cual

se asocia con la función de la ventanilla integral de trámites ambientales en línea, VITAL, un “sistema centralizado de cobertura nacional través del cual se direccionan y unifican todos los trámites administrativos de licencia ambiental, planes de manejo ambiental, permisos, concesiones y autorizaciones ambientales, así como la información de todos los actores que participan” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2015, art. 2.2.2.3.10.1). A pesar de su alcance, VITAL está focalizada solamente en los procedimientos administrativos de licenciamiento, planes de manejo, permisos, concesiones y autorizaciones, lo que abre paso al derecho de petición para acceder a información sobre esos procedimientos administrativos.

Otras posibilidades sobre el concepto de información ambiental se desprenden de los lineamientos normativos que ofrece el Decreto 1076 de 2015 a partir de algunas figuras que se refieren de manera directa y expresa a la información, como es el caso del Sistema de Información del Recurso Hídrico (SIRH), que relaciona la información con “la cantidad de agua de los cuerpos hídricos del país que comprenden las aguas superficiales continentales y las aguas subterráneas”, y sobre “la calidad de los cuerpos hídricos del país que comprenden las aguas superficiales, las aguas subterráneas, las aguas marinas y las aguas estuarinas” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2015, art. 2.2.3.5.1.3). En un sentido similar, se puede vincular la información ambiental por cuenta del Sistema de Información en Áreas Protegidas (art. 2.2.1.6.6) en el cual debe existir información sobre el Sistema de Parques Nacionales Naturales, las Reservas Forestales Protectoras, los Parques Naturales Regionales, los Distritos de Manejo Integrado, los Distritos de Conservación de Suelos, las Áreas de Recreación, y las Reservas Naturales de la Sociedad Civil; y otro supuesto es el que se refiere a los “datos e información estadística sobre la generación y manejo de los residuos o desechos peligrosos a nivel nacional” (art. 2.2.6.1.5.3) que está a cargo del IDEAM.

Si bien el concepto de información ambiental tiene aproximaciones en disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, en el ordenamiento jurídico de Colombia se mantiene como un concepto jurídico indeterminado que puede afectar el ejercicio del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales, y con ello, ampliar los umbrales de ineficacia al momento de ser garantizado. Por ello, es necesario proponer alcances con delineaciones conceptuales concretas que establezcan seguridad jurídica para el ejercicio del derecho de acceso a través de mecanismos como el derecho de petición, y con él, para la realización de la sostenibilidad; las propuestas son las siguientes: frente al derecho de acceso a la información ambiental se

propone asumirlo como una especie del derecho de acceso a la información, de naturaleza jurídica fundamental, por medio del cual toda persona, natural o jurídica, pública o privada, puede tener conocimiento sobre el conjunto organizado de datos que estén contenidos en cualquier documento relacionado o alusivo con el ambiente, que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen, y que no tenga restricciones de reserva, lo que incluye la divulgación proactiva de esa información pública ambiental, y la respuesta de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso a la misma.

El concepto de información ambiental sobre la cual se estima que procede el derecho de acceso, se puede referir a cualquier documento relacionado o alusivo con el ambiente, que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen, en el que se deposite conocimiento científico preventivo o precautorio que oriente los comportamientos, las relaciones, las actividades, los procesos y las elaboraciones humanas, así como el producido para enfrentar supuestos que sobrepasen la prevención y la precaución establecida por los institutos de investigación científica adscritos al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por las instituciones que hacen parte del SINA y por las entidades públicas y privadas que produzcan cualquier documento relacionado o alusivo con el ambiente, como son los datos físicos, económicos, sociales y legales concernientes a los recursos naturales renovables, los elementos susceptibles de producir contaminación, los peligros potenciales del uso de esos elementos sobre la salud humana y la alteración que puedan generar en los recursos naturales renovables y en la calidad del ambiente.

La anterior propuesta sobre la información ambiental, que se desprende de una interpretación sistemática de varias disposiciones jurídicas vigentes, permite confirmar que en la normativa colombiana se reúnen muchos de los componentes que permitirían la incorporación de la propuesta que el Acuerdo de Escazú hace sobre el concepto aquí tratado, toda vez que

se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales (CEPAL, 2018, p. 2).

A partir de los contenidos mencionados y de las propuestas elaboradas, en Colombia se han desarrollado condiciones a partir de las cuales se desprende el ejercicio del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales, lo que abre la oportunidad para comprenderlas y extraer los contenidos que se han configurado sobre y a partir del derecho de acceso a la información.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN COLOMBIA

La primera unidad de análisis sobre la cual giraron tanto el trabajo de campo como la etapa de categorización, estructuración, contrastación y teorización (Martínez, 2004) de los datos recabados fue el ejercicio del derecho de acceso a la información en Colombia, percibido en términos generales y sin estar asociado a ningún ámbito de referencia especial de la administración, motivo por el cual la entrevista comenzó preguntando por la valoración sobre el ejercicio de ese derecho en términos amplios y genéricos.

La percepción de los actores siguió un mismo sentido definido de manera negativa: “ha sido exitoso pero también ha sido fallida” (AM,¹ 2021), “hay una manera precaria de acceder a la información, especialmente ante entidades públicas” (AM1, 2021), “es bastante limitado, por muchas razones, por falta de conocimiento de las personas, pero especialmente por las trabas burocráticas para facilitar la información de manera completa, de manera oportuna, dar la respuesta de fondo, es decir hay mucha evasiva por parte de la administración pública” (AN, 2021), “las instituciones se vuelven muy reacias y muy celosas precisamente con la información que ellos manejan, vaya uno a saber por qué, ya sea porque no son capaces de transmitirla clara, veraz y oportuna o, por el contrario, uno la puede utilizar para fines que a ellos no les convenga.” (AME, 2021), “el Estado lo dificulta, porque se vuelve formalista, revisen ustedes por favor la ley estatutaria de derecho de petición es como presentar una demanda, cada vez más rígida, cada vez más procesalista” (AB, 2021).

1 Se hace referencia a las personas entrevistadas con abreviaturas y números, para mantener la privacidad de estas.

La negativa percepción que tienen los sujetos es unánime, y de ella se desprenden elementos que amplían la comprensión sobre las condiciones del ejercicio del derecho de acceso a la información. Inicialmente, es necesario exaltar que ninguno de los actores asoció el ejercicio del derecho con personas privadas, fueran naturales o jurídicas, por el contrario, el derecho de acceso se percibe fuertemente vinculado con la necesidad de entablar relaciones con la administración pública, lo que circunscribe la producción, gestión y disposición de la información de manera preponderante en los poderes públicos del Estado, en especial en el ejecutivo. Además, se aprecia que el contenido técnico, especializado y altamente simbólico que puede tener la información convierte a la administración pública en un actor con postura dominante, toda vez que la capacidad financiera, humana, tecnológica y física suele estar radicada en las autoridades estatales, que pueden y deben desarrollar los recursos para acceder a la información que necesitan.

Lo anterior se traduce en la generación y consolidación de información para el ejercicio prioritario y en ocasiones exclusivo de la misma administración, lo que instala una percepción sobre la información como un recurso de y para la administración pública, deslegítima e ineficaz, toda vez que no cumple con los criterios de celeridad, transparencia, facilitación y divulgación proactiva (República de Colombia, 2014, art. 3) sin dejar de lado que genera una ruptura entre la administración y el administrado, a partir de la cual el ejercicio del derecho de acceso pasa a asumir un perfil adversarial y confrontacional, muy contrario al previsto en las normas estatutarias que regulan el derecho.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ASUNTOS AMBIENTALES

La postura negativa, que es uniforme entre los actores judiciales, se reiteró en las valoraciones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales. Expresiones como “creo que ese derecho está regulado en Colombia, pero que sea plenamente garantizado, no. Desde un término de valoración, nosotros no tenemos un acceso a la información real y efectivo. Es muy complejo. [...] si bien tenemos un derecho que se reconoce como derecho fundamental, no es real, no es efectivo en cuanto a la información que se nos otorga” (AM, 2021); “Son más los retos. Una cosa es la obligación que tienen las entidades de generar la información, pero hay una información que para ellos es sensible y no la entregan” (AM1, 2021);

“Deficiente, y ¿básicamente por qué? porque esa información ambiental tiene un contenido técnico muy importante [...] es un acceso bastante limitado, es una información que se entrega a cuentagotas” (AN, 2021), son percepciones que develan patrones que permiten comprender las condiciones en las cuales se ha dado el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental.

Inicialmente, coinciden los patrones subrayados sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información en términos generales con las percepciones sobre el acceso a la información en asuntos ambientales, como asumir que la información ambiental es un recurso del que es titular la administración pública, una información de profundo contenido técnico, especializado e interdisciplinar que suele ser producida y gestionada por autoridades administrativas, para su propia destinación, aprehensible por profesionales especializados del área que cuentan con los conocimientos para comprender y utilizar los términos depositados en la información ambiental, términos que no facilitan su aproximación a la ciudadanía y que confirman la ruptura en la relación entre los administrados con la administración.

Pero adicional a los patrones anteriores, las condiciones del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental develan patrones adicionales, el primero de ellos se puede sintetizar en la naturaleza de la eficacia simbólica que reviste al derecho y no de eficacia práctica, lo cual se asocia al reconocimiento de disposiciones jurídicas que se ocupan del derecho, pero que en el ordenamiento jurídico presentan un estado inacabado o incompleto. También se refuerza la idea asociada a la concentración de las capacidades de generación de la información a manos de la administración pública, pero adicionalmente, se devela una percepción de un manejo exclusivo y excluyente, donde la administración aplica criterios de disposición y publicidad de acuerdo con la conveniencia del supuesto.

Además, el ejercicio del derecho llevado a los asuntos ambientales tiene valoraciones que no se asocian con la negligencia, el descuido o los presuntos excesos en los trámites o términos que rigen las actuaciones administrativas, por el contrario, las distorsiones están vinculadas con derroteros de actuación que en ocasiones son preestablecidos o acordados al interior de la administración para dificultar el acceso a la información ambiental:

el recaudo de la información es muy complejo, y eso que somos abogados, con decirles que ya tenemos hasta tips de litigio estratégico para redactar derechos de petición, porque si usted le pregunta de una manera sencilla cómo le dice la ley a la autoridad, no le contesta lo que usted quiere oír, la autoridad le contesta lo que ellos quieren que usted oiga, entonces resulta que hay que ser estratégicos hasta para pedir la información a la administración (AB, 2021).

Lo que veo en el ejercicio es una falta de claridad de alcance de lo que significa la información ambiental, digamos para el ejercicio del derecho eso es fundamental, porque si no tienes también claro cuál es el tipo de información que requieres, y esa información que va a ser vital para que puedas ejercer el derecho a la participación, pues ya entras en el ejercicio con una debilidad importante [...] todavía no llegamos a la conciencia de cuál es el principio de máxima publicidad o divulgación, y es que yo tengo que transparentar absolutamente toda la información (AMEI, 2021).

Finalmente, es preciso destacar que el acceso a la información ambiental se traduce en un derecho rogado, que no opera en los términos oficiales, transparentes e inmediatos que prevén las normas, toda vez que está intermediado por el ocultismo de la información existente, la exigencia de formalidades en supuestos que no deben tener requisitos y en la ausencia de información que debería existir y estar siendo actualizada, lo que genera una asimilación del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales con el ejercicio del derecho de petición, y tras este, con la acción constitucional de tutela: “¿Dónde está la información relacionada con el acceso público sin la necesidad de que yo tenga que ir a solicitarla?” (AM, 2021), “de no existir la acción de tutela para poder presionar en algún momento la entrega de la información no habría acceso, pues la práctica demuestra que hay que acudir con demasiada frecuencia a la tutela para lograr concretar o satisfacer el derecho fundamental de petición” (AN, 2021), “de entrada no debería ni siquiera por qué pedírselo por derecho de petición, la información debería ser lo suficientemente pública para que el ciudadano no tenga que acceder al derecho de petición primero, y segundo, la tutela debería ser excepcional” (AB, 2021).

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL PARA ACCEDER A LA JUSTICIA

Los supuestos en los cuales el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental se realizó para facilitar o asegurar el acceso a la justicia, arrojan percepciones en las cuales el acceso a la información, por regla general, se asume como una potestad que requiere del ejercicio litigioso debido a la volatilidad de las posibles respuestas de la administración pública, configurando el ejercicio de un derecho que queda librado a la intimidación y amenaza a través del potencial empleo de acciones y recursos judiciales para acceder a información, que si bien no es objeto de reserva legal, es restringida u ocultada por quienes la detentan: “cuando uno necesita una información que es pública, se encuentra con varios escenarios: uno, es que probablemente le respondan, que no le respondan en el nivel de profundidad que uno necesita, o que efectivamente no lo respondan, y eso pasa, pasa, y pasa” (AM, 2021); y agrega:

esa amenaza, o esa advertencia, de que yo voy a interponer una acción judicial de tutela, es lo que va a generar la fuerza o la presión para que me responda la información que yo estoy solicitando (AM, 2021). A veces nos ha tocado ir hasta tutela para pedir a las entidades públicas que entreguen la información, porque ni siquiera los requerimientos del tribunal son atendidos (AM1, 2021).

El tema del acceso a la justicia tiene una dificultad adicional ¿por qué razón? Primero, porque no se ha entendido que el acceso a la justicia ambiental va en dos órdenes, uno es la justicia de la rama de justicia, y dos, lo que es el acceso a la justicia a través de los procesos administrativos ambientales. Ya casi nadie sabe que puede acceder a los procesos administrativos ambientales, una licencia o permiso, un proceso sancionatorio, son procesos donde nadie participa (AB1, 2021).

Vamos a suponer que uno logra acceder a la información que debería ser pública, accede de forma rogada, a través de los derechos de petición, en unos términos incontables, pero bueno, por fin accede; estructuras lo que tengas que estructurar en el litigio con la información recolectada, lamentablemente como la entidad no te dio toda la información, muchas veces no hay que presentar uno, sino que hay que presentar dos o hasta tres derechos de petición, lo cual también es un problema porque la administración no entiende que es un desgaste para sí misma (AB, 2021).

Las percepciones sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información en asuntos ambientales para acceder a la justicia hacen de esa potestad fundamental un supuesto homólogo al de la judicialización en el sector ambiente, que se traduce en que para acceder a la justicia ambiental primero debo judicializar el acceso a la información que es necesaria para alcanzar las condiciones que aseguren poder llegar a la sede judicial para proponer la resolución de un conflicto ambiental. Contrario a reforzar la interdependencia material entre los derechos de acceso, la judicialización del acceso a la información ambiental distorsiona y confunde los contenidos y fines de esos derechos, pues en el caso del acceso a la información, lejos de responder a parámetros de existencia y disponibilidad para la ciudadanía que está inmersa en conflictos ambientales, en las percepciones de los actores se devela un contenido definido por el procedimentalismo y la litigiosidad.

CONCLUSIONES

A partir de las percepciones de los actores que han ejercido el derecho de acceso a la información en asuntos ambientales se develan amplias y complejas brechas entre las elaboraciones jurídico formales que propenden por el ejercicio de un derecho fundamental a partir del cual se construye y fortalece el modelo democrático, y la práctica cotidiana, definida por una reconfiguración de la dimensión material y teleológica de ese derecho, toda vez que lejos de ser promotor de la celeridad, la transparencia, la publicidad y la facilitación, se ha convertido en un nicho de emprendimiento litigioso que depende del ejercicio del derecho de petición y de la interposición de la acción de tutela.

En el aspecto meramente formal, esto es, en el cumplimiento de requisitos legales, el marco normativo colombiano relacionado con el derecho de acceso a la información es congruente con los parámetros internacionales. Sin embargo, en su ejercicio, el acceso a la información no cumple con los criterios de disponibilidad, calidad y accesibilidad, lo que además impide la materialización adecuada de los derechos a la participación y a la justicia. En este sentido, Colombia debe superar el modelo de transparencia reactiva o acceso a la información rogado, y focalizar sus esfuerzos hacia un esquema de transparencia activa que permita acceder a la misma de manera oportuna y actualizada mediante los sistemas de información abiertos.

REFERENCIAS

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf.

Constitución Política de la República de Colombia (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

Flick, U. (2012). Introducción editorial. En *El análisis de datos cualitativos en investigación cualitativa*. Ediciones Morata.

Gizbert-Studnicki, T. (1995). El concepto de precomprensión en la hermenéutica jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 22(1), 7-22.

Martínez, M. (2004). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa*. Editorial Trillas.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (26 de mayo de 2015). Decreto 1076, por medio del cual se expide el decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible. Diario Oficial 49523 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78153>.

Ministerio del Medio Ambiente (21 de junio de 1994). Decreto 1277, por el cual se organiza y establece el Instituto de Hidrología, Meteorología y estudios Ambientales – IDEAM. Diario Oficial 41409. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=64915>.

Morse, J. y Richards, L. (2002). *Read me first. For a user guide to qualitative methods*. Sage Publications.

Organización de Estados Americanos (oea). (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Organización de las Naciones Unidas (onu). (1992). Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

Prieur, M. (1999). La Convention d'Aarhus, instrument universal de la démocratie environnementale. *Revue Juridique de l'Environnement*, 9-49. https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_1999_hos_24_1_3592.

República de Colombia (19 de diciembre de 1973). Congreso de Colombia. Ley 23, por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 34001. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9018>.

República de Colombia (18 de diciembre de 1979). Decreto 2811, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diario Oficial 34243. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1551>.

República de Colombia (22 de diciembre de 1993). Congreso de Colombia. Ley 99, por la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=297>.

República de Colombia (24 de noviembre de 1994). Corte Constitucional. Sentencia C-528. M. P. Fabio Morón Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-528-94.htm>.

República de Colombia (2010). Corte Constitucional. Sentencia C-595. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>.

República de Colombia (18 de enero de 2011). Congreso de Colombia. Ley 1437, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial 47956. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>.

República de Colombia (6 de marzo de 2014). Congreso de Colombia. Ley 1712, por medio del cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional. Diario Oficial 49084. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882>

República de Colombia (30 de junio de 2015a). Congreso de Colombia. Ley 1755, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial 49559. <https://www.sdp.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-1755-de-2015>.

República de Colombia (2015b). Corte Constitucional. Sentencia C-094. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-094-15.htm#:~:text=El%20Estado%20fomen->

tar%C3%A1%20la%20incorporaci%C3%B3n,de%20los%20recursos%20naturales%20renovables.

República de Colombia (2016). Corte Constitucional. Sentencia T-622. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

Sáez, H. E. (2008). *Cómo investigar y escribir en ciencias sociales*. Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Xochimilco.

Sistema de Información Ambiental de Colombia (SIAC). (2022). <http://www.siac.gov.co/>.

United Nations Environment Programme (UNEP). (2010). Guidelines for the development of national legislation on access to information, public participation and access to justice in environmental matters. <https://www.unep.org/resources/publication/guidelines-development-national-legislation-access-information-public>.

Valencia, A. y Ortiz, A. (2002). *Derecho civil* [tomo I. Parte general y personas]. Editorial Temis.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LOS VIDEOJUEGOS Y SUS CONDICIONES NORMATIVAS
DE LAS *LOOT BOXES* Y LOS DLC: ESTADO SOBRE LA PRO-
TECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

VIDEO GAMES AND THEIR REGULATORY CONDITIONS OF *LOOT*
BOXES S AND DLC: STATE OF CONSUMER PROTECTION
IN COLOMBIA

VIDEOGAMES E SUAS CONDIÇÕES REGULATÓRIAS DE *LOOT*
BOXES E DLC: ESTADO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR
NA COLÔMBIA

DANIEL LOPERA DÍAZ*

ANDRÉS FELIPE RONCANCIO BEDOYA**

CRISTIAN CAMILO CARRILLO BENÍTEZ***

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

DOI: 10.24142/raju.v17n35a9

-
- * Magíster en Derecho de la Universidad EAFIT, especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia, abogado de la Universidad de Medellín, profesor investigador de la Institución Universitaria de Envigado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7272-4505>. Correo electrónico: dlopera@correo.iue.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7272-4505> CVLAC https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000057891 Google Scholar <https://scholar.google.com/citations?user=3h1a5mcAAAAJ&hl=es&authuser=1>
- ** Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín, magíster en Derecho Público de la Universidad de Medellín, abogado de la Institución Universitaria de Envigado, Universidad Cooperativa de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813> Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=VtYGBWAAAAAJ&hl=es> CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001408240. Correo electrónico: Andres.roncancio@campusucc.edu.co
- *** Estudiante investigador del semillero Secyp de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas abogado de la Institución Universitaria de Envigado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813> CVLAC https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001408240 Google Scholar <https://scholar.google.es/citations?user=VtYGBWAAAAAJ&hl=es> Correo electrónico: ccarrillo@correo.iue.edu.co

Resumen

Históricamente, los videojuegos han presentado una clara evolución a nivel global debido a la implementación de nuevas tecnologías, ello no solo se remonta al área de desarrollo, sino también a la perspectiva mercantil, social y jurídica. Una de las mayores muestras de desarrollo de mercadeo es la aplicación de las denominadas *loot boxes* o “cajas misteriosas”, por esta razón, es menester no solo entender a qué se refiere este concepto, sino lo que deriva, como la vulneración al consumidor, al ser considerados juegos de azar por parte de distintos Estados. Por ende, es necesario identificar las garantías que existen por parte de las compañías desarrolladoras y cómo los distintos Estados son partícipes para que dichas garantías sean viables.

Palabras clave: microtransacciones, videojuegos, *loot boxes*, derechos del consumidor, nuevas tecnologías.

Abstract

Video games historically have presented a clear evolution at a global level, due to the implementation of new technologies, this not only goes back to the development area of these (video games), but also from the marketing perspective, as well as social and legal. Therefore, among one of its greatest samples of marketing development, is the application of the so-called loot boxes or “mystery boxes”, so it is necessary not only to understand what this concept refers to. Also, it did what, as a result of this, is derived, such as the violation of the consumer, since they are considered games of chance by different States. Therefore, it is necessary to identify those guarantees present by the developer companies with the consumers, and as the different States, they are participants in which full guarantees are delivered to the consumer.

Keywords: microtransactions, video games, loot boxes, consumer rights, new technologies

Resumo

Historicamente, os videojogos têm apresentado uma clara evolução a nível global, isto devido à implementação de novas tecnologias, isso remonta não só à área de desenvolvimento destes (videojogos), mas também na perspetiva do marketing, pois bem como sociais e legais. Portanto, entre um de seus maiores exemplos de desenvolvimento de marketing, está a aplicação das chamadas loot boxes ou “caixas misteriosas”, portanto, é preciso não apenas entender a que se refere esse conceito. Além disso, fez o que, em decorrência disso, decorre, como a violação do consumidor, sendo considerados jogos de azar por diferentes Estados. Portanto, é necessário identificar quais são as garantias apresentadas pelas empresas de desenvolvimento junto aos consumidores e, como os diferentes Estados, são participantes na entrega de garantias plenas ao consumidor.

Palavras-chave: microtransações, videogames, loot boxes, direitos do consumidor, novas tecnologias

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de las *loot boxes* se debe entender que estas son aplicadas gracias a la tecnología desarrollada a partir de la Cuarta Revolución Industrial, la cual surge con el fin de emprender una eficiente evolución digital en el mundo, y que integra la denominada robótica, la computación cuántica, la nanotecnología, la biotecnología, los vehículos autónomos, el internet de las cosas y la Inteligencia Artificial (IA), entre otras temáticas que hacen referencia al uso de la tecnología como herramienta central para llevar a cabo actividades del día a día de forma más ágil, efectiva y óptima, lo que permite, con mayor facilidad, el uso de microtransacciones y el aprovechamiento de dichas tecnologías en pro de la adquisición de distintos productos o del goce de ciertos beneficios en algunos videojuegos.

Taddy (2018) plantea que el uso inicial de la IA era para los videojuegos y luego se trasladó de forma vertiginosa hacia los negocios. Un gran ejemplo de ello son los grandes desarrolladores de dicha idea, como Microsoft y Amazon, que mezclan ingenieros con sistemas semiautónomos para resolver problemas en sus negocios y que la han aplicado en distintas empresas con el fin de darle fuerza a las nuevas tecnologías, en la búsqueda de conseguir un mayor desarrollo y oportunidades para el público en general.

Esto, ya que en sus inicios la IA se destacó por ser una herramienta tecnológica cuyos propósitos consistían en apoyar la industria del *software*, entre los que se destaca la creación de videojuegos. No obstante, la IA ha migrado y en la actualidad es fuente esencial para el desarrollo de todo tipo de herramientas tecnológicas.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) ha destacado las redes 5G y la inteligencia artificial (IA) como campos de innovación imprescindibles para la creación de sociedades más inteligentes. 5G integra la próxima generación de normas móviles y trae consigo la promesa de mejorar la experiencia de los usuarios finales, ofreciéndoles nuevas aplicaciones y servicios capaces de alcanzar velocidades de varios gigabits, así como de incrementar significativamente la calidad de funcionamiento y la fiabilidad. Cabe prever una mejora de las redes 5G a través de la IA, que dará sentido a los datos, gestionará y orquestará los recursos de red y dotará de inteligencia a los sistemas conectados y autónomos (MinTic, 2019, p. 8).

Partiendo de allí surgen las *loot boxes*, y para entenderlas es necesario conocer la definición del llamado DLC-Downloadable Content (contenido descargable), que es aquel contenido adicional de paga al cual todo usuario, de diferentes plataformas digitales, tendrá derecho a acceder al adquirir un videojuego, independientemente del valor de este, y, en su defecto, gozar de contenido que no viene incluido de forma directa en el juego de video.

Cuando el videojuego es novedoso no está condicionado a producir el juego central, al contrario, este comienza a extenderse y a innovar el contenido. Este modo de alcanzar poco a poco el mercado DLC no es novedoso, sin embargo, ha logrado posicionarse y poner en marcha este procedimiento en las diversas plataformas desde la década del 2000. Empero, últimamente ha venido obteniendo más relevancia para el medio que controla la producción de estos videojuegos.

Este nuevo contenido puede ser tanto gratuito para el usuario como de pago, y va desde simples aspectos para personajes hasta grandes expansiones de contenido que alargan las horas de un videojuego. Para jugadores poco informados en este tema y para aquellos que desean tener todo el contenido posible de los títulos que adquieren, adquirir los DLC que van saliendo progresivamente puede ser algo habitual, dada la naturalidad con la que se han establecido en la cultura del videojuego (Ferrer, 2019, pp. 25-26).

Por lo que el DLC es aquel contenido descargable que las industrias han viralizado como estrategia de *marketing* con el fin de generar más ingresos en los videojuegos al vender paquetes de expansión para los mismos como, por ejemplo, escenarios, historias, armas, entre otras cosas. Lo que en un inicio dio origen a las microtransacciones fue abriendo paso a las *loot boxes*, que se convertirían en un gran mercado para las empresas desarrolladoras de contenido.

This economic model is used in many media such as purchasing e-Books for an e-Reader even when one already owns a physical copy of those books. In the video game world, this economic logic manifests as extra textual content that does not originally come on the software disc, such as multi-player maps for first-person shooters. This supplemental content is extremely important for many game genres for a multitude of reasons, including offering additions to the in-game story as well as keeping a game “fresh”. However, the most

significant reason for an in-creasing reliance on DLC for video games is that consumers end up paying for a game long after their initial purchase. Instead of paying once for a video game and leading to the afore-mentioned misconception of users enjoying a proportionately higher amount of hours of leisure time, the user is drawn into a perpetual cycle of commodification through DLC (Lizardi, 2012, p. 35).

A raíz de ello surge el modelo económico basado en la utilización de contenido adicional para los videojuegos, tras convertirse en una estrategia de *marketing* que busca tener los videojuegos lo más actualizados posible, con un costo adicional, con el fin de ofrecerle al usuario horas extras de juego o elementos benéficos para el desarrollo menos complejo de este, lo cual ha sido bien acogido por los usuarios, más no por distintos gobiernos que han afirmado, incluso, que esta estrategia es una forma de violentar los derechos del consumidor, en especial en Europa, donde se ha decidido regular este mercado en ciertos países.

The mechanism for microtransactions execution is integrated into on-lineservice for distribution of games to the end customer. For mobile games, microtransactions are performed via the stores of applications (App Store in the case of iOS system and Google play in the case of Android system). Programming tools, which are used for in-game store implementation and connection with the application store infrastructure, are available to developers. Since each user has to be registered before accessing the application store (even to download free applications), his existing account is used for issuing the invoice. In order to execute microtransactions, it is necessary to enter the preferred method of payment (in case of a first purchase), or to choose from a list of methods already entered (in case some microtransactions have already been executed earlier). [...] In the video game stores around the world Steam gift card can be bought, whose retying in Steam wallet brings gift credits. The credits are used for payment of the next purchase, and when they are spent another payment method is required (Tomic, 2017, pp 248, 250).

Lo que da a entender que las microtransacciones para adquirir paquetes complementarios en las distintas tiendas virtuales como Google Play, App Store, App Gallery, PlayStation Store, Amazon Store, entre otras tiendas digitales, se llevarán a cabo desde estas aplicaciones, que le proporcionarán al usuario la posibilidad de acceder a dicho contenido exclusivo. De

igual manera, las tiendas virtuales han llevado a cabo un método alternativo para la compra de estos contenidos por medio de tarjetas de regalo, también conocidas como *gift cards*, con el fin de que los consumidores no tengan un acercamiento directo con las microtransacciones.

Para lograrlo, es importante acceder a ejemplos de distintos videojuegos que hoy en día son referente internacional debido a la alta demanda para adquirir un contenido adicional. Es el caso, por ejemplo, de *Fortnite*, *Call of Duty*, *League of Legends*, *Saint Seiya Awakening*: Kotz, entre otros, los cuales recaudan cada año miles de millones de dólares por medio de un modelo de negocio basado en las microtransacciones.

Ahora, es importante adentrarnos más en la perspectiva jurídica de cómo el usuario puede llevar a cabo una reclamación al sentirse insatisfecho con lo que adquirió, así como el tipo de contrato bajo el cual se encuentran reguladas dichas compras en el Estado colombiano y en el mundo.

ANÁLISIS DEL ESTADO DE PROTECCIÓN Y REGULACIÓN EN LA REGIÓN

En esta sección se realizará un minucioso análisis jurídico respecto a la regulación normativa de las *loot boxes* y los DLC en diferentes Estados, así como los gravámenes o impuestos que se han creado en esta industria en los distintos sistemas jurídicos. En el caso particular de Colombia, gravámenes y regulación normativa derivados de la llamada Economía Naranja.

Partiendo de ello, se llevará a cabo un análisis desde la perspectiva jurídica en Estados como Chile y Colombia, así como las normas regulatorias existentes en países como Perú, Estados Unidos y Bélgica para, posteriormente, indagar respecto a la aplicación de este tipo de compras en el ordenamiento jurídico colombiano. Para lograrlo, es necesario comprender el momento en que comienza a surgir la idea de las *loot boxes* en los videojuegos y la efectividad o no bajo la que actuaron los diferentes Estados.

En la siguiente tabla se hace un comparativo entre dos normativas que abordan la temática de los videojuegos: en primer lugar, la normatividad chilena, y luego la colombiana, a partir del estudio hecho por Piracón (2017) (tabla 8.1).

	Chile	Colombia
Establecimientos		Los establecimientos que ofrecen servicios de videojuegos deben cumplir con normas mínimas de locales comerciales (iluminación, ventilación, baños). Los establecimientos no pueden estar a menos de 400 metros de los establecimientos educativos. Deben ser operados por un mayor de edad y no se puede vender alcohol ni cigarrillos. Las copias de los videojuegos que se utilicen deben ser originales. Los usuarios no pueden ser menores de 14 años
Circulación y exhibición	“Todo envase o envoltura que contenga un videojuego, sea nacional o importado, destinado a su distribución dentro del territorio nacional, y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio a través del cual se realice, deberá contener en forma clara y precisa la advertencia sobre los grados de violencia contenidos en dicho videojuego”	“Todas las empresas que tengan por actividad comercial principal, o entre sus actividades comerciales la fabricación o importación de videojuegos deberán, antes de sacar cualquier título al mercado, someterlo al proceso de clasificación referido en la ley. Obtenida la clasificación, esta deberá indicarse en forma clara, expresa y legible en la parte frontal del empaque en que sea distribuido el videojuego”. “Ningún videojuego puede ser comercializado, distribuido, vendido o alquilado en el país sin la clasificación previa asignada por el Comité de Promoción, Clasificación y Seguimiento para el Uso de Videojuegos”
Prevención	“Las consolas de cualquier tipo para videojuegos, deberán disponer de un sistema de control parental, que permita el ingreso de una clave para ser accionado o cualquier otro mecanismo que permita a los padres, apoderados y adulto responsable el tener control sobre el contenido y la duración en el uso de videojuegos”	Los encargados de establecimientos deben tener un certificado de manejo adecuado de jugadores patológicos. “Las autoridades territoriales de salud promoverán la capacitación a los propietarios y empleados de los establecimientos que prestan el servicio de videojuegos, para la identificación de jugadores patológicos y expedirán el certificado correspondiente”. “El comité debe promover campañas pedagógicas y educativas para informar a padres y jugadores sobre las consecuencias en la salud del uso de videojuegos”. “El comité debe exigir al Ministerio de Educación la publicación de orientaciones pedagógicas que permita a los estudiantes desarrollar destrezas para enfrentar situaciones de la vida cotidiana”
Clasificación	a) “Apto para todo público”. b) “Juego violento, solo apto para mayores de 13 años”. c) “Juego excesivamente violento, solo para adultos”	El comité revisará las clasificaciones que circulan en Colombia, actualizándolas periódicamente. “Todo videojuego que se comercialice, distribuya, venda o alquile en Colombia, deberá ser clasificado de acuerdo con los siguientes criterios: 1) Videojuego de abierta circulación: clasificación todos. Contenidos referidos a: entretenimiento educativo. Deportes. Competencias de vehículos reales o ficticios. Informativo respecto de datos, hechos, información de recursos, o materiales referentes a eventos históricos. Situaciones de naturaleza fantástica que incluyen personajes humanos y no humanos fácilmente distinguibles de la vida real. 2) Videojuego de circulación restringida: clasificación mayores de 18 años. Contenidos de apología, referencia, imágenes o uso de: lenguaje soez. Desnudez, sexo o sexualidad. Bebidas alcohólicas. Drogas ilegales. Productos de tabaco. Discriminación de cualquier índole. Violencia, derramamiento de sangre, armas, lesiones humanas y muerte. Apuestas de dinero o propiedades”

Fuente: Piración (2017, pp. 8-11).

Con base en el esquema previo es importante resaltar que Colombia es de los pocos Estados latinoamericanos que ha regularizado, aunque sea de una forma mínima, la temática de videojuegos, a pesar de que ha obviado diferentes elementos que hoy en día poseen un vacío jurídico en el país.

Asimismo, en gran parte de Latinoamérica la situación se asemeja, puesto que la regulación existente no abarca las problemáticas derivadas de la industria de la programación de *software* y la creación de contenido digital y audiovisual. Muchas legislaciones se limitan a lo pactado en tratados internacionales, lo cual no es suficiente para controlar este fenómeno que día tras día se desarrolla con mayor velocidad, por lo que es menester que la norma se desplace bajo las pautas de desarrollo en las cuales se focalizan dichas industrias, ya que este marco de protección representa la estructura orgánica del videojuego; sin embargo, esta se limita y se adapta a las distintas transformaciones del mercado de los videojuegos, entre ellas, la gratuidad de cierta parte del material gracias a otros negocios jurídicos que se establecen a partir de la lógica del juego.

En el caso de Perú, las *loot boxes*, a nivel normativo, son consideradas como juego de azar, por lo que se encuentran semirreguladas por las normativas de protección al consumidor en juegos de azar. También el Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo de juegos de azar y apuestas aporta a este acápite una noción de los juegos de apuesta, pues señala que son contratos que claramente dependen del azar, pero más allá de esto, un factor determinante de dichas actividades es la habilidad del jugador, en donde se presagia el acontecimiento o se escogen unas combinaciones en concreto; en palabras de Loaiza (2020):

Este elemento de destreza ocasiona que, en nuestra opinión, cuente con una naturaleza distinta a la de las *loot boxes*, pues según la definición brindada para las *loot boxes* en el subcapítulo anterior, el común de estas es que tienen al azar como elemento caracterizador y no ven involucrada una demostración de destreza por parte del consumidor. Es por dicha razón que en nuestro análisis sobre las *loot boxes* no estamos utilizando la figura de las apuestas, sino exclusivamente la de los juegos de azar, los que, al menos *a priori*, se asemejan en diversas características a las cajas de recompensa. Luego, debemos verificar si el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece alguna disposición con relación a los juegos de azar. Al respecto, tenemos que mencionar que esta norma, en su artículo 15, señala que “en el caso de sorteos, canjes o concursos se procede de acuerdo con el Re-

glamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales, aprobado mediante Decreto Supremo núm. 006-2000-IN, o con las normas que lo sustituyan” (p. 38).

Es decir, en Perú, según el legislador, se hace referencia a un juego de azar, puesto que, según la misma definición de la palabra *loot box*, indica que se trata de obtener aleatoriamente un objeto que será redimido en un juego determinado. Desde la presidencia de ese país se ha llevado a cabo la publicación de un decreto que hace alusión a los juegos de azar, buscando regular todo lo que tenga relación con ellos. Por dicha razón, Perú goza de cierta regulación, más no la necesaria para determinar la utilización de las *loot boxes* por parte de las empresas desarrolladoras o publicadoras de videojuegos.

El Decreto Supremo 010-2016-IN se encargó de modificar el Reglamento de Promociones Comerciales, entre otras políticas de esta materia, cuya esfera de utilidad y aplicabilidad está dirigida a personas naturales y jurídicas “de derecho público o privado u otro ente colectivo, que realice, con o sin autorización, bajo cualquier modalidad, promociones comerciales, rifas con fines sociales o colectas públicas, según corresponda” (Presidencia de la República de Perú, 2016).

Entendiendo esto, es claro que jurídicamente Perú ha promulgado normas generales en relación con el desarrollo de las microtransacciones y la protección al consumidor a partir de una perspectiva muy general, sin adentrarse en la regulación de estas, lo cual no representa un avance progresista desde una comparativa completa entre los países suramericanos.

En la actualidad, en Colombia, a nivel jurídico, existen múltiples retos para regular el mercado de los videojuegos, en especial en cuanto a la adquisición de DLC o *loot boxes*, ya que en algunos casos la tienda virtual no permite la posibilidad de entablar comunicación directa con la desarrolladora del videojuego en busca de reportar un problema al adquirir un paquete.

Otra de las estrategias de *marketing* implementadas por las distintas compañías desarrolladoras de videojuegos es ofrecer las denominadas *gift card* (tarjetas de regalo), con el fin de que los usuarios adquieran contenido adicional de los videojuegos sin necesidad de llevar a cabo microtransacciones. Sin embargo, esto tampoco se encuentra actualmente cobijado bajo la norma de protección al consumidor existente en Colombia, y presenta el mismo vacío jurídico en distintos Estados.

En ese orden de ideas, se entiende que en Colombia la legislación no cubre temas como la adquisición de videojuegos y las denominadas microtransacciones para acceder a los DLC o las *loot boxes*. Una de las mayores problemáticas en el país es la precaria regulación jurídica frente a este tipo de tecnologías y microtransacciones, por lo que se hace necesario, en un futuro, que las nuevas herramientas no se vean inmersas bajo lagunas jurídicas que imposibiliten su explotación alrededor del territorio nacional o que, por el contrario, no permitan la circulación de estas herramientas.

Mientras que al remitirnos a escenarios fuera del continente, como sería el caso de Europa, es posible descubrir que a nivel normativo se encuentra mayor regulación en este aspecto, puesto que han creado múltiples organismos que se encargan de verificar el contenido digital, así como determinar los rangos de edad a los que pertenece cada contenido. Sin embargo, las *loot boxes* no están allí, por el contrario, en la actualidad se presentan múltiples disputas jurídicas por su inexistencia

El DLC es aquel contenido descargable que las industrias han viralizado como estrategia de *marketing* con el fin de generar más ingresos al vender paquetes de expansión para los videojuegos, como se dijo anteriormente.

El código de seguridad PEGI *online* es un complemento del sistema PEGI. Se ha desarrollado para promover la protección en el cada vez más frecuente entorno del juego en línea (red activa de juego). Incluye no solo juegos en internet, sino también los que se juegan en línea a través de consolas, telefonía móvil o a través de redes *peer-to-peer* (Alonso-Geta, 2008, p. 42).

De esta forma, no solo se está regulando el contenido *offline* del videojuego, por el contrario, a través de esta subdivisión se buscará también regular y categorizar el contenido que los videojuegos ofrezcan en su modo *online*, en un intento de conservar un determinado orden para que los videojuegos se encuentren regularizados jurídicamente y los habitantes puedan adquirir sin preocupación distintos títulos con su respectiva advertencia.

Al entender esto, es posible constatar que en Europa se presenta mayor regulación normativa en cuanto a los videojuegos y el contenido digital, y, en la actualidad, existen disputas con el fin de regular las *loot boxes*; mientras que en Colombia también han surgido, durante los últimos años, planteamientos económicos que buscan mejorar la industria desarrolladora de *software* en el país, así como invitar a demás desarrolladoras tecnológi-

cas a invertir en territorio colombiano por medio de la Economía Naranja, siendo una de las apuestas más ambiciosas del Gobierno nacional para convertirnos en un Estado competitivo en el desarrollo de las tecnologías mencionadas, así como en aquellas que tienen relación con la industria en específico.

REGLAMENTACIÓN DE COLOMBIA Y PANORAMA FRENTE AL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

El Estatuto del Consumidor tiene como finalidad otorgar las respectivas garantías a los consumidores, y ha sido el pilar de desarrollo respecto a más normas, las cuales tienen como objetivo constituir un margen de protección más amplio a quienes consumen, en este caso, contenidos digitales.

Dentro del Plan Nacional de Desarrollo se aprobó la ampliación por diez años más de la Ley Filmación Colombia (1556 de 2012), la cual permite exenciones para la realización de cine en Colombia. Se ha ampliado el espectro audiovisual que cubre. Es decir, que ya no solo es cine, sino también series de televisión y otros formatos como videojuegos; también se creó para el cine un nuevo formato de estímulos (Durango y López, 2019, p. 35).

Esta norma, en concordancia con los ideales de la Ley de Economía Naranja, busca incentivar la inversión extranjera y el emprendimiento nacional con el fin de invertir en este sector económico, siendo un ambicioso plan que a mediano y largo plazo busca posicionar a Colombia como la pionera en el desarrollo de estas tecnologías.

La Ley de Economía Naranja es un proyecto presentado por el Gobierno colombiano, pero existen dudas sobre si contribuye o contribuirá al crecimiento, el fortalecimiento y desarrollo de la economía del país o si podrá posicionar a Colombia como un atractivo de inversión en cuanto a la industria tecnológica se refiere:

Artículo 8. El Gobierno nacional identificará acciones e incentivos para el desarrollo y crecimiento de las industrias creativas y culturales, incluyendo facilitación de procesos de importación y exportación de bienes y servicios vinculados a actividades creativas y culturales, facilitación migratoria, promoción de agremiaciones dentro del sector, administración adecuada de las sociedades de gestión colectiva y

el establecimiento de incentivos estratégicos sectoriales, entre otras acciones. Las entidades territoriales velarán para que los permisos, autorizaciones y demás requerimientos necesarios a nivel local para el desarrollo de actividades creativas y culturales sean fácilmente pre-visibles, transparentes y expeditos (República de Colombia, 2017).

Por lo que esta norma supone un estímulo hacia aquellas empresas que desarrollen contenido relacionado con las distintas tecnologías presentes en la Cuarta Revolución Industrial, siendo el caso específico los videojuegos, donde el Estado colombiano hace referencia al respaldo en cuanto préstamos para el avance de los proyectos, o futuras devoluciones, y el apoyo estatal en materia del Impuesto al Valor Agregado y retención en la fuente.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencian los intereses del Estado colombiano para invertir en esta industria e incentivar el emprendimiento y desarrollo en dichas tecnologías, ofreciendo múltiples estímulos y apoyos que favorezcan la realización de lo mencionado en la Cuarta Revolución Industrial, para generar mayor inversión por parte de los interesados en hacer crecer este sector.

Sin embargo, a nivel normativo, de lo cual se ha tenido que encar-gar la rama Legislativa específicamente, no se ha llevado a cabo un trabajo efectivo en la materia, puesto que no se ha regulado lo que en realidad es necesario, así como tampoco se han abierto debates con el fin de organizar las microtransacciones, donde aplicarían los DLC y las *loot boxes*, el sector de las 5G, la realización de *software* y los demás temas relacionados a la nueva industria de tecnologías.

El Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, regula por defecto las relaciones de consumo; es decir, que aquellas transacciones comerciales que no están sujetas a una norma específica deben remitirse a lo dispuesto en el nombrado estatuto. Por esta razón, atendiendo a que no existen regulaciones concretas en torno a las transacciones en línea que se realizan en los video-juegos, es menester remitirnos a las normas que se aproximan mejor a este tipo de operaciones.

Es así como, para la compra de bienes o servicios digitales, a través de mensajes telemáticos, como es el caso de la adquisición de los denominados DLC y *loot boxes*, deberá remitirse a las disposiciones sobre comercio electrónico. Sobre estas, es de destacar el derecho a la información que tienen los consumidores y el derecho de retracto, que hace parte esencial del comercio electrónico (Superintendencia de Industria y Comercio, 2021, p. 9).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio aclara la falta de una norma jurídica que regule lo relacionado en materia de las *loot boxes*, y que estas se encuentran acopladas a la Ley 1480 de 2011.

Al momento de realizar un análisis respecto a aquellas características dadas por este estatuto en materia de derechos al consumidor, se descubre que existen vacíos jurídicos en cuanto a microtransacciones se refiere, como la posibilidad de retractarse en estas compras; estos vacíos deben saldarse por medio de una norma, la cual cobije expresamente las microtransacciones y regule los derechos del consumidor a la hora de adquirir algún producto relacionado con las *loot boxes*, que son consideradas juegos de azar en decenas de países y que en otros buscan prohibir debido a la falta de garantías con el consumidor.

Entendiendo esto, lo idóneo para el caso sería llevar a cabo no solo incentivos para el desarrollo de estas nuevas tecnologías, sino, desde el campo normativo, prevenir malas prácticas en esta industria, puesto que, según han señalado distintos Estados, como es el caso de Bélgica, las *loot boxes* van dirigidas, en general, a un mercado de menores de edad, el cual busca la manera de incentivar a sus padres para adquirirlas de forma repetitiva, obteniendo recompensas aleatorias que, hasta que no satisfagan el deseo individual de obtener una recompensa en específico, hará que el consumidor siga y siga gastando.

Bajo esta argumentación, el Legislativo de distintos Estados ha manifestado la necesidad de regular en esta materia la tecnología, evitando que los consumidores se vean inmersos forzosamente en gastos estrepitosos, así como desmotivar a la industria de convencer a los menores, potenciales consumidores, de invertir en las *loot boxes*.

Siendo así, otra temática de vital importancia que en la actualidad goza con cierta regulación es el derecho de autor para los creadores de contenido digital, como desarrolladores de videojuegos, programadores, entre otras profesiones derivadas del desarrollo tecnológico. Por lo que el Estado ha motivado el emprendimiento no solo en estas áreas del saber, también para que los jóvenes se inscriban, incluso de forma gratuita, en la educación superior relacionada a estas temáticas y reciban estímulos económicos que se verán reflejados en la matrícula, apoyando especialmente a las personas más vulnerables con el fin de generar mayor cantidad de profesionales en materia de nuevas tecnologías.

El marco jurídico del derecho de autor en Colombia encuentra su base legal en la Ley 23 de 1982, que fue modificada y adicionada por la Ley 44 de 1993; no obstante, en ninguna de ellas puede encontrarse una definición sobre la categoría de obras de soporte lógico, programas de ordenador o *software*, como sí fue el caso de algunas otras clases de obras, como la cinematográfica. Es necesario acudir al Decreto 1360 de 1989 por el cual se reglamenta la inscripción de soporte lógico (*software*) en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para acercarnos al concepto de lo que se entiende por software en el ordenamiento jurídico colombiano (Álvarez-Cabrera y Reyes-Hernández, 2016, p. 164).

Por lo que, por medio de esta normatividad, se facilita el acceso a múltiples herramientas tecnológicas que hoy en día se constituyen alrededor del mundo bajo el lema de la industria 4.0; de esta forma, Colombia rectifica un ordenamiento jurídico que poco a poco se adapta a la Cuarta Revolución Industrial, pese a los desafíos que aún le auguran, sin embargo, se confirma que todavía tiene unas necesidades jurídicas en materia de desarrollo de nuevas tecnologías y regulación en microtransacciones.

Cabe resaltar que la industria de los videojuegos, debido a la pandemia a raíz de la covid-19, presentó un aumento de forma descomunal, lo cual hizo no solo que aquellas franquicias productoras de videojuegos obtuviesen miles de millones de dólares en ganancias, sino que también generó la necesidad social de buscar regular esta materia debido a las distintas quejas creadas por los consumidores por falta de garantías a la hora de adquirir este tipo de contenidos, como las *loot boxes*.

Hubo un aumento del 75 % en el consumo de juegos *online* durante la cuarentena en España, Italia, China y Estados Unidos. Marzo registró el mayor gasto digital en videojuegos de la historia, con más de 9.000 millones de euros, según la consultora Super Data. [...] Los servicios *online* de PlayStation, Xbox y Nintendo han sufrido problemas debido al aluvión de accesos. Y Steam, la principal plataforma de juegos para ordenadores alcanzó un récord: 24,5 millones de usuarios conectados a la vez, el pasado 4 de abril (Morla, 2020).

Colombia, al ser un mercado competitivo para las desarrolladoras de estas tecnologías, también requiere ser regulada en materia de microtransacciones que, hasta la fecha, se encuentran legalizadas por la Ley 1480 de 2011, lo cual, técnicamente, no satisface las necesidades de los consumidores en materia de microtransacciones al no contar con garantías a la hora de existir un reclamo

frente a las *loot boxes*, así como la inexistencia de muchos casos de entablar comunicación directa con los desarrolladores de los juegos, al reportar una novedad por compras fraudulentas o por adquirir paquetes equivocados, entre otros problemas derivados de la falta de comunicación entre consumidor y productor.

CONCLUSIÓN

Como conclusión, se logra demostrar la necesidad de que en Colombia se regulen las microtransacciones, fenómeno que en la actualidad no cuenta con la normatividad necesaria que proteja los intereses del consumidor a la hora de adquirir los DLC o las *loot boxes*. Es importante entonces que el Estado colombiano impulse una serie de normas con el fin de proteger los intereses del consumidor, que controlen este tipo de prácticas dentro del comercio electrónico, permitiendo que más allá del Estatuto del Consumidor vigente en Colombia se encuentren normas accesorias que traten la problemática de fondo.

La Cuarta Revolución Industrial está demostrando en el mundo un desarrollo sin igual, y avanza a pasos agigantados, por ende, los demás países deben reaccionar ante esta situación y regularizar cuanto antes todas las herramientas tecnológicas que se deriven de estas nuevas tecnologías. Colombia es uno de los países que presenta un desarrollo jurídico idóneo en cuanto a garantías hacia el consumidor del siglo xx, pero la actual regulación no ha tenido presente la era de la revolución digital y todo lo que se deriva de ella, puesto que aún carece de elementos mucho más necesarios, los cuales no solo atraerán la inversión internacional en esta materia, sino que también generarán las oportunidades y garantías esenciales en el mercado nacional.

Existe la necesidad de que haya mayor regulación en materia de microtransacciones, al ser un mercado con alta demanda; sin embargo, el Estado colombiano no se ha pronunciado al respecto, mientras miles de consumidores adquieren productos a través de dicho método, siendo una carga para la Superintendencia de Industria y Comercio.

Pese a los esfuerzos para integrar de una forma estructural las medidas, es claro que no existen mecanismos jurídicos a los cuales acudir con el fin de garantizar los derechos del consumidor en lo relativo a las *loot boxes* y los DLC, así como aquellas microtransacciones en el comercio electrónico, puesto que la mayoría de empresas en este segmento no poseen representación legal en Colombia, haciendo que con ello deban proveerse nuevos medios que establezcan las condiciones mínimas de protección hacia los consumidores.

REFERENCIAS

Alonso-Geta, P. M. (2008). Protección de la infancia y nuevas tecnologías de la comunicación: el código PEGI de regulación de los videojuegos y juegos ON-LINE. *Revista TESI*, 9(3), 29-47. <https://www.redalyc.org/pdf/2010/201017343003.pdf>.

Álvarez-Cabrera, S. F. y Reyes-Hernández, K. Y. (2016). Protección jurídica de los videojuegos a través del derecho de autor. *Opinión Jurídica*, 16(31), 155-174. Doi:10.22395/ojum.v16n31a7.

Cámara de Diputados de Chile (1997). Proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N.º19496 de los derechos de los consumidores y sanciona la comisión de mircoabusos por parte de los proveedores. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14173&prmTIPO=INICIATIVA>.

Ferrer, A. (2019). *La industria de los videojuegos y sus estrategias de marketing*. [Trabajo de grado]. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España. <https://zaguan.unizar.es/record/85713/files/TAZ-TFG-2019-1506.pdf>.

Lizardi, R. (2012). DLC: Perpetual commodification of the video game. *Democratic Communiqué*, 25(1), 33-45. <https://journals.flvc.org/demcom/article/view/78739/76133>.

Loaiza, J. S. (2020). *Contenido del derecho de información, el deber de idoneidad y la protección de la salud y seguridad en los “loot boxes” a la luz de la normativa peruana en protección al consumidor*. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/19010>.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic). (2019). Plan 5G Colombia. https://mintic.gov.co/micrositios/plan_5g/764/articles-162230_recurso_1.pdf. Durango, J. y López, A. (2019). La Economía Naranja en Colombia. <https://dspace.tdea.edu.co/handle/tda/502>.

Morla, J. (3 de mayo de 2020). Se dispara el consumo ‘online’ de videojuegos. *El País*. <https://elpais.com/cultura/2020-05-03/el-videojuego-echa-su-partida-mas-incierta.html>.

Piracón, J. A. (2017). Prohibido jugar: análisis de las leyes de videojuegos en Chile y Colombia. 6(12). <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/ludicamente/article/view/4326>.

Presidencia de la República de Perú (2016). Decreto Supremo N.º 010-2016-IN. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-promociones-comerciales-rifas-con-fi-decreto-supremo-n-010-2016-in-1409577-9/>.

República de Colombia (12 de octubre de 2011). Congreso de Colombia. Ley 1480. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306>.

República de Colombia (9 de julio de 2012). Congreso de Colombia. Ley 1554. Por la cual se dictan normas sobre la operación y funcionamiento de establecimientos que prestan el servicio de videojuegos y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1554_2012.html.

República de Colombia (23 de mayo de 2017). Congreso de Colombia. Ley 1834. Por medio de la cual se fomenta la economía creativa Ley Naranja. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1834_2017.html.

Superintendencia de Industria y Comercio (2021). Respuesta Derecho de Petición Radicado 21-242148. Archivo Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

Taddy, M. (2018). *The technological elements of artificial intelligence*. NBER. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w24301/w24301.pdf.

Tomic, N. (2017). Effects of micro transactions on video games industry. *Teaching Assistant, University of Kragujevac, Faculty of Economics*, 14(3), 239-258. https://www.researchgate.net/publication/322313479_Effects_of_micro_transactions_on_video_games_industry.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LOS HILOS INVISIBLES DE LA MEMORIA HEGEMÓNICA:
REPRESENTACIONES SOCIALES DE HECHOS HISTÓRICOS,
OLVIDOS CONVENIENTES Y SILENCIOS INSTALADOS

THE INVISIBLE THREADS OF HEGEMONIC MEMORY: SOCIAL
REPRESENTATIONS OF HISTORICAL EVENTS, CONVENIENT
FORGETTING, AND INSTALLED SILENCES

OS FIOS INVISÍVEIS DA MEMÓRIA HEGEMÔNICA:
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DE ACONTECIMENTOS HISTÓRICOS,
ESQUECIMENTOS CONVENIENTES E SILÊNCIOS INSTALADOS

JUAN DAVID VILLA-GÓMEZ*
MARISOL VELÁSQUEZ-VÉLEZ**
MICHELL PIEDRAHITA-RESTREPO***
DANIELA BARRERA-MACHADO****
LINA MARCELA QUICENO*****
ALFONSO INSUASTY-RODRÍGUEZ*****

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a10

* Docente asociado de la Facultad de Psicología de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Integrante del grupo de investigación en psicología: sujeto, sociedad y trabajo (GIP) Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=hUy2wG0AAAAJ&hl=es>; ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9715-5281>; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generar-CurriculoCv.do?cod_rh=0001486362. Correo electrónico: juan.villag@upb.edu.co

** Psicóloga de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del semillero interacciones del grupo GIP de la Facultad de Psicología de la Universidad Pontificia Bolivariana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8992-0548>; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generar-CurriculoCv.do?cod_rh=0002028906. Correo electrónico: Marisol.velasquez@upb.edu.co

Resumen

En el contexto de sociedades sumidas en prolongados conflictos armados internos, y que intentan transitar hacia condiciones y contextos de paz, el ejercicio de la reconstrucción de la verdad se hace prioritario, y allí es esencial comprender que los olvidos, los silencios y lo no recordado se constituye en una forma en la cual la sociedad construye, paradójicamente, representaciones sociales sobre hechos históricos del conflicto armado que están marcados por olvidos y silencios, y por procesos de atribución de responsabilidad en los que se asume como principal responsable y enemigo absoluto a una de las partes, lo que invisibiliza la responsabilidad de los otros actores y genera un olvido conveniente, funcional a los intereses de ciertos sectores sociales que mantienen importantes índices de impunidad y se valen de la violencia política para perpetuar su poder, constituyéndose este escenario en barrera psicosocial para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia.

Palabras clave: atribución de responsabilidad, barreras psicosociales para la paz, conflicto armado, memoria colectiva, olvido, representaciones sociales.

-
- *** Psicóloga de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del semillero interacciones del grupo GIP de la Facultad de Psicología de la Universidad Pontificia Bolivariana. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=RLyhNYIAAAAJ&hl=es>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1577-4327>; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002028736#. Correo electrónico: Michell.piedrahita@upb.edu.co
- **** Docente del CIDEH de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. Integrante del grupo de investigación GIDPAD. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0114-6311>. Correo electrónico: daniela.barrera@usbmed.edu.co
- ***** Docente de la Facultad de Psicología de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Integrante del grupo de investigación en psicología: sujeto, sociedad y trabajo (GIP). Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=aEWmOf8AAAAAJ&hl=es>; ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8565-8906>; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001406144. Correo electrónico: linamarcela.quiceno@upb.edu.co
- ***** Docente asociado del CIDEH de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. Integrante del grupo de investigación GIDPAD. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=-x7-TLMAAAAJ&hl=es>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2880-1371>; CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000801534. Correo electrónico: alfonso.insuasty@usbmed.edu.co

Abstract

In the context of societies submerged in prolonged internal armed conflicts and that try to move towards conditions and context of Peace, the exercise of the reconstruction of the truth becomes a priority and there, it is essential to understand that forgetfulness, silence and what is not remembered constitute a way in which society paradoxically builds social representations of historical events of the armed conflict. Thus, the historical facts of the armed conflict are marked by forgetfulness and silence and by processes of attribution of responsibility in which one of the parties is assumed to be the main responsible and absolute enemy, which makes the responsibility of the other actors invisible and generates a convenient neglect, functional to the interests of certain social sectors that maintain significant rates of impunity and use political violence to perpetuate their power, constituting this scenario, a psychosocial barrier to the construction of peace and reconciliation in Colombia.

Keywords: attribution of responsibility, psychosocial barriers to peace, armed conflict, collective memory, forgot, social representations.

Resumo

No contexto de sociedades imersas em prolongados conflitos armados internos e que tentam caminhar para condições e contextos de Paz, o exercício da reconstrução da verdade torna-se prioritário e aí, é fundamental compreender que o esquecimento, o silêncio e o desmembrado constituem uma forma pela qual a sociedade paradoxalmente constrói representações sociais de eventos históricos do conflito armado. Assim, os fatos históricos do conflito armado são marcados pelo esquecimento e silêncio e por processos de atribuição de responsabilidade em que uma das partes é assumida como o principal responsável e inimigo absoluto, o que torna invisível a responsabilidade dos demais atores e gera um descaso conveniente, funcional aos interesses de determinados setores sociais que mantêm índices significativos de impunidade e utilizam a violência política para perpetuar seu poder, constituindo esse cenário, uma barreira psicossocial para a construção da paz e da reconciliação na Colômbia.

Palavras-chave: atribuição de responsabilidade, barreiras psicossociais à paz, conflito armado, memória coletiva, esquecido, representações sociais.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del conflicto armado colombiano se han buscado salidas de orden reformista-pacifista o represivo-militar (CNMH, 2013), en las cuales estuvieron asociadas diversas formas de violencia que no han permitido el cierre definitivo y la consolidación de una paz estable y duradera. Jaramillo-Marín *et al.* (2020) recogen trece diferentes iniciativas o procesos de paz en las últimas décadas, algunos exitosos: con el M19 (1990), el Ejército Popular de Liberación (EPL) (1991), el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) (1991), el Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL) (1991) y la Corriente de Renovación Socialista (CRS) (1994); otros operaron más como sometimiento a la justicia y simulación de lo transicional: la del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) (2003-2006) (López, 2016), y otros fracasaron: los desarrollados por el presidente Belisario Betancur en los ochenta y la negociación de Tlaxcala y Caracas, con el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), a principios de los noventa, entre otros (García-Durán, 2001).

El más reciente intento de salida negociada fue el proceso de paz entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las FARC-EP, con su subyacente acuerdo, que fue sometido a refrendación a través de plebiscito el 2 de octubre de 2016, que derivó en la victoria del “No” (50,2 % de los votos), que obligó a la renegociación de algunos puntos cuestionados por los sectores políticos que se opusieron al proceso y a su ratificación en el Congreso. Después de esta victoria, algunos investigadores han señalado que la población colombiana estuvo sometida a manipulación de la información por parte de estos grupos políticos, quienes diseminaron verdades a medias, mitos y mentiras que movilizaron a un sector de la sociedad a votar contra el acuerdo (Andrade, 2021; Basset, 2018).

Ante situaciones como la vivida en Colombia, Galtung (2003) invita a reflexionar sobre el entramado cultural y estructural que no desaparece tras la firma de un acuerdo de paz y que subyace a la violencia directa, puesto que, en conflictos de larga duración, las disputas se van desarrollando también alrededor de valores, creencias, emociones y estructuras motivacionales que justifican el uso de las armas e impiden el desarrollo de alternativas concretas que conduzcan a la paz. Estos elementos configuran, a su vez, una infraestructura sociopsicológica; es decir, un sistema psicosocial rígido compartido por miembros de la comunidad que se cristaliza en ideologías

que desestiman la salida negociada del conflicto (Bar-Tal, 2010; 2013; 2017; 2019; Bar-Tal *et al.*, 2010; Bar-Tal y Halperin, 2014; Barrera y Villa, 2018; Halperin y Bar-Tal, 2011; Villa *et al.*, 2021).

En este contexto, el adversario es construido como “enemigo absoluto” que encarna todas las características negativas y hostiles; por tanto, puede ser eliminado sin objeciones jurídicas ni morales bajo la premisa “el fin justifica los medios” (Angarita *et al.*, 2015; Arias y Barreto, 2009; Barreto *et al.*, 2009; Gallo *et al.*, 2018; López-López *et al.*, 2014; Palma, 2018; Villa *et al.*, 2021). Mientras que quienes no coincidan con esta posición podrían ser considerados “cómplices”, “ingenuos”, “traidores” (Villa, 2019) o, incluso, “miembros camuflados de ese grupo”.

Esta construcción simbólica y emocional, compartida socialmente, puede sostener escenarios de oposición y bloqueo a la negociación política del conflicto armado. Bar-Tal (2007; 2010; 2013; 2019), al respecto, desarrolla la noción de “barreras sociopsicológicas”, entendidas como mecanismos resultantes de la adaptación de sociedades a conflictos de larga duración, contribuyendo a su permanencia (Bar-Tal, 2007; Hameiri *et al.*, 2014) mediante procesos de categorización social rígidos, favoritismo endogrupal, desconfianza y odio, que perpetúan ciclos de violencia e impiden considerar mediaciones para una resolución pacífica (Barrera y Villa, 2018; Gayer *et al.*, 2009; Hameiri *et al.*, 2014; Villa *et al.*, 2021; Villa y Patiño, 2021).

Entre estos mecanismos psicosociales se encuentran ciertas narrativas compartidas sobre el pasado y las memorias colectivas (Bar-Tal, 2003; 2013; Villa y Barrera, 2021) que se relacionan directamente con la producción de representaciones sociales sobre hechos históricos (RSHH) y formas de olvido que deshumanizan a ciertos actores, legitimando su eliminación (Velásquez *et al.*, 2022) y obstaculizando posibilidades de resolución política, tal como acontece en el contexto colombiano, en el que además el actual Gobierno ha ralentizado la implementación de puntos del Acuerdo de Paz con las FARC-EP y ha cerrado canales para la negociación con el ELN (Corredor y Restrepo, 2021; Jaime-Salas *et al.*, 2021; Oliveros *et al.*, 2021).

Para Moscovici (1961), las representaciones sociales son conocimientos provenientes de los contextos cotidianos que adquieren las personas, una suerte de sabiduría popular socialmente construida sobre la base de la información que se divulga en el colectivo y que está disponible al respecto de cualquier objeto (material o social), que le permite a los sujetos posicionarse ante este (tener una actitud, en palabras del mismo Moscovici) y también producir prácticas que median las relaciones tanto con el objeto de la repre-

sentación como con los demás. Su construcción esta medida por procesos de objetivación y anclaje, en donde los sujetos priorizan contenidos asociados al objeto de la representación y lo hacen accesible a través de categorías fácilmente comprensibles, generando formas de comportamiento y emociones respecto del objeto de la representación (Moscovici, 1961).

Dichas representaciones sociales tienen la función de ubicar a los sujetos en la realidad en la que viven, justificar su accionar respecto del objeto y generar marcos comunes para la acción, desde los cuales se producen formas de relación específica, posiciones y omisiones, entre otras formas de interacción (Abric, 2001). Para su producción, se hace necesario que exista una información respecto del objeto que se representa. En nuestra realidad colombiana, y desde la perspectiva de Moscovici (1961), los medios de comunicación son una herramienta fundamental que promulga contenidos al respecto de diferentes asuntos de la realidad social (Gallo *et al.*, 2018; Villa *et al.*, 2020), como es el caso de los hechos históricos que se analizan en el presente trabajo. De igual forma, existen otros canales de información menos consultados en la actualidad, a los que los sujetos tienen acceso: libros, documentales, clases y conversaciones que, en teoría, se convertirían en medios disponibles para poder construir representaciones.

Ahora bien, estas representaciones sociales están mediadas por intereses de poder, y en Colombia, aún luego de la firma del Acuerdo de Paz (2016), los factores reales de poder que transitaron hacia una captura institucional, fusionando sus intereses con la estructura y arquitectura misma del Estado, han logrado articular acciones de rediseño institucional que les deja aún hoy en un lugar de privilegios, tiñendo la tarea de implementar no solo el Acuerdo de Paz, sino de trazar las políticas de reconstrucción territorial, e incluso la reconstrucción de la verdad, bajo su dominio y manejo. Esta realidad ha complejizado todo el proceso de tránsito hacia la paz y, por el contrario, ha regresado un nuevo y complejo ciclo de violencia armada, tanto así que el Comité Internacional de la Cruz Roja en sus recientes informes expresa la existencia ya de al menos seis Conflictos Armados No Internacionales (CANI) en Colombia (CICR, 2022) con graves repercusiones humanitarias. Dos factores han sido esenciales para este retorno de la violencia en niveles preocupantes: la negación del actual Gobierno de avanzar en la implementación del Acuerdo de Paz y la profundización de las desigualdades y precarización de las condiciones de vida del grueso de la población. En este contexto, se hace compleja la reconstrucción de una verdad para la no-repetición.

Por esta razón, es clave recordar que el concepto de hegemonía desarrollado por Gramsci nos puede dar luces, en tanto hace referencia a concepciones arraigadas en la cotidianidad de la vida social y busca configurar un consenso único alrededor de los valores e intereses de las clases y los grupos que disputan el poder, logrando así que, por diversos medios de orden cultural y simbólico, dichos valores e intereses sean internalizados como propios por el grueso de la sociedad, transformándolos en lo que denominaríamos “sentido común” (Ouviña, 2020).

Este “sentido común” se construye bajo una clara dirección política, ideológica y cultural (Álbarez, 2016), como dominación social; se impone así la visión de “clase” que muestra sus intereses y proyectos como únicos viables, razonables y universales, una serie de estrategias de poder y dominación que dificulta, incluso, a los dominados, identificar esos lazos de opresión (Varesi, 2016). Así, opera una constante imposición de la visión de mundo como ejercicio que perpetúa la dominación. En este orden de cosas, afirman Puentes y Suárez (2016) que “el Estado asume una labor domesticadora y colonizadora de lo social, infundiendo un discurso plagado de contenido ético e ideológico; con ello busca articular una ‘visión del mundo’ que, por efecto, acarrea la exclusión y negación de la diferencia” (p. 452).

Este ejercicio de dominación deviene de un proceso sistemático y con base científica que busca penetrar la psiquis misma de los ciudadanos, buscando como su principal objetivo generar acciones y reacciones predeterminadas (Carrillo-Mora, 2010). En esta línea, diversos estudios científicos permiten pensar en la posibilidad de lograr procesos de manipulación de la conducta y la respuesta humana a partir de estímulos externos que, para nuestro caso concreto de análisis, utilizan como vehículo los medios de comunicación hegemónicos y las redes sociales. Medios de comunicación, por lo general, anclados al poder económico dominante.

Concretizar el pensamiento social para volverlo vivaz y eficaz en la vida cotidiana es un objetivo central, tal como lo afirma Calonge-Cole (2006); así mismo, la construcción de sentidos comunes por parte del poder hegemónico instituido deviene de la prefabricación de matrices mediáticas, definidas como “la lista de asuntos con cobertura mediática” (Zhu y Blood, 1996), previo estudio de los nichos poblacionales a los que quiere llegar, asumiendo sus dinámicas, maneras, acentos, lenguajes y motivaciones, y potenciando referentes parciales de verdad que se difunden como absolutos, todo en sintonía con las necesidades del poder dominante.

Villa *et al.* (2020), por ejemplo, exponen la relevancia que han tenido medios como la televisión, la radio y la prensa en relación con la divulgación de información que promulga contenidos asociados a un grupo específico (FARC-EP, guerrillas), en tanto “delincuentes”, “terroristas”, “narcotraficantes” y otros apelativos asociados a la maldad, que posteriormente son asumidos como verdad absoluta por algunos sectores sociales, construyendo memorias victimistas y narrativas del pasado relacionadas con la deshumanización y construcción de un enemigo único, constituyéndose en barreras psicosociales para la paz.

La difusión de estas narrativas y la generación de RSHH, acompañadas de silencios, olvidos y transmutación del relato (Aponte, 2013; Jaramillo, 2012; Villa y Barrera, 2017; 2021), permiten que algunas instituciones, élites y grupos poderosos construyan “verdades” sobre el pasado, que se instauran en “versiones oficiales de la historia”, memorias hegemónicas sobre hechos emblemáticos (Velásquez *et al.*, 2022) que ocultan las causas estructurales de la violencia, mientras atribuyen responsabilidades a ciertos actores y encubren otras (Martínez y Silva, 2013). Así, se recuerdan unos hechos con posibles culpables y se olvidan otros, permitiendo que se perpetúen posicionamientos radicales al respecto de ciertos grupos, considerados el “enemigo”, soslayando la responsabilidad de otros actores del conflicto.

Como lo afirman Jelin (2002; 2014) y Mendoza (2007; 2016; 2017), así como hay una producción narrativa, discursiva y representacional de la memoria en las disputas por posicionar las versiones históricas que quieren implantarse en una sociedad determinada, la hay también del olvido, que es correlato por ausencia de narración y representación. Así pues, silencios y vacíos del recuerdo, lo innombrable y lo innombrado, lo ocultado, lo escondido, incluso la mentira y el engaño, constituyen herramientas a través de las cuales el vacío representacional y narrativo configura estos olvidos.

Por ejemplo, Villa y Barrera (2021) dan cuenta de la ausencia de narrativas y recuerdos en ciudadanos de la ciudad de Medellín en torno al conflicto armado, y al comienzo, actuación y hechos concretos referidos a actores como los paramilitares y la Fuerza Pública, constituyendo una especie de olvido que tiene como correlato una narrativa de memoria sobre el primer grupo, como mal menor, y sobre el segundo, de heroísmo; con lo cual se soslayan sus crímenes de guerra y sus graves violaciones de derechos humanos, lo que catapulta a su vez la construcción de una memoria del “agresor/enemigo” encarnado en las insurgencias armadas.

La presente investigación se aproxima, entonces, a la realidad del conflicto colombiano y su resistencia a la construcción de un acuerdo definitivo de paz que cierre el ciclo de violencia política de varias décadas en este país, a partir una perspectiva psicosocial que reconoce el carácter performativo de las narrativas y las representaciones construidas, así como de los silencios y olvidos, tan importantes como lo recordado. Nos aproximaremos al olvido como práctica resultante de representaciones sociales, posiblemente inducidas: los silencios y lo no recordado como una forma en la cual también se configura la memoria colectiva desde discursos hegemónicos, ofreciendo marcos de significado y sentido para facilitar el recuerdo de unos hechos, en detrimento de otros (Mendoza, 2007; 2016; 2017).

METODOLOGÍA

El modelo de investigación del presente trabajo es de carácter cualitativo, con enfoque hermenéutico, y está orientado a considerar la singularidad como un proceso válido para la producción de conocimiento científico, sin que responda a un proceso lineal o estandarizado, abierto a lo emergente, flexible y no estructurado (Galeano, 2004; González, 2000). Como técnica de recolección de datos se utilizó la entrevista cualitativa semiestructurada que enfatiza en conocer al detalle lo que las personas piensan sobre un tema a partir de una conversación (Bonilla-Castro y Rodríguez, 1997).

En este caso, la entrevista se dividió en cuatro momentos: en el primero se indagaba por datos sociodemográficos y la posición frente a los acuerdos de paz del 2016; el segundo sobre hechos asociados al conflicto armado que los participantes recordaran espontáneamente, averiguando por actores responsables, conocimiento de las circunstancias, emociones y representaciones asociadas. En el tercer momento se mostraba a los participantes una selección de diecisiete¹ hechos históricos asociados al conflicto armado en

1 Algunos de estos hechos corresponden a momentos anteriores al conflicto armado moderno, pero que son hitos en la historia de violencia en el país: la Masacre de las Bananeras, el Bogotazo y el Frente Nacional. Los otros hechos se eligieron como emblemáticos de cada grupo, porque, además, contaron con una difusión significativa en los medios de comunicación: FARC: Masacre de La Chinita, atentado en el Club El Nogal, Masacre de Bojayá. Ejército: Masacre de La Galleta, Masacre de Jamundí, Masacre de Alto Mira (Tumaco), asesinato de hijos de las madres de Soacha. Paramilitares: Masacre de El Salado, Masacre de Mapiripán, Masacre de El Aro y La Granja. ELN: Masacre de Machuca, secuestro masivo Iglesia La María. M-19: Toma Embajada Dominicana, Toma Palacio de Justicia.

diferentes fechas, preguntando por ellos con los mismos énfasis del punto dos. Pero, además, cuando desconocían a los actores responsables de estos hechos se preguntó por un posible autor y sobre por qué no se recordaban. Por último, se indagó por otros hechos que hubiesen sido evocados en el desarrollo de la entrevista. De modo que se contemplaban tres temporalidades del recuerdo, dos espontáneas (antes y después) y uno inducido (durante).

Para la selección de los participantes se realizó, durante 2020, un muestreo tipológico e intencional, usando la estrategia de bola de nieve (donde un sujeto va conduciendo a otro) siguiendo los siguientes criterios: 1) competencia narrativa atribuida al sujeto (Vallés, 2002), es decir, tiene algún conocimiento del tema y ha elaborado una posición en torno a los procesos de negociación del conflicto armado; 2) muestreo con un grupo social definido de antemano: que hubiera participado en el plebiscito del 2 de octubre de 2016, y 3) amplitud (Flick, 2004): contrastando varios contextos y espacios sociales. Se contó con cincuenta y cuatro participantes que cumplieron con los siguientes criterios de inclusión: población civil, mayores de 18 años, de todos los géneros y niveles socioeconómicos, no víctimas del conflicto armado, con más de diez años de residencia en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y sin un saber especializado en la historia de Colombia o en el conflicto armado. Las entrevistas fueron sistematizadas, y para asegurar la confidencialidad y el anonimato codificadas con la letra P, otorgando un número a cada participante y su posición frente al Acuerdo de Paz: acuerdo (A), desacuerdo (D), indiferente (I), ambivalente (Amb).²

Como tipo de análisis se escogió el de contenido, de carácter hermenéutico (Martínez, 2002), acudiendo también a un análisis semántico, categorial por matrices, desarrollando un proceso intratextual, intertextual y de codificación teórica de primero (descriptivo) y segundo (hermenéutico) nivel (Flick, 2004). Además, se realizó una cuantificación del contenido en relación con los hechos y con los actores, para evidenciar la forma en que los participantes traen con mayor o menor frecuencia algunos recuerdos y representaciones sociales de los hechos históricos, mientras dejan otros en el olvido.

2 Por ejemplo: P1-A significa el participante número 1, que está de acuerdo con el proceso de negociación. P9-D significaría que es el participante número 9, que está en desacuerdo con el Acuerdo de Paz.

RESULTADOS

Hechos recordados y olvidados

Los participantes solo evocaron narrativas que logran dar cuenta de las circunstancias y los actores responsables de cinco de los hechos, estos son: el Bogotazo, la Toma del Palacio de Justicia, la Masacre de Bojayá, el atentado al Club El Nogal y la Operación Orión. Se hace significativo que la mayoría de estos hechos corresponden a acciones desarrolladas por grupos insurgentes, o en las que tuvieron algún tipo de involucramiento (Velásquez *et al.*, 2022). En efecto, tanto en torno a estos hechos como a los demás presentados y evocados en la investigación, los participantes atribuyeron la responsabilidad de manera más frecuente a las guerrillas, particularmente a las FARC-EP; incluso, en aquellos eventos en que estos actores no tuvieron responsabilidad (Velásquez *et al.*, 2022); mientras que otros actores parecieron quedar al margen del recuerdo de los acontecimientos violentos, tal como se desarrollará en acápites posteriores, salvo los hechos relacionados con el narcotráfico, que se convierte en un referente altamente significativo, pero genérico y sin claros responsables, por lo que al final las insurgencias armadas también terminan compartiendo responsabilidades.

En torno a los demás hechos propuestos en la investigación, y ocurridos en el marco del conflicto armado, parece existir un manto de olvido, pues no son recordados espontáneamente ni reconocidos cuando se pregunta por ellos, a excepción de los más antiguos (Masacre de las Bananeras y Frente Nacional). En estos casos, la narrativa de los participantes es pobre y vaga, pues no logran dar cuenta precisa de circunstancias o actores responsables.

Tabla 9.1 Número de participantes que recuerdan hechos del conflicto colombiano

Hecho	Recuerdo espontáneo	Recuerdo inducido	Hubo recuerdo	No recuerda
Masacre de las Bananeras	2	18	20	34
El Bogotazo	5	28	33	21
Frente Nacional	0	16	16	38
Masacre de La Chinita	0	3	3	51
Masacre de El Salado	2	2	4	50
Masacre de Machuca	0	0	0	54
Toma Embajada Dominicana	0	6	6	48
Masacres de El Aro y La Granja	0	2	2	52
Masacre de Bojayá	12	13	25	29
Masacre de Alto Mira (Tumaco)	0	1	1	53
Masacre de “La Galleta”	0	0	0	54
Masacre de Mapiripán	0	4	4	50
Atentado en el Club El Nogal	2	32	34	20
Secuestro masivo Iglesia La María (Cali)	0	9	9	45
Masacre de Jamundí	0	3	3	51
Toma Palacio de Justicia	13	30	43	11
Asesinato de hijos de las madres de Soacha	0	10	10	44
Operación Orión	5	NA	5	NA
Hechos relacionados con narcotráfico	15	NA	15	NA
Totales	56	177	233	

Fuente: elaboración propia.

Del total de los hechos del conflicto armado, solo tres de ellos fueron recordados espontáneamente por más de diez participantes: la Masacre de Bojayá, la Toma del Palacio de Justicia y los hechos relacionados con el narcotráfico. Sin embargo, durante la entrevista se evocaron RSHH referidas a la educación escolar: la Masacre de las Bananeras, el Frente Nacional y el Bogotazo. Las masacres de Bojayá y el atentado al Club El Nogal, cometidos por las FARC, fueron recordados por 25 y 34 participantes, respectivamente, y la Toma del Palacio de Justicia, acción del M-19, por 43, atribuyendo su representación mnémica a una amplia cobertura mediática en torno a estos hechos. Con respecto a los demás acontecimientos incluidos en la investigación, la mayoría de

los participantes no lograron referir recuerdos ni configuraron imágenes: hay un vacío discursivo, no hay relato, tan solo la expresión de algunos: “es que fueron tantos, que es muy difícil tener un recuerdo de todo esto”.

Ahora bien, resalta de manera significativa que, frente a las acciones cometidas por los paramilitares o las Fuerzas Militares, la mayor parte de los participantes no tenían ningún recuerdo. En efecto, las masacres de La Galleta, Alto Mira y Jamundí, cometidas por el Ejército, solo son recordadas, cuando se preguntó por ellas, por 0, 1 y 3 participantes, respectivamente. Y las masacres de El Salado, Mapiripán, El Aro y La Granja, cometidas por grupos paramilitares, solo fueron recordadas por 4, 4 y 2 personas, respectivamente. Además, estos recuerdos aparecieron cargados de vaguedad e imprecisión respecto de las circunstancias, denotando un olvido que justifican bajo tres argumentos: la saturación de información sobre la violencia en Colombia, la lejanía percibida respecto del lugar y la época de los hechos y su escasa divulgación en medios de comunicación.

Estos tres aspectos son componentes que se anclan a la emergencia o no de las RSHH presentes en los participantes, que guían sus actitudes y prácticas sociales, y posibilitan la fijación de cierta información y el olvido de otra, situación que se encuentra institucionalizada y mediada por intereses particulares asociados al sostenimiento del conflicto armado, la culpabilización de unos y el heroísmo de otros:

(Sobre la Masacre de El Aro y La Granja). Lo único que uno dice es que ojalá no le vaya a pasar eso a uno o a un familiar, pero ya uno con tanto tiempo de lo mismo, masacres todos los días, hubo un tiempo así (P16-D).

(Sobre la Masacre de La Galleta, Montebello, Antioquia). Me hace cuestionar todas esas masacres que me has mencionado, en realidad es que yo estaba muy pequeña y por eso tampoco las conozco (P9-I).

Ese patrón generalizado se refleja a través de una naturalización de la violencia, así:

Yo ya ni me fijo en eso, uno ve la masacre y uno dice ¡ah, qué pesar!
(P16-D).

(Sobre la Masacre de Alto Mira, Tumaco). Nunca la había escuchado mencionar (P2-D).

El olvido de ciertos hechos asociados al conflicto no solo da cuenta de aquellos que han sido investidos de mayor o menor importancia, sino también del tipo de vidas o sufrimientos que se privilegian (Villa *et al.*, 2019). Al respecto, resulta importante traer a colación cómo en el marco de la investigación algunos participantes confundieron el secuestro masivo en la Iglesia La María, realizado en mayor medida con fines extorsivos y donde fueron secuestradas alrededor de noventa y tres personas en la ciudad de Cali en 1999, con el secuestro a los diputados de la Asamblea del Valle (2002), el cual ocupó un lugar de “mayor relevancia en los medios”, siendo estos hechos combinados, también, altamente recordados:

La guerrilla, las FARC, llegaron al centro de Cali donde era el Palacio Municipal o el área donde ellos se reunían y los engañaron, los secuestraron a todos y se los llevaron al monte (P1-D).

Sí, recuerdo vagamente la situación, fue que mucha gente estaba rezando en la Iglesia La María, en ese sector, y llegó la guerrilla y se los llevó y secuestró a todos los que estaban congregados en ese momento (P6-D).

De esta manera, ciertos hechos logran mayor posicionamiento que otros en la memoria colectiva, respondiendo a unos guiones culturales asociados a víctimas, culpables y actores “más importantes” (Hammack, 2011).

Ausencia de narrativa sobre los hechos históricos menos recientes

Se observa una paradoja en el recuerdo de hechos antiguos como el Frente Nacional, el Bogotazo y la Masacre de las Bananeras, pues, aunque fueron evocados por los participantes, esto se dio porque los trabajaron de alguna manera en su formación escolar básica, situación que brinda elementos informativos mínimos al respecto. Se evidencia que las narrativas construidas en torno de estos suelen ser poco elaboradas e incluso tergiversadas, lo que supone también una forma de olvido, potenciada por la propagación de información más contemporánea que es constantemente reforzada en medios de comunicación.

El Frente Nacional fue el único hecho no bélico incluido en la guía de entrevista de la investigación, en tanto representó el cierre de la “denominada” época de La Violencia en Colombia (Sosa *et al.*, 2013) y la transición a nuevas conflictividades. Puede entenderse como un periodo de poder com-

partido entre élites liberales y conservadoras, ocurrido entre 1958 y 1974, que generó la eliminación de alternativas disidentes dentro de las instituciones estatales, represión, exclusión, corrupción y violencia social (Ayala, 1999). A pesar de su relevancia histórica, los participantes no expresan narrativas claras al respecto, argumentando que no vivieron ese momento histórico o que simplemente no lo recordaban, pese a trabajarlo en la escuela.

En cuanto a la Masacre de las Bananeras, a pesar de que veinte de los participantes manifestaron algún referente narrativo sobre el hecho, solo unos cuantos expresaron un reconocimiento claro de sus circunstancias y responsables; mientras que para los demás, se traslapaba con el recuerdo de otros acontecimientos de la región de Urabá o no se reconocía la responsabilidad estatal en lo ocurrido. La información central que contiene la representación social sobre este hecho se centra en el asesinato de los trabajadores:

Eso lo recuerdo allá en los años 1930, más o menos es lo que recuerdo. Un grupo de trabajadores de la zona bananera fue atacado y acibillado (P18-A).

La verdad no estoy muy consciente de por qué se produjo, sé que hubo una matanza muy grande de todos los trabajadores, pero no he investigado mucho acerca de eso (P39-A).

Creo que ocurrió en el Urabá, sé que había una compañía estadounidense y sus trabajadores salieron a huelga y hubo una masacre contra ellos (P43-A).

En las expresiones verbales y no verbales de los participantes a la hora de nombrar este hecho se identificó, además, indiferencia, debido a la desconexión percibida con su cotidianidad y con el presente. En esta línea, tanto en la Masacre de las Bananeras como en el Frente Nacional, se colige, como componente de las representaciones sociales asociadas, una ausencia de “impacto social” concreto en la vida actual y la cotidianidad (Bombelli *et al.*, 2013).

Algunos participantes reconocieron la responsabilidad de los actores implicados en la masacre, en particular del Ejército colombiano, sin embargo, en su mayoría lo atribuyen de forma genérica a “grupos al margen de la ley”, pues pareciera existir en sus relatos cierta resistencia al reconocimiento de la Fuerza Pública y el Estado como responsables de este y otros hechos atribuidos a este actor; por lo que la culpabilización de un grupo “adversario” de tipo delincencial se hace más afín con las representaciones históricas construidas:

Creo que tengo el imaginario colectivo y es que el Ejército está como pa' protegernos. Para mí, o sea, logramos quitar en su mayoría como las partes oscuras del Ejército que a causa de pocas personas o de líderes han hecho que se manche la imagen del Ejército. Para mí, son unos héroes, de cierta manera, porque son hombres y mujeres que no están en su ciudad de origen y que se van a luchar o a resguardar la vida de otras personas sin conocerlas, a resguardar la vida de un extraño. No tengo sentimientos negativos en cuanto al Ejército, en general, pero sí es muy triste saber que por culpa de pocas acciones de hombres han como manchado la imagen, y las personas han dejado de creer en la fuerza pública (P13-A).

De hecho, cuando se les preguntó a los participantes por el posible actor responsable de esta masacre, veintisiete personas (la mitad) afirmaron: “las FARC-EP” o grupos insurgentes. De tal manera, que se condensa pasado y presente en una información que se traduce en representación, desde la cual un solo actor es señalado como el principal culpable de la violencia, incluso en los años veinte, cuando todavía no se habían formado las guerrillas más reconocidas en el contexto colombiano actual: “en esa época de la violencia en las bananeras yo presté servicio militar y se escuchaba decir de las FARC” (P26-A).

Olvidos en la atribución de responsabilidad y construcción del enemigo

Según el análisis realizado puede afirmarse que, frente a hechos anteriores a la conformación de las guerrillas, particularmente las FARC, estas son priorizadas en la configuración de la representación de los participantes como actores responsables. Incluso, dos de los hechos cometidos por este grupo figuraron entre los más recordados, como se vio anteriormente; mientras se omiten, silencian y olvidan otros acontecimientos y la responsabilidad de sus reales autores. Así pues, este grupo es percibido como “enemigo interno”, “gente peligrosa” que impide la cohesión a nivel nacional, dejando de lado o en la sombra a otros actores involucrados, como los paramilitares y el Ejército,

Y ya tomaron fue las armas y se fueron por el camino equivocado como el narcotráfico y el secuestro (P19-D).

De las FARC, yo pienso que quieren llevarle la contraria a todo el mundo, es el tipo de gente muy peligrosa, solo piensan en cumplir sus ideas, sin importar qué, son gente demasiado peligrosa, son un montón de ignorantes que no escuchan a nadie y que solo hacen daño (P27-D).

En cuanto a los paramilitares, bueno, ellos tendrán sus ideologías de querer defenderse, igual sigue siendo un sentimiento bajo, porque eso nació, lo que tengo entendido, del deseo de vengarse por los daños y perjuicios que estaba causando la guerrilla a los mismos campesinos (P30-A).

Lo anterior se reafirma al analizar el número de veces que se atribuye a un actor la responsabilidad por los hechos incluidos en la investigación. Al hacerlo, aparece un responsable principal o culpable, tal como se evidencia en la tabla 9.2. En esta, la categoría “con conocimiento”,³ designa que el participante sabe con certeza quién es el actor perpetrador del hecho, mientras que “conjeturas” hace referencia a las situaciones en que el participante no sabe a ciencia cierta quién es el responsable, pero lo atribuye desde su consideración e imaginación,

Tabla 9.2 Atribución de responsabilidad de los participantes a los distintos actores

Actor armado	Con conocimiento	Conjetura	Total
FARC	37	201	238
ELN	0	70	70
M-19	34	16	50
Guerrilla	--	119	119
Subtotal	71	406	477
FFAA	6	7	13
Paramilitares	8	133	141
Pablo Escobar	--	16	16
No sabe	--	41	41
Otros	--	57	57
Estado	--	12	12
Total			757

Fuente: elaboración propia.

Como puede verse en la tabla 9.2 y en la figura 9.1, las FARC-EP es el grupo al cual se le atribuye mayor número de veces la responsabilidad, tanto en conocimiento de los hechos como en conjetura, seguido del genérico “guerrilla” y de los paramilitares.

3 Es importante recordar que, ante cada hecho, primero se pregunta al participante si conoce al actor responsable, pero luego, si no lo sabe, se le pregunta por la conjetura que hace o a quien supone que puede ser.

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

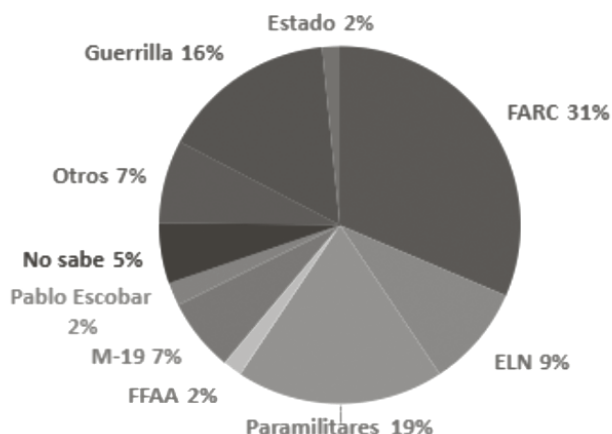


Figura 9.1 Atribución de responsabilidad en porcentajes sin agrupar

Fuente: elaboración propia.

Pero si se suman todas las atribuciones que corresponden a las insurgencias (FARC, M-19, ELN, guerrilla en general), la cifra es de 477; es decir, el 63 % corresponde a una asignación de responsabilidad a estos grupos armados (figura 9.2), con lo que se plantea que podría existir una representación social en la cual simbólicamente se ha construido la concepción de un enemigo, recurrente en el conflicto armado colombiano y en los hechos asociados al mismo. No se trata de un problema banal. El hecho de que se concentre esta atribución de culpabilidad sobre un actor particular (FARC-guerrillas), incluso en situación de un pasado remoto, por conjetura o suposición, sin que se tenga un claro recuerdo del acontecimiento, no es ingenuo e invita a cuestionar los procesos de construcción de memoria e historia oficial, reconociendo cómo ha operado el olvido conveniente.

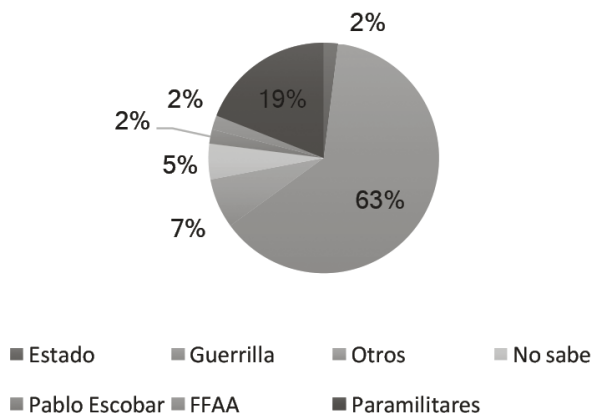


Figura 9.2 Atribución de responsabilidad en porcentajes agrupando los grupos bajo el nombre de “guerrilla”

Fuente: elaboración propia.

De hecho, cuando se analizaron las atribuciones de los participantes con respecto a hechos cuya responsabilidad corresponde a paramilitares y fuerzas militares, frente a los cuales no hubo una representación ni una narrativa de memoria, ni prácticamente recuerdo, se denotó, además, un patrón similar de responsabilización, dirigido mayoritariamente a las insurgencias. Desde la lógica de las representaciones sociales posicionar discursivamente cierto “culpable” hará que las personas adopten actitudes y prácticas de rechazo, estigma y exclusión frente a este, solidarizándose fácilmente con otros grupos, también generadores de violencia, daño y sufrimiento a la población civil, que son justificados, minimizados o validados, en tanto combaten al adversario deslegitimado y demonizado (Villa, 2019).

La culpabilización de un actor particular y su subyacente construcción como enemigo, silencia la responsabilidad de los demás implicados, lo que se hace evidente en el caso de los paramilitares y las masacres. Se presenta entonces un olvido tanto de la responsabilidad del actor en los hechos que ha cometido como en los que participó; valga tener presente que solo 4 de 54 participantes recordaron la Masacre de El Salado, 4 Mapiripán y 2 El Aro y La Granja. Además, dichos recuerdos estuvieron cargados de vaguedad, imprecisiones y atribuciones equívocas de responsabilidad

Sí, que yo sepa fue consentida por Álvaro Uribe, fue con muchos muertos, más de 120 personas muertas en ese atentado (P5-Amb).

Fue como un ajuste de cuentas (Responsable: la guerrilla) (P15-A).

Al analizar la tabla 9.3, de las 162 atribuciones que se hacen en torno a las tres masacres incluidas en la investigación, cometidas por paramilitares (El Salado, El Aro y La Granja, y Mapiripán), 90 se ponen en cabeza de las insurgencias armadas, es decir, un 55 %, lo cual está más allá del azar y responde a un patrón en la construcción de memoria y olvido, que termina siendo útil para el Estado y las élites en el poder. Además de lo anterior, la atribución de responsabilidad para el Estado y las Fuerzas Militares, en todos los hechos mencionados (tabla 9.2 y 9.3 y figuras 9.1 y 9.2), es de solo el 4 %, y de los paramilitares de solo el 19 %.

Tabla 9.3 Atribución de responsabilidad a hechos cometidos por paramilitares

	El Salado	El Aro y La Granja	Mapiripán	Total
FARC	11	14	19	44
ELN	4	4	6	14
M-19	2	1	0	3
Guerrilla	10	10	9	29
Subtotal	27	29	34	90
FFAA	0	1	0	1
Paramilitares	17	17	12	46
Pablo Escobar	0	1	0	1
No sabe	3	2	3	8
Otro	6	2	3	11
Estado	1	2	2	5

Fuente: elaboración propia.

Así pues, la forma como se construyen estas narrativas y RSHH son dispositivos que posibilitan una perspectiva victimista de memoria, una construcción de un endogrupo que se siente afectado por ese actor “agresor/enemigo” y reclama la legitimidad de una respuesta violenta y desresponsabilizada en su contra. Al punto que pareciera que la confrontación armada fuera el asunto de un solo actor, contra el cual, lo único que han hecho,

el Estado y las élites en el poder, es defenderse, lo que es consistente con la narrativa de estos mismos sectores de la sociedad que no reconocen la existencia del conflicto armado en Colombia, que lo niegan y plantean la tesis de “una amenaza terrorista” contra la sociedad y contra el Estado por actores perversos que no tienen otro objetivo más allá que su propio lucro y la obtención del poder; tesis desde la cual se permite cualquier acción en su contra, pues está enmarcada en la “legítima defensa”, base ideológica para también justificar el andamiaje del paramilitarismo.

En los casos de violaciones de derechos humanos cometidas por las Fuerzas Armadas (FFAA), incluidas en esta investigación, tiene lugar un dramático patrón de olvido en el que los participantes mantienen la atribución errónea a las guerrillas (principalmente las FARC-EP). En esta línea, se resalta que la responsabilidad atribuida en estos hechos a las FFAA es considerablemente insignificante en comparación con la sumatoria de las insurgencias, e incluso con los paramilitares.

En la tabla 9.4 se muestra que, de las 216 atribuciones de responsabilidad por los cuatro hechos, cometidos por las FFAA que fueron incluidos en esta investigación (Masacre de Alto Mira, Masacre de La Galleta, Masacre de Jamundí y asesinato de los hijos de las madres de Soacha), solo 9 se le adjudican a las FFAA, es decir el 3,4 % y 4 al Estado, es decir, el 1,8 % de todas las atribuciones. Teniendo claro que el asesinato de los hijos de las madres de Soacha se vincula con los falsos positivos, fenómeno que ha tenido mayor difusión mediática gracias a la incidencia de los familiares de las víctimas y al reciente informe de la Jurisdicción Especial para la Paz que reconoce una cifra de 6.402 víctimas (León, 2021). Por ello, sorprende que siga siendo tan baja esta atribución de responsabilidad (7 de 54 participantes, el 16,6 % para este hecho en particular). Inclusive, las tres masacres presentadas en la tabla, donde este grupo tuvo participación, no solo no se conocen, sino que tampoco se tienen dentro del registro mnémico de los participantes, como se presentó anteriormente. Una de las razones esgrimidas es que no recuerdan haberlas visto por los medios de comunicación, afirmando que no aparecen en la agenda pública. El problema estriba en que el 54 % de las atribuciones en torno a estos hechos se asignan a las guerrillas.

Tabla 9.4 Atribución de responsabilidad a hechos cometidos por las FFAA

	Masacre de Alto Mira	Masacre de La Galleta	Masacre de Jamundí	Asesinato de los hijos de las madres de Soacha	Total
FARC	22	16	16	3	57
ELN	7	5	10	4	26
M-19	0	0	0	0	0
Guerrilla	12	5	11	6	34
Subtotal	41	26	37	13	117
Paramilitares	8	20	9	16	53
FFAA	1	1	0	7	9
Pablo Escobar	0	1	0	0	1
No sabe	2	3	3	6	14
Otro	1	3	4	10	18
Estado	1	0	1	2	4

Fuente: elaboración propia.

Lo anterior sugiere que tanto las FFAA como el Estado no son reconocidos *ipso facto* por estos participantes como un actor dentro del conflicto armado colombiano, lo que da cuenta de una visión parcial de la responsabilidad de las partes frente a los hechos y causas asociadas a este, donde pareciera que no solo hay actores “más responsables” o “más malos” que otros, sino también “vidas que valen más que otras” (Villa *et al.*, 2019). Cuando la muerte de algunas víctimas supone más importancia que la muerte de otras, no solo se les otorga más humanidad a algunas personas o grupos, sino también a su sufrimiento.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Para Farr (1983), las representaciones sociales emergen cuando los sujetos hablan o discuten al respecto de los objetos de estas, al mismo tiempo que se entretajan intereses específicos en temas o hechos particulares por parte de quienes tienen el control de las narrativas históricas y de los medios de comunicación, los cuales difunden contenidos asociados, generando así una recordación de ciertos elementos que luego los sujetos asumirán en el proceso de consolidar la representación. En la misma línea, las

representaciones sociales son también una estrategia para adquirir conocimiento que normalmente están mediadas por el flujo de información que se tiene en los medios de comunicación, que se convierten en un catalizador para las mismas.

En este sentido, es posible mencionar que las RSHH del conflicto armado, construidas por los participantes, están marcadas por informaciones direccionadas tanto a exaltar hechos específicos (que se fabrican como emblemáticos) como a la consolidación de “grandes culpables” (como es el caso de las guerrillas o las FARC-EP), lo que posibilita que se den prácticas de olvidos y silencios sobre lo que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra y de lesa humanidad. Pareciera entonces que los vacíos en el recuerdo que atraviesan las representaciones construidas están sujetos a una política del olvido, cuya presencia hace necesaria una importante pregunta ética por los intereses que la promueven (Lira, 2004).

Que se consoliden estos dispositivos de olvido se explica teniendo en cuenta que para Páez (1987), las representaciones sociales tienen varias funciones en la vida de los sujetos, por ejemplo:

1. Privilegiar, seleccionar y retener algunos hechos relevantes del discurso ideológico, o sea descontextualizar algunos rasgos de este discurso.
2. Descomponer este conjunto de rasgos en categorías simples naturalizando y objetivando los conceptos del discurso ideológico.
3. Construir un “minimodelo” o teoría implícita, explicativa y evaluativa del entorno, a partir del discurso ideológico.
4. El proceso reconstruye y reproduce la realidad otorgándole sentido y procura una guía operacional para la vida social, la resolución de los problemas y conflictos (pp. 316-317).

En este sentido, podríamos decir que en nuestro país se fabrican RSHH a partir de relatos, imágenes y narrativas que se reproducen en medios de comunicación, la retórica política, conversaciones cotidianas y otros escenarios, realizando énfasis en traumas elegidos y la construcción de un “enemigo absoluto” (Angarita *et al.*, 2015; Gallo *et al.*, 2018; Palma, 2018), que sirven de anclaje para el silencio y olvido de aquellas narrativas que permitirían reconocer las responsabilidades de otros actores del conflicto armado, afines al poder y al orden social establecido. De igual forma, el

fijar “responsables” traerá como consecuencia la emergencia de prácticas asociadas al sesgo emocional y discursivo planteado por narrativas como las que se mencionaron durante el texto: “delincuente” o “terrorista”, ese otro que no merece nada más que el castigo y la muerte (Velásquez *et al.*, 2022; Villa *et al.*, 2020).

Otra particularidad de estas representaciones sociales es el hecho de que emergen en momentos de crisis y conflictos, al mismo tiempo que sirven para procesar eventos complejos y dolorosos, posibilitando justificaciones para la reacción de los sujetos y, también, para diferenciar características de unos y otros grupos, aportando elementos para posicionarse identitariamente (Moscovici, 1961; Páez, 1987; Quiceno, 2019), lo que explica muchas de las posturas inflexibles que encontramos en los ciudadanos que han participado en el contexto de esta y otras investigaciones similares (Villa *et al.*, 2021^a; 2021b).

Al mismo tiempo, posibilita la consolidación del olvido de hechos, actores e información asociada a actores que están del otro lado en el marco del conflicto armado, posibilitando una única narrativa que construye memorias que generan impunidad, pues al menos en el plano simbólico exaltan la responsabilidad exclusiva de las guerrillas, borrando la de los demás actores, particularmente las Fuerzas Militares, los paramilitares y el Estado colombiano, cuyas acciones quedan encubiertas sobre un manto de olvido, mientras las personas acuden a la imagen de ese “enemigo absoluto” (en este caso las guerrillas) como único responsable de la violencia (Velásquez *et al.*, 2022; Villa, 2019; Villa y Barrera, 2021; Villa *et al.*, 2020).

De esta manera, se generan representaciones y narrativas maestras (Bar-Tal, 2003; Jelin, 2014), plantillas de memorias (Werscht, 2008), a manera de *thémata* (Nicholson, 2017; 2018), que descalifican y deslegitiman cualquier objetivo positivo de orden político, endilgan toda la posibilidad del mal y la destrucción en este grupo y bloquean la reflexión sobre el papel histórico de las élites en el poder, tanto en la violencia estructural, la desigualdad y la corrupción, como en el mismo conflicto armado (Villa y Barrera, 2017; 2021), puesto que ponen a su servicio la fuerza legal del Estado, las FFAA y se han servido del proyecto paramilitar. Estos actores, a pesar de las cifras y los hechos, no son considerados por los participantes, ni siquiera de cerca, como igual de responsables a la insurgencia; por el contrario, son minimizados, tanto en el reconocimiento de los hechos que ejecutaron como en las responsabilidades que se les atribuyen.

La violencia ejercida por las FFAA, e incluso por los paramilitares, pasa entonces a la historia como una medida represiva necesaria para “la salvación de la patria” (Lira, 2004), bajo figuras “heroicas” de las que no se menciona en mayor medida el “lado oscuro”. Se trata de un olvido conveniente, que eleva a “héroes salvadores” a quienes se les confiere licencia para la atrocidad, siempre y cuando sea a nombre de “nuestra seguridad”. De este modo, se va constituyendo una representación social sobre un único culpable, “enemigo absoluto”, basada en la identificación con las narrativas de ese grupo salvador (Bar-Tal y Halperin, 2014; Nasie *et al.*, 2014) y con las formas en las que este reproduce su versión de forma reiterativa y “educativa” en la retórica política, los medios de comunicación y las redes sociales (Villa *et al.*, 2020). Lo que legitima en la sociedad civil una versión securitaria del Estado, en contravía con el Estado social de derecho, base de la Constitución de 1991.

De hecho, la construcción de las FARC como enemigo absoluto podría estar en la base de la oposición de una parte importante de la sociedad colombiana a una negociación política del conflicto armado con dicho actor (Barrera y Villa, 2018; Bar-Tal, 2013; 2019; Gallo *et al.*, 2018; Palma, 2018; Villa *et al.*, 2020), lo que afectó en el pasado inmediato el plebiscito por la paz y la victoria del “No”. Por lo tanto, preguntarle a un pueblo, a una sociedad que ha construido estas representaciones sociales de los hechos históricos con una ausencia de narrativas y un olvido conveniente que no permite ver la violencia y el daño producido por las contrapartes, mientras se magnifican las acciones del “agresor/enemigo”, por la aprobación de unos acuerdos en el marco de una negociación política del conflicto, fue cuando menos ingenuo, superfluo y contraproducente. Mucho más cuando quien ha preguntado ha hecho parte de los actores que contribuyeron a la construcción de dichas representaciones, narrativas, silencios y olvidos.

El resultado fue evidente en el plebiscito del 2 de octubre de 2016, donde además de la propaganda emocional, las *fake news* y las demás estrategias de la campaña del “No” subyacían estos recuerdos, pero también estas ausencias del recuerdo, estos olvidos, estos silencios, estas representaciones sin imagen, sin referente y sin responsable. Pero también en el presente, en la medida en que la deficiente implementación de los acuerdos y su incumplimiento no es objeto de rechazo nacional (salvo algunos sectores), sino que este estado de cosas se desenvuelve entre la indiferencia y el apoyo de sectores sociales afines al Gobierno.

Por ello, y en paralelo, la narrativa en torno al “heroísmo” de la Fuerza Pública y el subyacente olvido de su responsabilidad terminó primando en la sociedad colombiana, generando un escenario de desconocimiento de las víctimas producidas por el Estado y sus Fuerzas Militares y de impunidad en relación con las víctimas del paramilitarismo, que resulta complejo revertir y es coadyuvado por el silencio de los medios de comunicación (Villa y Barrera, 2021; Villa *et al.*, 2020). Este olvido conveniente, que encubre las responsabilidades de ciertos actores funcionales a los intereses del *statu quo*, termina obstaculizando la posibilidad de comprender en realidad las dinámicas del conflicto armado, sus causas estructurantes y sus posibilidades de transformación.

El olvido conveniente instalado, ligado a narrativas y RSHH hegemónicas fijadas y cristalizadas en la memoria colectiva que dan cuenta de un uso literal (Todorov, 1995) de esta, ha sido útil para el mantenimiento del conflicto, la reproducción de la violencia después de múltiples acuerdos y negociaciones de paz fallidas, y, por lo tanto, ha contribuido a las barreras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia. Así pues, si se analiza este patrón desde la Masacre de las Bananeras, pasando por el Frente Nacional y El Bogotazo, y retomando una serie de hechos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, como las masacres, los atentados terroristas y secuestros, pareciera que el responsable mayoritario de la prehistoria, la historia y casi la poshistoria del conflicto armado colombiano son las insurgencias armadas, principalmente las FARC, tal como se viene repitiendo en la actualidad en discursos políticos (desde el gobierno de Iván Duque, 2018-2022 y las élites en el poder) y mediáticos, en relación con la reactivación de la violencia generalizada en buena parte del país, que se sigue atribuyendo mayoritariamente a estos grupos (disidencias de las FARC y el ELN), nuevamente dejando por fuera de los repertorios narrativos el paramilitarismo y las violaciones de derechos humanos por parte de la Fuerza Pública.

Para Moscovici (1961), las representaciones sociales surgen y se transforman cuando los sujetos discuten sobre el tema representado, es allí en donde es posible incluir nueva información que reposicione a los sujetos y modifique sus actitudes y prácticas; por ende, es importante continuar los procesos de investigación y la divulgación de resultados que ayuden a generar nueva información sobre hechos y culpables, que permitan realizar una transformación de estas representaciones sociales asociadas a un único culpable y que rompan la práctica servil del olvido.

Se trata de un entorno de manipulación a favor de los intereses del poder dominante que mantienen intacto aún, desconociendo la firma del Acuerdo de Paz. Es por ello por lo que para el movimiento social, étnico y popular, se hace urgente disputar esa construcción de verdad, rescatar relatos propios e identificar significados que se imponen desde la hegemonía. Entonces, como una apuesta política, ética y de sentido, se debe avanzar en la configuración de un entramado comunicativo más allá del mero ejercicio de denuncia y opinión, y debe configurarse como un entramado que entrelace la investigación, la formación, la movilización, configurar escenarios para construir matrices mediáticas liberadoras, orientadas a la construcción y difusión de conocimiento propio, desde y para las clases empobrecidas y subordinadas.

Es urgente que se deje de lado la comunicación reactiva, que responde a las dinámicas impuestas desde los centros de poder y, por el contrario, iniciemos a pensar la comunicación como un espacio desde el que se consolida el poder, ya que mientras no abordemos esta confrontación continuaremos siendo fichas de un tablero que nos es ajeno. En esta línea, la comunicación popular debe incluir una proyección que incluya todos los elementos aquí mencionados y, además, introduzca nuevas categorías y estrategias que surjan desde el campo popular como una propuesta comunicativa propia.

Se requiere de una acción coordinada para construir y sostener redes populares de comunicación que reproduzcan e incidan en sectores marginados y oprimidos, ganando sentidos y miradas, vinculando las diversas visiones, espiritualidades y alternativas de construcción de país que conforman esta diversidad territorial en constante conflicto.

REFERENCIAS

Abric, J. C. (2001). *Prácticas sociales y representaciones*. Ediciones Coyoacán.

Álvarez, N. (2016). El concepto de hegemonía en Gramsci: una propuesta para el análisis y la acción política. *Revista de Estudios Sociales Contemporáneos*, (15), 150-160.

Andrade, J. (2021). Usos emocionales de la violencia y barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en el eje cafetero. En J. Villa, V. Andrade y L. Quiceno (Eds.), *Orientaciones emocionales colectivas y polarización sociopolítica como barreras psicosociales para la paz, la reconciliación y la reintegración en Colombia* (págs. 187-232). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Angarita, P., Gallo, H., Jiménez, B., Londoño, H., Londoño, D., Medina, G., Mesa, J., Ramírez, D., Ramírez, M. y Ruiz, A. (2015). *La construcción del enemigo en el conflicto armado colombiano: 1998-2010*. Sílabo.

Aponte, J. E. (2013). Estrategias enunciativas y control discursivo del pasado: violencia y memoria en la enseñanza de las ciencias sociales en Colombia. En A. Castillejo y F. L. Reyes (Eds.), *Violencia, memoria y sociedad: debates y agendas en la Colombia actual* (págs. 427-440). Ediciones USTA.

Arias, C. y Barreto, I. (2009). Consumo ideológico: creencias sobre la política de seguridad democrática e imagen del presidente Álvaro Uribe Vélez. *Universitas Psychological*, 8(3), 749-760.

Ayala, C. (1999). Frente Nacional: acuerdo bipartidista y alternación en el poder. *Revista Credencial Historia*, (119). <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-119/frente-nacional-acuerdo-bipartidista>.

Bar-Tal, D. (2003). Collective memory of physical violence: its contribution to the culture of violence. En E. Cairns y M. Roe, *The role of memory in ethnic conflict* (págs. 77-92). Palgrave, Macmillan.

Bar-Tal, D. (2007). Sociopsychological foundations of intractable conflicts. *American Behavioral Scientist*, 50(11), 1430-1453.

Bar-Tal, D. (2010). Culture of conflict: Involvement, institutionalization, and consequences. *Personality, Human Development, and Culture: International Perspectives on Psychological Science*, (2), 183-198.

Bar-Tal, D. (2013). *Intractable conflicts: Socio-psychological foundations and dynamics*. Cambridge University Press.

Bar-Tal, D. (2017). *Intractability from a sociopsychological approach. Encyclopedia of intergroup communication*. Oxford University Press. doi:<http://communication.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228613.001.0001/acrefore-9780190228613-e-434>.

Bar-Tal, D. (2019). Conflict supporting narratives and the struggle over them. En A. Srour y A. Mana (Eds.), *Collective narratives in intractable conflict: The case of the Israeli and Palestinian societies*. Cambridge Scholars Publishing. www.researchgate.net/publication/327670325_Conflict_supporting_narratives_and_the_struggle_over_them.

Bar-Tal, D., Halperin, E. y Oren, N. (2010). Socio-psychological barriers to peace making: The case of the Israeli Jewish society. *Social Issues and Policy Review*, 4(1), 63-109.

Bar-Tal, D. y Halperin, E. (2014). Socio-psychological barriers for peace making and ideas to overcome them/Barreras sociopsicológicas para la paz e ideas para superarlas. *International Journal of Social Psychology*, 29(1), 1-30.

Barrera, D. y Villa, J. D. (2018). Barreras psicosociales para la paz y la reconciliación. *El Ágora USB*, 18(2), 459-478. <https://doi.org/10.21500/16578031.3828>.

Barreto, I., Borja, H., Serrano, Y. y López, W. (2009). Legitimacy as a process in political violence, mass media and peace culture building. *Universitas Psychologica*, 8(3), 737-748.

Basset, Y. (2018). Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos (Universidad de Antioquia)*, 52, 241-265.

Bombelli, J., Fernández, O. y Sosa, F. (2013). Representaciones sociales de la historia argentina y género. Un estudio con estudiantes militares. *Boletín de Psicología*, (108), 71-89.

Bonilla-Castro, E. y Rodríguez, P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos*. Grupo Editorial Norma.

Carrillo-Mora, P. (2010). Sistemas de memoria: reseña histórica, clasificación y conceptos actuales. Primera parte. Historia, taxonomía de la memoria, sistemas de memoria de largo plazo: la memoria semántica. *Salud Mental*, 33(1), 85-93.

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Imprenta Nacional.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2022). Retos humanitarios 2022. Colombia. <https://www.icrc.org/es/document/balance-humanitario-colombia-2022-dih>.

Calonge-Cole, S. (2006). La representación mediática: teoría y método. *Psicologia da Educação*, 23(2), 75-102.

Corredor, C. y Restrepo, J. (2021). Un lustro en el complejo camino de la implementación del acuerdo de paz en Colombia. En J. Zuluaga y C. Jiménez Martín (Comps.), *Incertidumbres de la paz: entre el incumplimiento del acuerdo y las luchas sociales en su defensa*. CLACSO.

Farr, R. (1983). Escuelas europeas de psicología social: la investigación de representaciones sociales en Francia. *Revista Mexicana de Sociología*, (45), 641-657.

Flick, U. (2004). *Introducción a la investigación cualitativa*. Ediciones Morata y Fundación Paideia.

Galeano, M. (2004). El diseño en la investigación social cualitativa. En *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa* (págs. 27-42). Fondo Editorial Universidad Eafit.

Gallo, H., Jiménez, B., Londoño, D., Mesa, J. A., Ramírez, M. E. y Ramírez, D. (2018). *Discursos de enemistad. Pronunciamientos sobre los medios de comunicación y las ONG en el conflicto armado colombiano, 1998-2010*. Editorial Universidad de Antioquia.

García-Durán, M. (2001). Veinte años buscando una salida negociada. Aproximación a la dinámica del conflicto armado y los procesos de paz en Colombia (1980-2000). *Controversia*, (179), 11-41. <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/04/Veinte-a%C3%B1os-buscando-salida.pdf>.

Galtung, J. (2003). *Violencia cultural*. Fundación Gernika Gogoratuz.

Gayer, C., Landaman, S., Halperin, E. y Bar-Tal, D. (2009). Overcoming psychological barriers to peaceful conflict resolution: The role of arguments about losses. *Journal of Conflict Resolution*, 53(6), 951-975. doi:10.1177/0022002709346257.

González, F. (2000). Diferentes aproximaciones a la investigación cualitativa; fundamentos epistemológicos. En G. Rey, *Investigación cualitativa en psicología. Rumbos y desafíos* (págs. 1-24). Thomson.

Halperin, E. y Bar-Tal, D. (2011). Socio-psychological barriers to peace making: An empirical examination within the israeli jewish society. *Journal of Peace Research*, 48(5), 637-65.1

Hameiri, B., Bar-Tal, D. y Halperin, E. (2014). Challenges for peacemakers: How to overcome socio-psychological barriers. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, 1(1), 164-171. doi:10.1177/2372732214548428.

Hammack, P. (2011). Narratives and the politics of meaning. *Narrative Inquiry*, 21(2). https://www.researchgate.net/publication/263556520_Narrative_and_the_politics_of_meaning.

Jaime-Salas, J., Angulo, C., Medina, L. y Trujillo, M. P. (2021). La ilusión fatal e imposible de la paz como cultura del conflicto: creencias sociales sobre el conflicto armado y la paz negociada en habitantes de Neiva. En J. D. Villa, V. Andrade y L. Quiceno (Eds.), *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (págs. 366 - 403). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Jaramillo, J. (2012). Los fundamentos de una política de la justa memoria. *Estudios Políticos*, 46, 41-59.

Jaramillo-Marín, J., Parrado, E. P. y Fattal, A. (2020). Transitar hacia la paz en Colombia. Entre la promesa y la ilusión en dos experiencias históricas (1953-2017). *Signo y pensamiento*, 39(77). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.syp39-77.thpc>.

Jelin, E. (2002). *Los trabajos de la memoria* [Tomo I]. Siglo XXI.

Jelin, E. (2014). Las múltiples temporalidades del testimonio: el pasado vivido y sus legados presentes. *Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria*, (1), 140-163.

León, J. (2021). Así llegó la JEP a la cifra de 6.402 víctimas de falsos positivos. <https://lasillavacia.com/asi-llego-jep-cifra-6402-victimas-falsos-positivos-80319>.

Lira, E. (2004). Políticas de olvido, resistencias de la memoria y ética de los investigadores. V Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G., San Felipe, Chile.

López, C. (2016). *¡Adiós a las FARC! ¿Y ahora qué? Construir ciudadanía, Estado y mercado para unir las tres colombias*. Debate.

López-López, W., Sabucedo, J. M., Barreto, I., Borja, H. y Serrano, J. (2014). Discourse as a strategy for the construction of peace cultures. *Psychosocial Approaches to Peacebuilding in Colombia*, 111-120.

Martínez, M. (2002). Hermenéutica y análisis del discurso como método de investigación social. *Paradigma*, 23(1), 1-13.

Martínez, N. y Silva, O. (2013). Instituciones de memoria sobre el conflicto armado colombiano y su papel en la producción de iniciativas y constitución discursiva de sujetos. En A. Castillejo y F. L. Reyes (Eds.), *Violencia, memoria y sociedad: debates y agendas en la Colombia actual* (págs. 441-458). Ediciones USTA.

Mendoza, J. (2007). Sucinto recorrido por el olvido social. *Revista Polis*, 3(2), 129-159.

Mendoza, J. (2016). Tres formas de olvido social. *Revista SOMEPSO*, 1(1), 65-89.

Mendoza, J. (2017). Las formas de fabricación del olvido social [Ponencia presentada en el XI Seminario Internacional de Psicología Social]. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

Moscovici, S. (1961). *El psicoanálisis su imagen y su público*. Editorial Huemul.

Nasie, M., Bar-Tal, D., Pliskin, R., Nahhas, E. y Halperin, E. (2014). Overcoming the barrier of narrative adherence in conflicts through awareness of the psychological bias of naïve realism. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 40(11), 1543-1556. Doi.org/10.1177/0146167214551153.

Nicholson, C. (2017). The role of collective memory in protracted conflict. *Journal Article Culture and Psychology*, 23(2), 217-233.

Nicholson, C. (2018). From past politics to present myths: Moving on, looking back and staying still. *Integrative Psychological and Behavioral Science*, (53), 76-85. doi.org/10.1007/s12124-018-9450-x.

Oliveros, J. F., Correa, C. y Machado, Y. (2021). ¿La imposibilidad de una paz perfecta? Creencias sociales y emociones políticas frente a la paz en la ciudad de Quibdó. En J. D. Villa, V. Andrade y L. Quiceno (Eds.), *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (págs. 248-285). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Ouviña, H. (2020). Vindicación de Gramsci. *De Frente*. <https://www.revistadefrente.cl/vindicacion-de-gramsci-de-hernan-ouvina/>.

Páez, D. (1987). Características, funciones y proceso de formación de las representaciones sociales. En D. Páez *et al.*, *Pensamiento, individuo y sociedad. Cognición y representación social* (págs. 297-317). Fundamentos.

Palma, D. A. (2018). Humanización y deshumanización: de Daclau, Mouffe y Schmitt al conflicto armado colombiano. *Revista Internacional de Ciencias Humanas*, 7(1), 13-20.

Puentes, M. y Suárez, I. (2016). Un acercamiento a Gramsci: la hegemonía y la reproducción de una visión del mundo. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 7(2), 449-468.

Quiceno, L. M. (2019). Representación social de la víctima en líderes de una mesa de víctimas del departamento del Valle del Cauca. En V. Andrade, B. García y P. López, *Aportes a las ciencias sociales. Una mirada*

desde los posgrados de psicología de la Universidad Pontificia Bolivariana.
Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Sosa, F., Bombelli, J., Fernández, O., Cejas, L., Barreiro, A. y Zubiera, E. (2013). Representaciones sociales de la historia: creencias, sentimientos e importancia de figuras de la historia argentina. *Anuario de Investigaciones*, 20, 241-250.

Todorov, T. (1995). *Los abusos de la memoria*. Paidós.

Vallés, M. (2002). *Técnicas cualitativas de investigación social: reflexión metodológica y práctica profesional*. Síntesis.

Varesi, G. (2016). *Apuntes para una teoría de la hegemonía en Gramsci*. Bitácora Ediciones.

Velásquez, M., Piedrahita, M., Villa, J. D. & Insuasty, A. (2022). Representaciones sociales de hechos históricos como barreras psicosociales para la construcción de la paz. *El Agora USB*, 22(1) [en prensa].

Villa, J. D. (2019). Representaciones sociales del enemigo como barreras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia. En: J. Carmona y F. Moreno (Eds.), *Reconstrucción de subjetividades e identidades en contextos de guerra y posguerra* (págs. 365-387). XIV Cátedra Colombiana de Psicología Mercedes Rodrigo. Editorial Universidad de Manizales y ASCOFAPSI.

Villa, J. D. y Barrera, D. (2017). Registro identitario de la memoria: políticas de la memoria e identidad nacional. *Revista Colombiana de Sociología*, 40(Suplemento 1), 149-172.

Villa, J. D. y Barrera, D. (2021). Narrativas del pasado como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Medellín y tres municipios de Antioquia. En H. F. Ospina, S. V. Alvarado, A. K. Runge-Peña, J. Jaime-Salas, M. C. Ospina-Alvarado, J. A. Loaiza de la Pava, D. Moreno, D. A. Muñoz, C. Vélez, P. Londoño, E. López, L. Alvarado-Pinzón, P. Carmona, D. Díaz, J. Díaz, J. D. Villa, D. Barrera, J. Fayad, M. Gaitán, H. Garzón, M. Vargas, L. Mesa, R. Cortés y F. Carranza, *Educación y pedagogías críticas para la paz en Colombia en tiempos transicionales* (págs. 197-241). Editorial Universidad de Manizales, CINDE.

Villa, J. D., Avendaño, M., Agudelo, M., Castro, V., Buitrago, C. y Hoyos, S. (2019). Víctimas lloradas y no lloradas: a propósito de la fabricación del recuerdo en ciudadanos de Medellín sobre cuatro crímenes de guerra en el marco del conflicto armado colombiano como barreras psicosociales para la construcción de la paz. *Kavilando*, 11(1), 222-247.

Villa, J. D., Díaz-Pérez, I., Barrera, D., Velásquez, N. y Avendaño, M. (2021). ¿Por qué hablar de barreras psicosociales para la paz en el contexto colombiano? En J. D. Villa, V. Andrade y L. Quiceno (Eds.), *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (págs. 24. 58). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Villa, J. D. y Patiño, C. D. (2021). Barreras psicosociales para la paz: una lectura dialógica desde diferentes perspectivas teórica. En J. D. Villa Gómez, V. Andrade y L. Quiceno, *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (págs. 60-91). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Villa, J. D., Quiceno, L. y Andrade, V. (Eds.). (2021). Entre el conflicto intratable, el olvido conveniente y el anhelo de paz. En *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (págs. 405- 414). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Villa, J. D., Velásquez, N., Barrera, D. y Avendaño, M. (2020). El papel de los medios de comunicación en la fabricación de recuerdos, emociones y creencias sobre el enemigo que facilitan la polarización política y legitiman la violencia. *El Ágora USB*, 20(1). <https://doi.org/10.21500/16578031.4642>.

Wertsch, J. W. (2008). The narrative organization of collective memory. *Ethos*, 36(1), 120-135.

Zhu, J. y Blood, D. (1996). Media agenda-setting theory: Review of a 25 year research tradition. *Perspectives*, 8(1), 97-149.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

É POSSÍVEL A DESQUALIFICAÇÃO DO AGENTE
DE TRATAMENTO? UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI GERAL
DE PROTEÇÃO DE DADOS

¿ES POSIBLE INHABILITAR AL AGENTE DEL TRATAMIENTO
DE DATOS? UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA LEY GENERAL
DE PROTECCIÓN DE DATOS

IS IT POSSIBLE TO DISABLE THE DATA PROCESSING AGENT? AN
ANALYSIS IN LIGHT OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

EDIVALDO DA COSTA LIMA JÚNIOR*

JOSÉ RILTON SOARES DA SILVA**

WALTER DE MACEDO RODRIGUES***

MARIA AMÁLIA ARRUDA CÂMARA****

MATHEUS BARBOSA RODRIGUES*****

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a11

* Advogado no escritório Leonardo Coelho Advocacia, especialista em direito civil e processo civil e graduando em Sistema para Internet na UNICAP. Atualmente afiliado ao grupo de proteção de dados e privacidade da Liga Pernambucana de Direito Digital. . Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6977-742X>, Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?hl=pt-BR&user=-9fdF-LUAAAAJ>, Correo electrónico: edivaldocostadv@gmail.com.

** Graduado em direito pela Universidade de Pernambuco – UPE (2018). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pelo Centro Universitário Maurício de Nassau (2021). Ex-Integrante da Liga Pernambucana de Direito Digital – Grupo Proteção de Dados (2021). . Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2603-0155>, Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?hl=pt-BR&user=XYFtQf8AAAAJ>, Correo electrónico: rilton0510@gmail.com

Resumo

O objetivo geral é investigar sobre a desqualificação ou desconsideração dos agentes de tratamento no contexto de determinadas operações de tratamento conjuntas. Visa responder a seguinte pergunta de pesquisa: em quais casos de tratamento conjunto é possível desqualificar o agente de tratamento? O trabalho disserta brevemente acerca dos agentes de tratamento conforme estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em comparação com o General Data Protection europeu (GDPR) e outras regulações pertinentes. São estudadas as hipóteses de desqualificação do agente de tratamento previstas na Lei Geral de Proteção de Dados, procedendo com a hermenêutica dos respectivos enunciados normativos. Considerando a ausência de critérios hermenêuticos no Brasil, são considerados os critérios previstos no Órgão Europeu de Proteção de Dados. São usadas as metodologias dogmática, teórica e empírica qualitativa. O artigo oferece uma explicação detalhada do que deveria ser considerado como hipóteses válidas para a desqualificação do controlador e do operador, pautada na legalidade estrita da principal legislação influenciadora da LGPD.

Palavras-chave: privacidade, proteção de dados, desqualificação do agente de tratamento, hipóteses.

*** Mestrado em Segurança da Informação na Universidade Federal de Pernambuco, pesquisador bolsista na CNPq, professor na pós-Graduação da Faculdade Egas Moniz e Encarregado de Dados. . Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7364-338X>, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=-WorMH8AAAAJ>, Correo electrónico: Walter.adv@outlook.com.br

**** Professora Adjunta da Faculdade de Administração e Ciências Jurídicas da Universidade de Pernambuco - UPE/Brasil. Sua principal pesquisa é democracia líquida e o uso de tecnologias da informação para fortalecer processos democráticos, especialmente em democracias jovens. Possui doutorado em Ciência Política (2012) pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE/Brasil, e doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE/Brasil, pela pesquisa em democracia participativa em cenários constitucionais. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7663-3029>, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=hjjEnVYAAAAJ>, Correo electrónico: amalia.camara@upe.br

***** Advogado em assuntos de Privacidade e Proteção de Dados, detentor do certificado PDPE pela Exin. Cursando pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco (nível de mestrado), investigando as interseções entre direito eleitoral e proteção de dados. MBA em Serviços de Saúde e Gestão Hospitalar pela Universidade de Pernambuco. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1607-8449>, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=KZ5d-W5gAAAAJ>, Correo electrónico: emailmatheusadv@gmail.com

Resumen

El objetivo general del presente artículo es el de investigar la descalificación o la negligencia de los agentes de tratamiento en determinadas operaciones. Para lograrlo, se analizan brevemente los agentes de tratamiento según lo establecido en la Ley General de Protección de Datos (LGPD) en comparación con el Reglamento General Europeo de Protección de Datos (GDPR) y otras normas relevantes. Se utilizan metodologías empíricas dogmáticas, teóricas y cualitativas. El artículo ofrece una explicación detallada de lo que debe considerarse como hipótesis válidas para la descalificación del responsable del tratamiento y del operador, con base en la estricta legalidad de la principal legislación que incide en la LGPD.

Palabras clave: privacidad, protección de datos, descalificación del encargado del tratamiento, hipótesis.

Abstract

This article has the main objective of researching the disqualification or negligence of treatment agents in the context of certain joint treatment operations. It aims to answer the following research question: in which cases of joint treatment is it possible to disqualify the treatment agent? The work briefly discusses the processing agents as established in the “Lei Geral de Proteção de Dados” (LGPD) in comparison with the European General Data Protection Regulation (GDPR) and other relevant regulations. The hypotheses of disqualification of the processing agent provided for in the LGPD are studied, proceeding with the hermeneutics of the respective normative statements. Considering the absence of hermeneutic criteria in Brazil, the criteria set out in the European Data Protection Agency are considered. Dogmatic, theoretical and qualitative empirical methodologies are used. The article offers a detailed explanation of what should be considered valid hypotheses for the disqualification of the controller and the operator, based on the strict legality of the main legislation influencing the LGPD.

Keywords: privacy, data protection, disqualification of the treatment agent, hypotheses.

INTRODUÇÃO

No direito empresarial, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica já é bem consolidado nas situações em que existe o interesse da criação da mesma para o cometimento de fraudes como a confusão patrimonial ou quando há o desvio de finalidade daquela declarada na constituição da empresa. De maneira similar a desconsideração da personalidade jurídica, no direito penal, a qualificação de um indivíduo como testemunha, suspeito ou acusado depende de situações de fato e da formalização processual da qualificação do indivíduo. Por sua vez, em contratos, a qualificação das partes depende da vontade de ambos os indivíduos em nomear-se contratante e contratado, designando para si suas respectivas obrigações.

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), surgiram controvérsias relacionadas a diferentes aspectos da lei, a exemplo da designação de figuras legalmente definidas como a do controlador e do operador (art. 5º, VI e VII da LGPD) ou figuras presentes em legislação estrangeira —o Regulamento Geral de Proteção de Dados (General Data Protection Regulation ou GDPR)— mas doutrinariamente relevantes na formação de contratos fundados no tratamento de dados pessoais —como o co-controlador e o operador—. Tais definições legais em contrato acabam por designar obrigações, bem como direitos e deveres em lei descritos, que inclusive tem efeitos para a responsabilização de empresas e indivíduos em casos como vazamento de dados pessoais, mal atendimento ao titular de dados pessoais, entre outras questões.

No que interessa ao presente trabalho, o estudo desta possibilidade de “desqualificação” ou “desconsideração” (neste texto, usados como sinônimos) do agente de tratamento é indispensável, considerando que o contrato assinado pode servir para o cometimento de fraudes, como em declarar que realiza ou não atividade de tratamento de dados pessoais ou de dar ou não ordens de tratamento de dados pessoais para escusar-se ou absorver obrigações ou para o desvio da finalidade do tratamento de dados pessoais, pré-requisito do art. 6º, I da LGPD.

Para isto, este artigo avaliará a razoabilidade da interpretação da possibilidade de desqualificação (ou desconsideração) dos agentes de tratamento com base no direito comparado, observando a aplicação da regulamentação mãe da LGPD (a GDPR), um estudo hermenêutico sistêmico face à leituras da ANDP acerca da norma e a avaliação das consequências da aplicação normativa, mediante observação dos diversos cenários que podem se suceder

da sua aplicação. Tais avaliações serão vistas sobre uma ótica da segurança jurídica, nos termos de previsibilidade e frustração ou não de expectativas condensadas no texto normativo. Para isso, será discutida a possibilidade ou não de desqualificação (ou desconsideração) do agente de tratamento de dados pessoais e, se possível, em quais situações isso ocorreria.

QUAIS SÃO OS AGENTES DE TRATAMENTO NA LGPD E SUA CORRELAÇÃO

Na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, duas designações foram definidas como agentes de tratamento, quais sejam, o Controlador e o Operador, elencados, respectivamente, no art. 5º, VI e VII, LGPD (Presidência da República, 2018). São substantivos que, além de sua notoriedade, não escapam aos desafios hermenêuticos sobre o seu real significado. Uma má compreensão sobre eles pode gerar diversas consequências, atinentes a responsabilidades e deveres a eles associados, citando-se algumas na comprovação do consentimento (art. 8º, §2º), na obrigação de comunicação de incidentes de dados pessoais à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais - ANPD (art. 48 da LGPD) ou na responsabilidade de reparação por danos decorrentes de atos ilícitos, como nos casos dos arts. 42 a 45 (Governo Brasileiro, 2021b).

O inciso VI do art. 5º, LGPD (Presidência da República, 2018) define a figura do controlador como “a pessoa física ou jurídica a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Por sua vez, o art. 5º, VII da LGPD fixa que o operador é “a pessoa física ou jurídica que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (Presidência da República, 2018). O ponto de vagueza da norma concentra-se então na definição da “competência da decisão das decisões referentes ao tratamento”, visto que um operador pode realizar tratamento de dados intermediários para poder garantir que um tratamento de dados final seja atingido.

Por exemplo, um controlador instituição financeira “decida” que um conjunto de CPF tenham a si associados dados cadastrais atualizados (como definido pelo art. 2º, III do Decreto nº 10.046/19), para fins de cumprir com a determinação do art. 14, parágrafo único da Resolução nº 2025 do BACEN. Digamos que o controlador então delegue a um operador de dados pessoais que haja então a operação de tratamento de busca por estes dados atualizados. Neste caso, a decisão do controlador é que haja a atualização de dados cadastrais e de fato, compete a ele esta decisão de cumprimento de obrigação regulatória do controlador, fundada no art. 5º, II da LGPD. Porém, o

operador, neste caso, deve então realizar diversas atividades de tratamento com fundamento nesta hipótese de adequação colaterais, seja a coleta, armazenamento, combinação e envio desta informação. Ora, aquele que deu a ordem de tratamento de dados pessoais fora o controlador, justamente aquele que “compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” mas, o operador, ao tomar todas as decisões sobre como aquela operação de tratamento está sendo realizada, acabaria por tomar para si a responsabilidade do tratamento?

Outro exemplo seria o uso de uma ferramenta de *cloud computing* (computação em nuvem). Digamos que o controlador seja um estudante que queria coletar informações de seus amigos para enviar para um restaurante onde haverá uma festa fechada. As informações coletadas podem ser dados pessoais (como nome e CPF para identificação), como data de nascimento para diferenciar se são menores de idade ou não, ou até informações acerca de alergias (informações de saúde, ou dados pessoais sensíveis, como qualificado pelo art. 5º, II da LGPD) e colocá-los todos para armazenamentos num serviço de *cloud computing*. Esta empresa que está armazenando esses dados pessoais e dados pessoais sensíveis, se não tiver os controles necessários, pode sequer saber que está inclusive armazenando dados pessoais sensíveis. Por sua vez, o controlador, que no nosso exemplo é um estudante, não sabe que por trás do processo de armazenamento em nuvem está acontecendo a cópia e transferência distribuída das informações enviadas em dispositivos de armazenamento fora do país, o que implica em transferência internacional de dados pessoais.

Surge então a pergunta - considerando que a decisão do operador de dados pessoais de realizar a transferência internacional de arquivos foi de sua volição de maneira única, deveria este então ser agora considerado o controlador dos dados? Isto porque a definição “a competência de decisões referentes ao tratamento”. Neste caso, estaria o operador extrapolando as suas competências? Quanto às operações de manutenção de banco de dados, como segregação, *backup*, classificação - todas estas operações de tratamento - estariam por tornar automaticamente um operador de dados pessoais um controlador?

Neste caso, o “Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado” (Governo Brasileiro, 2021b), elaborado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), destaca que nem todas as decisões acerca do tratamento de dados pessoais deve ser encargo do controlador, destacando:

16. A identificação do controlador deve partir do conceito legal e dos parâmetros auxiliares indicados neste Guia, sempre considerando o contexto fático e as circunstâncias relevantes do caso. O papel de controlador pode decorrer expressamente de obrigações estipuladas em instrumentos legais e regulamentares ou em contrato firmado entre as partes. Não obstante, a efetiva atividade desempenhada por uma organização pode se distanciar do que estabelecem as disposições jurídicas formais, razão pela qual é de suma importância avaliar se o suposto controlador é, de fato, o responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento [grifo nosso] (Governo Brasileiro, 2021, p. 7).

Assim, fica destacado que o que é determinante para a qualificação do controlador de dados pessoais é na verdade se este é responsável pelas “principais decisões relativas ao tratamento de dados pessoais” e não todas as decisões. Isto é reforçado na mesma cartilha quanto a qualificação do que é o operador de dados pessoais, como pode ser visto a seguir: “49. O operador é o agente responsável por realizar o tratamento de dados em nome do controlador e conforme a finalidade por este delimitada” (Governo Brasileiro, 2021b, p. 16).

Aqui, a determinação do papel do operador é relacionada a realização do tratamento de dados pessoais “em nome do controlador” e “conforme a finalidade por este determinada”. A primeira parte da definição remonta àquela dada pelo art. 5º, II da LGPD, enquanto a segunda parte faz referência direta a GDPR, que por sua vez define o controlador e operador de dados pessoais da seguinte maneira:

7. “controlador” significa a pessoa natural ou jurídica, autoridade pública, agência ou outra autarquia que, sozinha ou em conjunto com outras, determine a finalidade e meios do tratamento de dados pessoais [...]

8. “operador” significa a pessoa natural ou jurídica, autoridade pública, agência ou outra autarquia que trate dados pessoais em nome do controlador (Governo Brasileiro, 2021b, p. 6) [grifos nossos].¹

1 Tradução livre do trecho: “‘controller’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; ‘processor’ means a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the controller” (art. 4, 7 e 8 da GDPR).

Logo, a determinação da finalidade é um contorno dado tanto pela Guia Orientativa da ANPD quanto pela GDPR. Tal determinação da finalidade consiste justamente na ordem de tratamento, que pode vir muito ou pouco detalhada pelo controlador é dada ao operador. O operador, por sua vez, tem a obrigação de execução desta ordem de tratamento (caso seja lícita), coisa que também deve ser conferida ao se indagar, dentre de outras questões legais específicas, se a finalidade se encaixa numa das hipóteses de tratamento de dados pessoais constantes no art. 7º da LGPD.

Considerando que nem todos os “meios de tratamento” ou detalhes acerca de tratamento dos dados pessoais podem contratualmente serem determinados, é razoável que, de maneira distinta a finalidade, os meios pelos quais operações de tratamento venham ser conduzidas por um dos agentes de tratamento não sejam determinantes na qualificação do operador ou controlador - exceto nas circunstâncias em que a lei versa ou contratualmente é pactuado. Não só isto, mas existe o destaque que os segredos comerciais e industriais dos agentes de tratamento devem ser observados, inclusive nas ações de comunicação à agência reguladora e aos titulares de dados pessoais, como versam os art. 20 e art. 38 da LGPD. A total transparência de como são realizadas as operações de tratamento de dados pessoais, especialmente por operadores cujo modelo de negócio se fundam no tratamento de dados pessoais de maneira cada vez mais eficiente, é ir de contra ao enunciado do próprio princípio da transparência da LGPD, que determina que sejam “observados os segredos comercial e industrial” (art. 6º, VI da LGPD).

Por derradeiro, quanto à figura do operador, vale consignar, para além de cumprir as determinações do controlador, que esse diferencia-se dos seus representantes ou funcionários. Isso porque, recorrendo-se ao art. 49-A, *caput*, Código Civil de 2002 (CC/02; Brasil, 2002), a pessoa jurídica não se confunde com seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Assim, muito menos a empresa pode ser confundida com seus colaboradores. Mesmo assim, operadores de dados pessoais podem ainda delegar o tratamento de dados pessoais a outros, cumprindo sempre a obrigação legal de comunicação ao controlador, como descrito no §52 do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, que referencia o art. 28, 2 da GDPR.

Esta situação não pode então se confundir com o disposto no art. 42, § 1º, II, LGPD, bem como encontrado no Guia Orientativo da ANPD, que prevê a possibilidade de figurar o controlador conjunto, o qual, recorrendo-se ao art. 26, GDPR, para fins de definição, pode ser entendido como a situação fática em que

dois ou mais indivíduos ou pessoas jurídicas compartilham a tomada de decisões referentes ao ciclo de vida dos dados pessoais. Como exemplo, podemos entender quando o banco e a operadora de cartões de crédito compartilham dados pessoais de titulares para fins de efetuar operações de pagamento. Também seria o caso do plano de saúde e do hospital, quando ambos compartilham informações acerca do titular de dados pessoais para a realização de uma requisição de exame. Sem a decisão de uma das partes, a operação de tratamento não ocorreria, independente da contratação de terceiros para a sua realização.

É importante também esclarecer que o operador não é obrigatório no tratamento, diferentemente do controlador. Isto pode ser o caso, inclusive, quando um *software* é fornecido para o tratamento de dados pessoais, o que não qualifica automaticamente o autor do *software* como operador. Contudo, a prática do dia a dia em todos os organismos que coletam dados tem sido cada vez mais utilizarem ferramentas de *software as a service* (SaaS)² relacionada ao tratamento de dados, como é o caso do uso de nuvens de armazenamento e etc. Em outras palavras, o operador fornece o *software* e, dessa forma, precisa participar diretamente do tratamento. Sendo assim, o operador, neste cenário, se torna indispensável aos processos de proteção e privacidade de dados.

Em resumo, é o posicionamento deste artigo que o que derradeiramente diferencia o controlador do operador de dados pessoais é quem dera a ordem de tratamento. Para tais fins, não importa se o operador de dados pessoais tinha as informações objeto da ordem de tratamento em primeiro lugar, se a ordem de tratamento dada pelo operador de dados pessoais não dera detalhes de como ela tinha sido realizada e se esta ordem de tratamento fora dada por um indivíduo dentro de uma pessoa jurídica que celebra o contrato onde a ordem de tratamento é realizada. Da mesma forma, o operador é o responsável pelo cumprimento da ordem de tratamento, não sendo de outro modo somente porque teve alguma liberdade de decidir como a ordem de tratamento seria dada, em especial quando o controlador não descreve como a ordem de tratamento dada deve ou deveria ser realizada, ainda mais quando a competitividade do operador como o fornecedor de serviço de tratamento de dados pessoais depende de seus segredos comerciais e industriais. O co-controlador seria qualificado caso a ordem de trata-

2 “*Software como serviço*”, em uma tradução livre, é um modelo de licenciamento e entrega de *software* no qual o mesmo é licenciado por assinatura e é hospedado centralmente. SaaS também é conhecido como “*software sob demanda*” e *software* baseado na *Web*/hospedado na *Web*.

mento partisse de maneira conjunta de dois ou mais agentes de tratamento e o sub-operador figura meramente o operador que “quarteiriza” a ordem de tratamento inicialmente dada à ele, naturalmente isto sendo comunicado ao(s) controlador(es).

Definidos os conceitos dos agentes de tratamento, parte-se, de pronto, para a análise dos dispositivos normativos correspondentes, recorrendo-se, para tanto, às metodologias dogmática e teórica, se existem situações em que os agentes de tratamento possam ou devem ser desqualificados e requalificados, dentro das definições anteriormente expostas.

AS HIPÓTESES DE DESQUALIFICAÇÃO DOS AGENTES DE TRATAMENTO

No presente tópico serão analisadas as hipóteses previstas na LGPD de desqualificação do agente de tratamento, bem como circunstâncias em que o cabimento desta desqualificação faz-se legalmente importante. É notório que, dada as definições antepostas, bem como as responsabilidades que podem estar associadas a cada uma das figuras (trazidas pela lei ou não) a desqualificação (ou desconsideração) do agente de tratamento é uma medida disponível ao juiz em alguns casos. Será observado que, legalmente, existem casos que são previstos pela lei dos quais a desqualificação possa acontecer. Em outros, não definidos em lei, será demonstrado com fundamento na metodologia proposta que seria razoável por parte do magistrado a desqualificação dos agentes de tratamento como eventualmente possa ser alegado.

Desqualificação em caso de descumprimento das obrigações da legislação e instruções lícitas do controlador (art. 42, § 1º, I, LGPD)

O art. 42, § 1º, I, LGPD (Presidência da República, 2018) assim disciplina a responsabilidade civil por danos em atividades de tratamento de dados pessoais:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei (Presidência da República, 2018) [grifo nosso].

Neste artigo, é possível observar que “o operador ... equipara-se ao controlador” nos casos em que “descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador”. Na segunda situação listada pela lei, é evidente que se a ordem de tratamento dada pelo controlador de dados pessoais é descumprida, o operador de dados pessoais estaria dando ordem de tratamento distinta. O descumprimento da ordem de tratamento está fundado justamente na finalidade do tratamento, sendo que o operador não pode arguir que se os dados estão sendo tratados de forma distinta àquela finalidade atribuída pelo controlador, que a operação de tratamento realizada é derivada daquela atribuída pelo controlador de dados pessoais. Também pode ser o caso do controlador de dados pessoais ter dado uma ordem de tratamento que tenha de ser realizada de uma maneira que o operador preferira não realizar, o que acontece em violação do contrato, liberalidade que não pode ser conferida ao operador, visto que o controlador tem sim o direito de determinar como o tratamento de dados pessoais deve ser realizado. Neste caso, a liberdade contratual das partes permite que o operador se recuse a participar de contrato em que o controlador especifique a maneira como o tratamento deve ser realizado. Não sendo assim, no descumprimento do operador de especificações, este mais uma vez seria equiparado como controlador.

Fora aquilo que não é especificado, não é razoável considerar que todo detalhe acerca do tratamento de dados pessoais deva ser em contrato detalhado, considerando que muitas vezes nem o próprio controlador consegue entender detalhes técnicos acerca do tratamento de dados pessoais. Como já especificado nas definições de cada agente de tratamento, o problema central está no descumprimento de uma ordem de tratamento e não do cumprimento de uma ordem de tratamento de uma maneira não especificada. Da mesma maneira, acontece que o operador que descumpra com a lei de qualquer maneira (obrigações da legislação), estaria então assumindo para

si o risco do tratamento ilícito, situação em que responderá solidariamente pelas sanções cabíveis e danos causados. Por isso, o operador de dados pessoais tem o dever de descumprir as ordens ilícitas de tratamento de dados pessoais do controlador.

Em todas as situações descritas, o operador de dados pessoais deve ser processualmente equiparado ao controlador, situação em que este será desqualificado de operador para controlador, considerando que este agiu como tal. Desta maneira, todas as demais obrigações de controlador lhe serão conferidas, como elaboração de relatório de impacto para estimar os danos à privacidade e proteção de dados causados ou comunicação aos titulares de dados pessoais acerca de possíveis questões relacionadas ao tratamento de dados pessoais. É importante lembrar que, estas obrigações este agente poderá arcar solidariamente ou sozinho, a depender de como seja avaliada a responsabilidade do controlador de dados pessoais.

Destaca-se também que a lei fala em “equiparação” em vez de “desqualificação”. Há também o argumento de que a equiparação serve no sentido de não escusar o operador de dados pessoais das demais obrigações para com o controlador, tendo em vista que ele não deixa de tê-las, apesar do tratamento ilícito ou do descumprimento da ordem de tratamento lícita. Não obstante, é importante ressaltar que o operador de dados pessoais, neste caso, será necessariamente controlador daquela operação de tratamento realizada sem a ordem de tratamento lícita do controlador. Por outro lado, este não pode ser responsabilizado por uma ordem ilícita de tratamento realizada pelo controlador de dados pessoais.

Por exemplo, se o controlador é uma empresa de pede a um instituto de pesquisa que faça uma avaliação acerca da opinião política dos funcionários com a finalidade de realizar “medidas disciplinares específicas aos funcionários”, sem o consentimento específico dos funcionários, é evidente que o tratamento de dados pessoais é ilícito, pois tal finalidade não é adequada a nenhuma das disposições do art. 11º, II da LGPD. O instituto de pesquisa que realiza este tratamento de dados pessoais, sabendo desta finalidade, estaria então ativamente transgredindo a lei, compartilhando então a responsabilidade sobre os danos causados a funcionários. Por outro lado, se este instituto de pesquisa é comunicado que a finalidade do tratamento é fundada no consentimento, não seria razoável que este fosse responsabilidade pelo tratamento ilícito do operador.

É sabido que o mesmo instituto de pesquisa possa requerer provas do consentimento especial do art. 11º, I da LGPD ou que ainda proceda em realizar técnicas de anonimização dos dados no processo de pesquisa —o que acabaria por descaracterizar os dados coletados como dados pessoais, por não estarem relacionados a pessoa natural identificada ou identificável—. Mas, um agente de tratamento de má fé, pode ativamente realizar por si só desvio de finalidade sobre o tratamento de dados pessoais contratado ao operador, usando as atividades de tratamento do operador como meios para atingir fins ilícitos, sendo este o controlador como no exemplo, podendo também ser operador que realiza desvirtua a ordem de tratamento para a realização de finalidade distinta, ou o faz de maneira como não é ordenada. Também por isso, é importante considerar que o que de fato acontece é uma desqualificação do agente de tratamento, não só porque este toma um papel para si como não lhe fora conferido no caso do operador, como ele também passa a atuar como controlador de dados pessoais, já que este está adotando as próprias ordens de tratamento.

Desqualificação do agente de tratamento de dados pessoais no caso deste ter sido imputado a colaborador da organização

De maneira bastante clara, a Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado define no seu §57 e 58 que:

57. Em caso de pessoa jurídica, importa destacar que a organização ou empresa é entendida como agente de tratamento, de forma que seus funcionários apenas a representam. Assim como explicado no tópico 2.2 e de forma análoga à definição de controlador, a definição legal de operador também não deve ser entendida como uma norma de distribuição interna de competências e responsabilidades.

58. Nesse cenário, empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos (Governo Brasileiro, 2021b, p. 17).

Logo, torna-se claro que colaboradores não devem ser considerados como agentes de tratamento de dados pessoais. Os agentes de tratamento num contrato de tratamento de dados pessoais ficam evidentes não só na qualificação das partes celebrantes do contrato (se é uma pessoa jurídica ou não), como também se o funcionário de determinada empresa celebra pela empresa o contrato de tratamento de dados pessoais como um laranja. Na LGPD, apesar de não existir nenhuma determinação acerca deste assunto a serem contemplados no contrato, ele se torna importante como boa prática a ser adotada, principalmente na tentativa de formalização das responsabilidades e redução de expectativas. A GDPR em específico define no seu art. 28 da GDPR tal necessidade, contrato onde vem estar qualificados os agentes de tratamento, listada a finalidade, listadas as obrigações do agente de tratamento entre si, bem como para com o titular.

Já dentro da própria empresa, o processo de responsabilização do colaborador depende da Política de Governança em Privacidade, documentação prevista como instrução do Programa de Governança em Privacidade, realizado pelo governo digital brasileiro Governo Brasileiro, a partir do Guia de Elaboração de Programa de Governança em Privacidade (Governo Brasileiro, 2020). Desta maneira, o colaborador como parte da empresa, ou como já define a ANPD na sua Guia Orientativa como representante da empresa, seus deveres e obrigações são para com a empresa, os órgãos administrativos e judiciário responsáveis pela garantia dos direitos dos titulares de dados pessoais e por último, mas não menos importante, o titular de dados pessoais. O colaborador então deve ser responsabilizado pela empresa pelo descumprimento de determinações internas de maneira dolosa, por situações de imperícia, negligência ou imprudência, mas não seria ele o tomador de ordens de tratamento de dados pessoais para si, mas sim pode ser então responsabilizado caso descumpra ou não cumpra de maneira devida funções parte de uma ordem lícita de tratamento de dados pessoais.

Aqui diferenciando as situações em que os tomadores de serviço são MEI, SLU e profissionais liberais de informática como pessoa jurídica, casos que serão posteriormente avaliados, os colaboradores então não podem ser “qualificados” como agentes de tratamento, pois não são agentes de tratamento em primeiro lugar. Devem ser, portanto, desqualificados como agentes de tratamento caso sejam assim nomeados. As empresas que usufruem destes contratos, por sua vez, devem ser apontadas como os reais controladores e operadores de dados pessoais do relacionamento.

Alguns casos de nomeações inadequadas destes Agentes de Tratamento puderam ser vista vistos, como no caso do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que em 26 de Agosto de 2020, através do Provimento nº 68/2020 (MPRS, 2020), em seu artigo sexto, determinou que os operadores de dados pessoais seriam os membros, servidores e estagiários da Instituição. Este tipo de determinação não se deu exclusivamente no Órgão Ministerial citado, mas o comportamento tem sido replicado entre Tribunais de outros Estados. Em 22 de Setembro de 2020, foi a vez do Tribunal de Justiça de São Paulo assinar, através da publicação da Portaria assinada pelo presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, no art. 16, definir as regras de tratamento de dados pessoais deste tribunal, designando que os provedores de serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação contratados serão considerados Operadores dentro do Órgão.

Até mesmo o lugar de origem da promulgação da lei, não escapou aos equívocos interpretativos sobre quem deveria ser os Agentes de Tratamento. Em 02 de Setembro de 2020, foi a vez do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, através da publicação da Resolução nº 09 (TJDFT, 2020) - Instituir a Política de Privacidade dos Dados das Pessoas Físicas. No seu artigo 5º quinto ficou definido que o Controlador e os Operadores são respectivamente o Presidente do Tribunal, assessorado pelo Comitê Gestor de Segurança da Informação e Proteção de Dados Pessoais —CGSI, e os servidores e colaboradores que exerçam atividade de tratamento de dados pessoais na instituição ou terceiros, em contratos e instrumentos congêneres firmados com o Tribunal—.

O CNJ, em janeiro de 2021, após notícias desta natureza, publicou a Resolução 363 de 12 de janeiro de 2021, definindo medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos Tribunais (CNJ, 2021), todavia isso não foi impedimento para que interpretações equivocadas acerca dos Agentes de Tratamento continuassem sendo replicadas. Ainda destacamos o Tribunal Regional do Trabalho da décima sexta região, através da portaria GP Nº 20/2021, em 21 de fevereiro de 2021, em seu artigo primeiro definiu o exercício da função de controlador para o Presidente do Tribunal, replicando, mais uma vez, as mesmas concepções dos demais exemplos.

Seguindo a lógica de repartição por hierarquia, se alguém ocupa o cargo de Juiz dentro de um Tribunal, este deveria figurar como Controlador enquanto os funcionários, estagiários e congêneres seriam os Operadores. Todavia, quem faz esse exercício hermenêutico errôneo durante a

definição dos Agentes de Tratamentos, ignoram a dinâmica do dia a dia destas pessoas, ignorando, inclusive, as exigências que a própria lei impõe a estes cargos e como isto pode ser conflitante nas funções destes agentes. Em consectário lógico, caso os Juízes dos Tribunais fossem mantidos como Controladores, por exemplo, caberia também a eles fazerem relatórios de impactos; comprovar consentimentos dos titulares; realizar comunicações de incidentes de vazamentos de dados; a realização de *due diligence*; ser citado nominalmente nas ações judiciais que envolvem os respectivos vazamentos; responder solidariamente a respeito dos danos oriundos disto; e demais obrigações que demonstram o quão esse raciocínio é impraticável no mundo real. Sendo cada vez mais evidente que a determinação dos Agentes de Tratamento não é definida pela mera função empresarial ou nomeação pública que alguém tem, mas é necessário analisar se esta pessoa, dentro de suas atribuições, realiza efetivamente tratamento de dados pessoais.

Casos como esses, ocorridos a partir do segundo semestre de 2020, expuseram um inicial desentendimento por parte inclusive do judiciário face ao que seria a melhor interpretação da norma. Neste cenário, pode-se recorrer a conceitos já consolidados nas diretrizes anteriormente citadas e publicadas pela Autoridade Europeia de Proteção de dados (European Data Protection Supervisor, Autori - EDPS), desde de 07 de Novembro de 2019, já tinha publicado uma série de diretrizes e conceitos que auxiliam na identificação dos agentes de tratamento dentro da GDPR, ajudando na definição e atribuição de responsabilidades dos agentes, teve o seu conteúdo inclusive replicado na Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado (Governo Brasileiro, 2021b), aqui referenciada.

Estes Agentes de Tratamento descritos por nossa Lei Geral de Proteção de Dados também não devem ser confundidos com a figura do encarregado. Este último, previsto no art. 5º, inciso VIII, da LGPD, em síntese, possui uma função designada por outrem a partir de uma nomeação, enquanto os agentes de tratamento são identificados nos processos a partir das atribuições que já desempenhavam. O encarregado de dados tem uma função de fiscalização, sendo que a participação em qualquer função dentro da empresa que esteja associada com uma ordem de tratamento pode ser tratada como indevida. O encarregado de dados, como define a lei, também não é um agente de tratamento de dados pessoais, como visa o art. 5º, IX da LGPD.

Desqualificação do agente de tratamento de dados pessoais com fundamento nas questões de fato

Como já dito, na GDPR, existe a obrigatoriedade da formulação de um contrato nas circunstâncias em que há uma ordem de dados pessoais do controlador para o operador, como também há riscos jurídicos relacionados à não confecção desses. Na legislação brasileira não existe menção da redação do contrato, mas a sugestão da redação deste tem sido observada como parte de medidas de boas práticas em projetos de adequação. Pode-se dizer então que é ideal que também estes tipos de contratos sejam celebrados inclusive entre sub-operadores do tratamento, ainda entre co-controladores, a fim de melhor elucidar eventuais questionamentos sobre o tratamento e finalidade dentro de uma mesma operação de tratamento de dados pessoais.

Neste cenário, havendo sempre a possibilidade de que aconteçam equívocos nas nomeações dos agentes de tratamento, o Brasil tem encontrado apoio somente nos guias orientativos. A busca para fornecer um modelo-base para identificação dos agentes de tratamento e sua dinâmica relacional também é melhor conduzida à medida que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados continue protagonizando este debate nos seus aspectos fundamentais, considerando que, por mais elucidativas que sejam suas resoluções, sempre haverá espaço para constante aperfeiçoamento e adaptação desses agentes a cada contexto que estejam inseridos. Porém, isto não vai de maneira alguma limitar o exercício da liberdade de livre contratação e bem confecção dos contratos de tratamento de dados pessoais, considerando que estes não têm forma solene e que uma das partes pode atuar de má fé.

Um agente de tratamento pode contratualmente, especialmente face a um outro agente de tratamento economicamente inferior, utilizar da sua posição privilegiada para garantir contratos em que este se escusa de certas obrigações pelas cláusulas em contrato definidas, especial nos casos em que ele prefere assumir determinado papel como agente de tratamento para evitar responsabilidades legais. Isto pode acontecer quando o controlador pede para assumir contratualmente a postura de operador, apesar de dar a ordem de tratamento ou pede para que o operador assuma a posição de co-controlador. Uma empresa de grande porte, que economicamente são as que têm mais força tanto no mercado, quanto politicamente, podem possivelmente influenciar e garantir para com agentes de tratamento de menor porte a celebração de contratos onde adotem de cláusulas contratuais em que estes absorvam deveres e cedam direitos subjetivos e potestativos.

Outra circunstância é quando a empresa controlador de dados pessoais prefere re-contratar um colaborador ou contratar um colaborador como MEI (Micro Empreendedor Individual) ou SLU (Sociedade Limitada Unipessoal), pessoas jurídicas em que figuram somente um indivíduo, reflexo muitas vezes de situações de precarização das relações trabalhistas em vez de realmente indivíduos empreendendo de maneira autônoma (Ribeiro, 2022). Estes casos são especialmente interessantes para a contratação de agentes de tratamento de grandes empresas, especialmente porque a ANPD publicara a Resolução CD/ ANPD nº 2, que flexibiliza uma série de normas da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte. Nesta circunstância, a responsabilização de tais agentes, cuja responsabilidade pelo seu tratamento é limitada normativamente devido à sua condição econômica, pode ser de resolver um problema de ordem caso agentes de tratamento de grande porte imputem a estes suas obrigações e deveres.

No que tange, a CD/ANPD Nº 2/2022, merece atenção no sentido de a flexibilização para os microempreendedores, e para facilitar para os agentes de tratamento, trazendo a definição sobre o aspecto da aplicação da LGPD, e dessa forma, para ter cautela sobre ‘o tratamento de alto risco, vide art.4º e seus incisos, traz o conceito “cuidado” em atenção ao tratamento de dados pessoais e sensíveis que possam afetar interesses e direitos fundamentais dos titulares de dados, para que não ocorra danos materiais ou morais, em larga escala, o qual venha ascender a um maior número de usuários, uso de novas tecnologias, e também se houver qualquer característica sobre vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público, dando a sensação que, ao se deparar com essa resolução, percebe-se que existe um aproveitamento sobre as obrigações do agente de tratamento das empresas de pequeno porte quando há a responsabilidade sobre a titularização deles classificados como agentes de tratamento de pequeno porte, uma vez que, ficam resguardadas em grande parte de responsabilidade, quando pode pôr em risco o tratamentos de dados.

Comentando o Art. 29 WP, na Opinion 1/2010, a professora Viviane Maldonado (Nóbrega & Opice, 2019) relembra algumas considerações que ajudam na identificação do controlador, em três tipos de natureza. A primeira delas seria o controlador decorrente de competência legal explícita; seria quando a legislação expressamente o nomeia. O segundo seria o controlador decorrente de competência legal implícita, ou seja, as funções usuais da entidade o determina. Por último, seria o controlador oriundo de uma influência concreta; sendo aqueles que avaliam as circunstâncias de cada caso para sua identificação. Para esta, o que seria fundamental para identificação do

controlador é essencialmente determinar quem dá a ordem de tratamento de dados e quem está executando a ordem de tratamento - ou seja, questões de fato, ou uma influência concreta na operação de tratamento.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento de uma cultura de proteção de dados no Brasil encontra diversos tipos de desafios ante a ausência deste tipo de preocupação ter sido mais internalizada no dia-a-dia dos brasileiros. Tais problemas se acentuaram ainda mais em razão da nossa atual hiperconectividade com os meios de comunicação que utilizamos diariamente. Dificuldade quanto à análise destes Agentes é fruto da forma simbiótica das atribuições designadas ao Controlador e Operador, e, por possuírem competências e atribuições inter-relacionadas, por vezes natural que haja confusões sobre qual o papel que cada um destes agentes deve desempenhar. Para isso, o contrato ou a declaração de determinado agente tratamento das figuras de controlador e operador não devem se sobressair à realidade fática, garantindo uma melhor aplicação da lei.

Assim como nos demais ramos do Direito Digital, a interpretação acerca da norma e a sua aplicação desassociada de uma observação técnica da norma jurídica tem efeitos negativos automáticos, natureza própria do ciberespaço e seus fenômenos, o que torna a experiência empírica do direito mais tangível e ao mesmo tempo os danos possíveis a serem causados pela má aplicação da norma jurídica também mais facilmente sentidos. A Lei Geral de Proteção de Dados, de descendência do Regulamento Geral de Dados Pessoais, reflete a preocupação da legislação mãe de garantir o direito dos titulares de dados pessoais e, para isso, atribuir responsabilidades e obrigações de maneira clara e distinta a agentes de tratamento que desempenham papéis relevantes e distintos no tratamento de dados pessoais. Num ambiente em que a computação ubíqua é uma realidade cada vez mais sólida, o tratamento de dados pessoais acaba se tornando extensivo e generalizado. A escolha legislativa de regular o tratamento de dados pessoais de acordo com os tipos dados tratados e as hipóteses específicas de tratamento visa garantir que efeitos negativos sejam controlados pela raiz-pelo tratamento de dados pessoais em primeiro lugar - e não na tentativa de delimitar e responsabilizar os agentes de tratamento de acordo com os efeitos/resultados do tratamento. A expectativa condensada na norma é de que o tratamento inadequado de dados pessoais seja qualificado então pela tomada de decisão do tratamento em primeiro lugar, em vez de tentar compreender a extensão da eficiência do tratamento de dados em produzir os efeitos indesejados.

REFERENCIAS

Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais Brasil (ANPD). (2021). Planejamento Estratégico (2021-2023). <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2021-2023.pdf>.

Barretto, R., Brancher, P., Taliberti, C. & Kooketu, V. (2018). Entra em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. <https://www.migalhas.com.br/depeso/281042/entra-em-vigor-o-regulamento-geral-de-protecao-de-dados-da-uniao-europeia>.

Bioni, B. & Monteiro, R. (2016). O Brasil caminha rumo a uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? <https://brunobioni.com.br/blog/2016/05/25/o-brasil-caminha-rumo-a-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>

Bioni, B. (2019a). Calibrando o filtro da razoabilidade: critérios objetivos e subjetivos como fatores de uma análise de risco. <https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/11/BIO001-timbrado-2.pdf>.

Bioni, B. (2019b). *Proteção de Dados Pessoais-A Função e os Limites do Consentimento*. Editora Gen.

Conselho Nacional De Justiça (CNJ). (2021). Resolução 363, de 12 de janeiro de 2021. Atos. 2021. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668>.

Dizer o Direito - Jurisprudência Comentada (2018). Lei 13.709/2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. <https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/lei-137092018-lei-geral-de-protecao-de.html?m=1>.

Doneda, D. (2019). *Da Privacidade À Proteção De Dados Pessoais*. Revista dos Tribunais.

Donda, D. (2020). *Guia Prático de Implementação da LGPD*. Editora Labrador.

European Data Protection Supervisor (2018a). Concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725. https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/concepts-controller-processor-and-joint_en.

European Data Protection Supervisor (2018b). Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processo”. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf.

Governo Brasileiro (2020). Guia de Elaboração de Programa de Governança em Privacidade. https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/guias/guia_governanca_privacidade.pdf.

Governo Brasileiro (2021a). ANPD abre consulta pública e inscrições para audiência pública sobre norma de aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte. <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-abre-consulta-publica-e-inscricoes-para-audien-cia-publica-sobre-norma-de-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-em-presas-de-pequeno-porte>.

Governo Brasileiro (2021b). Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. In Agência Nacional de Proteção de Dados. https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf.

Graves, F. & Gabriel, G. (2020). Right to Not Be Forgotten (Sometimes): Celebrity Privacy Rights in a Data-Driven World (November 20, 2020). *Landslide® Magazine*, 13(2), <https://ssrn.com/abstract=3744484> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3744484>.

How to set up data sharing agreements (2022). *Talend*. <https://www.talend.com/resources/gdpr-set-up-data-sharing-agreements/>.

Information Commissioner's Office (2022a). Data sharing: a code of practice. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/data-sharing-a-code-of-practice/#:~:text=We%20have%20written%20this%20Data,data%20while%20protecting%20people's%20privacy>.

Information Commissioner's Office (2022b). ICO GDPR guidance: Contracts and liabilities between controllers and processors. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/>.

Lopes, A. & Serrat, C. (2020). Requisitos para definição dos agentes de tratamento de dados pessoais. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/requisitos-para-definicao-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-22082020>.

Ministério Público do Rio Grande Do Sul (MPRS). (2020). Provimento N. 68/2020-PGJ. 2020. <https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14204/>.

Monte, D. & Moura, R. (2020). Descomplicando: Agentes de tratamento. <https://www.migalhas.com.br/depeso/326741/descomplicando-agentes-de-tratamento>.

Motta, L. (2021). Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/05/dpbr_relatorio_data_driven_mergers_vf.pdf.

Nóbrega, V. & Opice, R. (Coords.). (2019). *LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. Ed. Revista dos Tribunais.

Opice, B. (2020). General Law of Data Protection in 16 infographics. https://iapp.org/media/pdf/resource_center/opice_blum_lgpd_infographics.pdf.

Pironti, R. (2021). O Controlador e o Operador de Dados na Administração Pública: um risco iminente. <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/pironti-controlador-operador-dados-administracao>.

Presidência da República (2018). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.

Ribeiro, M. (2021). MEI, EI, EIRELI e SLU: Quais são as diferenças? Se você deseja abrir uma empresa, fique informado, aprenda neste artigo quais são as diferenças entre MEI, EI, EIRELI e SLU. <https://www.jornalcontabil.com.br/mei-ei-eireli-e-slu-quais-sao-as-diferencas/#.Ynp6OhNBzAM>.

Roza, T. (2021). Controlador e Operador: quem é quem na LGPD? <https://www.nextlawacademy.com.br/blog/encarregado-controlador-e-operador-quem-e-quem-na-lgpd>.

Ruggiero, E. (2021). Publicada a primeira orientação da ANPD sobre agentes de tratamento e DPO. <https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/fucci-publicada-orientacao-anpd-agentes-tratamento-dados>.

Sampaio, J. (2013). Comentários ao art. 5º, X. In J. J. Canotilho, G. F. Mendes, I. W. Sarlet & L. L. Streck, *Comentários à Constituição do Brasil* (pags. 276-285). São Paulo: Saraiva/Almedina.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). (2020). Resolução 9 de 02 de setembro de 2020. <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2020/resolucao-9-de-02-09-2020>.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2022). *O papel da ANPD na implementação da LGPD nos órgãos públicos* [video YouTube]. https://www.youtube.com/watch?v=e_0_JX0IMvs.

Ustaran, E. (2019). *European Data Protection: Law and Practice*. International Association of Privacy Professionals.

Vainzof, R. (2020) Comentários ao art. 5º, VI e VII. In R. Blum & V. N. Maldonado (Coords.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada* (pp. 96-103). Thomson Reuters Brasil.

2020 tem recorde de abertura de empresas; MEIs crescem em 2,6 milhões (2021). <https://economia.uol.com.br/noticias/edicao/2021/02/02/2020-tem-recorde-de-abertura-de-empresas-meis-crescem-em-26-milhoes.htm>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EFEITOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

EFFECTOS DE LA RELATIVIZACIÓN DE LA COSA JUZGADA

EFFECTS OF THE RELATIVIZATION OF RES JUDICATA

ROBISON FRANCISCO PIRES*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a12

Resumo

Este artigo aborda a importância do instituto da coisa julgada na pacificação dos interesses e das controvérsias. Por ser um instituto secular, analisam-se suas origens históricas, suas contínuas modificações diante de novos paradigmas do direito e a sua permanência no sistema jurídico. Compara-se posicionamentos doutrinários favoráveis à segurança jurídica - isto é, à manutenção do dogma da coisa julgada, com exceção das hipóteses típicas que afastam a validade da sentença - e os que defendem a relativização da coisa julgada diante do

* Mestrado em andamento em Direito, Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Especialização em andamento em Especialização Lato Sensu em Direito Tributário, Complexo Educacional Renato Saraiva, Graduação em DIREITO, ICESP, Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0390-1480>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=PrFe3QsAAAAJ> Correo electrónico: r.fpires@hotmail.com

princípio da justiça, já que sentenças injustas não devem persistir em tempo nenhum. Por fim, verifica-se quais são os efeitos generalizados que este fenômeno gera no sistema jurídico, tais como o aumento da litigância, a insegurança jurídica e a seleção adversa das demandas.

Palavras-chave: coisa-julgada, relativização, litigância, segurança jurídica, seleção adversa.

Resumen

Este artículo aborda la importancia del instituto de la cosa juzgada en el arreglo de intereses y controversias. Por ser un instituto secular se analizarán sus orígenes históricos y sus continuos cambios frente a los nuevos paradigmas del derecho y su permanencia en el ordenamiento jurídico. Se comparan las posiciones doctrinales a favor de la seguridad jurídica —esto es, el mantenimiento del dogma de la cosa juzgada, con excepción de las típicas hipótesis que descartan la validez de la sentencia— y las que defienden la relativización de la cosa juzgada frente del principio de justicia, ya que las sentencias injustas no deben persistir en el tiempo. Finalmente, se verifica cuáles son los efectos generalizados que este fenómeno en el ordenamiento jurídico, tales como el aumento de la litigiosidad, la inseguridad jurídica y la selección adversa de demandas.

Palabras clave: cosa juzgada, relativización, litigio, seguridad jurídica, selección adversa.

Abstract

This article discusses the importance of the *res judicata* (“claim preclusion” or “a matter decided”) institute in the pacification of interests and controversies. As it is a secular institute, its historical origins, its continuous changes in the face of new paradigms of law and its permanence in the legal system are analyzed. Doctrinal positions in favor of legal certainty are compared - that is, the maintenance of the *res judicata* dogma, with the exception of the typical hypotheses that rule out the validity of the judgment - and those that defend the relativization of *res judicata* in view of the principle of justice, since unjust sentences must not persist at any time. Finally, the generali-

zed effects that this phenomenon generates in the legal system are verified, such as increased litigation, legal uncertainty and adverse selection of demands.

Keywords: *res judicata*, relativization, litigation, legal certainty, adverse selection.

Sumário: Introdução; 1. A dogmática da coisa julgada; 1.1 Contexto histórico e filosófico; 1.2 Conceito de *res iudicata*; 1.3 Fundamentos da coisa julgada; 2. A relativização da coisa Julgada; 2.1 Argumentos favoráveis à relativização da *res iudicata*; 2.2 Aspectos históricos da relativização da *res iudicata*; 3. Efeitos da Relativização da *res iudicata*; 3.1 O Direito e seu estatuto científico; 3.2 Desestabilização dos fundamentos do Direito como efeito da relativização da coisa julgada; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O instituto da coisa julgada tem suas origens remotas no direito romano. A sua concepção e persistência ao longo dos séculos tem um motivo muito simples: o direito não pode conviver com discussões infinitas, com a eternização dos litígios e a insegurança social. Assim, uma das mais importantes finalidades do sistema jurídico é a de pacificar os interesses contraditórios e talvez tenha sido este o motivo da longevidade da *res iudicata*.

O primeiro capítulo aborda contexto histórico e doutrinário em que surge a concepção de coisa julgada e as razões pelas quais o instituto é apto para a pacificação das controvérsias afim de que não haja a perpetuação da dos conflitos que naturalmente surgem em qualquer agrupamento social.

São expostos e analisados, no capítulo segundo, os posicionamentos favoráveis à relativização com base na ponderação entre o princípio da justiça e da segurança jurídica. Advogam estes doutrinadores que nenhum princípio é absoluto e que nenhum sistema jurídico pode suportar uma sentença injusta. Além disso, há um breve esboço do contexto histórico em que surgiu a discussão da relativização da coisa julgada.

Por fim, abordam-se os efeitos da relativização da coisa julgada no direito como um todo a partir da hipótese de que todas as decisões transitadas em julgado são passíveis de revisão.

Utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e comparação histórica do instituto, na perspectiva qualitativa, hermenêutico-descritiva. A diretriz fundamental foi a de analisá-lo tal como foi concebido e as modificações que sofreu ao longo do tempo e como estas alterações produz efeitos adversos ao sistema jurídico.

A DOGMÁTICA DA COISA JULGADA

A coisa julgada sempre foi vista como um instituto intocável, um verdadeiro dogma que não está sujeito a alterações e relativizações. A ocorrência da coisa julgada no mundo jurídico era tida como presunção de verdade, sustentada desde Ulpiano como *res iudicata pro veritate habetur*, isto é, que ela vale como verdade e tinha efeitos absolutos: seria capaz de transformar o preto no branco, o preto no quadrado, o falso no verdadeiro. Obviamente há exageros quanto à caracterização do instituto, mas o fato é que se trata de um importante instrumento de pacificação social (Batista, 2003; Câmara, 2008; Júnior & Nery, 2018). Não obstante a sua posição his-

tórica que a considera elemento permanente e dogmático do direito, a *res iudicata* tem sofrido significativas modificações, seja mediante previsão em normas abstratamente, seja por decisões judiciais que a condicionam ao critério da constitucionalidade e da justiça.

Contexto histórico e filosófico

A abordagem do instituto da coisa julgada requer, necessariamente, um enfoque histórico, que regressa à antiguidade, que não somente diz respeito à aplicação contextual deste mecanismo, mas ao caráter mitológico do papel do direito. Tanto em sua origem grega quanto romana, a atividade judicante implica a adjudicação de um direito a alguém. Nas origens gregas, a deusa Díkê (Δίκη) administra a justiça, tendo à sua mão direita uma espada e na esquerda uma balança, com a ausência do fiel ao meio. A atribuição era feita quando se igualavam os pratos na balança. Na simbologia mitológica romana, o papel é representado pela Deusa *Iustitia*, que possui olhos vendados e uma balança com o fiel ao meio. Estando o fiel no prumo (*rectum*), atribui-se o direito à parte correspondente. Quando se trata de direito de fundo religioso ou em que haja um contexto mitológico de atribuição de direitos e deveres, a certeza e a justiça da decisão não são submetidas ao crivo da dúvida e da revisão pelos mortais. Com exceção das próprias divindades, que é o caso do belo retrato da tragédia grega Oréstia escrito por Ésquilo, em que Atenas aplaca a ira das fúrias das devido ao processo que inocentou Orestes por um matricídio (Climnestra), por ter sua mãe assassinado seu pai Agamemnon. Afirma a deusa: “deveis evitar que vossa imensa cólera vos estimule a perseguir encarniçadamente os homens!” (Ésquilo, 2014, p. 185). A irresignação não é um sentimento exclusivo dos homens, conforme o demonstra a história contada por Ésquilo. Contudo, a pacificação é sempre necessária e nenhuma obrigação pode se eternizar, sob pena de tornar a vida insuportável.

Para análise do instituto, abordar-se-á, brevemente, sua raiz romana, pelo aspecto externo, que há um esboço dos respectivos momentos históricos que dão base aos institutos jurídicos. Aborda-se, do mesmo modo, o aspecto interno, no qual são investigados os institutos em si mesmos, já inseridos no contexto histórico.

Sebastião Cruz adota o critério que divide a história do Direito Romano em quatro épocas históricas: a arcaica (753 a. C.-130) que se inicia no período da fundação lendária de Roma e termina em 130 a. C. com *Lex Aebutia de Formulis*; a clássica (130 a. C.-230 d. C.), em que se inaugura o *agere per formulas*; a pós-clássica (230-530), que é a pior fase do direito romano, sem individualida-

de própria e a justinianeia, (530-565) (Cruz, 1984, pp. 39-51). O período arcaico (753 a. C.-130 a. C.) é a época em que estado romano inicia sua formação, mas ainda de forma rudimentar, sem a separação entre as esferas religiosa, jurídica e política, além de ser um direito privativo dos *cives* – *ius civile* (somente a partir de 242 a. C. é que se cria um direito aos *non cives*, isto é, o *ius gentium*); o período clássico (130 a. C.-230 d. C.) diz respeito à fase da culminação do direito romano, considerado modelo para as civilizações seguintes. Atinge-se a exatidão do direito, característico da estilização da casuística, ou seja, abstração de elementos jurídicos não essenciais ao caso concreto, criando-se elemento jurídicos não especulativos para o caso em análise; o período pós clássico (250-530) se caracteriza por um momento sem individualidade própria, de intensa reelaboração anônima dos conceitos anteriores, mediante compilações e resumos, além de ser identificado pela confusão terminológica e conceitual, simplificação dos institutos, sobretudo pela influência do direito local, dos povos dominados pelos romanos e pelos povos bárbaros. É conhecido como Direito Romano vulgar – *Vulgarrecht*; o último período é conhecido como época justinianeia (530-565). Inicia-se com a elaboração do *Corpus Iuris Civilis* até a morte do imperador Justiniano. Caracteriza-se pela generalização, atualização e compilação *Ius Romanum* (Alves, 2012; Cruz, 1984, pp. 43 - 51; Pepino, 2006).

Esta é a metodologia utilizada por Sebastião Cruz. Quanto ao aspecto externo, ele adota o critério que divide a história do Direito Romano em quatro épocas históricas: arcaica; clássica; pós-clássica; e justiniana (Cruz, 1984, p. 43). Quanto ao aspecto interno, são relevantes os seguintes períodos processuais:

1. *Legis Actiones* (até 149 a. C.): o direito era considerado um conjunto de ações e o processo constituía-se sob a forma oral. Ele possuía duas fases: uma, *in iure*, perante o *praetor*¹ —que dizia o direito, o *iuris—dictio*; e a fase *apud iudicem*,² perante o *iudex*,³ que era encarregado das questões de fato (Pepino, 2006, p. 28).

1 “A ‘fase in iure’ [...] era importantíssima; decisiva para a vida do processo. Aí se verificava o *ius dicere*, uma afirmação solene da existência ou não do direito” (Cruz, 1984, p. 69). Em relação ao termo *praetor*, tratava-se, inicialmente, de um oficial supremo. Com a *Lex Licinia Sextia*, tornou a função de *praetor* como a de magistratura. Era o cargo mais alto da república, estando abaixo do cônsul. Para maiores detalhes (Berger, 1953, p. 647).

2 “Na 2.ª fase, chamada ‘*apud iudicem*’, é que se apreciava a questão de facto, sobretudo o problema da prova, e se dava a sentença; esta fase desenrolava-se perante o *iudex*, que não era magistrado, mas um particular, e, portanto distinto do pretor” (Cruz, 1984, p. 69).

3 Para Berger, tratava-se de um juiz privado e sujeito às instruções estabelecidas na formula. (Berger, 1953, p. 518).

2. *Lex Aebutia de formulis*⁴ (de 149 a. C. a III d. C.) —período do *ius honorarium*⁵— *ius gentium*. Surge para mitigar o intenso formalismo da *legis actiones*.
3. Fase da *Cognitio Extraordinaria*⁶ —em que há a institucionalização da justiça pública com o marco em 27 d. C.

Nas etapas das *legis actiones* e *Lex Aebutia de formulis*, a eficácia da sentença era resultado do compromisso das partes. Na terceira etapa, o Estado assume a função pública de administrar a justiça e a sentença. Trata-se de ato dotado de *ius imperium*, ainda que neste período a coisa julgada se confunde com o próprio objeto do litígio. (Pepino, 2006, p. 29). Este processo da institucionalização da definitividade da sentença ocorreu lentamente por diversos séculos em que se transitou de um procedimento de duas fases, com um juiz privado para uma única etapa mediante a adjudicação estatal.

A partir desta origem romana, parte-se para a discussão doutrinária, baseando-se no direito romano para se definir a natureza da coisa julgada, se é efeito da sentença, ou se é atributo da própria sentença. Além disso, discute-se qual é o fundamento da coisa julgada.

Liebman (1984) inicia esta discussão ao afirmar que é uma opinião comum considerar a coisa julgada como efeito da sentença e que esta ideia se baseia na tradição romana ao se sustentar que a *actio* bastava para configurar a *res iudicata*, porque o resultado do julgamento não diferia, em nada, das outras obrigações. Deste modo, “para os clássicos era a *res iudicata* verdadeiramente o único e exclusivo efeito do *iudicatum* e sem que, por isso, viesse a significar a atribuição duma eficácia especial, visto como aquele não exorbitava do campo das relações obrigatórias” (Liebman, 1984, p. 4).

A autoridade da sentença tinha origem na presunção da verdade, de origem justiniana e que se difundiu pelo medievo até o início do processo de codificação do direito, em especial o Código Civil Napoleônico que atribuiu à coisa julgada uma presunção legal, no art. 1350, ao se afirmar que “La

4 A substituição das *legis actiones* pela *Lex Aebutia Formulis* (processo formulário) deu-se pelo excesso de formalismo do primeiro momento histórico (Alves, 2012, p. 219).

5 O *ius honorarium* é todo poder que não é *ius civile* e deriva da magistratura (Cruz, 1984, p. 298).

6 Trata-se de um procedimento da época imperial, em que a justiça se estabeleceu no próprio Estado. Era adotado tanto em disputas privadas quanto em casos criminais. A característica mais marcante da *cognitio extraordinária* é que as duas fases *in iure* e *apud* foram abolidas e o processo transcorria diante de uma única autoridade (Mousourakis, 2015, p. 157).

présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits, tels sont, [...] 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée"⁷ (France, 1804). Antônio do Paso Cabral, citado por Senra, afirma que “Ulpiano sustentava, no célebre aforisma *res iudicata pro veritate habetur*, que a coisa julgada ‘vale como verdade’” (Pepino, 2006, p. 29; Senra, 2019, p. 80).

Savigny desenvolve uma teoria da coisa julgada como ficção da verdade. (Pepino, 2006, p. 30). Senra resume os posicionamentos doutrinários sobre a natureza da coisa julgada:

Na vertente das (a) teorias materiais, situar-se-iam os entendimentos da coisa julgada como: a.1 presunção da verdade (Ulpiano); a.2 ficção da verdade (Friedrich Carl von Savigny), ou a.3 *lex specialis* (Oskar von Bülow, Otto Bachmann). Já na vertente das (b) teorias processuais, teríamos os entendimentos da coisa julgada como: b.1 presunção de autoridade (Eduardo J. Couture); b.2 eficácia da declaração (Konrad Hellwig); b.3 extinção do dever jurisdicional (Ugo Rocco e Guilherme Estellita), ou b.4 qualidade da sentença e de seus efeitos (Enrico Tullio Liebman). Já na vertente das (b) teorias processuais, teríamos os entendimentos da coisa julgada como: b.1 presunção de autoridade (Eduardo J. Couture); b.2 eficácia da declaração (Konrad Hellwig); b.3 extinção do dever jurisdicional (Ugo Rocco e Guilherme Estellita), ou b.4 qualidade da sentença e de seus efeitos (Senra, 2019, p. 80).

Chiovenda, no sec. XX, identifica a autoridade da coisa julgada na vontade do Estado, aplicando a lei ao caso concreto, mediante declaração da vontade da lei (Liebman, 1984; Pepino, 2006). Assim, Chiovenda relacionou a sentença com o elemento “imperativo, ao ato de vontade contido na sentença, não pode deixar de ver na coisa julgada senão uma produção de certeza indiscutível” (Liebman, 1984, p. 16). Liebman critica estes posicionamentos e defende que a autoridade da coisa julgada não se caracteriza como um efeito da sentença, mas a vê como um modo, uma manifestação e produção de seus efeitos (Liebman, 1984, p. 40).

7 Tradução livre: “A presunção legal é aquela que a lei especial atribui a certos atos ou a certos fatos, tais como, [...] 3° A autoridade que a lei atribui à coisa julgada.”

Conceito de *res iudicata*

Entende-se por coisa julgada como uma situação jurídica, mediante cognição exauriente, ocorrida após o trânsito em julgado e marcada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, a fim de conferir segurança jurídica e um mínimo de previsibilidade ao direito (Dinamarco, 2001; Ramina, 2016; Senra, 2019). Trata-se da essência da jurisdição. Couture afirma que “Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada”⁸ (Couture, 1958).

Deste modo, a coisa julgada é a razão de ser da jurisdição. Trata-se de uma verdadeira garantia constitucional que recebe a sua legitimidade social e política da necessidade de se garantir a previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, que é um importante elemento apaziguador dos conflitos sociais. Isso ocorre porque todo processo judicial é um potencial gerador de angústias e incertezas (Dinamarco, 2001) e todo sujeito racional, que não utilize do processo com a finalidade única de prejudicar ou para satisfazer exclusivamente sentimento pessoal, possui interesse na conclusão do processo, ainda que sucumbente, porque quando os procedimentos são previsíveis e há segurança no direito, há possibilidade de pacificação e concordância com os resultados, ainda que, ressalte-se, contrários aos interesses da parte. De acordo com Luhman, o resultado do processo distancia-se dos conflitos iniciais que o oportunizou, permitindo-se uma maior aceitação do término da relação processual. A comunicação efetiva das partes durante um processo, mediante relação dialética, são elementos fundamentais para atribuir legitimidade ao procedimento (Port, 2015, p. 170) e gera maior estabilidade social.

De acordo com Tércio Sampaio Júnior, Luhman compreende a sociedade como um todo estruturado que exclui o homem particular deste sistema, isto é, o sentido do sistema social não coincide com o do homem concreto. O direito é, por conseguinte, um elemento e um limite definidor das ações humanas, que a todos se impõe e que estabiliza as perspectivas particulares dos indivíduos, de modo a afastar as ilusões. O sistema, para Luhman é um todo diferenciado, mas que se diferencia do mundo circun-

8 Tradução livre: “Se o ato não adquire, de forma efetiva ou eventualmente, autoridade de coisa julgada, não é jurisdiccional. Se um ato adquire autoridade de coisa julgada, é jurisdiccional. Não há jurisdição sem a autoridade da coisa julgada.”

dante. Todo sistema reduz possibilidades de ocorrência dos fenômenos, isto é, não é aberto e contingente. Assim, a estrutura do sistema se opõe à instabilidade. O problema proposto é: até que ponto o direito como estrutura se legitima? Assim, uma estrutura legítima é entendida como aquela que é apta a gerar aceitação de decisões ocorridas no seio desta conjuntura. Não se busca uma decisão última, um regresso ao infinito, numa ideia do primeiro motor aristotélico, mas baseia-se a legitimidade pelo procedimento inerente à tomada de decisão. Especificamente ao procedimento judiciário, o conflito direto entre as partes é minimizado mediante a substituição do processo decisório por diversos sujeitos em instâncias distintas. Nesta perspectiva, a natureza dos procedimentos judiciais induz a uma maior aceitação do resultado. (Luhmann, 1980).

Quanto à distinção entre coisa julgada formal e material, pode-se afirmar que a primeira diz respeito à preclusão das possibilidades de dar continuidade à discussão por meio de recursos, além de ser uma qualidade da sentença e a segunda refere-se à autoridade deste fenômeno, por meio da imutabilidade dos efeitos substanciais de uma sentença de mérito e que está condicionada à formação da coisa primeira (Almeida; Brito, 2010; Dinamarco, 2001; Liebman, 1984).

Fundamentos da coisa julgada

A decisão judicial é uma das únicas que é apta a gerar a coisa julgada - admite-se o trânsito em julgado da sentença arbitral após o prazo decadencial *in albis* de 90 dias, previsto no art. 33, §1º da lei 9.307 de 1996 (Presidência da República, 1996). Isso ocasiona a impossibilidade de se discutir uma decisão judicial, com exceção das hipóteses típicas de ação rescisória.

O argumento fundamental dos que defendem a indiscutibilidade da coisa julgada apoia-se na segurança que este instituto produz, isto é, baseia-se nos resultados estáveis de uma demanda com trânsito em julgado, ainda que a sentença não alcance a maior justiça no caso concreto. Além disso, o processo é o “instrumento de acesso à justiça, mas não há justiça sem segurança jurídica” (Góes, 2008, p. 17).

A decisão judicial transitada em julgado é um instrumento de pacificação social. Sem o caráter de definitividade para apaziguar os conflitos, a sociedade se torna um lugar insuportável de conflitos constantes, o que é similar ao estado do homem sem sociedade.

Hobbes afirma que os homens em seu estado natural, antes de entrarem na sociedade, viviam numa Guerra de todos contra todos. “It cannot be deny’d but that the natural state of men, before they entr’d into Society, was a meer War, and that not simply, but a War of all men, against all men”⁹ (Hobbes, 1983, p. 49). No Leviathan, Hobbes afirma que a condição do estado de natureza, de absoluta Liberdade, implica anarquia e condição de Guerra.

That the condition of mere nature, that is to say, of absolute liberty, such as is theirs that neither are sovereigns nor subjects, is anarchy and the condition of war: that the precepts, by which men are guided to avoid that condition, are the laws of nature: that a Commonwealth with- out sovereign power is but a word without substance and cannot stand¹⁰ (Hobbes, 2017, p. 218).

Para Hobbes, o medo obriga o homem a atribuir ao Estado o poder para conciliar os interesses individuais. Trata-se, segundo Luciano de Crescenzo, do egoísmo hobbesiano (Crescenzo, 2012). Deste modo, as decisões judiciais definitivas possuem finalidade social relevante, afastando o egoísmo hobbesiano do estado de natureza em que cada um somente atinge o seu próprio interesse a qualquer custo, ainda que com suporte em mecanismos de violência. Por isso, quando o Estado toma para si a solução de conflitos com definitividade, ele se torna o mais importante elemento de pacificação, porque impede o exercício indiscriminado da autotutela.

Deste modo, para Ihering, o fim do direito é a paz. “Meio, por mais variado que seja, reduz-se sempre à luta contra a injustiça. A ideia do direito encerra uma antítese que se origina nesta ideia, da qual jamais se pode, absolutamente, separar: a luta e a paz; a paz é o termo do direito, a luta é o meio de obtê-lo” (Ihering, 2007). Diante disto, neste entendimento da coisa julgada a partir da segurança, é preferível a existência de uma sentença parcialmente injusta do que uma sentença impugnada a todo momento, porque aquela é um instituto apto a, potencialmente, apaziguar os conflitos.

9 Tradução livre: “Não se pode negar que o estado natural dos homens, antes de entrarem na sociedade, era uma mera guerra, e que não simplesmente, mas uma guerra de todos os homens, contra todos os homens.”

10 Tradução livre: “Que a condição da mera natureza, isto é, da liberdade absoluta, tal como a deles que não são soberanos nem súditos, é anarquia e condição de guerra: que os preceitos, pelos quais os homens são guiados para evitar essa condição, são as leis da natureza: que uma Comunidade sem poder soberano é apenas uma palavra sem substância e não pode subsistir.”

O processo é um mecanismo de construção individualizada da norma jurídica (Presidência da República, 1988) e a justiça deve ser revelada no processo, mediante contraditório e ampla defesa, por meio de procedimentos e garantias processuais que assegurem a participação e o lugar de fala dos sujeitos. Por conseguinte, adotando-se a teoria de Habermas de ação comunicativa, o processo adequado pressupõe a razão comunicativa e requer a participação de todos os envolvidos. Por essa razão, a sentença deve ser o resultado do que for produzido durante a instrução, mediante a produção de um discurso compartilhado (Lima, 2019, p. 11).

Ao contrário da razão comunicativa, a razão instrumental nasce da necessidade humana de dominar a natureza, de acordo com Max Horkheimer, citado por Reale e Antiseri (2006, p. 477). A razão é identificada com dominação, por meio de uma “radicalização da racionalização no sentido weberiano” e que desfaz os modos de viver independentes da coerção (Bettine, 2021, p. 9). Por isso, a participação dos sujeitos processuais e a justificação das decisões durante o processo gera relações interativas e comunicativas e afastam, em tese, a dominação por uma razão estritamente instrumental.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Será abordado neste capítulo as posições doutrinárias favoráveis à relativização da coisa julgada e os motivos delineados pelos respectivos autores que justificam graduar a segurança jurídica em favor de outros princípios igualmente relevantes, como a justiça da decisão. Aborda-se, também, o contexto histórico em que surge a tese da necessidade da relativização, primeiramente com o instituto da *querela nullitatis insanabilis* e *Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen* (Lei de Intervenção do Ministério Público no Processo civil).

Argumentos favoráveis à relativização da *res iudicata*

Autores como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e o ex-ministro José Delgado do Superior Tribunal de Justiça advogam que a coisa julgada não merece prosperar quando há determinadas decisões que se constituem em teratologias e que atingem valores como a justiça e a constitucionalidade das leis. Deste modo, eles entendem que é possível a existência de um processo que anule a coisa julgada quando a decisão estiver corrompida (Almeida & Brito, 2010, p. 177). A professora Gisele Leite

afirma que dogma da coisa julgada é incompatível com os novos tempos, com a dinâmica que marca o sistema social e a justiça e que ele não atende aos objetivos do processo. Afirma ainda que “chega um dia em que a necessidade de certeza cede a vez à necessidade de eticidade e solidariedade” (Leite, 2008).

Para Humberto Theodoro, a segurança jurídica não é um princípio absoluto e pode, em determinadas circunstâncias, ser superada pelo princípio da justiça, o que ocorre, por exemplo, com as hipóteses legais que admitem ações autônomas de impugnação típicas.¹¹ Afirma que “segurança jurídica e justiça são, aliás, os dois elementos essenciais aos fundamentos do Estado de Direito. A ordem jurídica procura constantemente harmonizá-los” (Júnior, 2006, p. 38).

Os relativistas da coisa julgada acolhem a tese de que é “insuportável conviver num sistema processual em que uma decisão de carga lesiva não possa ser revertida” (Góes, 2008, p. 164). Ademais, o princípio da segurança jurídica não pode desfazer a lógica nem gerar decisões absurdas e, por este motivo, pondera Góes (2008) que “o dogma da coisa julgada de Scassia que ‘faz do branco preto, do quadrado redondo e do falso verdadeiro’, não pode mais subsistir” (p. 164).

Ada Pellegrini Grinover, citada por Dinamarco (2001), relata um caso cuja controvérsia versava sobre uma anulação de escritura de reconhecimento de filiação. O argumento utilizado era pela falsidade ideológica dado que o declarante seria impotente naquela época e que a concepção do filho não se sustentava, porque eles não haviam tido nenhum relacionamento quando ele foi gerado. A ação foi julgada improcedente e transitou em julgado. Na tentativa de reavaliar a possibilidade de ajuizamento de nova ação declaratória de nulidade, a professora Grinover ponderou que não havia óbice da coisa julgada para o ajuizamento da ação. Dinamarco relata que agiu corretamente Grinover porque deve haver um equilíbrio entre segurança jurídica

11 Art. 966 do Código de Processo Civil-CPC: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” (Brasil, 2015).

e justiça na práxis processual. Afirma, outrossim, que, de acordo com Pontes de Miranda, “se levou longe demais a noção de coisa julgada” que não é considerada de forma dogmática em outros sistemas jurídicos, e, g., como os Estados Unidos.

Outro caso digno de nota diz respeito a um outro parecer, desta vez produzido por Humberto Theodoro, emitido para a Procuradoria do Estado de São Paulo, em que se propugnava pela relativização de decisão judicial definitiva em relação a multiplicidade de sentenças que condenavam o Estado de São Paulo a indenizar o mesmo proprietário pelo mesmo imóvel. Relata o professor que já não cabia mais ação rescisória. O parecer foi acolhido em sede de recurso especial pelo ministro José Augusto Delgado (Júnior & Faria, 2002).

A propósito, o ministro José Delgado foi uma das grandes vozes dentro do poder judiciário que defendeu a relativização da coisa julgada. Considerava que as sentenças que representam uma ofensa à Constituição jamais poderão ter força de coisa julgada, podendo desconstituídas a qualquer tempo (Câmara, 2008, p. 24). Silva (2008) relata um dos votos do ministro em um processo em que discutia sua reabertura baseando-se em rediscussão da paternidade com base em exames de DNA, em que o ministro Delgado propugna que “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma [...] a segurança imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça” (Silva, 2008, p. 311).

Dinamarco propõe uma evolução no sistema de justiça e interpretação sistemática dos princípios constitucionais e do processo civil, uma vez que nenhum princípio é absoluto ou deve ser considerado um fim em si mesmo. Além disso ressalta que a justiça das decisões é o que qualifica o acesso e tutela das decisões judiciais, tornando-se uma preocupação tanto da doutrina quanto dos tribunais no sentido de que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização das incertezas” (Dinamarco, 2003, pp. 222-227).

Aspectos históricos da relativização da *res iudicata*

Em um primeiro momento se analisa o instituto no contexto da evolução das nulidades no direito romano. Na fase *legis actiones*, o reconhecimento da inexistência da sentença ocorria na fase da execução. No processo formulário, a nulidade era entendida como uma sanção ao descumprimento

das normas. Deste modo, após a condenação, era possível contestar a existência ou validade da sentença. No período republicano a anulação de sentenças tinha por base decisões injustas e o instituto hábil ao desfazimento era o *restitutio in integrum* (Júnior, Araujo & Sartori, 2020).

A partir da fusão do direito romano com o germânico, utilizou-se, de modo autônomo, da *querela nullitatis*, instrumento apto a atacar sentenças nulas, maculadas por *error in procedendo*. Já no que concerne às decisões injustas, havia recurso próprio, que é chamada de *appellatio* (Batista, 2003; Júnior, Lima & Novak, 2020). Tais instrumentos eram previstos por prazo definido. Um exemplo é o estatuto de Modena, em 1.327, que previa um prazo de 30 (trinta) dias para a *querela nullitatis* e 10 (dez) dias para a apelação (Ramina, 2011, p. 7).

O instituto teve uma repercussão bem isolada na história do direito português e brasileiro. Apenas com previsões sucintas em legislações esparsas. A primeira previsão está nas Ordenações Filipinas, livro III, título LXXV.¹² Posteriormente, houve a previsão no art. 741, I, do CPC de 1973 (Presidência da República, 1973) e no art. 525, §1º do CPC de 2015 (Presidência da República, 2015). O instituto da *querela nulitatis* diz respeito ao critério da existência¹³ do ato jurídico e submete-se a ação declaratória. Por estes motivos, não está sujeita a prazos decadenciais. A ação rescisória, por sua vez, adota, para sua justificação, requisito de validade e por isso está sujeita limitação decadencial (Júnior, Lima & Novak, 2020, p. 5).

Outro momento histórico precursor da coisa julgada deu-se com um ato criado durante o III Reich, a Lei de Intervenção do Ministério Público no Processo civil (*Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen* - StAMG), que dava poderes ao Ministério Público para intervir no Processo Civil a fim de avaliar se uma sentença era justa ou não e se atendia aos anseios do povo alemão. Deste modo, se o referido órgão considerasse que a sentença fosse injusta poderia ajuizar uma ação rescisória (*Wiederaufnahme des Verfahrens*). De acordo com o §2º da StAMG, o promotor de justiça do reich (*Oberreichsanwalt*) poderia retomar um processo julgado no prazo de um ano se considerasse que havia problemas graves na

12 Para mais detalhes, consulte: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3p684.htm> (Reino da Espanha, s. f.).

13 Para mais informações sobre os elemento de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia, consulte a obra *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia* de Antônio J. Azevedo (2002, pp. 26-30).

decisão ou entendesse que a decisão fosse incorreta ou injusta. De acordo com Júnior e Nery, “injustiça da sentença era, pois, uma das causas de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista” (Júnior & Nery, 2018, pp. 1.214-1.215). Afirma Arthur Büllow (1949):

Nach § 2 des “Staatsanwaltsgesetzes” konnte der Oberreichsanwalt beim Reichsgericht in rechtskräftig entschiedenen bürgerlichen Rechtssachen der ordentlichen Gerichte binnen eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen, wenn gegen die Richtigkeit der Entscheidung schwerwiegende rechtliche oder tatsächliche Bedenken bestanden¹⁴ (p. 307).

Assim, a relativização era um instrumento de um governo totalitário, que, apesar de estar ancorado em ideais e princípios de justiça, baseava-se em padrões totalmente antidemocráticos e contrários ao direito e é um mecanismo autoritário que não deve ser incentivado. Afirmam, de modo, contundente, Júnior e Nery (2018):

Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com o Estado Democrático de Direito. Desconsiderar a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1.º caput). De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar os seus espectros —vide MS para dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou regra, como demonstra o passado recente da história do processo civil brasileiro—, de sorte que amanhã poderemos ter como regra a não existência da coisa julgada e como exceção, para pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. Essa afirmação é extraída da história do processo civil brasileiro e mundial e não mera especulação ou exercício de adivinhação. A inversão dos valores, em detrimento do Estado Democrático de Direito, não é providência que se deva prestigiar. Anote-se, por

14 Tradução livre: “de acordo com o §2º da StAMG, o promotor de justiça poderia solicitar à Suprema Corte Alemã (*Reichsgericht*) a retomada de procedimentos em casos civis (*bürgerlich*) legalmente decididos dos tribunais ordinários no prazo de um ano a contar da entrada em vigor da lei, se houvesse problemas jurídicos graves ou preocupações factuais sobre a correção da decisão.”

oportuno, que, mesmo com a ditadura totalitária no nacional-socialismo alemão, que não era fundada no Estado Democrático de Direito, os nazistas não ousaram “desconsiderar” a coisa julgada. Criaram uma nova causa de rescindibilidade da sentença de mérito para atacar a coisa julgada. Mas, repita-se, respeitaram-na e não a desconsideraram. No Brasil, que é República fundada no Estado Democrático de Direito, quer-se desconsiderar a coisa julgada, isto é, quer-se ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz (pp. 1214-1215).

Reforçam, ainda, o entendimento de que relativizar a coisa julgada implica ruir os fundamentos do Estado democrático de direito, entendendo-se como postura inadmissível, sobretudo diante de suas raízes históricas nefastas. Ademais, se a tendência de relativizar em excesso a lei e os pressupostos teóricos e históricos que sustentam o Estado Democrático de Direito, se confirmar a longo prazo, a relativização tornar-se-á regra e a segurança jurídica será vista somente como um elemento superado na história do direito e sem nenhuma relevância.

É digno de nota comentário de Lopes em que mencionam o movimento da Escola do Direito Alternativo, que teve suas raízes na Alemanha, que defende a prevalência do justo por natureza a qualquer custo ainda que com o desprezo da lei na hipótese de ela ser insuficiente. Tal posicionamento reacende a secular discussão entre o justo por natureza, com base jusnaturalista, e o justo por convenção, cujo cerne é positivista. Contudo é uma discussão infundável porque não há unanimidade do que se entende pelo justo, em qualquer das linhas que se adote (Lopes, 2001, p. 632). Alguns consideram o direito alternativo um movimento social, outros uma corrente jurídica, outros consideram o movimento apenas uma utopia, de se “construir uma sociedade materialmente justa, profunda e radicalmente democrática” (Bueno & Carvalho, 2004).

EFEITOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Tratar-se-á neste capítulo dos efeitos lógicos da relativização da coisa julgada graduada em sua maior intensidade. Isto é, baseia-se em um sistema jurídico em que todas as decisões judiciais são passíveis de serem questionadas indefinidamente. Tal suposição não adota as hipóteses positivadas de relativização da *res iudicata*, mas naquelas hipóteses baseadas exclusivamente na motivação de injustiça da decisão. Tal ressalva é importante por-

que não se defende que o direito à definitividade das decisões seja absoluta. A perspectiva defendida é que esta decisão não pode estar ao arbítrio do juiz decidir *sponte propria*, com base nos próprios valores, o que seja justo ou não, porque, segundo Goffredo Telles Junior, citado por Lopes, trata-se “do poder não fundado na lei, o poder contra a lei, é o poder discricionário. E exatamente, o poder que odiámos, porque é o poder dos ditadores e dos tiranos” (Lopes, 2001, p. 632).

O Direito e seu estatuto científico

A finalidade do positivismo jurídico foi a de tornar o estudo do direito característico das ciências naturais, físico matemáticas. O principal elemento destas ciências é que o valor é totalmente desconsiderado e não possui nenhuma relevância nestes padrões epistemológicos. Assim, diferenciam-se os juízos de fato dos juízos de valor. Radbruch afirma que Kant ensinava sobre a impossibilidade de se derivar do ser o dever ser. É uma contradição nos termos extrair valor dos fatos. Os valores somente operam por dedução, enquanto as ciências naturais segue a lógica da indução. (Radbruch, 1997, pp. 47-48). Às ciências importam somente os juízos de fato. Isso ocorre porque os juízos de valor significam um posicionamento diante do real, isto é, a sua formulação tem por fim angariar posições e decisões a uma determinada linha de pensamento, enquanto o juízo de fato simplesmente informa, sem nenhum caráter prescricional (Bobbio, 1995, pp. 135-138).

Ainda que se tentasse pensar o direito numa amplitude puramente fática, tal entendimento não prosperou, uma vez que o próprio direito define valores que são relevantes para a convivência social e os escolhe como elementos norteadores das relações intersubjetivas (Almeida & Brito, 2010, p. 180). O paradigma se alterou em um momento pós-positivista, ao se atribuir normatividade aos princípios,¹⁵ equiparando-os às normas,¹⁶ de modo a se aproximar o direito de parâmetros éticos. Não é o objetivo deste artigo abordar distinções entre regras e princípios e as diretrizes da nova hermenêutica constitucional (Barroso & Barcellos, 2003, p. 147), apenas houve indicações de autores de peso sobre o assunto em notas a fim de que se possa buscar um

15 Alexy atribui tanto às regras quanto os princípios o conceito de norma (Alexy, 1993, pp. 83-86).

16 Para Dworkin (1997), a diferença entre normas e princípios baseia-se numa distinção lógica. Eles estabelecem padrões de decisões, contudo com metodologia diversa. Enquanto as regras são aplicadas na sua totalidade ou totalmente descumpridas, os princípios admite ponderação.

maior aprofundamento. A questão central é desta relação entre regra e princípio e, sobretudo, da prevalência deste princípios sobre aquela. Ademais, é relevante a crítica de Humberto Theodoro. Ele desaprova a subversão cultural da modernidade que destrói valores fundantes da civilização, sejam éticos ou jurídicos. No domínio jurídico, ressalta-se a importância dos valores abstratos que “anulam a importância do direito legislado e fazem prevalecer tendenciosas posições ideológicas, sem preceitos claros e precisos”. De resto, valores atendem à conveniência do intérprete, tornando o aplicador do direito prepotente que define, em última instância, o que bem entender nas circunstâncias concretas do caso em análise. É a famosa afirmação de que cada caso é um caso (Júnior, 2006, p. 17). O direito torna-se casuísmo e imune a previsões. Almeida e Brito destacam o princípio da segurança jurídica, porque no caos nada pode prosperar. Há uma necessidade diante do direito de se estabilizar as relações e conflitos sociais. Constitui-se, por conseguinte, numa garantia e num direito fundamental frente ao Estado.

O Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. E nem poderia ser de outra forma. A própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança. Necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos primordiais do Direito. Esta necessidade está, inclusive, acima de outros valores também encampados pelo Direito (Almeida & Brito, 2010, p. 187).

A coisa julgada é a maior expressão do princípio da segurança jurídica em um ordenamento jurídico. Ao conceito de segurança jurídica são alheios a inexistência de erros no processo e a absoluta justiça da decisão. Isso ocorre porque o direito, e em especial o fluxo processual, não está imune aos erros, nem estão todas as experiências humanas. Deste modo, estabelecem-se alguns critérios para a aceitação da coisa julgada, quais sejam, a ficção de verdade em decorrência do processo e uma razão jurídico-política. Quanto ao primeiro elemento, já se dissertou anteriormente: nenhuma ação humana está imune a erros, independentemente das intenções envolvidas, nem a alta correção e obediência aos preceitos legais. Um ou outro processo apresentará erros, porque os sujeitos processuais não são infalíveis (Almeida & Brito, 2010, p. 195). Além disso, a sentença é atribuída “uma presunção de verdade ou de justiça em torno da solução dada ao litígio (*res iudicata pro veritate habetur*)” (Júnior, 2019).

Quanto à razão jurídico política, Humberto Theodoro afirma que o legislador teve por finalidade, ao instituir a coisa julgada, uma ordem prática de se impedir que as questões tratadas no processo sejam rediscutidas indefinidamente, não sendo motivo para esta escolha a valoração da sentença diante dos fatos, definindo-os pelo estatuto da verdade (Júnior, 2019).

Direito, coerção e segurança

A relativização é vista como fenômeno desestabilizador e perturbador da segurança jurídica e da confiança, que, segundo Canotilho, são elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes princípios constituem-se direito do indivíduo em face do poder público de que suas decisões sejam alicerçadas em “normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (Canotilho, 2003, p. 257). De acordo com o mesmo autor, o princípio da segurança pressupõe a precisão e a determinabilidade dos atos normativos, o que leva a duas conclusões, a clareza das normas e a densidade na regulamentação legal:

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um acto legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de actuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos (Canotilho, 2003, p. 258).

A indeterminabilidade das decisões, em especial dos órgãos judicantes, e a insegurança gerada pelo caos judiciário pode conduzir, em condições extremas, à destruição dos fundamentos do direito. Em relação ao processo judicial, a indeterminabilidade do sistema jurídico atinge tanto o suposto vencedor quanto o sucumbente, porque ambos não terão certeza da do direito ou do dever e poderão sofrer revezes com decisões incertas de forma indefinida no tempo.

A adoção desregrada de princípios segue uma perversa tendência de se desconsiderar regras postas, confirmando-se o grave diagnóstico de Humberto Theodoro, ao afirmar que o direito se tornou estranho à lei. Até mesmo o legislador abdicou-se de legislar com precisão os preceitos organizadores e aplicáveis aos fatos sociais. De fato, positivam-se normas permeadas de cláusulas gerais e transforma-se o direito em uma carta de intenções valorativas¹⁷ (Júnior, 2006, pp. 17-18). Tal diagnóstico incentiva a atribuição absoluta do estatuto de relatividade a todas as coisas, o que possibilita generalizada insegurança na aplicação do direito.

Deste modo, o fim último da coisa julgada não é tratar da certeza absoluta dos fatos nem atingir a verdade das coisas (númeno¹⁸), mas atingir a segurança nas relações jurídicas, buscando-se atingir a estabilidade e imutabilidade, que, de acordo com Humberto Theodoro, esta busca ocorre à semelhança “do estável e imutável que é a verdade” (Júnior, 2019). É sempre oportuno lembrar da precisa observação de Pascal: “Justiça e verdades são dois pontos tão sutis que nossos instrumentos são cegos demais para tocá-los com exatidão. Se eles fizerem contato, eles enfraquecem o ponto e pressionam todo o mundo sobre o falso em vez do verdadeiro” (tradução livre).¹⁹ Os instrumentos da justiça são incapazes de tocar a verdade em sua inteireza, de modo que a verdade dos fatos sempre será um pequeno fragmento de uma realidade que permanecerá intocada.

Quanto aos fins práticos, há um outro efeito benéfico ao Estado com a estabilização das demandas ocorridas no seu seio. Porque se houvesse uma trajetória infinita das discussões, a paz social não seria atingida, nem dispõe

17 O autor ressalva que não propugna pela negação dos valores éticos, não obstante defenda que haja uma limitação deste culto aos valores, estabelecendo-se limites à sua aplicação.

18 Termo Kantiano que indica a “coisa em si”, que não é contrária ao fenômeno mas à sensibilidade (Abbagnano, 2007, p. 718). As “coisas em si” são causas das sensações humanas, mas são incognoscíveis em sua natureza, nem sendo possível ser descritas pelas categorias kantianas (Russell, 2015). Em sua dissertação de 1770, *De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis*, §3º, Kant afirma: El objeto de la sensibilidad es lo sensible; mas el objeto que contenga solamente lo que se haya de conocer por la inteligencia, es lo inteligible. A lo primero se llamaba antes en las escuelas fenómeno; a lo segundo, númeno. El conocimiento, en cuanto sujeto a las leyes de la sensibilidad, es sensitivo; el sujeto a las leyes de la inteligencia, es intelectual, o sea: racional”. Grifo nosso (Kant, s. f.). O fenômeno é, portanto, um âmbito bem delimitado e todo o resto nos escapa, que é uma realidade metafenomênica (Reale & Antiseri, 2005, p. 366).

19 Texto original: “Justice and truths are two points so fine that our instruments are too blunt to touch them exactly. If they do make contact, they blunt the point and press all round on the false rather than the true” (Pascal, s. f.).

o Estado de recursos para discutir e buscar uma inatingível justiça ideal das decisões (Almeida & Brito, 2010, p. 197). Assim, o Estado estaria submerso em um círculo vicioso nietzschiano,²⁰ preso em um delírio infinito de discussões judiciais. A demarcação e a interdição da discussão judicial é um postulado de ordem prática e necessário à existência da utilidade do próprio direito. Além disso, considerando-se que uma discussão judicial envolve custos para as partes e que a ninguém interessa dispendir mais recursos de transação do que o próprio bem da vida envolvido, há uma outra limitação de ordem econômica que delineia o interesse de agir individual.

Um outro fator a ser considerado, além da segurança é coerção²¹ do direito que se torna comprometida com a discussão indefinida das controvérsias. Se não há uma interdição legal à continuidade do litígio, é porque o Estado é incapaz de exercer coerção sobre as escolhas que fizer em substituição às partes. Isso torna, por maior razão, o acesso à jurisdição uma decisão inútil e custosa, porque o Estado não é capaz de atribuir o bem da vida a quem de direito, porque não há coerção, nem pacifica os conflitos, gerando um dispêndio de recursos maior do que o próprio bem discutido

20 “Or, à partir de l’expérience de l’Éternel Retour, qui s’énonce en tant qu’une rupture de l’irréversible une fois pour toutes, se développe aussi une version nouvelle de la fatalité : celle du Cercle vicieux qui, précisément, supprime le but et le sens, le commencement et la fin se trouvant toujours confondus l’un dans l’autre” (Klossowski, 1975, p. 55). Tradução livre: “Agora, a partir da experiência do Eterno Retorno, que se expressa como ruptura do irreversível de uma vez por todas, também se desenvolve uma nova versão da fatalidade: a do Círculo Vicioso que, precisamente, remove a finalidade e o sentido, o começo e fim sempre se confundindo.”

21 Há uma íntima relação entre direito e autoridade. Aos romanistas é uma relação necessária entre direito e autoridade (havia a distinção entre *imperium*, que ficava a cargo dos magistrados, e *auctoritas*, isto é prestígio, que era atribuído ao Senado Romano e *maiestas*, titularidade conferida ao *populus*) (Cruz, 1984, pp. 70-72). Cruz afirma: “A razão de ser da conexão entre *Ius Romanum* e *imperium* radica na própria noção fundamento do *ius*. Uma força que necessita de *auctoritas*, não tanto para subsistir como para ser eficiente (Cruz, 1984, p. 55). Hannah Arendt, sob roupagens filosóficas, aborda a crise da autoridade na modernidade como um processo antigo. Ela analisa a corrosão da tradição que conduziu ao enfraquecimento da fé religiosa até ruir as estruturas da política. “Em seus termos mais amplos, esse processo pode ser descrito como a ruptura da antiga trindade romana de religião, tradição e autoridade, cujo princípio central havia sobrevivido à transformação da República romana em Império Romano, assim como sobreviveria à transformação do Império Romano no Sacro Império Romano; era o princípio romano que agora se esfacelava, diante da investida da época moderna. A derrocada da autoridade política foi precedida pela perda da tradição e pelo enfraquecimento da fé religiosa, institucionalizada; foi talvez a diminuição da autoridade tradicional e religiosa que corroeu a autoridade política, bem como prenunciou inequivocamente sua destruição. Entre os três elementos que juntos, de mútuo acordo, tinham regido os assuntos temporais e espirituais dos homens desde os inícios da história romana, o último a desaparecer foi a autoridade política; ele dependia da tradição, não teria segurança sem um passado que ‘lançasse sua luz sobre o futuro’” (Arendt, 2011, p. 161).

em juízo. Isso revela que, em situações limites, relativizar todas as decisões definitivas importa em negar o acesso à jurisdição, porque ambas as partes estarão, ao fim do processo, mais desgastadas pelo peso do processo e mais pobres, porque despenderam recursos inutilmente sem resolver a questão fundamental que oportunizou o ajuizamento da ação.

Desestabilização dos fundamentos do Direito como efeito da relativização da coisa julgada

Levado a situações limites, e adotando-se a suposição de que em um sistema jurídico todas as decisões podem ser contestadas indefinidamente sob o argumento da justiça, chegaríamos às seguintes conclusões:

- a) A coisa julgada é indispensável à afirmação do poder Estatal. Marinoni afirma que aos indivíduos não se permite a resolução dos seus conflitos por conta própria, cabendo ao Estado resolvê-los com definitividade por meio da jurisdição. Este mecanismo é um instrumento não somente capaz de solucionar conflitos mas de eliminá-los. Se não há definitividade das decisões estatais, a jurisdição perde sua razão de ser (Marinoni, 2010, p. 59).
- b) A coisa julgada é corolário do direito de ação, pois além de se solucionar o litígio e tutelar um direito material, a parte vencedora tem direito a uma tutela jurisdicional estável, imune aos revezes de decisões indefinidas (Marinoni, 2010, p. 62).
- c) Os institutos jurídicos possuem influência direta nos fatos sociais, de modo que, decisões públicas influenciam diretamente o comportamento das pessoas, isto é, o “os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações dos membros de toda a coletividade (Rosa & Antunes, 2020, p. 51). Um sistema jurídico que incentiva revisão de decisões judiciais transitadas em julgada com base no argumento da justiça, abre uma infinidade de possíveis ações – o que aumenta o ciclo da litigância e reduz a segurança jurídica (Gico, 2020b) - para se questionar decisões já decididas, porque o conceito de justiça é aberto e a maioria dos que são sucumbentes consideram os motivos de sua irresignação razões justas.

- d) O direito perde o seu caráter de coerção, porque não consegue definir com definitividade o direito que a cada um é devido. Perdendo o elemento coerção, que, com o direito, são considerados complementos perfeitos (Gico Junior, 2020), o direito se torna inútil, porque é ineficaz para coordenar o comportamento social.
- e) A relativização da coisa julgada induz a seleção adversa de demandas, já que o legítimo possuidor de um direito, em razões de hipossuficiência, poderá desistir ou renunciar a um direito em razão de persistência da outra parte.
- f) Se todas as decisões com trânsito em julgado podem ser revisadas pelo critério da justiça, não haverá suporte a nenhum sistema de precedentes que se sustente. Por conseguinte, não será possível estabelecer um referencial de decisões a ser seguido e a percepção do juiz do que é justo e injusto será o único referencial.²² Tendo-se como elementos objetivos as próprias decisões do juiz como um dado fenomênico, nem elas seriam consideradas como referencial, já tidas como um ser fora de si. O juiz, então se torna a medida de todas as coisas a partir de um critério pessoal de justiça. Poderia se pensar que se trata do juiz Hércules (Dworkin, 1997), um juiz imaginário que possui capacidades sobre humanas, mas não só isso, trata-se do surgimento de juízes solipsistas à maneira de René Descartes, cujo sujeito transcendental ficou preso na própria subjetividade, sem poder aferir a existência objetiva do mundo. Adotando-se, mais uma vez, dos conceitos de Habermas, esta situação indica características do agir dramático, em que o sujeito está preso nas suas próprias concepções de mundo. Ele não é capaz de compreender a realidade porque está encerrado nas próprias ideias e visões de mundo e acreditam que “a sua interpretação é a única possível” (Bettine, 2021, p. 23; 27). Pode-se interpretar o termo solipsismo judicial como um comportamento de um julgador

22 Além disso, a permissão do juiz de tudo decidir partindo-se das cláusulas gerais, chavões e conceitos abertos (sobretudo por permissividade legislativa) atinge as bases do Estado Democrático de Direito e a separação dos poderes. Porque a utilização de cláusulas abertas, princípios para afastar a lei, que no caso é a relativização da coisa julgada por injustiça da decisão, é uma legitimação ampla ao judiciário de decidir sobre todas as matérias, ainda que não previstas em lei, o que significa, em casos limites, a atribuição de legislar concretamente a um poder ao qual não foi atribuída esta função (Júnior, 2006, p. 17-18).

que interdita a participação dos atores do processo e que atua de acordo com a própria subjetividade e os valores em que acredita (Delfino & Rossi, 2016, p. 8). Em uma das variantes filosóficas do termo, solipsismo (ontológico) significa que as únicas coisas que possuem relevância e significado existem apenas em estados mentais. Do ponto de vista do solipsismo comportamental, de acordo com *The Cambridge dictionary of philosophy*, os sujeitos comportam-se “de certa maneira, olhando para o que eles acreditam, desejam, esperam e temem. Devemos identificar esses estados psicológicos apenas com eventos que ocorrem dentro da mente ou do cérebro, não com eventos externos, uma vez que os primeiros são os causais próximos e suficientes explicações do comportamento corporal” (tradução livre). Original: “behave in certain ways by looking to what they believe, desire, hope, and fear, we should identify these psychological states only with events that occur inside the mind or brain, not with external events, since the former alone are the proximate and sufficient causal explanations of bodily behavior” (Audi, 1999, p. 861).

- g) Diminuindo-se a segurança no direito pela relativização de todas as decisões, aumenta-se o hiato de expectativas de sucumbentes em decisões judiciais já com o trânsito em julgado (Gico Junior, 2020); adotando-se o pressuposto do homem médio de que todo sucumbente considera a decisão contrária aos seus interesses injusta, é possível que ajuíze outra ação questionando a decisão anterior. Contudo, independentemente da procedência ou não dos pedidos, não há nenhuma segurança que a segunda decisão seja mais justa que a primeira, e assim sucessivamente. A relativização da coisa julgada aumenta exponencialmente a revisão de demandas no judiciário. Combinando-se este fato com a incerteza de que o bem da vida possa ser atribuído a alguma das partes com a demora da demanda a jurisdição é, na prática negada, porque se impossibilita a atribuição do direito, desde modo, torna o direito um mecanismo de injustiça sob o signo do próprio princípio da justiça, tornando-o inútil o que, nas últimas consequências, não pacifica os litígios e pode induzir a comportamentos de autotutela pelos jurisdicionados, incentivando-se mecanismos de violência próprios do hipotético estado de natureza hobbesiano.

- h) Como não há uma disposição infinita para a continuidade do litígio, seja por fatores psicológicos ou de recursos, uma das partes, ainda que possua razão a que lhe seja atribuído o bem da vida, acaba por submeter-se à vontade da parte que possua disposição de litigar ou que possua recursos para tanto. Assim, ocorre a fruição do bem da vida pela parte que hipoteticamente não teria direito, mas não em decorrência da coerção do judiciário, mas pela submissão ou renúncia da outra parte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso adotado ao longo do artigo conduz a um grave diagnóstico: os fundamentos do direito correm perigo diante das inovações recentes que relativizam os institutos jurídicos em nome de princípios voláteis como o da justiça e de outros princípios jurídicos. Tais justificativas foram invocados, em momento histórico de triste lembrança, por governos totalitários para fazer imperar uma visão de mundo, exatamente aqueles que acreditavam na onipotência humana e cuja moralidade baseava-se na crença de que tudo é possível.²³ Afirma Hannah Arendt: “What binds these men together is a firm and sincere belief in human omnipotence. Their moral cynicism, their belief that everything is permitted, rests on the solid conviction that everything is possible. It”²⁴ (Arendt, 1973, p. 387).

Não se defendeu que as injustiças devem ser perpetuadas e que todas as decisões judiciais aberrantes devem ser mantidas. O sistema jurídico já prevê medidas de relativização típicas para se atacar determinadas decisões teratológicas e adequá-las ao ordenamento jurídico. Se não está de acordo com a dinâmica destes tempos, as modificações adequadas devem ser feitas *de lege ferenda*. O que se censura é a amplitude das revisões de decisões já transitadas em julgado por um motivo de injustiça do julgado, pois, trata-se de uma racionalização que permite a relativização de todas as decisões, dis-

23 “What binds these men together is a firm and sincere belief in human omnipotence. Their moral cynicism, their belief that everything is permitted, rests on the solid conviction that everything is possible. It”. Tradução livre: “O que une esses homens é uma crença firme e sincera na onipotência humana. Seu cinismo moral, sua crença de que tudo é permitido, repousa na sólida convicção de que tudo é possível” (Arendt, 1973, p. 387).

24 Tradução livre: “O que une esses homens é uma crença firme e sincera na onipotência humana. Seu cinismo moral, sua crença de que tudo é permitido, repousa na sólida convicção de que tudo é possível.”

solvendo-se no ar, tudo o que de sólido se construiu por séculos de experiência humana. E os efeitos são graves: se todas as decisões podem ser revistas, pode haver um fluxo incontrolável de demandas revisionais; novas decisões não são garantia de justiça nem de segurança; o direito perde sua utilidade como instrumento de pacificação social e, por fim, há uma seleção adversa das demandas, que, em regra, prosperam aquelas cujos sujeitos possuem mais recursos. Em último caso, há o recurso à autotutela, já que o direito é incapaz de solucionar os conflitos.

REFERÊNCIAS

- Abbagnano, N. (2007). *Diccionario de filosofía* (5.^a ed.). Martins Fontes.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Almeida, J. A. de & Brito, T. C. (2010). Princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, (57), 175-210.
- Alves, J. C. M. (2012). *Direito romano* (15.^a ed.). Forense.
- Arendt, H. (1973). *The origins of totalitarianism*. Hardcourt Brace & Company.
- Arendt, H. (2011). *Sobre a revolução*. Companhia das Letras.
- Audi, R. (1999). *The Cambridge dictionary of philosophy* (2.^a ed.). Cambridge University Press.
- Azevedo, A. J. de (2002). *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia* (4.^a ed.). Saraiva.
- Barroso, L. R. & Barcellos, A. (2003). O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 232, 141-176.
- Batista, D. A (2003). *Querela nullitatis insanabilis como meio perpétuo de impugnação da coisa julgada inválida*. Universidade Federal de Pernambuco.
- Berger, A. (1953). *Encyclopedic dictionary of roman law*, v. 43, part 2. The Lawbook Exchange.
- Bettine, M. A. (2021). *Teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas: bases conceituais*. Edições EACH.
- Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Ícone.
- Bueno, A. & Carvalho, S. de (Orgs.). (2004). *Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu*. Lumen Juris.
- Bülow, A. (1949). Die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 150(4), 289-314.
- Câmara, A. F. (2008). Relativização da coisa julgada material. In *A Relativização da Coisa Julgada* (p. 17). Juspodivm.
- Canotilho, J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição* (7.^a ed.). Almedina.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3.^a ed.). Roque Depalma Editor.

- Crescenzo, L. de (2012). *História da filosofia moderna*. Rocco Digital.
- Cruz, S. (1984). *Direito romano (Ius Romanum)* (4.^a ed.). Editorial Fontes.
- Delfino, L. & Rossi, F. (2016). Juiz Contraditor? http://www.bvr.com.br/abdp/br/wp-content/uploads/2016/03/JUIZ-CONTRADITOR_.pdf.
- Dinamarco, C. R. (2001). Geral do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 55/56, 31-78.
- Dinamarco, C. R. (2003). *Nova era do processo civil*. Malheiros Editores.
- Dworkin, R. (1997). *Taking rights seriously*. Bloomsbury.
- Ésquilo (2014). *Oréstia: Agamêmnon, Coéforas e Eumênides* (6.^a ed.). Zahar.
- France (1804). *Code Civil des Français: édition originale et seule officielle*. De L'imprimerie de la République.
- Gico, I. T. (2020a). *Análise econômica do processo civil* [recurso eletrônico]. Editora Foco.
- Gico, I. T. (2020b). The Tragedy of the Judiciary: An Inquiry into the Economic Nature of Law and Courts. *German Law Journal*, 21(4), 644-673. doi:10.1017/glj.2020.34.
- Góes, G. (2008). A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In F. Júnior (Ed.), *A relativização da coisa julgada*. Juspodivm.
- Hobbes, T. (1983). *De cive*. Oxford University Press.
- Hobbes, T. (2017). *Leviathan*. McMaster University.
- Ihering, R. von (2007). *A luta pelo direito*. Martin Claret.
- Júnior, F. (Ed.). (2008). *A relativização da coisa julgada* (2.^a ed.). Juspodivm.
- Júnior, H. T. (2006). A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, 9(35).
- Júnior, H. T. (2019). *Curso de Direito Processual Civil - vol. I: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Forence.
- Júnior, H. T. & Faria, J. C. de (2002). A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista do Ministério Público*, 795. http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274905859.pdf.
- Júnior, L., Araujo de, D. & Sartori, M. (2020). Querela nullitatis e segurança jurídica. *Research, Society and Development*, 9(10).

Júnior, N. & Nery, R. (2018). *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo* (17.^a ed.). Thomson Reuters Brasil.

Kant, I. (s. f.). *De mundi sensibilis atque intelligibilis forma et principiis*. S. e.

Klossowski, P. (1969). *Nietzsche et le cercle vicieux*. Mercure de France.

Leite, G. (2008). *Relativizar a coisa julgada*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

Liebman, E. T. (1984). *Eficácia e autoridade da Sentença*. Forense.

Lima, D. (2019). A influência da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas na construção de uma jurisdição democrática. *Revista Filosófica São Boaventura*, 13(1), 11-26.

Lopes, B. (2001). Coisa julgada e justiça das decisões. *Revista USP*.

Luhmann, N. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Universidade de Brasília.

Marinoni, L. G. (2010). *Coisa julgada inconstitucional: A retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada*. Revista dos Tribunais.

Mousourakis, G. (2015). *Roman law and the origins of the civil law tradition*. Springer.

Pascal, B. (s. f.). *Pensées*. Penguin.

Pepino, E. (2006). *O direito-garantia fundamental da coisa julgada: Coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional*. Faculdades de Vitória.

Port, O. (2015). A decisão judicial nas demandas repetitivas e a legitimação pelo procedimento segundo Niklas Luhmann [nota técnica].

Presidência da República (1973). Congresso Nacional. Lei 5869, 11 jan. 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm.

Presidência da República (1988). Congresso Nacional. Constituição, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Presidência da República (1996). Congresso Nacional. Lei 9307 de 23 de setembro, 1996. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm.

Presidência da República (2015). Congresso Nacional. Código de Processo Civil, 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

Radbruch, G. (1997). *Filosofia do direito*. Armênio Amado.

Ramina, R. (2011). Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 202, 93-138.

Ramina, R. (2016). Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, 252, 79-110.

Reale, G. & Antiseri, D. (2005). *História da filosofia: De Spinoza a Kant* (vol. 4). Paulus.

Reale, G. & Antiseri, D. (2006). *História da filosofia: De Nietzsche à Escola de Frankfurt* (vol. 6). Paulus.

Reino da Espanha (s. f.). Ordenações Filipinas, livro III, título LXXVI. <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p684.htm>.

Rosa, A. & Antunes, T. (2020). Relativização da coisa julgada: Uma análise econômica. *Economic Analysis of Law Review*, 11(3), 49-71.

Russell, B. (2015). *História da filosofia ocidental - Livro 1* (2.^a ed.). Nova Fronteira.

Senra, A. (2019). *A coisa julgada no Código de Processo Civil* (2.^a ed.). Juspodivm.

Silva, O. (2008). Coisa julgada relativa. In F. Júnior (Ed.), *A relativização da coisa julgada*. Juspodivm.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADUANERO

CONSTITUTIONALIZATION OF CUSTOMS LAW

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADUANEIRO

JULLY PAULINY GONZÁLEZ LÓPEZ*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a13

Resumen

En el año 1991 Colombia transformó su modelo de Estado con la adopción de una nueva constitución, esto permitió que las diferentes ramas del derecho debieran sujetarse a los parámetros axiológicos propuestos bajo el Estado social de derecho, toda vez que el artículo 4 de la carta magna señala que ninguna norma del ordenamiento jurídico puede estar en contravía con la misma. La constitucionalización trajo como consecuencia una interpretación de las normas ajustada a estos postulados, principios y valores. Ante este panorama, el derecho civil, penal, comercial, entre otros, se han desarrollado bajo la influencia de los postulados constitucionales. En lo referente al derecho

* Abogada, Universidad CESMAG. Ingeniera de Sistemas, Institución Universitaria CESMAG. Docente tiempo completo Programa de Derecho, Universidad CESMAG. Correo electrónico: jpgonzalez@unicesmag.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4536-2518> y Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=AQKsYRYAAAJ&hl=es> y CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000087236

aduanero, su desarrollo se ha marcado por la influencia del derecho tributario, aspecto que suscitó diferentes posiciones por los tratadistas al determinar su autonomía frente a otras especialidades, sin embargo, la regulación aduanera y su desarrollo debe ajustarse a la estructura que fundamenta y orienta el Estado social de derecho y a aquellas disposiciones internacionales que pretenden la armonización de los procesos y trámites aduaneros, que tienen como propósito beneficiar y fomentar el comercio internacional.

Palabras clave: principios, derecho aduanero, autoridad aduanera, constitucionalización, Estado social de derecho, ordenamiento jurídico.

Abstract

In 1991, Colombia transformed its State model with the adoption of a new Constitution, this allowed the different branches of Law to be subject to the axiological parameters proposed under the Social State of Law, since article 4 of the charter Magna points out that no norm of the legal system can be contrary to it. The constitutionalization brought as a consequence an interpretation of the norms adjusted to these postulates, principles and values. Given this scenario, civil, criminal, and commercial law, among others, have been developed under the influence of constitutional postulates. Regarding Customs Law, its development has been marked by the influence of tax law, an aspect that raised different positions by writers when determining the autonomy of Customs Law compared to other specialties, however, customs regulation and its development must be adjusted to the structure that supports and guides the Social State of Law and those international provisions that seek the harmonization of customs processes and procedures, whose purpose is to benefit and promote international trade.

Keywords: principles, customs law, customs authority, constitutionalization, social state of law, legal system.

Resumo

Em 1991, a Colômbia transformou seu modelo de Estado com a adoção de uma nova Constituição, o que permitiu que os diferentes ramos do Direito estivessem sujeitos aos parâmetros axiológicos propostos no Estado Social de Direito, já que o artigo 4 da carta magna aponta que nenhuma norma do ordenamento jurídico pode ser contrário a ela. A constitucionalização trouxe como consequência uma interpretação das normas ajustadas a esses postulados, princípios e valores. Diante desse cenário, o direito civil, penal, comercial, entre outros, tem se desenvolvido sob a influência de postulados constitucionais. No que se refere ao Direito Aduaneiro, seu desenvolvimento tem sido marcado pela influência do direito tributário, aspecto que suscitou diferentes posicionamentos dos escritores ao determinar a autonomia do Direito Aduaneiro em relação às demais especialidades, entretanto, a regulamentação aduaneira e seu desenvolvimento devem ser ajustados à estrutura que fundamenta e orienta o Estado Social de Direito e as disposições internacionais que buscam a harmonização dos processos e procedimentos aduaneiros, cuja finalidade é beneficiar e promover o comércio internacional.

Palavras-chave: princípios, direito aduaneiro, autoridade aduaneira, constitucionalização, Estado de direito social, sistema jurídico

INTRODUCCIÓN

La adopción del constitucionalismo en los países latinoamericanos “ha sido complejo y se ha incorporado paulatinamente por medio de nuevas constituciones o reformas a las mismas” (Velasco y Llano, 2015, p. 6), toda vez que estos cambios representan una reorganización de la estructura del Estado y, como tal, de su sistema normativo.

Colombia modifica la estructura de su orden jurídico con la Constitución de 1991, abriendo paso hacia la modernización del Estado y sus instituciones. Esta nueva etapa implica que todo el sistema normativo se subordina a la supremacía constitucional. Así lo señala la Corte Constitucional en Sentencia C-415 de 2012:

La posición de supremacía de la Constitución —ha dicho esta Corporación— sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y los litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado (República de Colombia, 2012, p. 1).

Esta nueva perspectiva de Estado produce grandes efectos en el ordenamiento jurídico, por cuanto “los países que adoptaron este modelo estatal se vieron enfrentados a asumir nuevos retos y de paso promover una intervención estatal, asumir y garantizar nuevos derechos, establecer una nueva estructura y participación judicial” (Velasco, 2016, p. 3). Por otra parte, presenta un rasgo característico y fundamental, como lo menciona el magistrado Jaime Araujo Rentería en su salvamento de voto, referenciando a Ricardo Guastini, quien sostiene que el nuevo escenario se “caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (República de Colombia, 2006, p. 27).

Considerando esta nueva concepción del Estado, todas las áreas del derecho se someten a la constitución como norma suprema, “entendiendo este fenómeno como la observancia de la primacía de los principios contenidos en la carta política por parte de los demás ordenamientos de carácter inferior” (Castaño, 2019, p. 148), donde, por supuesto, el derecho aduanero

no puede ser la excepción. Sin embargo, pese a su carácter técnico y dogmático, también tiene influencia de otras áreas del derecho, de las cuales toma aquellos elementos que coadyuvan a la hora de regular su objeto de estudio.

Pero, sin lugar a dudas, una de las áreas que muestra notable influencia es el derecho constitucional, el cual “no solo marca y limita su competencia, en orden a su funcionamiento, sino que además señala principios que deben indefectiblemente respetar los institutos aduaneros, y cuya afectación implicará que sean observados por inconstitucionales” (Alais, 2008, p. 133).

Bajo este panorama, se busca analizar el proceso de constitucionalización del derecho aduanero colombiano y su concordancia con las normas internacionales para efectos de tener un sistema armonizado que facilite el comercio internacional, debido a que la “mundialización cada vez más creciente de las economías” (Cadena, 2017, p. 2) ha logrado un mayor dinamismo del derecho y de los ordenamientos jurídicos modernos.

METODOLOGÍA

Paradigma

El presente artículo se desarrolla bajo el paradigma cualitativo, en el cual se destaca “la descripción, comprensión, interpretación y justificación de una situación o fenómeno dado”, por lo tanto, “el conocimiento se construye, no se descubre; con regularidad se tiende a observar, describir e interpretar lo hallado en los datos (documentales o no) y solo tiene sentido para esa situación o contexto determinado” (Aranzamendi y Humpiri, 2021, p. 44).

Así las cosas, para analizar la evolución del derecho aduanero es necesario recurrir a este paradigma que otorga las herramientas idóneas para comprender su comportamiento y evolución, de acuerdo con los postulados que orientan y guían la estructura jurídica del país. Asimismo, permite analizar cómo ha sido el desarrollo en cuanto a su resistencia o no al proceso de constitucionalización, sin desconocer las disposiciones que buscan armonizar el marco normativo aduanero a estándares internacionales de regulación del comercio para su facilitación para la eliminación de las barreras comerciales.

Enfoque

En concordancia con el paradigma cualitativo, el enfoque aplicado es el enfoque histórico hermenéutico, por medio del cual se realiza un análisis que

toma como eje fundamental el proceso de interpretación de textos que develan sentidos. El proceso de análisis hermenéutico se entiende en permanente apertura, eso indica que es producto de la actividad reinterpretativa de la que es fruto. Así, dicha reinterpretación no es pura referencia al texto, sino la interpretación de la interpretación que hace el autor respecto del fenómeno o hecho determinado (Duque *et al.*, 2018, p. 92).

Por lo anterior, es necesaria la comprensión de las disposiciones normativas de acuerdo con los nuevos contextos jurídicos, sociales, políticos y económicos, que marcan notoria influencia en la estructura de un país. De esta manera, se pretende comprender el proceso de constitucionalización del derecho aduanero colombiano, analizando si efectivamente los postulados constitucionales otorgan la seguridad jurídica en las operaciones de comercio exterior y a sus sujetos.

Método

En cuanto al método, corresponde a una investigación documental o bibliográfica, mediante la cual el investigador

intenta dar respuesta a cuestiones particulares, ya que de la información que se adquiere a partir de documentos —y con el objeto de validar la información— se elaboran datos para confrontar y triangular con otras fuentes, técnicas y actores sociales (Duque *et al.*, 2018, p. 72);

método que facilita la construcción de este artículo, toda vez que la información jurídica que sirve de insumo se encuentra en la ley, jurisprudencia y doctrina como fuentes del derecho, así como también en artículos científicos y demás documentos que sobre el tema se hayan generado. Este tipo de investigación “no requiere que el investigador participe del mundo que estudia. Por el contrario, su trabajo lo realiza ‘desde fuera’” (Galeano, 2004a, p. 113, citado por Duque *et al.*, 2018, p. 71).

RESULTADOS

El derecho aduanero, en razón a su objeto de estudio y regulación, representa un área de gran importancia en el ordenamiento jurídico, toda vez que contiene características particulares y debe adecuarse a las dinámicas del comercio internacional. Por ello, es

regulado de manera análoga por los distintos Estados, dada la labor de armonización de los principales institutos de esta rama del derecho que se emprendió a través de la suscripción de tratados internacionales, con el objeto de agilizar las operaciones de comercio internacional (Cohecha, 2008, p. 16).

Acontece además que las dinámicas del mercado y de la economía global en los últimos años han favorecido el intercambio comercial entre los países, permitiendo la eliminación de los obstáculos comerciales y fomentando el intercambio de bienes y servicios. Este intercambio genera beneficios a las economías mundiales que ven cómo sus productos logran adquirir un posicionamiento en los diferentes mercados y dan apertura a la inversión de grandes capitales.

Las posturas sobre el libre comercio, que sentaron sus bases en los años ochenta, sostenían que se lograría una mayor prosperidad para los países que se acogieran a ellas. A partir de esta época, y bajo estos escenarios en el comercio mundial, los diferentes países, entre ellos Colombia, buscan modernizarse para acoplarse y adaptarse a las nuevas estructuras del mercado, la economía y política. Por ello, para Colombia, “la década de los noventa también marcó un punto de partida en procesos de liberalización e integración global” (Pontón-Serra y Prieto-Ríos, 2021, p. 7), aspecto que también se reflejó en la constitución naciente.

Así, las operaciones de comercio internacional implican la disposición y presencia de políticas comerciales, aduaneras, tributarias, cambiarias, entre otras, que guarden concordancia con aquellos instrumentos internacionales que regulen las operaciones comerciales como la importación y exportación. “Para enfrentar estos nuevos desafíos que impactan objetos, sujetos y mercados, el derecho debe modernizar y modificar sus instrumentos y mecanismos” (Witker, 1999, p. 8); por ejemplo, en su momento la Unión Europea, a partir del Reglamento 450/2008, adoptó el Código Aduanero Modernizado (hoy Reglamento 952/2013 - Código Aduanero de la Unión), donde sus

disposiciones comprenden tanto aspectos tributarios (la regulación de los elementos estructurales de los derechos de aduana y normas sobre el procedimiento de aplicación de los tributos aduaneros) como aspectos que no son de naturaleza tributaria (como, por ejemplo, las medidas de seguridad o de política comercial) (Ibáñez, 2014, p. 591).

Con todo y lo anterior, el derecho aduanero no solo debe enfrentar las nuevas dinámicas que desafía el comercio, sino también observar el dinamismo del sistema normativo que en el ordenamiento jurídico se pueda suscitar, toda vez que “se presentan profundas renovaciones constantes referentes al cambio de ideas generales, mentalidad y métodos heredados del pasado, puesto que estas no encuentran justificación en el presente y se ponen en cuestión con la nueva cotidianidad de la práctica” (Cubillos, 2019, p. 37).

Aunado a lo anterior, como las estructuras jurídicas van cambiando, “los Estados buscan mecanismos para solventar sus necesidades integrándose con otros Estados para lograr la consecución de fines comunes, surgiendo nuevos paradigmas entre lo creado y lo ya existente” (Salcedo, 2019, p. 37), así, la constitución colombiana de 1991 ocasionó que las diferentes ramas del derecho se ajustaran a los lineamientos axiológicos del Estado social de derecho, trazando los pasos al fenómeno de constitucionalización, entendido como el

proceso en virtud del cual las reglas y estándares fijados por las sentencias de la Corte Constitucional comienzan a impactar y a ser asumidas por las especialidades tradicionales del derecho tales como el derecho penal, el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de familia y el derecho administrativo (Quinche, 2016, p. 47).

Este proceso “dio un viro respecto a la forma de ver el derecho que se traía desde la Constitución de 1886; podría calificarse de una revuelta en contra del formalismo” (Suárez, 2014, p. 329). El derecho aduanero no es ajeno a esta evolución y con razón, por cuanto como cualquier otra rama del derecho “encuentra su esencia en los mandatos constitucionales” (Alais, 2006, p. 116), que como consecuencia respaldan la seguridad jurídica que debe imperar en un sistema normativo y en virtud a la supremacía constitucional; según Guastini, citado por Benítez (2010), en su artículo “La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro” conlleva “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (p. 102).

Puede colegirse de lo anterior que las diferentes áreas del derecho se subordinan ante los postulados constitucionales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional que, como garante del ordenamiento jurídico, establece pautas de interpretación en armonía con la carta política y fundamenta el sistema normativo.

En este sentido, la Corte Constitucional se manifestó en Sentencia C-1290 de 2003, de la siguiente manera:

La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado (República de Colombia, 2001, p. 15).

Se añade a lo anterior lo citado por Wilson Suárez (2014) en el artículo “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”, según el cual, este fenómeno lleva a que existan

partes del ordenamiento jurídico que pueden constitucionalizarse más que otras, pues hay campos más susceptibles a la influencia de los contenidos del derecho constitucional. En cambio, hay ámbitos que parecen no ser muy cercanos al proceso de constitucionalización por la escasa posibilidad de que se entre en debates de tipo constitucional (p. 11).

Planteada la anterior situación, para comprender la evolución del derecho aduanero en armonía con los postulados constitucionales es necesario precisar en su concepto y objeto de estudio, el cual puede tener varias acepciones pero que guardan ciertas similitudes, así, por ejemplo, se tiene que

el derecho aduanero es una rama del derecho y refiere a una normativa que es la encargada de establecer, en protección de la soberanía del Estado o comunidad de Estados, lo tendiente al control, en la frontera del territorio aduanero, de la importación (ingreso) y exportación (egreso) de mercancías (Pardo, 2009, p. 79).

De manera semejante, Horacio Alais (2008) trae la definición dada por Máximo Carvajal, a saber:

El conjunto de normas jurídicas que se regulan por medio de un ente administrativo, las actividades o funciones del Estado en relación con el comercio exterior de mercancías que entren o salgan en sus diferentes regímenes al o del territorio aduanero, así como los medios y tráfico en que se conduzcan y las personas que intervienen en cualquier fase de la actividad o que violen las disposiciones jurídicas (p. 106).

Como puede evidenciarse, el derecho aduanero tiene un objeto de estudio muy particular y que dista de aquellas áreas donde solo se regulan las relaciones entre sujetos o sujetos y la administración; en razón a que comprende “aspectos técnicos específicos, particulares tributos, una labor específica de control relativa al ingreso y egreso de mercancías, un régimen de sanciones y un procedimiento que garantiza los derechos de cada una de las partes involucradas en la actividad aduanera” (Alais, 2006, p. 107)

Además, como se mencionó en líneas anteriores, hay otro aspecto que no puede perderse de vista y se relaciona con que el derecho aduanero está “informado por normas internacionales” (Alais, 2006, p. 109), de lo que devienen la suscripción de tratados internacionales y la conformación de organismos que establecen directrices para regular la actividad aduanera.

Cabe tener en cuenta que entre las características de los tratados están “la supranacionalidad, la supremacía o preeminencia de las normas contenidas en ellos sobre las normas nacionales” (López, 2009, p. 165), lo que lleva a la adecuación de las disposiciones internas, pero sin perder de vista la constitución. Por otra parte, los compromisos adquiridos en dichos tratados se convierten “en permanentes fuentes creadoras de derecho aduanero, que no pueden ser desconocidas por los poderes públicos al momento de ejercer sus competencias en asuntos aduaneros” (López, 2009, p. 166).

Llegado a este punto, en lo referente con la regulación y reglamentación del derecho aduanero colombiano, cuando este tiene que modificarse, las disposiciones normativas señalan la expedición de una ley cuadro o marco, que corresponde a una “técnica legislativa especial, proveniente del derecho francés [...] que involucra tanto al Congreso como al presidente de la República” (Pardo, 2009, p. 90). Así reza el artículo 150 numeral 19 literal c, a saber: “Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” (República de Colombia, 2019a, art. 150, literal c) y en coherencia al numeral 25 del artículo 189 constitucional:

Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley (República de Colombia, 2019a, art. 189, num. 25).

Como puede observarse, el poder legislativo y ejecutivo coadyuvan para establecer la regulación en materia aduanera a través de la expedición de estas leyes, las cuales también han sido estudiadas y analizadas por la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos, en los cuales precisa sobre su concepto, alcance y otros aspectos. En la Sentencia C-028 de 2021, la Corte Constitucional refiere que

en el caso del Congreso de la República, la Carta prevé que una ley marco es aquella que establece las normas generales y señala los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno. Estas leyes contienen las reglas generales con sujeción a las cuales mediante decretos especiales el Gobierno nacional ejerce las competencias de regulación a él atribuidas por el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución (República de Colombia, 2021, p. 15).

Por otra parte, como lo menciona Cristina Pardo (2009) en su ponencia “Fundamentos constitucionales del derecho aduanero”, la Corte Constitucional, en Sentencia C-054 de 1998, se había pronunciado en los siguientes términos frente a las leyes marco: “el papel del Congreso se limita a fijar las pautas generales, las directrices que deben guiar la ordenación de una materia determinada, el Ejecutivo se encarga de precisar, de complementar la regulación del asunto de que se trata” (p. 92).

Es significativa la importancia que las leyes marco tienen dentro del ordenamiento jurídico, por cuanto establecen los parámetros que orientarán la regulación y el manejo en una temática específica; así lo ha señalado la Corte reiteradamente, al manifestar que su tratamiento obedece a

asuntos cambiantes, que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente; regulación que, en esas condiciones, el Congreso no está en posibilidad de expedir. De esta manera, para responder a tales necesidades cambiantes de regulación, el Congreso se reserva el señalamiento de pautas generales sobre el asunto, llamadas a ser desarrolladas por el Gobierno (Pardo, 2009, p. 93).

Cabe mencionar que la Ley 6 de 1971 (ley marco de aduanas) estuvo vigente hasta el año 2013, a pesar de las demandas y los cuestionamientos que se presentaron pretendiendo su inexequibilidad, al considerarse entre otros motivos que esta ley: “no autoriza al Gobierno para modificar el régimen de aduanas en aspectos distintos al arancel, y es el artículo 3 Ibídem el único sustento que puede invocar el Gobierno para realizar modificaciones al régimen aduanero” (República de Colombia, 2000, p. 6).

Además, en vigencia de la citada ley, los temas aduaneros se regían por los principios del artículo 363 constitucional, principios que corresponden al sistema tributario, pero que se extienden al derecho aduanero, como son “equidad, progresividad, irretroactividad, eficiencia, suficiencia y unidad de presupuesto [...]. Estos son los límites en materia tributaria que la rama legislativa y la ejecutiva deben cuidar al regular el sistema” (Flechas, 2016, p. 6). Asimismo, durante la vigencia del Decreto 2685 de 1999, este también “era precario en la consagración de principios que guiaran y sirvieran de interpretación de la normativa aduanera por parte de la autoridad administrativa o el operador judicial” (González *et al.*, 2020b, p. 75).

Así las cosas, hasta ese momento, según Flechas (2016):

Las normas constitucionales se limitan a las reglas de competencia y el Congreso y la Presidencia son los encargados de crear y modificar las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias (artículos 150-19c y 189 de la Constitución). En virtud de dichas reglas, se desarrolla el sistema aduanero en Colombia bajo el marco normativo de la constitución (p. 326).

Por ello, “mientras la ley de aduanas se mantuvo estable desde 1971 (Ley 6 de 1971) hasta 2013 (Ley 1609 de 2013), los estatutos aduaneros han sido reformados varias veces, con reformas que responden a criterios diferentes” (García *et al.*, 2019, p. 155). Con la expedición de la actual ley marco en 2013 se pretendió modernizar y actualizar el régimen aduanero “enfocado

en la facilitación del comercio y en la eliminación de barreras el Gobierno [...], y buscó establecer el soporte legal para reformar las prácticas aduaneras y hacerlas coherentes con los nuevos objetivos” (García *et al.*, 2019, p. 157), aspectos que con la Ley 6 de 1971 no tenían alcance.

En ese orden de ideas, y ajustándose a las dinámicas del comercio y a las facultades que cada rama del poder tiene, el Gobierno, para dar cumplimiento a lo consagrado en la constitución y los fines del Estado, expide la Ley 1609 de 2013, ley marco de aduanas, que no solo pretende otorgar facultades al poder Ejecutivo para modificar el régimen de aduanas, sino también generar seguridad jurídica a los usuarios aduaneros, por la cantidad de disposiciones que sobre el tema se han emitido y que han llevado a la vulneración de sus derechos por la diversidad de interpretaciones por parte de los operadores jurídicos, especialmente de los funcionarios de la aduana que analizan dichas normas bajo un esquema de responsabilidad objetiva.

Asimismo, esta ley fomenta “la integración económica, la facilitación y agilidad de las operaciones de comercio exterior” (Senado de la República, 2011, p. 16), en razón a los diferentes tratados y convenios comerciales que se han suscrito entre Colombia y otros países, con sustento en el artículo 9 constitucional, que reza:

Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe (República de Colombia, 2019a, art. 9).

A la luz de este artículo, Colombia se ha adherido a diferentes organismos internacionales que en materia de comercio señalan las orientaciones que los países deben observar en sus ordenamientos internos y que serán de obligatorio cumplimiento si han sido ratificados por el Congreso de la República. Además, “un proceso de integración regional plantea una serie de exigencias jurídicas, que tienen repercusión en el ámbito constitucional interno de cada uno de los Estados miembros de la organización de integración” (Cubillos, 2019, p. 12), por cuanto los tratados de libre comercio permiten, entre otras cosas, “la disminución de trámites burocráticos, eliminación de impuestos aduaneros, incremento de cuotas de importación” (Berghe, 2014,

p. 3), todo con el propósito de facilitar el comercio. Sin embargo, no puede desconocerse que todo “proceso de integración, desde su nacimiento, está reglamentado por normas, definidas y avaladas, por los Estados constituyentes, desde su voluntad y soberanía” (Escobar y Jiménez, 2017, p. 28).

En este orden de ideas, la Ley 1609 de 2013 trajo como consecuencias la modificación del régimen aduanero con la expedición en un primer momento del Decreto 390 de 2016, cuyo propósito era modernizar y armonizar las disposiciones que sobre esta materia se han señalado por parte de organismos como la Comunidad Andina, el Convenio de Kyoto, la Organización Mundial de Aduanas y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Sin embargo, la aplicación escalonada del Decreto 390 de 2016 implicó mantener vigentes varias normas “previstas en los Decretos 2685 de 1999, 390 de 2016, 2147 de 2016, 349 de 2018 y 659 de 2018, junto con sus respectivas resoluciones reglamentarias” (República de Colombia, 2019b), ocasionando serias dificultades en la “correcta y efectiva aplicación de la normatividad por parte de los usuarios aduaneros, y los operadores administrativos y jurídicos en general” (República de Colombia, 2019b), como se expresa en las consideraciones de dicho decreto.

Es así que, en aras de proteger la seguridad jurídica afectada por la aplicación escalonada del Decreto 390 de 2016, se expide en un segundo momento el Decreto 1165 de 2019, el cual no solo compila todas las disposiciones que en materia aduanera se encontraban vigentes y dispersas, sino que también mantiene “el ánimo de armonizarla con los convenios internacionales” (República de Colombia, 2019b), como lo establecía el Decreto 390, además de la inclusión de principios especiales que regirán y guiarán la interpretación y aplicación del sistema aduanero, en concordancia con el marco normativo internacional y, por supuesto, la constitución interna (González *et al.*, 2020b, p. 76).

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La adopción, por parte de Colombia y de otros países, del modelo de Estado social de derecho, “ocasionó una transición para los Estados tanto en el aspecto teórico como en lo jurídico, político y social” (Velasco, 2016, p. 51). Adicional a ello, se suma la globalización, donde “uno de los efectos de la globalización económica es la creciente conciencia de la necesidad de ponerle límites. Esto es especialmente cierto en materia de derechos y garantías sociales” (Arango, 2004, p. 59).

Asimismo, el ordenamiento jurídico se subordina a los valores, postulados y principios que emanan del texto constitucional, esto significa el “cumplimiento de las normas constitucionales y por consiguiente la realización de los valores establecidos” (Carbonell y Sánchez, 2017, p. 39). De esta manera, se comprende que la constitución se materializa en cuanto permite la adopción de “valores como principios, derechos fundamentales y es exigible a través de la Corte Constitucional y los jueces ordinarios que se convierten en jueces constitucionales” (Cortés, 2011, p. 17).

Con todo esto, se puede notar que la estructura jurídica ha evolucionado, en razón a que,

El fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico permite imponer límites en todos los procesos normativos, vale decir el legislativo en el proceso de creación normativa, el ejecutivo en el proceso de aplicación de la norma, y el judicial en el proceso de aplicación e interpretación de la norma para la resolución de casos, en todos aquellos procesos se deben garantizar la eficacia e incidencia de tal norma superior (Córdoba *et al.*, 2020b, p. 89).

Dicho de otro modo, todos estos factores han obligado a modificar las estructuras de los Estados, adaptándose a las necesidades y realidades que demandan un cambio rápido y armonioso al ordenamiento jurídico. Por ello, este cambio “ha alcanzado todas las áreas del derecho sin excepción; [...] y ha generado diferentes grados de aceptación o de resistencia” (Córdoba *et al.*, 2020b, p. 88).

Así las cosas, entendiendo que el derecho cambia y sufre mutaciones constantes debido a varios factores, no es de extrañar que, en todas las ramas del derecho, una nueva constitución haya incidido en la transformación y el desarrollo de las mismas y en concreto lo relativo al comercio exterior. Una de las características más apremiantes en el marco de la globalización es precisamente una nueva forma de ver el comercio exterior y las relaciones comerciales que eso implica, lo cual tiene relación directa con el derecho aduanero (González *et al.*, 2020a, p. 76).

Además, considerando lo anterior, el tema aduanero tiene su fundamento en el modelo “que adopte el Estado, que se ve reflejado en la construcción de las normas que orientan las aduanas. No es lo mismo la aduana en un sistema monárquico o dictatorial que la aduana en un sistema pre-

sidencial o democrático” (Pardo, 2009, p. 47), a esto se añade que “el intercambio de mercancías entre países pretende, en cada nación, no solo el interés fiscal, comercial, político y financiero, sino además desarrollar fines sociales” (Hernández, 2014, p. 254).

Este escenario y la necesidad de una nueva regulación aduanera ajustada además a las recomendaciones de los organismos internacionales y a los convenios suscritos para la armonización y buenas prácticas aduaneras, llevó al surgimiento de una moderna ley marco de aduanas en el año 2013.

Esta ley señala “una clara estructura y marco para el ejercicio de la función reguladora del Gobierno nacional para expedir todas las nuevas regulaciones del régimen de aduanas” (Forero, 2013, p. 14); añádase a esto, un avance significativo en el tema aduanero como lo es la introducción de sus propios principios, además de la sujeción a los principios de orden constitucional y los señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

No cabe duda de que, con la nueva ley marco, inicia un proceso de modernización del ordenamiento jurídico aduanero, facilitando el comercio y garantizando que sus actividades y operaciones cuenten con el soporte y la seguridad jurídica, bajo la orientación de los postulados constitucionales, así como de la aplicación de los tratados y convenios suscritos para la integración económica.

Todo ello en sintonía, y orientado a potencializar la internacionalización e integración, la cual contribuye al desarrollo de procesos de interacción y libertad económica, aspectos que la Constitución de 1991 trajo en relación con el comercio exterior. Por lo anterior, era necesario la actualización de la legislación aduanera, lo que permitió la expedición del Decreto 390 de 2016 que posteriormente fue derogado por el Decreto 1165 de 2019, en aras de compilar todas las disposiciones normativas que en el tema aduanero se encontraban vigentes y dispersas, pues “el ordenamiento jurídico aduanero debe ser claro, operativo, sin obstáculos innecesarios a los intereses superiores que deben ser protegidos” (Pardo, 2009, p. 47).

Ahora, en cuanto a los procesos relativos a la integración económica, el tema aduanero jugó un papel fundamental, pues se sustenta en la misma constitución; así lo referenció Cristina Pardo (2009) en su ponencia “Fundamentos constitucionales del derecho aduanero”, al mencionar uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional donde manifiesta que

en el ámbito internacional existe una tendencia creciente a concertar procesos de integración económica, mediante los cuales se establecen modelos de intercambio de bienes y servicios, principalmente con efectos sobre las barreras arancelarias y no arancelarias que limitan el libre comercio [...] permite la celebración de acuerdos de tipo comercial, uniones aduaneras, mercados comunes y comunidades económicas, cuya finalidad es garantizar el mejoramiento de las condiciones mercantiles, el desarrollo y crecimiento de la economía y, en general, la competitividad de los países miembros (p. 119).

Además, como lo menciona Pardo (2014), “la Constitución Política dispone en varias de sus normas su presupuesto o proyecto de que la política exterior de Colombia se oriente a la internacionalización y, especialmente, a la integración latinoamericana y del Caribe” (p. 44). Se comprende así la suscripción de tratados internacionales y la adhesión de Colombia a diferentes organismos internacionales relacionados con el comercio exterior, siempre que no desconozcan los presupuestos constitucionales, por ello,

a la hora de negociar un tratado y de aprobarlo legislativamente, el Ejecutivo y el Legislativo deben verificar que el contenido del tratado, en lugar de poner en riesgo las instituciones esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, promueva su desarrollo y aplicación efectiva (Pardo, 2009, p. 121)

Añádase también que, a partir de la postura de la Corte Constitucional,

los tratados estarán supeditados a la Constitución, con la excepción específica que hace la misma Constitución en el artículo 93, cuando indica que los tratados que reconocen derechos humanos y temas directamente relacionados prevalecen sobre el orden interno y hacen parte de lo que la corte denomina el bloque de constitucionalidad (Pardo, 2014, p. 54).

Por lo anterior, cuando Colombia ha suscrito un tratado o convenio internacional “debe adelantar el proceso de incorporación al derecho interno [...], donde intervienen todas las ramas del poder público con el fin de garantizar un adecuado balance en su trámite” (Vilar-Rubiano, 2015, p. 39).

Así las cosas, “los tratados de comercio tienen, como regla general, la misma jerarquía de una ley ordinaria o de una ley marco dentro del sistema jurídico colombiano” (Pardo, 2014, p. 57). No obstante, es importante tener en cuenta que, a partir del surgimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC), “los protocolos de adhesión contribuyen al proceso de constitucionalización” internacional (Peixoto, 2018, p. 187), lo que implica una armonización y homogenización de pautas comunes en relación con la política comercial que los países deben cumplir (Peixoto, 2018, p. 197).

Del mismo modo, también se requiere observar las diferentes obligaciones que ha adquirido Colombia en virtud de los “compromisos en materia de integración comercial, por ejemplo: los tratados de libre comercio, los acuerdos de alcance parcial en el contexto de la Asociación Latinoamericana de Integración y el Acuerdo de Cartagena, mediante el cual se establece la CAN” (Barbosa *et al.*, 2014, p. 95).

Ahora bien, como lo manifiesta Aníbal Uscátegui (2014, p. 558), el comercio se convierte en un medio que busca la eliminación de la pobreza, toda vez que en la medida en que este progrese la economía de los países prosperará, y es precisamente como la OMC, en conjunto con la Organización Mundial de Aduanas (OMA), unen esfuerzos para lograr este propósito, lo que lleva a que los países miembros adopten tales disposiciones por los compromisos adquiridos para la facilitación del comercio.

En este marco de la integración económica y la suscripción de tratados se encuentran las medidas de defensa comercial que también estarán ajustadas a los postulados constitucionales, en procura de competir en iguales condiciones protegiendo a los sectores nacionales de los daños que puedan ocasionarles las importaciones; así, Colombia ajusta sus disposiciones normativas expidiendo el Decreto 1794 de 2020, mediante el cual se establecen

las disposiciones aplicables a las investigaciones sobre las importaciones de productos originarios de países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que sean objeto de *dumping*, cuando causen o amenacen causar un daño importante a la rama de producción nacional, o retrasen de manera importante la creación o ampliación de esa rama de producción nacional. Este marco normativo será aplicable, además, a las importaciones de países no miembros de la OMC con los cuales Colombia tiene vigentes Tratados o Acuerdos Comerciales Internacionales, y a las importaciones de productos provenientes de países con los cuales Colombia no ha adquirido compromiso internacional alguno en torno a la aplicación de derechos antidumping (República de Colombia, 2020, art. 2.2.3.7.1).

Estas medidas “diseñadas por la OMC para mantener escenarios de competencia comercial que se basen en condiciones de igualdad y lealtad, que no interrumpan con la liberalización del comercio, pero que garanticen el correcto funcionamiento del mercado” (Lizarazo, 2019, p. 12) son adoptadas por Colombia, y por ello establece, mediante las disposiciones normativas, los mecanismos “para proteger la producción nacional de las prácticas restrictivas y desleales de comercio internacional [...] y establece los organismos, requisitos y procedimientos que se precisan para tales efectos” (Ibarra, 2009, p. 434).

En el ordenamiento jurídico colombiano, ante este escenario se han expedido varios decretos con el propósito de adoptar “medidas *antidumping* y los derechos compensatorios” (Pineda, 2016, p. 79).

Como puede observarse, la legislación aduanera ha ido paulatinamente ajustándose a las disposiciones que para la nueva faceta del comercio exterior se diseñó desde 1991 con la nueva carta política. Cada avance en esta materia se debería entender como una conquista más del Estado social de derecho y al mismo tiempo una exigencia de la política económica mundial que pretende simplificar procedimientos y agilizar las acciones de los obligados aduaneros (González *et al.*, 2020b, p. 77).

No obstante, “una característica del derecho aduanero es su rigor, ya que es formal y represivo a la vez” (Alais, 2008, p. 125), el cual se ve reflejado en los procedimientos administrativos aduaneros “en el que la propia institución juega un rol importante en orden a determinar no solo la existencia de infractores o deudores de los tributos del comercio exterior”, sino también en que la administración tiene “facultades de crear, interpretar y aplicar las normas aduaneras” (Cohecha, 2008, p. 17), mediante los cuales

en ocasiones se ha transgredido los derechos de los usuarios, toda vez que muchas de sus interpretaciones obedecen a un régimen de responsabilidad objetiva que con la misma constitución fue proscrita, y que con la vigencia del Decreto 1165 de 2019 se busca generar una interpretación conforme al Estado social de derecho, pues en él se incorporan principios propios que regulan la actividad aduanera y causales de exoneración de responsabilidad que procuran una mejor interpretación del operador jurídico ante las infracciones en materia aduanera en sede administrativa, esto es muestra del progreso y la modernización que el derecho aduanero ha presentado a partir del neoconstitucionalismo.

Claro que esto no lo explica todo, y queda aún mucho por decir, toda vez que bajo el ordenamiento jurídico constitucionalizado se debe abordar el derecho de una forma integral, en el que los valores y principios de la carta magna irradian “el perfeccionamiento razonable del orden jurídico” (Cohéa, 2008), es decir, tal como menciona María Sigala (2009) en su reseña al texto de Guastini, “los Estados Constitucionales deben hacer coexistir valores y principios, pero asumidos con carácter no absoluto, sino compatible con aquellos otros con los que debe convivir” (p. 135).

CONCLUSIONES

El proceso de constitucionalización en Colombia ha llevado a un dinamismo en las diferentes áreas del derecho que, en mayor o menor medida, ha presentado cierta resistencia, sin embargo, la estructura jurídica se somete ante el nuevo orden impuesto por el Estado social de derecho para buscar una transformación formal y material y cumplir con los fines del Estado.

La transformación del ordenamiento jurídico en Colombia dio el comienzo para el proceso de constitucionalización de las diferentes áreas del derecho, entre las cuales se encuentra el derecho aduanero, el cual no escapa a la influencia de los nuevos postulados, toda vez que la aduana será la representación del mismo Estado en aras de cumplir la política comercial y, por ende, los fines del Estado con fundamento en la carta política.

Si bien es cierto, el derecho aduanero no solo atiende las disposiciones normativas internas, sino que también se ajusta al derecho internacional por la suscripción de los tratados internacionales, lo que implica adecuar la normativa aduanera a los estándares que el comercio internacional demanda y a la integración económica, aspectos que evidentemente no entrarán en discrepancias con la estructura del Estado social de derecho.

La autoridad aduanera, dada sus facultades de interpretación, puede “aplicar e interpretar las normas con discrecionalidad” (García *et al.*, 2019, p. 150) a través de sus conceptos, “aunado a la subjetividad en la interpretación y aplicación de la norma aduanera” (García *et al.*, 2019, p. 152), situación que ha llevado a vulnerar los derechos de los usuarios aduaneros.

Con la expedición de la Ley 1609 de 2013 se inició una modernización del derecho aduanero, no solo para cumplir con los acuerdos suscritos, sino por cuanto ello implicaba armonizar la legislación aduanera a los estándares internacionales para simplificar y facilitar el comercio internacional, e incluir los principios propios que rijan la actividad en armonía con la constitución.

El Decreto 1165 de 2019 es un logro importante para el ordenamiento jurídico aduanero, toda vez que se armoniza con las disposiciones de organizaciones internacionales como la OMC, la OMA, los convenios como el de Kyoto y demás acuerdos de integración económica para la facilitación del comercio.

REFERENCIAS

Alais, H. F. (2006). *Los principios del derecho aduanero: teoría general y aplicación a la problemática de la infracción de declaración inexacta*. Universidad Austral. <http://www.bdigital.unal.edu.co/12473/1/4478377.2013.pdf>.

Alais, H. F. (2008). *Los principios del derecho aduanero*. Marcial Pons.

Arango, R. (2004). Constitucionalismo, Estado social de derecho y realización integral de los derechos. En *Derechos, constitucionalismo y democracia* (p. 271). Universidad Externado de Colombia.

Aranzamendi, L. y Humpiri, J. (2021). *Ruta para hacer una tesis en derecho. Preguntas y respuestas*. Editorial Grijley.

Barbosa, J., Salcedo, M. y Villamizar, M. (2014). Los tratados de libre comercio y su aplicación en el derecho colombiano. En G. Pardo (Coord.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior* (págs. 71-118). Editorial Universidad del Rosario.

Benítez-Rojas, V. F. (2010). La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro. *Dikaion*, 19(1).

Berghe van de, E. (2014). *Tratados de libre comercio. Retos y oportunidades*. Ecoe Ediciones.

Cadena, W. (2017). Aspectos generales del derecho internacional privado. En *Derecho mercantil internacional*. Ecoe Ediciones.

Carbonell, M. y Sánchez, R. (2017). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/download/17397/15605>.

Castaño, R. A. (2019). *Derecho civil. Parte general*. Grupo Editorial Ibañez.

Cohecha, C. A. (2008). *Derecho administrativo aduanero: aspectos generales y principios rectores*. Grupo Editorial Ibañez.

Córdoba, K., González, J. y Narváez, D. (2020). Constitucionalización del ordenamiento jurídico. En D. Narváez, D. Chamorro, J. González, J. Paz, A. Arteaga, L. Bolaños, K. Melo, C. Córdoba y C. Yamá, *Perspectivas sociojurídicas: derecho, constitución y sociedad* (págs. 75-93). Editorial Universidad CESMAG. <https://doi.org/10.15658/CESMAG20.12010113>.

Cortés, S. (2011). La constitucionalización del derecho y la interpretación jurídico constitucional. *Via Inveniendi Et ludicandi*, 6(12), 1-30. <http://www.redalyc.org/pdf/5602/560258670002.pdf>.

Cubillos, A. (2019). *Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Editorial Universidad del Rosario.

Duque, S., González, F., Cossio, N. y Martínez, S. (2018). *Investigación en el saber jurídico*. Editorial Universidad de Antioquia.

Escobar, N. y Jiménez, G. (2017). La perspectiva política en la construcción de una agenda de integración económica interamericana desde la experiencia colombiana. *Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas*. <https://doi.org/http://dx.doi.org.crai-ustadigital.usantomas.edu.co/10.18634/incj.20v.1i.856>.

Flechas, S. (2016). ¿Apertura y crecimiento o apertura y decrecimiento? Análisis de la discusión entre economistas y abogados sobre la apertura económica en Colombia (1991-2012). En *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano* (p. 442). Ediciones Uniandes.

Forero, A. (2013). Ley 1609 de 2013. Reflexiones sobre el alcance y contenido de la nueva Ley Marco de Aduana en Colombia. *Revista Derecho Aduanero*, 4(2357-3228), 1224. <https://www.icdt.co/publicaciones/revistas/REVISTAICDA4.pdf>

García, J., Montes, E. y Giraldo, I. (Eds.). (2019). *Comercio exterior en Colombia: política, instituciones, costos y resultados*. Banco de la República. <https://doi.org/https://doi.org/1032468/L.664-406-8>.

González, J., Yamá, C. y Chamorro, D. (2020a). Alcance y aplicación de la tercera causal de exoneración de responsabilidad en relación con el principio de buena fe en el procedimiento sancionatorio aduanero. (Decreto 1165 de 2019). En D. Narváez, M. Rosas, A. Arteaga, J. Paz, J. González, C. Yamá, D. Chamorro, K. Melo y L. Calvache, *Diálogos y contextos desde el pluralismo jurídico en Colombia* (págs. 60-88). Editorial Universidad CESMAG. <https://doi.org/10.15658/CESMAG20.12010103>.

González, J., Córdoba, C. y Narváez, D. (2020b). El principio de buena fe en el procedimiento sancionatorio aduanero. En A. Lagos, C. Cabezas, C. Yamá, D. Chamorro, D. Narváez, A. Arteaga y M. Rosas *Problemas contemporáneos a la luz del debate jurídico y las nuevas tecnologías* (págs. 73-111). Editorial Universidad CESMAG. <https://doi.org/10.15658/CESMAG20.12010118>

Hernández, F. I. (2014). Barreras al comercio exterior. En G. Pardo (Coord.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior* (págs. 251-174). Editorial Universidad del Rosario.

Ibáñez, S. (2014). El marco jurídico del derecho aduanero comunitario. De la unión aduanera al “Código Aduanero Modernizado”. En G. Pardo (Coord.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior* (págs. 583-618). Editorial Universidad del Rosario.

Ibarra, G. (2009). Aspectos constitucionales de las medidas de defensa comercial. En G. Pardo (Ed.), *El derecho aduanero en el siglo XXI* (págs. 419-498). Editorial Universidad del Rosario.

Lizarazo, M. C. (2019). *Los derechos antidumping y su naturaleza jurídica en Colombia*. Externado de Colombia.

López, R. (2009). Obligaciones aduaneras en algunos de los recientes acuerdos de libre comercio negociados por los países de América. En G. Pardo (Ed.), *El derecho aduanero en el siglo XXI* (págs. 165-184). Editorial Universidad del Rosario.

Pardo, G. (2009). *El derecho aduanero en el siglo XXI*. Editorial Universidad del Rosario.

Pardo, G. (2014). Acuerdos comerciales de Colombia en materia económica. Competencias. La jerarquía de los acuerdos en el derecho comparado. En G. Pardo (Coord.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior* (págs. 3-69). Editorial Universidad del Rosario.

Pardo, C. (2009). Fundamentos constitucionales del derecho aduanero. En G. Pardo (Ed.), *El derecho aduanero en el siglo XXI* (págs. 85-128). Editorial Universidad del Rosario.

Peixoto, J. (2018). El constitucionalismo internacional y la Organización Mundial de Comercio: el caso de los protocolos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (38). <https://doi.org/https://doi.org/10.22201/iiij.24484881e.2018.38.11879>

Pineda, A. M. (2016). Tratamiento de las políticas antidumping en el marco de la OMC y los Tratados de Libre Comercio firmados y ratificados por Colombia con Canadá, República de Corea y Estados Unidos de América. *Revist@ E-Mercatoria*, 15(1), 49-102.

Pontón-Serra, J. y Prieto-Ríos, E. (2021). Acuerdos internacionales de inversión: compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control de constitucionalidad. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 23(1). <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/9593>.

Quinche-Ramírez, M. (2016). La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Revista Jurídica*, 13(1), 43-63. [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13\(1\)_4.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13(1)_4.pdf).

República de Colombia (2000). Corte Constitucional. Sentencia C-1111-00. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1111-00.htm>.

República de Colombia (2001). Corte Constitucional. Sentencia C-1290-01. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1290-01.htm>.

República de Colombia (2006). Corte Constitucional. Sentencia C-034-06. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-034-06.htm>.

República de Colombia (2012). Corte Constitucional. Sentencia C-415-2012. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm>.

República de Colombia (2019a). Constitución Política de Colombia. <https://doi.org/1657-6241>.

República de Colombia (2019b). Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto 1165 de 2019. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.aspx?id=30036618>.

República de Colombia (2020). Decreto 1794 de 2020. Diario oficial. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=154286>.

República de Colombia (2021). Corte Constitucional. Sentencia C-028. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-028-21.htm>.

Cubillos, A. (2019). Reflexiones sobre la supremacía del derecho constitucional y la primacía del derecho comunitario. En *Principio de primacía del derecho comunitario andino y sus efectos en la jurisprudencia del Consejo de Estado* (págs. 37-78). Editorial Universidad del Rosario.

Senado de la República (2011). Senado de la República. Proyectos de ley. *Gaceta del Congreso*. Imprenta Nacional de Colombia. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_714.pdf.

Sigala, M. (2009). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.

Suárez, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Vniversitas*, 129, 317-351. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>

Uscátegui, A. (2014). La Organización Mundial de Aduanas y la facilitación del comercio legítimo. En G. Pardo (Coord.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior* (págs. 557-582). Editorial Universidad del Rosario.

Velasco, N. (2016). Constitucionalismo y Estado social de derecho en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (49). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.45.1078>.

Velasco, N. y Llano, J. V. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional. *Novum Jus*, 9(2), 49-73. https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#!/search/jurisdiction:CO,US,BO,BR+country_jurisdiction:AFD,AS/ricardo+guastini/WW/vid/786560941.

Vilar-Rubiano, F. (2015). Las vicisitudes de los compromisos comerciales internacionales de Colombia, *Dixi*, 17(22). <https://doi.org/doi: http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i22.1241>

Witker, J. (1999). *Derecho tributario aduane* (2.^a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://elibro.net/es/ereader/usta/72250>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

PAPEL DEL ARTE EN LA REPARACIÓN SIMBÓLICA
Y REIVINDICACIÓN DE DERECHOS EN COLOMBIA:
REVISIÓN SISTEMÁTICA

ROLE OF ART IN SYMBOLIC REPARATION AND CLAIMING RIGHTS
IN COLOMBIA: SYSTEMATIC REVIEW

PAPEL DA ARTE NA REPARAÇÃO SIMBÓLICA E REIVINDICAÇÃO
DE DIREITOS NA COLÔMBIA: REVISÃO SISTEMÁTICA

KELLY NATALIA MELO ANDRADE*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a14

RESUMEN

Las violaciones a los derechos humanos y el conflicto armado en Colombia afectan drásticamente la dimensión material e inmaterial de las víctimas. Por ello, se garantiza la reparación integral para restaurar el daño y restablecer los derechos. La reparación simbólica articula derechos y garantías que restauran el daño mediante la transformación

* Magíster en Derecho Administrativo, Universidad del Cauca; especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Nariño, abogada, Universidad Santiago de Cali. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0216-2017>. Correo electrónico: knmelo@unicesmag.edu.co Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?view_op=list_works&hl=es&user=S0YLpOWAAAAJ y el CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000036971

de realidades. Busca la dignificación de la víctima, la construcción de memoria y prevenir la revictimización. El arte es una herramienta valiosa en términos de restauración porque crea símbolos y significados que sitúan a la víctima en una situación nueva, con proyección al futuro, pero sin olvidar el pasado. La potencialidad del arte para contribuir a la reparación simbólica está en su dinamismo y capacidad de acoplarse a diversas situaciones. Dignifica a las víctimas, otorga voz, transforma percepciones, genera símbolos y gestiona traumas. Crea narrativas con denuncias, causas y soluciones respecto a las transgresiones de los derechos. Este trabajo consiste en una revisión sistemática con perspectiva jurídica. Vislumbra la incidencia del arte en la reparación simbólica en contextos de violaciones a derechos humanos y conflicto armado en Colombia. Se examinan documentos que contienen representaciones artísticas realizadas por víctimas y artistas. Además, artículos sobre reparación simbólica, arte y derechos humanos.

Palabras clave: revisión sistemática, arte, reparación simbólica, violación a derechos humanos, conflicto armado.

Abstract

Human rights violations and the armed conflict in Colombia drastically affect the material and immaterial dimension of the victims. For this reason, comprehensive reparation is guaranteed to restore the damage and restore rights. Symbolic reparation articulates rights and guarantees that restore the damage through the transformation of realities. It seeks to dignify the victim, build memory and prevent re-victimization. Art is a valuable tool in terms of restoration because it creates symbols and meanings that place the victim in a new situation. With projection to the future, but without forgetting the past. The potentiality of art to contribute to symbolic reparation lies in its dynamism and ability to adapt to various situations. It dignifies victims, gives voice, transforms perceptions, generates symbols and manages trauma. Create narratives with complaints, causes and solutions regarding the transgressions of rights. This work consists of a systematic review with a legal perspective. It glimpses the incidence of art in symbolic reparation in contexts of human rights violations

and armed conflict in Colombia. Documents containing artistic representations made by victims and artists are examined. In addition, articles on symbolic reparation, art and human rights.

Keywords: systematic review, art, reparation symbolic, human rights violation, armed conflict.

Resumo

As violações dos direitos humanos e o conflito armado na Colômbia afetam drasticamente a dimensão material e imaterial das vítimas. Por esta razão, é garantida a reparação integral para restituir o dano e restaurar os direitos. A reparação simbólica articula direitos e garantias que restauram o dano por meio da transformação das realidades. Busca dignificar a vítima, construir memória e prevenir a revitimização. A arte é uma ferramenta valiosa em termos de restauração porque cria símbolos e significados que colocam a vítima em uma nova situação. Com projeção para o futuro, mas sem esquecer o passado. A potencialidade da arte em contribuir para a reparação simbólica reside no seu dinamismo e capacidade de adaptação a diversas situações. Dignifica as vítimas, dá voz, transforma percepções, gera símbolos e administra traumas. Criar narrativas com denúncias, causas e soluções em relação às transgressões de direitos. Este trabalho consiste em uma revisão sistemática com perspectiva jurídica. Vislumbra a incidência da arte na reparação simbólica em contextos de violação de direitos humanos e conflito armado na Colômbia. São examinados documentos contendo representações artísticas feitas por vítimas e artistas. Além disso, artigos sobre reparação simbólica, arte e direitos humanos.

Palavras-chave: revisão sistemática, arte, reparação simbólica, violação de direitos humanos, conflito armado.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se presenta como una revisión sistemática que recopila investigaciones enfocadas en el área de derechos humanos. Se relaciona con la reparación simbólica y el arte respecto a víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado. El objetivo es obtener información sobre la reparación simbólica y el arte para conocer las tendencias actuales y los desafíos en el campo teórico y práctico.

Para su desarrollo se planteó como objeto de estudio el papel del arte en la reparación simbólica. En el marco conceptual, se aborda la noción de la reparación simbólica, su constitución, características y fuentes. Se define el concepto de víctima de violaciones a los derechos humanos y conflicto armado desde la normativa nacional e internacional. Aborda las obligaciones estatales en situaciones de transgresión del ordenamiento jurídico e indaga sobre la potencialidad del arte para reparar simbólicamente y su contribución en procesos de reivindicación de derechos.

La reparación simbólica se estructura a partir de los elementos que constituyen la reparación integral regulada por normas nacionales e internacionales. Su finalidad permite la conjugación de distintas disciplinas en torno a materializar la verdad, la memoria, las garantías de satisfacción y no repetición. Por tanto, permite incorporar herramientas alternas de reparación que superan la rigidez de los fallos judiciales en los que restringen la reparación a la construcción de “monumentos, placas y eventos que no cumplen con ninguno de los elementos esenciales de la reparación” (Sierra-León, y Mendoza-Ortiz, 2020 p. 13).

Los mecanismos de reparación convencionales no garantizan la participación de las víctimas en los procesos, sino que imponen medidas que no están acordes con las necesidades particulares para restaurar el daño, lo que obstaculiza la reparación y la hace inefectiva. Por esta razón, es importante explorar formas alternas para materializar la reparación mediante mecanismos como el arte, que permite transformar realidades, representar significados, visibilizar narrativas y dignificar a las víctimas.

Para guiar la investigación se plantearon las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las características de la reparación simbólica en casos de violaciones a derechos humanos y conflicto armado? ¿Qué derechos y garantías aborda la reparación simbólica? ¿Cuál es la potencialidad que tiene el arte para contribuir a la reparación simbólica y a los procesos de denuncia, resistencia o reivindicación de derechos en contextos de violaciones a derechos

humanos y conflicto armado? ¿Qué experiencias se reconocen en las que se identifique el arte como instrumento para reparar simbólicamente o denunciar, resistir y reivindicar derechos?

MARCO CONCEPTUAL

Reparación simbólica

La reparación es definida por la doctrina como la obligación de regresar a la víctima al estado en el que se encontraba antes de sufrir el hecho dañoso (Moreno y Clavijo, 2015). Surge de la regla general de la responsabilidad: el sujeto comprometido debe restaurar todas las afectaciones que la víctima no estaba en la obligación legal de soportar de forma proporcional y equivalente al daño (Sandoval, 2013).

Para Henao (2007), el proceso de retorno hacia el *statu quo* de la víctima se denomina *reparación in natura*. Pretende la restitución plena de la víctima respecto al daño y los derechos conculcados. Sin embargo, tratándose de violaciones a derechos humanos y personas afectadas en el marco del conflicto armado no es posible garantizar la restitución plena. Las graves alteraciones producidas en la esfera personalísima del ser humano impiden volver a la persona a la situación anterior. Por ello, ante la insuficiencia para garantizar la reparación por medios convencionales, surge la reparación integral, entendida como las acciones y medidas destinadas a aminorar las consecuencias de los crímenes (República de Colombia, 2008).

Los contextos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos o un conflicto armado imponen el deber estatal de proveer reparación a nivel individual y colectivo por medio de políticas estatales para restaurar masivamente, o de forma particular, ante instancias judiciales. La obligatoriedad de reparar los daños conlleva la necesidad de implementar medidas de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria dependiendo de la dimensión que se pretende restaurar.

De Greiff (2008) plantea el concepto de reparación desde el nivel individual y masivo (programas de reparación). Para su implementación, clasifica las reparaciones en materiales y simbólicas con carácter individual o colectivo. Entre la multiplicidad de formas que reconoce para reparar les otorga especial relevancia a las medidas simbólicas, entre las que se encuentran el pedido de disculpas públicas, la remisión de informes ante la comisión de la verdad, el sepulcro, acciones de desagravio o actos de conmemoración, entre otros.

Los antecedentes normativos para la configuración de la reparación integral provienen de disposiciones de organismos internacionales¹ pertenecientes al derecho internacional público. El tribunal del sistema interamericano define la reparación integral como “las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas” (CIDH, 2005, p. 38). También fija el deber de restaurar adecuadamente los daños producidos por graves violaciones a derechos humanos acaecidos en el marco del conflicto armado a través de medidas individuales y colectivas.

De Greiff (2008) propone el contenido de cada una de las medidas acorde con el derecho internacional, dispuestas para la restauración de las víctimas, que son: 1) restitución, pretende restablecer el *statuo quo* de la víctima mediante la restauración de derechos; 2) compensación, busca remediar el daño mediante su cuantificación, entendiendo que las afectaciones sobrepasan la esfera material del ser humano y por ello se incluyen las lesiones mentales y morales, y 3) satisfacción y garantías de no repetición, que incluyen medidas que tienen el objetivo de restablecer la dignidad y reputación de las víctimas. Su alcance es amplio porque aborda acciones judiciales, administrativas e institucionales (p. 409).

La reparación simbólica se desarrolla en normas nacionales como la Ley 975 de 2005 y 1448 de 2011, e internacionales como la Resolución 60/147 que regula la reparación integral. Contienen derechos y garantías a nivel individual y colectivo. Buscan trascender en la restauración del daño exclusivamente material, por tanto, otorgan contenido a la reparación simbólica.

En Colombia, la reparación simbólica se establece en las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad y en el marco normativo dirigido a la protección de las víctimas del conflicto armado. El artículo 141 de la Ley 1448 de 2011 la define como:

Toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, la solicitud de perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas (República de Colombia, 2011).

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos, para la lucha contra la impunidad.

Los elementos que caracterizan la reparación se enfocan en los destinatarios de las medidas a nivel individual y colectivo. El objetivo (preservación de memoria histórica y dignidad de las víctimas), la amplitud de las medidas en las que cabe cualquier tipo de acto para aliviar el sufrimiento de las víctimas y la particularidad de cada proceso abordando las necesidades y “subjetividad de las víctimas” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 23).

Por tanto, los deberes del Estado respecto a las víctimas en la dimensión simbólica se condensan en el derecho a la verdad, la memoria, las garantías de satisfacción y no repetición. Para Sierra-León (2015), es una forma de la reparación integral entendida como el conjunto de medidas que se pueden emplear para resarcir los daños de algunos delitos. A pesar de que las garantías referidas son autónomas, se conectan con la reparación integral y potencializan la reparación simbólica, en el sentido que reivindican las garantías a través del poder transformador de la simbología. Además, encuentran la distinción con la reparación integral en el sentido en que esta adopta medidas simbólicas mientras que en la reparación simbólica se construyen emblemas.

Para Sierra-León y Mendoza-Ortiz (2020), la reparación simbólica se define como una ficción jurídica que surge del principio básico de la responsabilidad. Todo daño produce la obligación de reparación de forma proporcional y acorde a los perjuicios causados. Frente a graves violaciones a los derechos humanos se parte de la premisa de la imposibilidad de cumplir con la restitución plena. Por tanto, las formas de reparación que se apliquen resultan ser simbólicas en el sentido que intervienen para reparar lo que no es posible restaurar.

Además, se reconoce la existencia del daño simbólico que también debe obtener reparación. “El daño simbólico existe como producto de la violencia física y simbólica, en la medida que hechos que violan el ordenamiento jurídico alteran la vida social, pudiendo lesionar elementos materiales o inmateriales que encierran significados de un grupo social” (Sierra-León, y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 30).

Los derechos y las garantías que componen la reparación simbólica buscan la construcción de memoria, la dignificación y evitación de hechos revictimizantes. Deben materializarse a través de medidas que “comprenden un carácter transformador enfocadas en el futuro y no en el pasado, lo que hace de ella un asunto clave en contextos de reconciliación” (Sierra-León, y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 30). Este es el punto diferenciador respecto a otro tipo de reparaciones.

Relación entre arte y reparación simbólica

La reparación simbólica, en su acepción general, contempla los derechos a la verdad, la memoria y las garantías de satisfacción y no repetición. Tiene como objetivo coadyuvar en la restauración del aspecto material e inmaterial del ser humano y el restablecimiento de los derechos, a pesar de que en algunos casos parezca imposible lograrlo.

Ceballos (2007) define la verdad como un requisito esencial para la reconciliación en la colectividad, por cuanto representa el “carácter simbólico y restaurador del esclarecimiento de los hechos de violencia, la identificación y sanción de los culpables, el perdón y arrepentimiento como procesos implícitos en la búsqueda de la verdad” (p. 3).

El derecho a la verdad está relacionado con los procesos formales iniciados por el Estado, en los que se realizan declaraciones oficiales y que está en la obligación de revelar. Las declaraciones encuentran diferentes formas de manifestarse, expresiones artísticas, visuales, auditivas y escritura, debido a que la experiencia de narrar la verdad debe satisfacer “nuestras necesidades estéticas, emocionales y activas” (Naqvi, 2006, p. 3). El relativismo de la verdad demuestra el vínculo con la subjetividad de quien la expresa, puesto que “cualquier cosa que satisfaga el alma es verdad” (Naqvi, 2006, p. 8).

Por su parte, la memoria colectiva, la histórica y la individual se encuentran relacionadas entre sí y se definen como un espacio en el tiempo donde se desarrollan los fenómenos y la experiencia. Betancourt-Echeverry (2004) enfoca la memoria histórica en la información proveniente del presente forjado sobre el pasado renovado. La memoria colectiva se desarrolla desde la composición del pasado mediante las vivencias individuales y comunitarias.

Desde la postura de Thompson (citado en Betancourt-Echeverry, 2004), la experiencia a partir de la que se erige la memoria colectiva surge del ser social, acompañada de pensamiento, porque el hombre tiene la capacidad racional de reflexionar y cuestionar sobre lo acontecido a su alrededor, representarlo en la conciencia social y transformar la experiencia hacia nuevos conocimientos y cuestionamientos. La conciencia se nutre de dos tipos de experiencia: “la experiencia vivida y la experiencia percibida” (p. 5).

Las nociones de los objetivos de los derechos y las garantías que componen la reparación simbólica dan cuenta de que los daños no solo deben ser restaurados a nivel particular, sino que se requiere reconstruir el tejido social, renovar valores y adecuarse al orden social que emerge después de una situación de violación a derechos humanos o posconflicto (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).

Los procesos de justicia transicional y de periodos de violaciones a derechos humanos a nivel social requieren de transformaciones acordes al “pacto social” surgente y al nuevo orden en proceso de consolidación. Por ello, es necesario generar nuevos escenarios que permitan construir símbolos que representen la época por la que se atraviesa. Esto implica “el reconocimiento de la existencia de un sedimento ideológico del orden actual, y de la necesidad y pertinencia de su cambio en función de valores y prioridades discutidos por la sociedad” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).

La condición simbólica de la reparación y la construcción de emblemas aporta a la generación de fragmentos de la realidad que pueden tener diversos significados en los convenios sociales.

De esta forma, los símbolos representan algo que no está presente, sin embargo, en la reparación simbólica, si bien se representa algo que no está, es algo que no es posible de recuperar, algo perdido por el sujeto a quien va dirigido el acto reparador (García-Pachón, citado en Rebolledo y Rondón, 2010, p. 2).

En este contexto, el arte es un transmisor y creador de símbolos, en tanto articula variedad de disciplinas, acoge el dolor particular y permite reparar lo irreparable. Para Sierra-León y Mendoza-Ortiz, (2020) la forma de implementar las medidas y cumplir con los sujetos receptores (víctima individual, colectiva y sociedad) de la reparación simbólica es el arte y la cultura. La profesora Sierra-León plantea el concepto de litigio estético y artístico para explicar la conexión entre el arte y la reparación simbólica. El artístico tiene un sujeto activo cualificado (artista de profesión), quien a través de sus obras en distintos escenarios pretende visibilizar una situación de “vulneración a derechos humanos”. Para la configuración del litigio artístico se requiere una obra de arte, que su autor sea un artista (tercero) que tenga la facultad de entender una situación, representarla en la obra e insertar los derechos humanos desde el ámbito que pretenda visibilizar.

El estético se desarrolla desde el patrimonio cultural material o inmaterial sin la exigencia de que esté declarado por el Estado. No requiere que sea efectuado por un artista, dado que sirve como un dispositivo de denuncia, reclamación o reivindicación respecto a violaciones a los derechos humanos por parte de actores del conflicto armado. “Esta suerte de acusaciones sociales se manifiesta por medio de gestos, performativas, expresiones orales, manuales, corporales y otras prácticas materiales determinadas por la cultura” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 25).

“El arte tiene su concepto en la constelación, históricamente cambiante, de sus momentos; se resiste a la definición” (Sierra-León, citado en Adorno, 1970, p. 48). El particular dinamismo del arte le permite adaptarse a los requerimientos de las víctimas. Enmarcado en los conceptos de litigio artístico y estético constituyen una poderosa herramienta para cambiar las perspectivas sociales y contribuir a la reparación simbólica de las víctimas de violaciones a derechos humanos y del conflicto armado.

Víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado

La noción de víctima en el marco de la transgresión de normas internacionales de derechos humanos está contemplada en los principios y las directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones, manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. La norma permite clasificar a las víctimas en directas (persona que sufre el daño en su humanidad) e indirectas (familiares de la víctima directa). De igual forma, son víctimas las personas que intervienen en la asistencia a personas que estén en peligro de ser victimizadas. Pueden ser individuales o colectivas.

Respecto al daño, se incluye el material e inmaterial. Es decir, la disminución patrimonial y las afectaciones a la esfera personalísima del ser humano. Debe provenir de un acto u omisión que constituye una infracción a las normas internacionales.

Dispone los derechos básicos de las víctimas de obtener una “reparación adecuada, efectiva y rápida que ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido” (Resolución 60/147, 2005, principio VIII) e incorpora las medidas para materializar la reparación integral como la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Por su parte, en Colombia el conflicto armado impacta en el ámbito social y político en el que convergen fuerzas del Estado y grupos armados al margen de la ley. Por esto, desde la época de los años noventa el Estado colombiano ha promovido la atención y asistencia a las víctimas del conflicto armado a través de políticas públicas.

La primera ley expedida fue la 387 de 1997 que tiene como objetivo la atención, asistencia y estabilización socioeconómica de una población específica, víctimas del desplazamiento forzado. En ella se establece el concepto de víctima, se organiza el sistema nacional de atención y se definen los procesos para la protección y prevención del desplazamiento forzado.

Posteriormente, se expide la Ley 975 de 2005 en la que se adoptan los estándares de verdad, justicia y reparación en favor de las víctimas. La norma reconoce las pautas que guían los procesos en el contexto de justicia transicional para garantizar los derechos de las personas afectadas. Registra los “daños como lesiones transitorias o permanentes, que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica o sensorial (visual o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales” (República de Colombia, 2005, Artículo 5º, p. 14).

Finalmente, se establece la Ley 1448 de 2011 dirigida a conceder un conjunto de medidas de reparación a víctimas del conflicto armado. La reparación integral se concibe como un derecho y hace parte de los principios en los que se fundamenta la ley. Su aplicación se hace bajo enfoque diferencial, en el cual se ofrecen mayores garantías a niños(as), jóvenes, mujeres, adultos mayores y discapacitados. Define a las víctimas de forma amplia, puesto que incluye todos los hechos victimizantes y actores armados.

METODOLOGÍA

Para la revisión sistemática se examinó literatura entre los años 2011 a 2022 en revistas científicas en español. El objetivo se enfocó en distinguir estudios que se relacionan con la reparación simbólica y el arte en víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado.

Distinción de las publicaciones

La indagación sobre los artículos se realizó por medio de las siguientes bases de datos: Doaj, Redalyc, Google Académico y Scielo. Las palabras empleadas para la cadena de búsqueda fueron “reparación simbólica y arte”, “reparación simbólica, verdad y arte”, “derecho a la memoria y arte”, “satisfacción y arte”, “garantías de no repetición y arte”, “reparación simbólica y verdad”, “reparación simbólica y memoria”, “reparación simbólica y satisfacción” y “reparación simbólica y garantías de no repetición”.

El parámetro temporal para determinar la búsqueda reside en el año de publicación, a partir de 2011 hasta el año en curso. Al finalizar la pesquisa se encontraron 164 registros de documentos producto de investigación acordes con las palabras o la combinación de palabras referidas anteriormente.

Selección de artículos para revisión

Para la identificación de los artículos se observaron el título y el resumen. Esta aplicación de la preprueba permitió escoger las publicaciones teniendo en cuenta las categorías de inclusión, determinadas por 1) artículos que presenten resultados de investigación, 2) relacionados con Colombia, 3) publicados entre los años 2011-2022, 4) escritos en español, 5) de libre acceso, 6) que abarquen el tema de reparación simbólica, 7) que tengan que ver con víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado y 8) que aborden el tema del arte.

Los criterios de exclusión se enfocaron en aislar las publicaciones que contenían actas de congresos u otros eventos, artículos relacionados con otros países, publicados en años anteriores a 2011, que no tuvieran relación con el tema de reparación simbólica o con víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado, escritos en idiomas distintos al español y que no fueran de libre acceso.

Proceso de revisión

Las publicaciones seleccionadas que cumplen con los criterios antes mencionados fueron 58, de las cuales se eliminaron 18 registros duplicados, para un total definitivo de 40 artículos. Se almacenaron en el gestor bibliográfico Mendeley y se creó una base de datos para el estudio temático de cada uno de ellos a través de cuatro categorías deducidas de las preguntas de investigación: reparación simbólica, arte y reparación simbólica, derechos y garantías de la reparación simbólica, y experiencias sobre el arte en la reparación simbólica (figura 13.1).

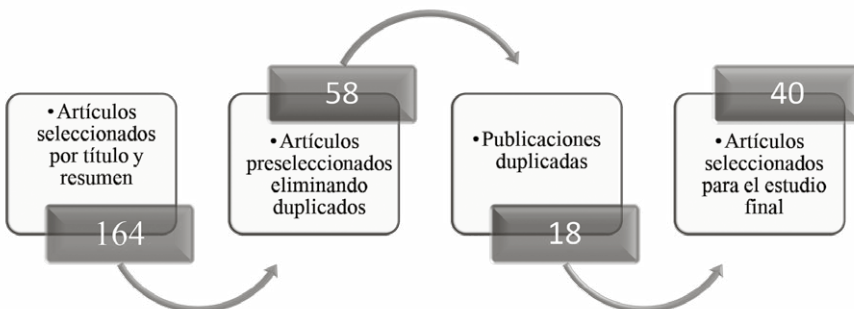


Figura 13.1 Esquema del proceso de revisión y selección de las publicaciones

Fuente: elaboración propia.

RESULTADOS

La fase final fue la extracción de datos significativos para responder las preguntas de investigación y plasmarlas en los resultados.

De cada documento se identificaron los siguientes datos: título, año de publicación, autores, país. Para el análisis de los documentos se utilizaron citas libres. De cada publicación se extrajo la información relevante que responde las preguntas de investigación. Posteriormente, se asociaron las citas a las categorías emergentes (reparación simbólica, derechos y garantías de la reparación simbólica, arte en la reparación simbólica y procesos de reivindicación de derechos, experiencias sobre el arte en la reparación simbólica y en los procesos de reivindicación de derechos) relacionadas con cada una de las preguntas de investigación, para crear redes semánticas y desarrollar los resultados.

REPARACIÓN SIMBÓLICA

La reparación simbólica es tratada como un derecho de las víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado. Veintidós artículos que representan el 55 % de las publicaciones evidencian los elementos que caracterizan la reparación. Para determinar sus particularidades se establece el concepto de víctima.

Aponte (2016), Rubiano (2015) y Toro (2015) consideran a una persona víctima cuando sufre un daño individual o colectivo. Se presenta en el marco del conflicto armado a partir de una infracción al derecho internacional humanitario o una grave violación a los derechos humanos. También puede darse por la ejecución de un acto ilegal que trasgrede la normativa de derechos humanos en el plano internacional.

Para García-Pachón (2014), Pirateque-Perdomo y Ulloa-Sánchez (2020), Sierra-León y Mendoza-Ortiz, (2020) y Sanabria (2018), el objetivo de la reparación simbólica trasciende la compensación pecuniaria. Se enfoca en restablecer la esfera inmaterial del ser humano a través de la “memoria, la dignificación y la no repetición” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020). Por tanto, se concretan en medidas y actos no pecuniarios (García-Pachón, 2014; Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020) con el fin de trasladar a la persona a una situación de transformación enfocada en el futuro y fundamentada en la imposibilidad de cumplir con la *restitutio in integrum*. Sin embargo, es posible aportar al restablecimiento de los derechos y a disminuir los efectos

del hecho (Mendoza, 2017). Eso implica generar lazos entre la víctima y la sociedad que permitan reconocer los hechos y visibilizarlos para estructurar la memoria y contribuir al restablecimiento de las relaciones sociales (Piranteque-Perdomo y Ulloa-Sánchez, 2020).

Ocho estudios definen la reparación simbólica desde el reconocimiento de la imposibilidad de reparar el daño, por tanto, se concibe como “una ficción legal, porque parte de la premisa falsa de que es posible reparar a una persona, grupo o sociedad después de vejámenes contra los derechos humanos, lo cual es a todas luces imposible” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 32).

Por esta razón, la reparación simbólica se materializa mediante medidas y actos encaminados a la construcción de memoria, verdad, garantías de no repetición y dignificación de las víctimas. Para Aponte (2016), De la Rosa (2015), García-Pachón (2013), Sanabria (2018) y Sierra-León (2020) la reparación simbólica es parte de la reparación integral, cuyo objetivo es resarcir las afectaciones materiales e inmateriales de la víctima a través de medidas pecuniarias y no pecuniarias, como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Flórez y Mora (2021), García-Pachón (2013), Sierra-León (2014) y Sierra-León y Mendoza-Ortiz (2020) describen las características de la reparación simbólica y los actos empleados para su garantía: deben permitir expresar el dolor y el sufrimiento para lograr la sensibilización de las víctimas y el colectivo sobre los acontecimientos (Flórez y Mora, 2021); no ostenta valor pecuniario, se centra en la dignificación de la persona y es subjetiva, porque el significado del acto lo otorga el receptor y se concede importancia a la intervención de los actores en el transcurso reparativo (García-Pachón, 2013). Esto es, satisfacer de forma “tridimensional” tres sujetos: “la víctima (individual), la víctima colectiva (sociedad) y el conglomerado social” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 30).

Para garantizar el derecho a la reparación, la normativa en Colombia² adopta las medidas contempladas en el ámbito internacional: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Desde el sistema judicial, también se otorga contenido al derecho a la reparación a través de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se desarrollan los patrones de reparación integral.

2 Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011.

Las sentencias del Consejo de Estado emplean medidas no pecuniarias y de satisfacción para materializar la reparación y restaurar los derechos de las víctimas.

Bayuelo *et al.* (2013), Charria (2020) y García-Pachón (2013) evidencian que la obligación de reparar radica en el victimario o el Estado mediante las reparaciones administrativas o judiciales. La consumación de un daño implica de forma correlativa un deber, el de reparar. Pese a que la reparación debe ser satisfecha por quien genera el daño, se acepta y reconoce que las víctimas también emprenden procesos simbólicos como forma de resistir, exigir y reivindicar derechos.

DERECHOS Y GARANTÍAS QUE COMPRENDE LA REPARACIÓN SIMBÓLICA

Veinte artículos, que equivalen al 50 %, desarrollan los derechos y las garantías que constituyen la reparación simbólica. Sus elementos se desprenden de la finalidad de restablecer derechos (García-Pachón, 2013), la dignificación de las víctimas (Carvajal, 2017) y contrarrestar el olvido. Carvajal (2017), García-Pachón (2013), Pirateque-Perdomo y Ulloa-Sánchez (2020), Rivera (2019), Sierra-León (2015) y Sierra-León y Mendoza-Ortiz, (2020) coinciden en que la reparación simbólica está conformada por la verdad, la memoria y la dignificación de la víctima. Son elementos transversales a la reparación integral.

Cárdenas y Suárez (2014), Flórez y Mora (2021) y Lugo (2020) desarrollan el concepto de medidas de satisfacción desde la doctrina y la ley. Buscan contrarrestar el olvido sobre violaciones a los derechos humanos reconociendo su dignidad y proyectando el dolor de las víctimas hacia la sociedad desde el pasado hasta el futuro (Flórez y Mora, 2021). Desde la Ley 1448 de 2011 se especifica que las medidas de satisfacción pueden ser el reconocimiento de los hechos, las disculpas públicas, los homenajes, la búsqueda de desaparecidos, la reconstrucción del tejido social, etc. Lo anterior, con el fin de mitigar el dolor de las víctimas (Lugo, 2020). También implica la difusión de los hechos para construir verdad.

Cárdenas y Suárez (2014), Cardozo (2020), Charria (2020), Lugo (2020) y Sierra-León (2015) definen las garantías de no repetición. Su finalidad se enfoca en evitar que los hechos victimizantes vuelvan a ocurrir, para ello, es menester generar transformaciones legales, institucionales y sociales.

El derecho a la verdad y la memoria son indispensables en los procesos de reparación simbólica. Lugo (2020), Rivera (2019) y Sierra y Mendoza-Ortiz (2020) hacen alusión a la importancia de diferenciar la verdad procesal de la histórica. La primera está ligada a la institucionalidad y a la verdad oficial que se construye desde el Estado. La segunda se gesta en procesos sociales y se caracteriza por la subjetividad que la acompaña en los testimonios, no obstante, no invalida la capacidad de contar los hechos. Los autores coinciden en que la verdad es un derecho inalienable e imprescriptible de las víctimas a nivel individual y de la sociedad que busca conocer las circunstancias en las que se llevó a cabo la victimización (identificación de responsables, causas y hechos) (Rivera, 2019).

Los lugares de memoria son relevantes, como un escenario de recordación en el que se tienden lazos entre el “pasado, presente y futuro”. Fungen como espacios terapéuticos en los que las personas pueden conocer los hechos victimizantes para evitar su repetición (Parra, 2021). Los estudios permiten establecer la diferencia entre memoria colectiva e histórica. La colectiva es “el proceso social de reconstrucción del pasado vivido y experimentado por un determinado grupo, comunidad o sociedad” (Jaimes *et al.*, 2020, p. 70). El elemento central son los recuerdos individuales y colectivos que generan conciencia en doble dirección y construyen memoria (Pirateque-Perdomo y Ulloa-Sánchez, 2020). La memoria histórica se conforma por los datos del presente que reconstruyen un pasado “reinventado”.

En relación con la memoria histórica, esta cumple la función de reformar la no repetición de conductas del conflicto [...]. Refuerza el mensaje a la sociedad de las víctimas y victimarios, la verdad sobre los fenómenos violentos, el reconocimiento de hechos y actores participantes y la reconstrucción de historias (Pirateque-Perdomo y Ulloa-Sánchez, como se citó en Muñoz-Camacho, 2018, p. 9).

Se entiende como la documentación de los hechos ocurridos durante el conflicto armado. Reconoce a los agentes estatales como víctimas y pretende procesar narraciones e historias de víctimas del conflicto para aportar a la reparación simbólica (Pirateque-Perdomo y Ulloa-Sánchez, 2020).

Diez publicaciones hacen referencia al concepto de memoria. Se define como la recordación de experiencias pasadas con cargas emocionales a través de la labor de los sujetos para “reinterpretar” y expresar lo acontecido, de tal forma, que adquiera en el presente un nuevo sentido. En este punto, se diferencian las acciones realizadas desde el Estado, que buscan crear una memoria histórica institucional.

Por ello, para Sierra-León y Mendoza-Ortiz (2020) la construcción de memoria desde el Estado se caracteriza por el acuerdo y el consenso para edificar una “historia oficial” que pueda silenciar otras memorias. Por tanto, se requieren procesos contrahegemónicos que construyan memoria a través del disenso.

ARTE EN LA REPARACIÓN SIMBÓLICA Y EN LOS PROCESOS DE REIVINDICACIÓN DE DERECHOS

La función del arte en el orden social se presenta en doble perspectiva, según sea la intención para el que es aplicado. Puede ser un elemento de propagación de ideas y sentimientos sobre el contexto social, político o económico (Aponte, 2016) o puede fungir como herramienta disruptiva para deliberar sobre la realidad social y provocar acción y reacción frente a intereses particulares y colectivos (Tovar, 2015).

Aponte Isaza (2016) clasifica la función del arte de acuerdo con su finalidad. La función comunicativa que contribuye a la difusión y preservación de la cultura; la función ideológica, a través de la cual se divulgan ideas, se despiertan sentimientos y se generan reacciones frente a los fenómenos sociales, y la función pedagógica como generadora de cambios sociales (Aponte, 2016, p. 122).

En contextos de conflicto o procesos transicionales el arte aporta en la construcción y el resguardo de la memoria, así como a la reparación. De igual forma, a la transformación social desde la concientización de las situaciones victimizantes.

Aponte (2016), Merriman (2016) y Viviescas (2016) describen las características del arte: es capaz de representar las experiencias y la realidad, siendo posible eliminarlo solo cuando se dé su propia anulación, y es material en la concreción de los hechos. Puede “hacernos intuir, entrever, sentir la experiencia de la infinitud. Somos finitos, pero el arte nos abre la puerta de lo imperecedero” (Viviescas, 2016, p. 4). Todo lo material es susceptible de arte porque es apto para recrear lugares, personas, emociones, hechos, etc. (Viviescas, 2016).

El “arte como una práctica provocadora y generadora de nuevos conceptos e ideas que suscitan en el espectador una mirada crítica frente a lo observado. Es esta, precisamente, la función social primaria que cumple el arte”.

Las artes son clasificadas en plásticas y visuales. Las primeras son realizadas con elementos moldeables, hacen parte de ella la “escultura, la pintura y el dibujo”. Las artes visuales son “producciones artísticas relativas a la creación de obras que se aprecian esencialmente por la vista, como la pintura, la fotografía, el cine, el comic, la instalación, el videoarte, entre muchas otras” (Aponte, 2016, p. 90).

El punto común entre los tipos de arte es que pueden producir variedad de sentimientos, emociones y rememorar situaciones, miedo, esperanza, etc., pero nunca van a generar apatía entre los observadores.

Doce publicaciones coinciden en que la potencialidad y contribución del arte en la reparación simbólica y los procesos de denuncia, resistencia y reivindicación de derechos radica en la capacidad de transformar realidades, y es útil para reconstruir identidades y gestionar el duelo (Rubiano, 2015). El campo de acción que tiene el arte en la realidad social aporta a la modificación de los contextos y permite observar, de forma indefinida, las situaciones para conservar la memoria, enfrentando el olvido para reconstruir el presente (Perdomo y López, 2021); permite además cambiar el pensamiento.

Ante la construcción de historia y memoria oficial generada desde el poder, el arte da paso a procesos de verdad y memoria contrahegemónicos que representan una forma de resistencia para reconfigurar las narrativas absolutas (Villa y Avendaño, 2017).

La capacidad de transformación del arte también se vislumbra en la gestión del duelo y el trauma. Los espacios y las representaciones artísticas les permiten a las víctimas involucrarse en procesos participativos de reconciliación que tienen como fin “imaginar nuevos lenguajes y significados para recrear una nueva realidad” (Carvajal, 2017, p. 4).

La contribución del arte a la reparación simbólica de las víctimas o a los procesos de denuncia es variado, puesto que existen distintas maneras de aportar al restablecimiento de derechos y a tramitar exigencias o denuncias. En diez artículos se establecen las formas de contribución. A continuación, se desarrollan los principales aportes (tabla 1).

Tabla 13.1 Aporte del arte a la reparación simbólica y procesos de reivindicación de derechos

Contribución	Fundamento
Sanar traumas y heridas para fomentar la reconciliación, el perdón y por ende la reconstrucción del tejido social (Sanabria, 2018).	Las representaciones simbólicas del arte le permiten a la víctima participar del proceso para otorgarle nuevos significados a los acontecimientos.
Los “actos simbólicos y rituales” contribuyen a la gestión del duelo (Aponte, 2016, p. 103).	Las representaciones simbólicas poseen “poder curativo” al hacer “tangible el trauma”. Además, permiten recordar de forma positiva los hechos para mantener la memoria (Aponte, 2016, p. 103). “Puede servir como un medio para expresarse en un trabajo terapéutico con énfasis en el proceso psicosocial de la víctima” (Gunderstrup-Larsen, 2014, p. 94). De igual forma, permite reconocerse como sujeto y reconocer al otro, generando empatía (Estupiñán, 2017).
El arte alude al pasado y futuro, por tanto, es un elemento relevante en la construcción de memoria (Rosa, 2015). Para los artistas las obras expresan su sensibilidad frente a una situación particular, para las víctimas el arte es una herramienta para realizar denuncia, exigencia y resistencia (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).	El arte es un instrumento para resistir y luchar. Sus medios permiten tramitar el “dolor y daño” a través del acercamiento a las tradiciones y cultura de los sujetos. Es un “mecanismo que permite superar el trauma individual en tanto que el arte es pedagógico, educativo y edificador” (Rosa, 2015, p. 325). “El arte sería pues la instancia privilegiada capaz de conservar la memoria del mal, porque puede mostrarnos el dolor concreto sufrido por las víctimas, contamos sus historias particulares y pronunciar sus nombres” (Viviescas, citado en Tafalla, 2011, p. 144). El arte no puede ser comprendido solo como instrumento de lucha y resistencia. Es un testimonio extraoficial que tiene efectos en contextos como el político y social y que puede influir en las reparaciones (Merriman, 2016).
Expresiones artísticas como medio para transfigurar el dolor (Sanabria, 2018).	Trascienden el carácter estético para transformar los hechos del pasado en una narrativa actual.
Permite comunicar a través de su lenguaje lo que no es posible expresar con palabras (Gunderstrup-Larsen, 2014).	El arte posee un lenguaje distinto al que se le puede otorgar diversos significados. En el arte la distancia con la narrativa hace que la acción y los sentimientos sean símbolos comunicados mediante poesía, literatura, teatro, etc. (Sanabria, 2018).
Espacios museales para reparar colectivamente (Gunderstrup-Larsen, 2014).	El Estado ha construido lugares para construir memoria, donde las víctimas fragmentan el silencio y se constituyen en espacios de “resistencia y denuncia” (Gunderstrup-Larsen, 2014, p. 7).
Las imágenes y representaciones enmarcadas en el arte traspasan los sentimientos (Poveda, 2018).	El arte permite construir y otorgar nuevos sentidos a las experiencias y narrativas para las víctimas de violaciones a derechos humanos o del conflicto armado, por tanto, tiene la potencialidad de visibilizar los hechos que originan la vulneración de derechos.
El cine aporta a generar sensibilidad y empatía (Cardozo, 2021).	El cine es “un vehículo social poderoso para transformar culturalmente a la sociedad” (Cardozo, 2021, p. 38).
El arte contiene libertad para adoptar cualquier evento de la realidad.	El entendimiento de los derechos humanos y su realidad se edifica a través del arte y la cultura y le otorga referentes simbólicos (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).
Los símbolos provenientes del arte y la cultura se incorporan a los procesos de reparación simbólica y se adecúan a contextos sociales y políticos que emergen de situaciones de conflicto o violaciones a los derechos humanos.	La reparación simbólica es una “ficción jurídica” que se nutre de las representaciones artísticas (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).

Fuente: elaboración propia.

Las condiciones para considerar el empleo del arte en la reparación simbólica y que sea efectiva es sintetizada por Perdomo y López (2021), Pirateque-Perdomo y Ulloa-Sánchez (2021) y Sierra-León y Mendoza-Ortiz (2020) en los siguientes aspectos: 1) en los procesos de reparación se debe escuchar a la víctima, 2) establecer procedimientos pedagógicos para comprender la obra o representación artística (Merriman, 2016), 3) deben contener efecto de cambio que provenga de un proceso institucional, judicial o administrativo en el que se identifiquen los responsables del daño, 4) contener órdenes de una autoridad judicial o administrativa como forma de reparación integral, 5) que la obra de arte sea consecuencia de un proceso “creativo” y participativo entre víctima y artista, 6) “que la financiación y responsabilidad de la ejecución de la obra esté a cargo del responsable del daño o el perjuicio”, 7) que la obra contenga un contexto sociocultural de las víctimas (Sierra-León, 2019, p. 94), 8) “debe proteger la rehabilitación y garantías de no repetición y satisfacción”, e 9) “incorporar un contenido ético y estético que contribuya con la modificación de las condiciones que generan la vulneración a los derechos humanos” (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020, p. 81).

EXPERIENCIAS DE REPARACIÓN SIMBÓLICA Y PROCESOS DE DENUNCIA, RESISTENCIA, A TRAVÉS DEL ARTE

Los estudios clasifican la producción de obras de arte o representaciones artísticas de acuerdo con el sujeto que las crea (artista o víctima) y su intencionalidad.

Así surge el concepto de litigio estético para significar que las víctimas pueden intervenir en la creación de representaciones para generar procesos de denuncia y lucha. La profesora Yolanda Sierra (2015) lo define como “el empleo del patrimonio cultural material o inmaterial, declarado o no por el Estado, como mecanismo social para denunciar, demandar o exigir a la sociedad o al Estado, hechos o necesidades derivadas de la violación masiva de los derechos humanos” (p. 7).

Por su parte, la definición de litigio artístico se emplea para describir la intervención de un artista a través de sus obras³ en la reparación. “Busca poner de manifiesto una situación concreta de vulneración a los derechos humanos, ya sea de una víctima, un grupo de víctimas o incluso vulneraciones propias de un periodo de represión concreto” (Sierra-León, 2015, pp. 8-14). En esta categoría de litigio, el artista, desde su labor, expresa públicamente injusticias y casos en impunidad. “Hace explícita una conducta reprochable pero oculta y desconocida, y en su total autonomía, genera una obra frente al conglomerado social no directamente afectado, y sujeto a las críticas y control propios de su ámbito disciplinar” (Sierra-León, 2015, p. 14).

Las características que distinguen a los dos tipos de litigio son: “origen social marginal, incorporación tradiciones culturales, expansión cultural, exención ideológica, registro de derechos violados, transformación social” (Sierra-León, 2015, p. 7). “Existencia de una obra de arte, incorporación de los derechos humanos a la obra de arte, dignificación de la víctima, incorporación de los derechos de la verdad y memoria, contribución a las garantías de satisfacción y no repetición” (Sierra-León, 2015, pp. 12-14).

Veintiséis publicaciones sistematizan experiencias y representaciones artísticas en las que los sujetos activos son víctimas o artistas que emplean el arte para tramitar denuncias, exigencias o reivindicación de derechos. Otras experiencias hacen parte de procesos de reparación que emergen del Estado. En la tabla 13.2 se pueden ver los datos de identificación de las obras y los proyectos respecto a las experiencias.

3 Se representan en “cine, teatro, literatura, artes plásticas, fotografía y performance” (Sierra-León, 2015, p. 8).

Tabla 13.2 Experiencias de obras y representaciones artísticas en la reparación simbólica o procesos de reivindicación de derechos

Representaciones artísticas realizadas por víctimas de violaciones a derechos humanos o conflicto armado	Representaciones artísticas realizadas por artistas	Representaciones realizadas en procesos de reparación institucionales
Tejidos de Mampuján (Sanabria, 2018, p. 8)	Obra <i>Sumando ausencias</i> . Artista: Doris Salcedo (Flórez y Mora, 2021, p. 6).	Obra performática <i>Exhumaciones</i> . Artistas: Tania Blanco y Aldo Hollman (Flórez y Mora, 2021, p. 4).
Palenques de la Nueva Granada. Víctimas del conflicto (Sierra-León., 2015, p. 15).	Obra <i>6 y 7 de noviembre</i> . Artista: Doris Salcedo (Aponte, 2016, p. 4).	Obra <i>Conceptos para la construcción del archivo digital: Oropéndola Arte y Conflicto</i> . Artistas: Manuela Ochoa y Camilo Leyva (Rubiano, 2015, p. 5).
Ojo al Sancocho. Festival creado por víctimas del conflicto armado (Cardozo, 2020, p. 5).	Película <i>Retratos en un mar de mentiras</i> . Artista: Carlos Gaviria (Cardozo, 2020, p. 18).	Obra <i>Mi casa mi cuerpo: relato de un proceso colectivo de creación artística</i> . Artista: Oscar Moreno Escárrega (Rubiano, 2015, p. 5).
Proyecto Escuela de Artes Empíricas (Estupiñán, 2017, p. 12).	Obra <i>Sillas vacías del Palacio de Justicia</i> . Artista: Doris Salcedo (Gunderstrup-Larsen, 2014, p. 7).	Proyecto de excombatientes de AUC y FARC-EP y víctimas <i>La guerra que no hemos visto</i> (Lugo, 2020, p. 31).
Danza por la tolerancia (Sierra-León, 2015, p. 14)	<i>Atrabiliarios</i> . Artista: Doris Salcedo (Aponte, 2016, p. 4).	"Monumento Masacre Pueblo Bello. Orden Corte interamericana de derechos humanos" (Dajer, 2017, p. 15).
Teatro por la paz de Tumaco (Sierra-León, 2015, p. 14).	Obra <i>Réquiem NN</i> . Artista: Juan Manuel Echavarría (Gunderstrup-Larsen, 2014, p. 7).	

Tabla 13.2 Experiencias de obras y representaciones artísticas en la reparación simbólica o procesos de reivindicación de derechos (Continuación)

Representaciones artísticas realizadas por víctimas de violaciones a derechos humanos o conflicto armado	Representaciones artísticas realizadas por artistas	Representaciones realizadas en procesos de reparación institucionales
El costurero de la memoria. Kilómetros de vida y de memoria. Creado por la Fundación Manuel Cepeda Vargas, la Asociación Minga, el Centro de Atención Psicosocial (CAPS), con el apoyo del Centro de Memoria, Paz y Reconciliación (Gunderstrup- Larsen, 2014, p. 7).	Obra <i>Réquiem NN</i> . Artista: Juan Manuel Echavarría (Gunderstrup- Larsen, 2014, p. 7).	"Monumento Masacre Pueblo Bello. Orden Corte interamericana de derechos humanos" (Dajet, 2017, p. 15).
Alabaos o cantos fúnebres Las Musas de Pogue (Sierra-León, 2015, p. 15).	<i>Ríos y silencios</i> . Artista: Juan Manuel Echavarría (Rivera, 2019, p. 26).	
Prohibido olvidar a los desaparecidos. Creado por la Fundación Nydia Erika Bautista (Gunderstrup- Larsen, 2014, p. 7).	"Laboratorios de creación" "50 artistas de regiones urbanas y rurales de Colombia plasmaron en obras sus experiencias y reflexiones sobre la violencia vivida en el país en el año 2015" (Merriman, 2016, p. 53).	
Obra <i>Como un cachacero</i> . Creada por víctima de conflicto armado (Perdomo y López, 2021, p. 11)	Obra <i>El testigo</i> . Artista: Jesús Abad Colorado (Gunderstrup- Larsen, 2014, p. 10).	
Proyecto museístico Salón del Nunca Más. Víctimas del municipio de Granada (Aponente, 2016, p. 21).	Obra <i>Río abajo</i> . Artista: Erika Diettes (Villa y Avendaño, 2017, p. 17)	
Proyecto Conversación con Dios, un regalo a Bojayá (2014) Víctimas del conflicto armado (Aponente, 2016, p. 21).	Obra <i>Sidarios</i> . Artista: Erika Diettes (Villa y Avendaño, 2017, p. 17).	

Tabla 13.2 Experiencias de obras y representaciones artísticas en la reparación simbólica o procesos de reivindicación de derechos (Continuación)

Representaciones artísticas realizadas por víctimas de violaciones a derechos humanos o conflicto armado	Representaciones artísticas realizadas por artistas	Representaciones realizadas en procesos de reparación institucionales
Cine Club Itinerante La Rosa Púrpura del Cairo. Colectivo de Comunicaciones Montes de María (Bayuelo <i>et al.</i> , 2013, p. 2).	Obra <i>Relicarios</i> . Artista: Erika Diettes (Villa y Avendaño, 2017, p. 17).	
El Milagro de las Pavas, un trabajo discográfico (Sierra-León, 2015, p. 15).	Obra <i>Campo Santo</i> . Artista: Juan Fernando Herrán (Villa y Avendaño, 2017, p. 18).	
	Obra <i>342</i> . Rodrigo Grajales (Villa y Avendaño, 2017, p. 18).	
	Obra de teatro <i>Mujeres en la guerra</i> (2001) (Carvajal, 2017, p. 1). Puesta en escena de Fernando Montes y Carlota Llano. Con Carlota Llano (Carvajal, 2017, p. 4). <i>El David</i> (2004). Instalación fotográfica. Miguel Ángel Rojas (Carvajal, 2017, p. 4).	
	Performance <i>La llorona</i> . Artista: Yorlady Ruiz (Martínez, 2013, p. 11).	
	<i>Camposanto</i> . Juan Fernando Herrán (Martínez, 2013, p. 13).	
	<i>Residencia artística Magdalenas por el Cauca</i> . Gabriel Posada (Martínez, 2013, p. 17)	

Fuente: elaboración propia.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Esta revisión sistemática de literatura es relevante porque abarca el tema de la reparación simbólica a través del arte. Considera la importancia de restablecer los derechos conculcados de las víctimas de violaciones a derechos humanos y conflicto armado.

Las publicaciones presentan evidencias sobre la edificación y construcción del concepto de reparación simbólica. A pesar de que es enunciada por normas y sentencias hay relatividad frente al abordaje como un derecho que hace parte de la reparación integral. Esta categoría jurídica, clasificada como una ficción legal (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020), surge de la imposibilidad de garantizar la restitución plena en casos de violaciones a derechos humanos y conflicto armado. Es decir, retornar a la víctima al *statu quo* en la que estaba con anterioridad al hecho victimizante (Sanabria, 2018). Por tanto, la reparación simbólica permite reparar lo que no es posible reparar. La creación de símbolos permite otorgar significados acordes al orden social que las víctimas están transitando para construir una reparación con sentido transformador, pero sin dejar de lado el pasado (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).

En ese orden de ideas, para los autores la finalidad de la reparación simbólica se enfoca en la dignificación de la víctima, la memoria y la no repetición que se garantizan por medio de derechos y garantías que hacen parte de la reparación integral. El derecho a la verdad, la memoria y las garantías de satisfacción y no repetición tiene una dimensión individual y colectiva. Por ello, la materialización debe estar dirigida a un sujeto “tridimensional” constituido por la víctima individual, colectiva y el conglomerado social (Sierra-León y Mendoza-Ortiz, 2020).

Las investigaciones coinciden en que la reparación simbólica debe caracterizarse por: 1) la capacidad de comunicar el sufrimiento, 2) de sensibilizar a las víctimas y a la sociedad sobre los hechos, 3) de carecer de valor pecuniario, y 4) su subjetividad en el otorgamiento de significados de los actos y medidas.

Además, están de acuerdo en que los responsables del daño son quienes deben garantizar la reparación de las víctimas; en el caso que nos atañe, el Estado o el sujeto activo a través de reparaciones administrativas o judiciales. No obstante, se reconocen las iniciativas desarrolladas por las víctimas y los artistas en las que se gestan procesos de denuncia, lucha y resistencia para reivindicar derechos y, en la medida de lo posible, aportar a la reparación simbólica.

Respecto a la contribución que tiene el arte en la reparación simbólica y en los procesos de reivindicación de derechos, los autores desarrollan y analizan su potencialidad desde diferentes perspectivas. Conducen en que la capacidad de transformación del arte mediante los símbolos permite difundir ideas y también cuestionar acontecimientos de la realidad social. Por ello, para garantizar la reparación simbólica el arte encuentra un vehículo apto para moldear la materialidad de la realidad otorgando y construyendo nuevos significados para trascender lo limitado y finito de lo que se pretende comunicar. Es decir, pueden rememorar el pasado, pero con una perspectiva de transformación del futuro.

El arte posibilita conservar la memoria y concienciar a las víctimas y a la sociedad sobre los hechos victimizantes para que no vuelvan a suceder; comunica la verdad de los hechos y genera empatía en los observadores para cambiar la percepción sobre las situaciones que rodean las victimizaciones, y gestiona el trauma y duelo para edificar procesos de perdón y reconciliación. De igual forma, el arte se constituye en un elemento para denunciar, resistir y luchar en los procesos de reivindicación de derechos.

Las investigaciones también plantean los requisitos para considerar el arte apto para reparar: 1) debe ser un proceso participativo, 2) pedagógico, 3) que provenga de un proceso de reparación administrativo o judicial, 4) que se considere el contexto “sociocultural” de las víctimas, 5) debe permitir las garantías de satisfacción, no repetición y rehabilitación, y 6) debe transformar las circunstancias que producen la violación a los derechos humanos.

La mayoría de las experiencias sistematizadas respecto a representaciones artísticas llevadas a cabo por víctimas o artistas se enmarcan en procesos de denuncia, resistencia y lucha para reivindicar derechos, sin embargo, para algunos autores los proyectos y las obras realizadas podrían aportar a la reparación simbólica siempre y cuando las experiencias sean legitimadas por el Estado como parte de la reparación integral.

CONCLUSIONES

El estado de la indagación sobre la reparación simbólica, los procesos de reivindicación de derechos y arte en Colombia entre los años 2011 y 2022 evidencia que es un tópico novedoso para la literatura jurídica. Las publicaciones analizan el concepto de reparación simbólica desde la construcción normativa y los elementos de la reparación integral.

Las investigaciones abordan el arte como un elemento de cambio social desde sus cualidades para modificar las percepciones, generar símbolos, comunicar lo que no es posible desde el lenguaje y gestionar traumas. También se lo reconoce como una herramienta a través de la cual es posible ejercer denuncias, exigencias y restablecimiento de derechos por parte de las víctimas y los artistas.

Se concluye que el arte tiene potencialidad para contribuir con la finalidad de la reparación simbólica, producir contextos nuevos en los que la víctima se posicione en una situación diferente creada a partir de la memoria, la dignificación y la no repetición de las victimizaciones. Lo anterior, permite minimizar los efectos del daño inmaterial y cambiar el sentido que los hechos significaban para las víctimas. Sin embargo, para los autores de las investigaciones es menester cumplir con unas condiciones para considerar o evaluar el aporte del arte a la reparación simbólica.

De acuerdo con los datos expuestos por las investigaciones se deduce que en Colombia hay experiencias significativas sobre la incorporación del arte en tópicos de derechos humanos y víctimas del conflicto armado. No obstante, la mayoría de las representaciones realizadas por víctimas o artistas se enmarcan en procesos de denuncia, exigencia de derechos, gestión de duelo, trauma, perdón y reconciliación. En estricto sentido, no podrían considerarse acciones que hacen parte de la reparación simbólica porque no provienen del sujeto responsable, sin embargo, los autores coinciden en que dichos procesos legitimados y apoyados por el Estado podrían potencializarse en elementos de reparación.

En el estudio se identificó una limitación relacionada con los documentos analizados. La búsqueda se enfatizó en documentos publicados en bases de datos científicas. La determinación metodológica limitó los documentos viables o relevantes expresamente a investigaciones publicadas en revistas. No se tuvieron en cuenta documentos de otra índole como sistematización de experiencias en procesos de base de víctimas, tesis de doctorado, entre otros.

La segunda limitación identificada es que los procesos y las medidas de reparación integral se efectúan desde las ordenes emitidas por una autoridad judicial o en el marco de un proceso administrativo, por ello, no están lo suficientemente documentadas y sistematizadas en procesos investigativos.

Los elementos y aportes realizados por las investigaciones vislumbran una gran capacidad del arte para transformar, reparar y denunciar. Por ello, es importante continuar con el estudio teórico y práctico, para consolidar los lineamientos de la incorporación del arte a procesos de reparación por vía administrativa y judicial. También es imperioso que el sistema judicial considere los avances en la materia desde la academia para adoptar medidas de reparación efectivas con instrumentos como el arte, que tienen un gran potencial para reparar simbólicamente.

Los símbolos permiten transformar para reivindicar derechos, visibilizar los hechos y evitar que estos se repitan en contextos de violaciones a derechos humanos.

REFERENCIAS

- Adorno, T. W. (1970). *Teoría estética*. Ediciones 70.
- Aponte, M. C. (2016). Función social del arte. Aporte de la obra de la artista Doris Salcedo al proceso de justicia transicional en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 14(17), 85-127. DOI 10.21830/19006586.6.
- Bayuelo, S., Samudio, I. y Castro, G. (2013). Museo itinerante de la memoria y la identidad de los Montes de María: tejiendo memorias y relatos para la reparación simbólica, la vida y la convivencia. *Revista Ciudad Paz-andó*, 6(1), 12-25. <https://doi.org/10.14483/udistrital.jour.cpaz.2013.1.a09>.
- Beristain, C. M. (2008). *Diálogos sobre la reparación, experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2120/dialogo_reparacion_tomo1.pdf.
- Betancourt-Echeverry, D. (2004). *Memoria individual, memoria colectiva y memoria histórica: lo secreto y lo escondido en la narración y el recuerdo*. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/dcs-upn/20121130052459/memoria.pdf>.
- Bolaños, L., Melo, K. y Calpa, E. (2019). Reparación del daño inmaterial generado en el desplazamiento forzado por el conflicto armado interno. Sin datos.
- Cárdenas, M. y Suárez, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Opinión Jurídica*, 13(26).
- Cardozo, A. (2020). *Contribuciones del cine a la garantía de no repetición del delito de desplazamiento forzado. Casos: cine comunitario en la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá y Siembra película colombiana de los directores Ángela Osorio y Santiago Lozano*. [Tesis de maestría]. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. <https://bdigital.ueexternado.edu.co/handle/001/3607>.
- Carvajal, J. (2017). El relato de la guerra: cómo el arte transmite la memoria del conflicto en Colombia. *Revista Amerika*. <https://doi.org/10.4000/amerika.10198>.
- Ceballos, M. (2007). Alcances de las políticas de reparación a víctimas del conflicto armado interno en Colombia y en Perú. *Aportes Andinos*, (18).
- Charria, F. (2020). La reparación cultural: un avance ineludible en la justicia transicional. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta*, 3(3), 37-54. DOI 10.53794/RO. V3I3.313.

Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (1997). <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.html.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2005). Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf.

Dajer, D. (2017). Las garantías de no repetición en el acuerdo final. ¿El día después de mañana de la justicia transicional? *Cuadernos de Estrategia*, (189), 53-90.

Estupiñán, D. (2017). *El arte comunitario en la construcción de paz: experiencia de la Fundación de Artes Empíricas de Villa del Rosario, Norte de Santander*. [Tesis de maestría]. Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia. <http://hdl.handle.net/11634/35073>.

Flórez, F. y Mora, E. (2021). Arte visual, reparación simbólica y utilitarismo ¿De quién y para quién es el arte visual de reparación? *Estudios Sobre Arte Actual*, (9), 201-213.

García-Pachón, V. A. (2013). Perspectivas de reparación simbólica en Colombia: un enfoque de reconocimiento. *Revista Controversia*, (201), 217-257. <https://doi.org/10.54118/controver.vi201.99>

García-Pachón, V. A. (2014). Las características de la reparación simbólica en épocas de transición. *Estudios En Seguridad Y Defensa*, 9(17), 35-46. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.57>

Greiff, P. de (2008). *Justicia y reparaciones*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29767.pdf>.

Gundestrup-Larsen, M. (2014). La representación de la memoria histórica en el espacio museal. *Calle14: Revista de Investigación en el Campo del Arte*, 9(14), 86-98.

Henao, J. C. (2007). *El daño*. Universidad Externado de Colombia.

Jaimes, L., López, H. y Mendoza L. (2020). El arte de recordar: la (im)posibilidad del ejercicio político de la memoria en espacios públicos. En L. Mendoza, J. Falcóni y Y. Sierra-León. (Eds.), *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones a los derechos humanos* (pp. 25-51). Universidad Externado de Colombia.

Lugo, S. (2020). *Aportes del arte al derecho a la verdad y a la comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición*

en Colombia: las pinturas de Henry del Caquetá, en la serie La guerra que no hemos visto. [Tesis de maestría]. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Martínez, F. (2013). Las prácticas artísticas en la construcción de memoria sobre la violencia y el conflicto. *Revista Eleuthera*, (9), 39-58.

Mendoza, M. (2017). Reparación para las víctimas en el municipio de Tumaco. *Revista Análisis Político*, (90), 121-139, <https://doi.org/10.15446/anpol.v30n90.68305>.

Merriman, D. (2016). El arte y la condición de víctima: lo político y lo estético de “hacerse visible. *Maguaré*, 30(2), 47-79.

Moreno, D. y Clavijo, D. (2015). *Reparación integral*. Grupo Editorial Ibáñez.

Muñoz-Camacho, J. F. (2018). La construcción de la memoria histórica como derecho fundamental. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/ae86522d-7e32-44fc-944f-10ef077862a0/content>.

Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? <http://www.un.org/icty/latest-e/index.htm>.

Ortega-Ruiz, L. G. y Miranda, J. P. (2019). La verdad en la justicia transicional. *Revista IUSTA*, 50(50), 39-63. <https://doi.org/10.15332/1900>.

Parra, L. (2021). Relaciones entre el arte y el derecho: ejemplos del arte en los procesos de protesta, memoria y reparación. *Anamorphosis*, 5(1). DOI: 10.21119/anamps.51.235-252.

Perdomo, W. y López, L. (2021). El lenguaje artístico como dinamizador de la memoria histórica. *Arte, Individuo y Sociedad*, 33(4), 1273-1290.

Pinzón, A. (Ed). (2018). *Reparación simbólica: jurisprudencia, cantos y tejidos*. Universidad Externado de Colombia.

Pirateque-Perdomo, P. y Ulloa-Sánchez, K. S. (2021). Exploración de la memoria y escenarios de reparación simbólica desde el caso colombiano. *Perspectivas En Inteligencia*, 12(21), 129-150. <https://doi.org/10.47961/2145194X.222>.

Poveda, J. (2018). El arte como estrategia de reparación inmaterial de violaciones de derechos humanos. *CÁLAMO-Revista de Estudios Jurídicos*, (10), 73-85.

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>.

Rebolledo, O. y Rondón, L. (2010). Reflexiones y aproximaciones al trabajo psicosocial con víctimas individuales y colectivas en el marco del proceso de reparación. *Revista de Estudios Sociales*, (36), 40-50. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/13259>.

República de Colombia (18 de julio de 1997). Congreso de la República. Ley 387 de 1997. Diario oficial 43091.

República de Colombia (25 de julio de 2005). Congreso de la República. Ley 975 de 2005. Diario oficial, año CXLI. N. 45980. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1672044>.

República de Colombia (4 de diciembre de 2008). Corte Constitucional. Sentencia C-1199. Magistrado Ponente Nilson Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1199-08.htm#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20dictan,otras%20disposiciones%20para%20acuerdos%20humanitarios%E2%80%9D>.

República de Colombia (10 de julio de 2011). Congreso de la República. Ley 1448 de 2011. Diario oficial 48096.

Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/verdad-justicia-reparacion.pdf>.

Rivera, L. (2019). Memoria, reparación simbólica y arte: la memoria como parte de la verdad. *Foro: Revista de Derecho*, (33), 30-65. DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.33.3>.

Rosa, D. de la (2015). Érase una vez en el país del nunca más. Juego, arte y cultura para la reparación simbólica de la primera infancia víctima del conflicto armado en Bogotá. *Cambios y Permanencias*, (6), 306-329.

Rubiano, E. (2015). El arte en el contexto de la violencia contemporánea en Colombia. *Revista Karpa*, (8) 2015. <https://www.calstatela.edu/sites/default/files/groups/KARPA%20JOURNAL/rubianopdf.pdf>.

Rubiano, E. (2017a). Las víctimas, la memoria y el duelo: el arte contemporáneo en el escenario del pos-acuerdo. *Revista Análisis Político*, (90), 103-120. DOI: 10.15446/ANPOL.V30N90.68304.

Rubiano, E. (2017b). Memoria, arte y duelo: el caso del Salón del Nunca Más de Granada (Antioquia, Colombia). *Revista de Historia Regional y Local*, 9(18). <https://doi.org/10.15446/historelo.v9n18.59106>.

Sanabria, A. (2018). Las expresiones artísticas de las víctimas como mecanismo de reparación transformadora en Colombia. El caso de “las tejedoras de Mampuján”. *Revista Ciencia Jurídica*, 7(13), 171.

Sandoval, D. (2013). Reparación integral y reparación civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, (25), 237-271.

Sierra-León, Y. (2014). Relaciones entre el arte y los derechos humanos. *Revista Derecho del Estado*, (32), 77-100. Vista de Relaciones entre el arte y los derechos humanos (uexternado.edu.co)

Sierra-León, Y. (2015). *Reparación simbólica, litigio estético y litigio artístico: reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia*. Universidad Externado. DOC-DE-TRABAJO-85.pdf (uexternado.edu.co)

Sierra-León, Y. y Mendoza-Ortiz L. (2020). El arte de reparar: ficciones que transforman la realidad. En L. Mendoza, J. Falconi y Y. Sierra-León (Eds.), *Reparación simbólica: cultura y arte para nueve casos de violaciones a los derechos humanos* (pp. 25-51). Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-reparacion-simbolica-cultura-y-arte-para-nueve-casos-de-violaciones-de-los-derechos-humanos.html>.

Tafalla, M. (2011). De Theodor W. Adorno a Rachel Whiteread. En J. Muñoz (Ed.), *Melancolía y verdad. Invitación a la lectura de Th. W. Adorno* (pp. 139-156). Biblioteca Nueva.

Toro, A. (2015). Víctimas, duelo y arte: una reflexión sobre el papel del arte en el proceso de paz en Colombia. *Textos y Sentidos*, (13).

Tovar, P. (2015). Una reflexión sobre la violencia y la construcción de paz desde el teatro y el arte. *Universitas Humanística*, (80), 347-369. DOI: 10.11144/Javeriana.UH80.rvcp.

Villa, J. y Avendaño, M. (2017). Arte y memoria: expresiones de resistencia y transformaciones subjetivas frente a la violencia política. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 8(2), 502-535. DOI: <https://doi.org/10.21501/22161201.2207>.

Viviescas, V. (2016). El arte en los tiempos del conflicto: el reclamo de la víctima. *Revista Calle 14*, 11(20). <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/c14/article/view/11866/12506>

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RACISMO AMBIENTAL E O “DIREITO VIVO”
DOS POVOS INDÍGENAS:
UMA LEITURA A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA
DOS DIREITOS HUMANOS

RACISMO AMBIENTAL Y LA “LEY VIVA”
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:
UNA LECTURA DE LA TEORÍA CRÍTICA
DE LOS DERECHOS HUMANOS

ENVIRONMENTAL RACISM AND THE “LIVING LAW”
OF INDIGENOUS PEOPLES:
A READING FROM THE CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS

CÉSAR AUGUSTO COSTA*

FERNANDA OLLÉ XAVIER**

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a15

* Sociólogo. Doutor em Sociologia (UML/EUA). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Política Social e Direitos Humanos (UCPEL). Pesquisador do Laboratório de Investigações em Educação, Ambiente e Sociedade (LIEAS/UFRRJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Latino-Americano (NEL/UCPEL). Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?hl=pt-BR&user=11-s-moAAAAJ>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7190-6606>, Correio eletrônico: csc193@hotmail.com

** Advogada. Doutora em Política Social e Direitos Humanos (UCPEL). Google Scholar: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=list_works&hl=pt-BR&user=CkXCguIAAAAJ – Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5890-6233>, Correio eletrônico: feolle@yahoo.com.br

Resumo

Este artigo visa discutir o atual desmonte das políticas ambientais no Brasil, referenciada no Racismo Ambiental e na Teoria Crítica dos Direitos Humanos, sob a perspectiva do “direito vivo” dos povos indígenas brasileiros, uma vez que expõe a importância de uma reflexão voltada à construção de um novo paradigma civilizatório a estes grupos vulneráveis, pautados numa sociedade igualitária e justa. Indicamos que o racismo ambiental sofrido pelos povos indígenas brasileiros, somado à dificuldade de elaboração de políticas públicas universais em razão de suas diversidades culturais, impõe-lhes um atendimento particular e especial a partir de um direito vivo, embasado na Teoria Crítica dos Direitos Humanos, que parte do processo de lutas sociais desses povos. Destacamos que as práticas do “Bem Viver”, alicerçadas na perspectiva crítica do Direito, podem se constituir num referencial contra-hegemônico ao encontro de um paradigma civilizatório a estes grupos étnicos vulneráveis e marginalizados pela matriz colonial de poder.

Palavras-chave: racismo ambiental, direito vivo, povos indígenas brasileiros, bem viver.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo discutir el actual desmantelamiento de las políticas ambientales en Brasil, referidas al Racismo Ambiental y a la Teoría Crítica de los Derechos Humanos, desde la perspectiva del “derecho vivo” de los pueblos indígenas brasileños, ya que expone la importancia de una reflexión orientada a construir un nuevo paradigma civilizatorio para estos grupos vulnerables, basado en una sociedad igualitaria y justa. Indicamos que el racismo ambiental que sufren los pueblos indígenas brasileños, junto con la dificultad de elaborar políticas públicas universales debido a sus diversidades culturales, exige un entendimiento particular y especial desde un derecho vivo, basado en la Teoría Crítica de los Derechos Humanos, que parte del proceso de luchas sociales de estos pueblos. Destacamos que las prácticas del “Buen Vivir”, basadas en la perspectiva crítica del Derecho, pueden constituir un referente contrahegemónico al encuentro

de un paradigma civilizatorio a estos grupos étnicos vulnerables y marginados por la matriz colonial de poder.

Palabras clave: racismo ambiental, ley viva, pueblos indígenas brasileños, bien vivir.

Abstract

This article aims to discuss the current dismantling of environmental policies in Brazil, based on Environmental Racism and Critical Theory of Human Rights from the perspective of the “living right” of Brazilian indigenous peoples, since it exposes the importance of a reflection aimed at building a new civilizing paradigm for these vulnerable groups, based on an egalitarian and just society. We indicate that the environmental racism suffered by Brazilian indigenous peoples, together with the difficulty of drawing up universal public policies due to their cultural diversities, imposes on them a particular and special service from a living right, based on the Critical Theory of Human Rights, which starts from the process of social struggles of these peoples. We emphasize that the practices of “Living Well”, based on the critical perspective of Law, may constitute a counter-hegemonic referential to the meeting of a civilizing paradigm to these vulnerable ethnic groups marginalized by the colonial matrix of power.

Keywords: Environmental Racism, Living Law, Brazilian Indigenous Peoples, Living Well.

INTRODUÇÃO

O último censo demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelou que o Brasil possui um contingente populacional de aproximadamente 817.963 indígenas, os quais estão organizados em 305 etnias, e que falam 274 línguas diferentes. Esta cifra demonstra que 0,4 % da população brasileira é formada por índios. Deste total, 502.783 encontram-se na zona rural e 315.180 nos centros urbanos, ressaltando que setenta povos vivem em locais isolados, e que ainda não foram contatados.

Em que pese a expressiva população indígena no Brasil, estes grupos enfrentam um longínquo histórico de adversidades e desafios que permeiam os mais diversos campos fáticos e cognitivos, desde o antropológico, o social, o político, o ambiental, o sanitário, e outros. Desse modo, a reprodução das relações do capital impõe a transformação da natureza em mercadoria, o que conduz, à destruição do ambiente. Constata-se que as populações que vivem em relações mais simbióticas com a natureza sejam as primeiras vítimas desse ecocídio (Galeano, 2005), e que inúmeras vezes, resistem à expansão devastadora do capitalismo. Fato este, visto em mobilizações locais em defesa dos rios ou das florestas, contra as multinacionais petrolíferas e mineradoras, mas também propondo um modo de vida alternativo ao avanço desenfreado do modelo de desenvolvimento. Tais lutas e resistências em boa parte são indígenas, mas com frequência elas ocorrem em aliança com camponeses sem terra, ecologistas, comunidades cristãs, sindicatos, partidos de esquerda, pastoral da terra e da pastoral indígena (Lowy, 2014).

Primeiramente, vale lembrar os desafios enfrentados quanto às suas lutas por territórios, e nesse sentido, não se pode olvidar que o conceito de território indígena transcende o sentido espacial do termo. Quando nos referimos a território indígena, o antropólogo Gersem Luciano (2006), membro da etnia Baniwa, explica que este se refere à condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território indígena, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva, de onde tais comunidades extraem todos os elementos necessários à afirmação de suas identidades, enquanto grupo étnico dotado

de idiossincrasias e modos de vida determinados. Ora, conforme consta do art. 231 da Constituição Federal de 1988 (CF/88),¹ para que os direitos dos indígenas sejam garantidos demanda-se o reconhecimento e a garantia desta definição de território!

Considerando a dimensão territorial do Brasil, que foi divulgada pelo IBGE, e publicada no Diário Oficial da União - DOU nº 94 de 19/05/2020, conforme Portaria nº 177, de 15 de maio de 2020, o país possui uma superfície calculada em 8.510.295,914 km² (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020). No entanto, em que pese os indígenas constituírem os povos originários deste país de grandeza continental, - e por isso mesmo, deveriam ser considerados donos inequívocos destas terras -, atualmente, as terras indígenas (TI) devidamente regularizadas, ocupam uma irrisória proporção do solo brasileiro. Segundo dados da Fundação Nacional do Índio (Funai), órgão oficial executor da política indigenista do governo federal, existem apenas quatrocentas e sessenta e duas terras indígenas regularizadas, que representam cerca de 12,2 % do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal (Fundação Nacional do Índio, 2020).

A partir de lamentáveis eventos de matrizes ambiental e política que se opõem à luta dos povos indígenas pela conquista de territórios e consequente demarcação e regularização de TIs, os quais serão objetos de discussão neste artigo, é que se argumenta que estes sujeitos já enfrentam historicamente batalhas em busca de direitos e exercício da cidadania, garantidas apenas por lei; mas, não, de fato. Ou seja, trata-se de eventos que revelam o racismo ambiental sofrido por estes sujeitos.

Somando-se a estes, releva-se o atual enfrentamento pelo qual passam todos os brasileiros perante um novo embate: a pandemia mundial, ocasionada pela disseminação do coronavírus, que está dizimando a população através da SARS-COV2, ou covid-19. Esta doença atinge a todos indistintamente, mas principalmente as pessoas que se encontram em estado de vulnerabilidade social, econômica e sanitária, pois mais expostas aos fatores que influenciam o contágio, como densidade populacional, uso e ocupação do solo, índice de desenvolvimento humano (IDH), dentre outros.

1 CF/88, Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

E, em razão deste cenário, alarmamos a situação dos povos indígenas, principalmente daqueles que vivem nas regiões mais remotas do Brasil. Conforme dados atualizados da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, responsável por coordenar e executar a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, revelam um boletim epidemiológico com a seguinte situação: existem 627 casos suspeitos, 33.011 confirmados, 33.449 descartados, 28.864 recuperados, e 479 óbitos. O órgão informa em seu *site* oficial, que as informações são obtidas junto a cada um dos trinta e quatro Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) (Brasil, 2020b). Esta situação remete à outra necessidade incessante de reflexão sobre a precária condição dos indígenas, os quais clamam por serem ouvidos e terem seus pleitos atendidos, sobretudo no que tange à conquista de territórios.

A pandemia pela covid-19 apenas tornou mais visível o estado de vulnerabilidade dos indígenas a doenças infectocontagiosas, pois ela sempre existiu e esteve essencialmente relacionada à dependência de territórios hábeis a proporcionar o desenvolvimento de seus modos de vida articulados com as suas culturas e em harmonia com a natureza. É o que infere a análise do médico especialista em epidemiologia e saúde de populações indígenas, Andrey Moreira Cardoso, do Departamento de Endemias da Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), o qual afirma que o problema de disponibilidade de territórios tradicionais para o exercício dos modos de vida indígena, de acesso a saneamento básico, os problemas relacionados à desnutrição e anemia, assim como a emergência de doenças crônicas, tornam estas populações ainda mais vulneráveis à esta atual pandemia (Queiroz, 2020).

Retrata-se, pois, mais um caso de essencialidade do território tradicional como elemento caro e imprescindível para a preservação da vida dos povos indígenas, e para a efetivação dos seus direitos, enquanto cidadãos de um país democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito”.²

2 Excerto do texto que compõe o Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Ante a este cenário de adversidades que se opõem à luta dos povos indígenas por condições dignas de vida, e pela conquista de territórios onde possam exercer os seus modos de vida em consonância com suas idiossincrasias é que se desenvolve o artigo, cujo principal objetivo é advertir para a importância da reflexão e da discussão de possibilidades voltadas à construção de um novo paradigma civilizatório a estes grupos vulneráveis, pautado em uma sociedade igualitária e justa. Para abrir os caminhos destas possibilidades, as abordagens deste estudo foram divididas em três subseções: a primeira voltada à contundente agenda ambiental do Brasil para os povos indígenas executada pelo atual governo federal; a segunda visa expor as proposições teóricas sobre o racismo ambiental, à luz das teorias de Tânia Pacheco (2010), cujas pesquisas concentram ênfase na injustiça ambiental e no racismo ambiental sofrido pelos povos tradicionais; e, por fim, na terceira subseção, serão abordadas as vertentes da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, elaborada por Herrera Flores (2009), e epistemologicamente adequada a atender, dentre outros, o direito dos povos indígenas que nascem das suas lutas e movimentos sociais.

Em conclusão, indicamos que as práticas do Bem Viver (Acosta y Brand, 2018), consistem num conjunto de ideias que primam pela relação harmônica entre o ser humano e a natureza, podem configurar como plataforma de discussão para se buscar alternativas contra-hegemônicas ao sistema capitalista neoliberal, e, assim, delinear as bases teóricas para a realização dos direitos humanos dos povos indígenas, permitindo-se lhes a caracterização como um direito vivo nascido das suas lutas sociais no contexto do capitalismo latino-americano.

A ATUAL CONJUNTURA AMBIENTAL DO BRASIL PARA OS POVOS INDÍGENAS

O governo federal exercido pelo presidente Jair Bolsonaro, cujo mandato iniciou-se em 1º de janeiro de 2019, vem sendo apontado pelo desmonte das políticas ambientais e pela preterição dos povos indígenas em prol dos agentes relacionados ao agronegócio. A restrição em órgãos de proteção ao meio ambiente, flexibilização de legislações de proteção ambiental e ameaça a direitos de povos indígenas são os principais argumentos para tal afirmação.

Projetos, ações e articulações políticas na área ambiental estão sendo executadas à oposição dos interesses dos povos indígenas, e ao encontro do capital financeiro, atendendo especialmente, os agentes dos setores do agronegócio, da lavra, industrialização e comércio de minérios, da indústria de metalurgia, de empreendimentos eletrointensivos, da silvicultura, dentre outros que dependem da exploração de recursos ambientais, renováveis ou não. Os quais também impactam nos processos de demarcação e regularização de terras indígenas (TIs), considerando que, segundo afirmação do presidente Bolsonaro, proferida no ano de 2019, “se depender dele, não haverá mais nenhuma demarcação de terra indígena no país” (Salomão, 2019), ao passo que a Constituição Federal Brasileira determina a competência da União para a demarcação e proteção de TIs, impondo, portanto, esta obrigação ao governo federal.³

Com efeito, desde que Jair Bolsonaro assumiu o mandato, já se vislumbrou o desmonte das políticas ambientais no Brasil, as quais, reafirma-se, impactam a vida dos povos tradicionais⁴ brasileiros, e em particular, a dos indígenas. Os alardes de desmonte do presidente já implicaram algumas ações em suas agendas, as quais afetaram diretamente nos ecossistemas brasileiros, na vida e no exercício da cidadania de comunidades tradicionais que vivem especialmente nas zonas rurais do Brasil.

Pode-se citar como alguns exemplos desta assolação desde o início do atual governo, a extinção da Secretaria de Mudanças Climáticas e Florestas do Ministério do Meio Ambiente (MMA), sendo que, inclusive, foi cogitada a extinção do próprio MMA, o que sofreu severas críticas; extinção do Comitê Orientador do Fundo Amazônia; reestruturação do Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio) com a militarização da sua diretoria e chefias regionais, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), os quais passaram a ser orien-

3 De acordo com a CF/88, Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (Grifado).

4 Acolheu-se a definição de povos tradicionais consoante a do Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil, segundo o qual, em seu artigo 3º, define esses povos e comunidades como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

tados por ideais liberais e em defesa do agronegócio. Nesta senda, convém lembrar que o ministro do MMA, Ricardo Salles, defendeu uma solução capitalista para a Amazônia, criticando o modo como foram criadas as unidades de conservação e terras indígenas.

Desta medida, já se depreende o *continuum* das dificuldades que serão enfrentadas por estes povos em relação à conquista dos seus territórios. Não há que se olvidar, ainda, as contendas ocorridas em 2019 no que se referem à transferência da Funai, do Ministério da Justiça para o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), assim como a demarcação de terras indígenas e quilombolas para o Ministério da Agricultura (MAPA), restando claro o conflito de interesses dentro do mesmo ministério, e colocando em xeque os direitos dos povos tradicionais, uma vez que a ministra desta pasta, Tereza Cristina, foi líder da bancada ruralista no Congresso Nacional.

Ainda na seara ambiental, demais transferências da pasta do MMA para outros ministérios também evidenciaram as arruinações políticas, como a do Serviço Florestal Brasileiro para o MAPA, ressaltando que o órgão tem entre suas funções o cadastro ambiental rural (CAR), a recuperação da vegetação nativa e florestal, a proposição de planos de produção sustentável e o apoio aos processos de concessão florestal; e a da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) para o Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR).

Outros desmontes na área ambiental também ocorreram no ano de 2019, a exemplo da extinção do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, agravando a crise diplomática com Alemanha e Noruega —principais doadoras para o Fundo—, que suspenderam novas doações, após terem destinado R\$ 3,6 bilhões de reais. Com esta medida, o Brasil deixou de receber 35 milhões de euros, o equivalente a R\$ 224,7 milhões, por conta do avanço do desmatamento na Amazônia. Mesmo com a reativação do Fundo Amazônia, em maio de 2020, pelo vice-presidente da República e atual presidente do Comitê e do Conselho Nacional da Amazônia Legal, Hamilton Mourão, Alemanha e Noruega não confirmaram a retomada das doações. Somado a este fato, está a desconsideração e o descrédito do governo federal sobre os programas das instituições de pesquisa ambiental, como os sistemas de monitoramento de florestas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), levando à demissão do seu diretor, Ricardo Galvão, por ele ter respondido às críticas de Bolsonaro sobre os dados do Instituto que revelavam alto índice de desmatamento na Amazônia.

Embora algumas das reformas administrativas citadas não prosperaram —graças a um “resquício de luz” do governo, tais movimentos anunciavam que o presidente permanece envolto pelo seu discurso de campanha em favor da agricultura, o que reflete na flexibilização das regras de preservação e proteção de áreas ambientais e indígenas, assim como no favorecimento da desregulação imposta pelo capital, em prol de megaempreendimentos interessados em zonas habitadas pelos povos tradicionais, e em áreas de preservação ambiental.

Em sequência, no que tange ao posicionamento negativo do executivo federal quanto às questões que envolvem os processos de identificação e demarcação de TIS, particularmente, a justificativa paira sob o argumento de que as terras demarcadas são muito extensas em relação à população que as habita. Portanto, segundo o presidente, indígenas e quilombolas devem ser integrados à população, seguindo a proposta assimilacionista do Estatuto do Índio, de 1973, que os considera pertencentes à uma categoria social transitória e que, por isso, deveriam ser integrados à comunhão nacional. Este parecer de Bolsonaro revela a sua explícita negação do *outro*, pois retrata um comportamento que considera as minorias identitárias e grupos étnicos, sobretudo, como inumanos, inferiores, não civilizados (Dussel, 1992). Isto é, sujeitos que se auferem superioridade, subjugam outros, em uma nítida relação díspar e opressiva de poder (Quijano, 2005).

Entende-se que por estar assim eivado, é que Bolsonaro editou a Medida Provisória (MP) sobre a transferência da Funai para o MMA.⁵ No entanto, após a MP sofrer fortes críticas, o Congresso não aprovou os textos referentes à demarcação de terras e à transferência da FUNAI (além de outras partes), a qual voltou para a sua pasta de origem (MJSP) e também voltou a ter a titularidade na identificação e demarcação de terras indígenas.

Nesse sentido, ainda merece destaque a pauta de discussões levantada pelo deputado federal, general Sebastião Peternelli (PSL-SP), já no seu primeiro mandato, sobre a exploração de recursos minerais em terras indígenas. Peternelli defende atividades econômicas de larga escala nestes espaços demarcados, o que inclui o plantio de soja transgênica, exploração de madeira e mineração. E foi com essa intenção que, antes mesmo de assumir o mandato, o deputado encomendou à Consultoria Legislativa da Câmara estudo técnico sobre o tema, cujo relatório apontou que a função

5 A MP referia-se à reforma administrativa proposta pelo governo federal.

primordial das terras indígenas é “garantir a dignidade ao índio” e não a “conservação e uso racional dos recursos”. Peternelli justificou, argumentando que, quando o artigo 231 da CF brasileira menciona que os indígenas têm direito à demarcação das terras que “tradicionalmente ocupam”, não se refere à forma de uso da terra e, portanto, não impede “que nela sejam exercidas atividades ‘ao modo de produção capitalista’” (Carmo, 2019). E conclui, afirmando, *in verbis*:

mesmo reconhecendo que os indígenas (mas não todos) desenvolvam uma relação mais harmoniosa com o ambiente que os circunda, caso eles optem por ter meios de vida mais ligados ao capital, não se pode impor, por mera ideologia, que ele deixe de exercer qualquer atividade econômica em sua terra (Carmo, 2019).

Ora, trata-se de uma afirmação que aqui se denominou, “hipnose liberal”, ou seja, de um discurso liberal envolvente, atrativo, o qual se entende que remete à concepção de que proporcionar melhores condições de vida aos povos indígenas significa tão somente promover-lhes prosperidade econômica. Ou seja, remete à perpetuação do ideal neoliberal, colonial e integracionista, no caminho da negação do direito à diferença (Luciano, 2006). Ou ainda, às “alternativas infernais”, demonstrando como a globalização redefine as condições das lutas por justiça ambiental, a partir de uma “retórica liberal da perversidade”. Tais alternativas, vale dizer, representam “situações que parecem não deixar outra escolha além da resignação ou da denúncia impotente ante à guerra econômica incontornável” (Stengers-Pignarre, 2005, pp. 39-40 apud Acselrad y Bezerra, 2020).

Além destes entraves de cunho ideológico, no campo fático, elevam-se as ocorrências de invasões de TIS. Segundo dados do Conselho Indigenista Missionário (Cimi), entidade vinculada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), desde o início do governo Bolsonaro, os índices de invasão, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio aumentaram exponencialmente, passando de cento e nove casos, em 2018, para duzentos e cinquenta e seis no ano passado; isto é, um crescimento de cento e trinta e cinco por cento. Estas informações constam do relatório anual de violência dos povos indígenas, elaborado pelo Cimi, e divulgado em 30 de setembro de 2019 (Valente, 2019).

No texto de abertura do documento, o presidente da entidade, arcebispo dom Roque Paloschi, afirmou “que as comunidades originárias e tradicionais são atingidas diariamente por uma política nefasta e criminoso da atual governo”. Preambularmente, o relatório aponta que “a intensificação das expropriações de terras indígenas, forjadas na invasão, na grilagem e no loteamento, consolida-se de forma rápida e agressiva em todo o território nacional, causando uma destruição inestimável” (CIMI, 2019, p. 6).

No ano de 2020, a agenda política ambiental também não foi diferente. Além dos problemas decorrentes da covid-19 enfrentados pelos povos indígenas (e pela população em geral) —que visibilizou e/ou potencializou, principalmente suas precárias condições sanitárias (dentre outras), seguiram as políticas de flexibilização das regras ambientais e do desmonte institucional dos órgãos vinculados ao MMA, sobretudo com a reestruturação —ou o descalabro— do Ibama e do ICMBio pelo ministro, Ricardo Salles, conforme já mencionado.

Dentre outras assolações do governo, estão também as ações que refletiram diretamente nas queimadas da região do pantanal, e provocaram animosidades entre o poder executivo e as populações indígenas locais —tragédia anunciada!—. Dentre estas, destacam-se as manifestações de representantes dos povos indígenas da região pantaneira, ocorridas no início do mês de outubro na Câmara dos Deputados, em Brasília-DF. Os manifestantes clamaram por serem ouvidos e repudiaram o pronunciamento de Jair Bolsonaro na Organização das Nações Unidas (ONU), segundo o qual, os indígenas seriam responsáveis pelas queimadas. Em resposta, Eliana Xunakalo, representante da Federação dos Povos e Organizações Indígenas de Mato Grosso, salientou: “os povos indígenas não são responsáveis pelas queimadas no pantanal. [...] Precisamos que os povos indígenas sejam ouvidos e precisamos que as políticas cheguem a esses povos de fato”. Nesse sentido, também foi a fala de Valdevino Gonçalves Cardoso, da etnia Terena, acrescentando, que “acredita que a destruição dos povos indígenas ‘é arquitetada no gabinete presidencial’ e que a estrutura do governo está sendo utilizada para isso” (Haje, 2020).

Estes são apenas episódios dentro de um nefasto espectro de embates que vêm sendo defrontados pelos povos indígenas em face das políticas do governo, como se já não bastassem suas lutas travadas há séculos pela conquista de território, dignidade e cidadania. É mister que não se olvide da importância destes povos como agentes da preservação e conservação dos ecossistemas nacionais, uma vez que exercem a sua cidadania condiciona-

dos à uma relação harmônica com o meio ambiente em que vivem, além de reconhecerem que esta relação, e todos os seres vivos, são igualmente importantes. Vale dizer, os indígenas são atores essenciais, não só ao patrimônio cultural do país, mas sobretudo à preservação do meio ambiente, assim como suas terras, “para além de materializar o reconhecimento de um direito originário, [...] são, comprovadamente, as áreas que mais protegem as matas e os seus ricos ecossistemas” (CIMI, 2019).

Por fim, corrobora-se a atual conjuntura política que pesa sobre os povos indígenas brasileiros, com a contundente afirmação do relatório de 2019 sobre a violência contra os povos indígenas, segundo o qual:

o aumento vertiginoso de invasões, grilagens, incêndios criminosos, loteamentos ilegais, ameaças, conflitos, descasos no atendimento à saúde e à educação, criminalização, dentre outras violações a seus direitos, evidencia que os indígenas enfrentam um dos momentos históricos mais desafiadores desde a invasão dos colonizadores (CIMI, 2019, p. 4).

Vejamos na sequência, o debate do racismo ambiental e sua articulação na Teoria Crítica dos Direitos Humanos para os povos indígenas do Brasil.

RACISMO AMBIENTAL E O DIREITO VIVO DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Esta seção abordará as injustiças ambientais sofridas pelos povos tradicionais brasileiros, dentre os quais compreendem povos indígenas, quilombolas, geraizeiros, ribeirinhos, quebradeiras de coco, pescadores artesanais, dentre outros,⁶ destinando-se tratamento especial aos indígenas brasileiros, que são os sujeitos da análise deste artigo.

A estas injustiças ambientais enfrentadas por estes povos, ainda que não se caracterizem como ações de natureza racial, mas causam um impacto racial por serem opostas a grupos identitários vulneráveis (étnicos ou não) sobre os quais o capitalismo gera mais ônus e ferocidade, atribuiu-se a denominação de racismo ambiental (Pacheco, 2008). Ou seja, constituem violências que expulsam estes grupos dos seus territórios, geralmente em prol de interesses financeiros. Vale dizer, caracteriza uma guerra entre os excluídos e o capital.

6 A definição de povos tradicionais acolhida neste estudo está disposta na nota de rodapé n.º 11, p. 6.

Tal processo denominamos como “matriz colonial de poder”, que instaurou uma racionalidade de *poder, ser e saber* a partir do controle da sociedade, economia, raça e trabalho, cujo desdobramento histórico alicerçou um paradigma civilizacional com base na apropriação mercantil da natureza (Quijano, 2013). A lógica perversa do ambientalismo liberalizado (Acsehrad, 2005), indica que a racionalidade econômica que impera é a da desigualdade ambiental, ou seja, equivale a apontar uma espécie de otimização da economia da vida ou da morte para populações indígenas e tradicionais. Assim, a disputa territorial se dá em torno aos recursos naturais e a oferta de espaços a degradar e espoliar, assim como de áreas de fronteira com vistas a expropriar grupos sociais. Trata-se de uma matriz civilizatória, baseada na exclusão de povos originários e tradicionais, onde a desigualdade ambiental mostra-se parte integrante do capitalismo liberalizado (Acsehrad, 2005).

Com efeito, o estudo parte da ideia de que tais violências e expulsões praticadas contra povos identitários, vulneráveis, que padecem das mazelas do capitalismo selvagem, constituem violações aos direitos humanos, porquanto afetam sobremaneira os seus modos de vida e dignidade. Isso posto, concebe-se que o marco teórico mais pragmático a explicar e a responder tal realidade, mediante o fornecimento de elementos categóricos hábeis a dar efetividade aos direitos humanos daqueles sujeitos, é a Teoria Crítica dos Direitos Humanos (TCDH), elaborada pelo jurista espanhol, Herrera Flores (2009). O autor dedicou-se ao estudo dos direitos humanos sob uma perspectiva crítica, sugerindo a sua reinvenção para que pudessem, de fato, assumir um papel contra-hegemônico à lógica da expansão colonial, e suplantando os diferentes tipos de injustiças e violências causadas pela matriz ocidental eurocêntrica e neoliberal. Segundo os postulados da TCDH, são os movimentos sociais e as lutas travadas pela sociedade que constituem as fontes dos direitos humanos, afirmando que estes são produtos culturais e que, por isso, para serem efetivos, suas construções devem partir de um olhar “desde abajo” (Santos y Garavito, 2007); ou ainda, conforme Wolkmer (2002), são direitos produzidos pela sociedade, seguindo a construção teórica proposta por Ehrlich (1986) em sua obra, *Fundamentos da Sociologia do Direito*,⁷ para o qual as normas têm suas origens na sociedade, ao que ele denomina de “direito vivo”. Importa ressaltar que desta base teórica crítica

7 A primeira edição da obra foi publicada em Munique, 1913: Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München; Leipzig: Dunker & Humblot, 1913.

também se fundamentou o pensamento decolonial latino-americano, que a luz desta racionalidade trouxe seus aportes teóricos para a realidade dos povos latino-americanos, acrescentando as categorias do gênero e da raça em seus estudos. A Escola Decolonial, por conseguinte, também será base para este esforço teórico.

Portanto, para o desenvolvimento deste contexto e estudo dos conceitos a ele relacionados, esta subseção será subdividida em dois tópicos, sendo o primeiro dedicado à categoria do racismo ambiental, especialmente sob as contribuições de Pacheco (2010), e analisado enquanto violência enfrentada pelos povos indígenas brasileiros; e o segundo abordará os princípios e conceitos que constituem a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, escolhida como matriz teórica a atender a violação aos direitos humanos dos povos indígenas.

O RACISMO AMBIENTAL SOFRIDO PELOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

A instauração e hegemonia das concepções neoliberais que passaram a orientar as políticas econômicas e sociais dos Estados a partir da década de noventa, determinaram o afastamento do Estado na administração da política econômica para deixá-la aos alvedrios do mercado, provocando, assim, um esvaziamento da democracia (Ivo, 2001).

Sob este cenário real e atual da América Latina, e particularmente do Brasil, a indagação que se formula é a de como sustentar o regime democrático em uma realidade em que o Brasil não tem controle sobre a conflitividade social que extrapola os marcos do direito, da força corretiva das leis, da igualdade social e política, da convivência pacífica, e fragiliza as instituições comprometidas com as políticas sociais de Estado (não meramente compensatórias). Ou seja, a abertura desta seção com tal questionamento tem por finalidade chamar ao debate àquilo que Sassen (2016) já sinalizava como um processo de descontentamento com o funcionamento da democracia perante a fórmula da agudização da pobreza e da exclusão social *versus* os mecanismos extremos de acumulação de riqueza operados entre o Estado e os interesses do mercado nacional e internacional. Processo este que provoca o que se pretende denominar de *modos complexos de expulsão* (Sassen, 2016), como uma das principais causas do que se tratará como racismo ambiental; senão a principal.

A situação estrutural contemporânea de dependência do Brasil, sobretudo, ao mercado interno e internacional, reafirma a herança das suas desigualdades sociais, políticas e econômicas, assim como fragiliza a sua condição soberana e avilta a resistência democrática dos seus povos, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade e exclusão. E essa realidade perpetua-se hodiernamente, o que também demonstra, entre outros, a crise de governabilidade do país a partir da sua incapacidade (e/ou do desinteresse) de atender as demandas sociais em provimento dos interesses do capital financeiro internacional. Vale dizer, principalmente a partir da década de noventa, o ritmo acelerado em que se operam os mecanismos dos acordos negociais entre os atores do mercado externo e o Estado, valida e aprofunda a conflitividade histórica entre mercado e sociedade; mas agora, em um contexto de globalização econômica como palco de acumulação internacional sem fronteiras. Tais acordos sobrepujam-se aos interesses do povo que padece à classe baixa e aos que enrobustecem os índices de miserabilidade nacional,⁸ muitos sendo expulsos dos seus territórios, para dar lugar aos conglomerados mercantis, a exemplo dos povos tradicionais, em especial, os indígenas.

Ao dedicar-se sobre a temática das expulsões ocasionadas à população marginalizada e à biosfera, em razão da prevalência dos interesses do mercado, Sassen (2016) tensiona o aprofundamento das investigações sobre o que está por trás destas relações de brutalidade ao ser humano e à natureza, invisíveis e mais complexas às definições elaboradas pelo senso comum, e que causam uma concentração aguda de riquezas. No centro destas investigações, está a ideia nuclear de que existem formações predatórias, as quais consistem “na combinação de elites e de capacidades sistêmicas na qual o mercado financeiro é um facilitador fundamental, que empurra na direção de uma concentração aguda” (Sassen, 2016, p. 22). Isto é, a autora defende que pessoas ricas e empresas multinacionais, sozinhos, não conseguiriam chegar a concentrações tão extremas da riqueza mundial sem contar com uma ajuda sistêmica, isto é, uma interação complexa dos atores com sistemas reorientados a possibilitar a concentração extrema, e nesse sentido, explica que

8 Conforme Lupion (2020): mais 170 mil brasileiros entraram para a pobreza extrema em 2019. Segundo dados da Síntese dos Indicadores Sociais 2018, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de pessoas na faixa de extrema pobreza no Brasil aumentou de 6,6% da população em 2016 para 7,4 % em 2017, ao passar de 13,5 milhões para 15,2 milhões. De acordo com definição do Banco Mundial, são pessoas com renda inferior a US\$ 1,90 por dia ou R\$ 140 por mês. Em 2019, houve o acréscimo de 170 mil novos integrantes, encerrando o ano de 2018 com 13,8 milhões de pessoas, o equivalente a 6,7 % da população do país. É o quinto ano seguido no qual o número de brasileiros na miséria cresce.

essas capacidades sistêmicas são uma combinação variável de inovações técnicas, de mercado e finanças, mais a permissão governamental. Elas contêm enormes capacidades de intermediação que agem como uma espécie de névoa, reduzindo nossa capacidade de enxergar o que está acontecendo (Sassen, 2016, p. 23).

Ou seja, trata-se do que foi denominado de relações complexas de expulsões brutais⁹ aos indivíduos pobres e à biosfera, as quais agudizam os níveis de desigualdade social e econômica e a pobreza extrema.

Ao abordar este tema, intenta-se, pois, tornar sensível e invocar à reflexão as destruições causadas à natureza e os despejos realizados sobre aqueles que residem e/ou trabalham em zonas afetadas à exploração de minério e à implantação de empresas que determinam relevante impacto ambiental na região onde irão se instalar. Assim como à restrição causada às práticas existenciais e ao exercício da cidadania dos povos indígenas ameaçados em suas terras em nome do tão aplaudido “desenvolvimentismo” (Sassen, 2016) de ordem neoliberal.

E é nessa corrente que Acsehrad, Bezerra e Mello (2009), ao explorarem a categoria “justiça ambiental”,¹⁰ preocupam-se com as perversidades causadas pelos setores dominantes da economia e da política, sob o manto dos princípios liberais, principalmente no início dos anos noventa, período em que se iniciou um “movimento de regressão social, com a quebra das condições de aplicação das regulações fossem elas sociais, políticas ou ambientais” (Acsehrad, Bezerra y Mello, (2009, pp. 133-134), como mecanismos para naturalizar as desigualdades, dentre outros fins.

9 Ou seja, de acordo com o entendimento da autora, são as: expulsões de projetos de vida e de meios de sobrevivência, de um pertencimento à sociedade, e do contrato social que está no centro da democracia liberal [...]. *Quando uma corporação ou um governo estrangeiro adquire uma grande extensão de terra para plantar palmeiras para a produção de biocombustível e expulsa de lá a flora e a fauna, os pequenos agricultores, as instalações de produção rural, e muito mais.* Mas tudo isso se traduz em um aumento de lucros para as empresas e no crescimento do PIB do país (Sassen, 2016, pp. 39; 91) (Itálico nosso).

10 Segundo Bullard (apud Acsehrad, Bezerra & Melo, 2009): justiça ambiental é muito mais do que uma disciplina acadêmica, mas constitui-se em um verdadeiro ‘movimento’ contra as injustiças tradicionalmente incrustadas no Estado de Direito convencional. “Bullard deixa claro como a problemática ambiental incorpora desigualdades sociais, de raça, de sexo e de classe, o que segue de perto a lógica hegemônica de acumulação de capital e cerceamento de oportunidades”.

Dentre os exemplos brasileiros de casos de “expulsão” e/ou disputa, ou ainda, das ditas “perversidades” (Acsehrad, Bezerra y Mello, 2009), destaca-se o emblemático evento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, quando a União iniciou, através da Funai, em 1992, a realização do relatório de identificação da terra para fins de demarcação. Ressalta-se que esta área abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil índios dos povos Macuxi, Taurepang, Patamona, Ingaricó e Wapichana, além de povos não-índios. Assim, em 2005, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou um decreto que homologou a Portaria nº 534 do Ministério da Justiça, que demarcou a área.

No entanto, este fato desencadeou uma disputa entre a população local e os orizicultores vindos do sul do país, os quais iniciaram o ajuizamento de inúmeras ações judiciais perante o Supremo Tribunal Federal (STF) visando ao impedimento da conclusão da reserva, sob a alegação de terem títulos que lhes garantem a posse das terras. Neste embate, o Estado de Roraima posicionou-se a favor dos produtores rurais, sob a justificativa de que a retirada deles da área em questão afetaria seriamente a economia do Estado, pois a cultura representaria em torno de 25 % de seu Produto Interno Bruto. Também alegou que, o próprio Estado, por ser o maior produtor de arroz da região norte do Brasil, contribuiria tal qual, para o abastecimento dos Estados vizinhos com o cereal. Outro argumento seria de que 46% da área de Roraima são reservas indígenas e, 26 % áreas de conservação, o que deixaria Roraima sem espaço para desenvolver-se economicamente.¹¹

Ao abordar-se estas expulsões, centramo-nos em sequência, à relação constituída entre estes povos tradicionais e os seus territórios, uma vez que os termos que os identificam como tais referem-se precisamente aos vínculos com o seu ambiente (Leroy y Meirelles, 2013). Por “territórios tradicionais” acolhemos a definição constante do inciso II, do art. 3º, do Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, segundo o qual:

11 Raposa Serra do Sol: entenda o caso. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100628/raposa-serra-do-sol-entenda-o-caso>.

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Esta definição de território para os indígenas, portanto, reafirma o que Gersem Luciano (2006), —pesquisador e membro indígena do povo Baniwa— já havia elaborado sobre o seu significado. Segundo ele, território possui uma concepção que transcende o seu aspecto físico e geográfico, uma vez que os povos indígenas “têm conservado uma visão comunitária e sagrada da natureza”.¹²

Pode-se afirmar, destarte, que a relação dos povos indígenas com seus territórios constitui um vínculo essencial à reprodução da sua cultura, costumes e tradições; vale dizer, dos seus modos de vida, condicionando-os, portanto, ao gozo dos seus direitos fundamentais. Em vista disto, defende-se que políticas e ações do Estado que proporcionem o estabelecimento e/ou a permanência deste vínculo aos povos indígenas, constituem-se como pressupostos ao exercício de suas cidadanias.

Por outro lado, ao descaso, à injustiça e às violências praticadas contra os povos tradicionais, em razão de suas diferenças étnicas, ou simplesmente, pela sua cor, denomina-se “racismo ambiental”, filiando-se à definição de Pacheco (2008), para a qual o racismo ambiental¹³ opera seus efeitos quando estas moléstias recaem sobre os indivíduos que, dentre outros, caracterizam-se pela condição de vulnerabilidade, expulsando-os de suas terras¹⁴ e/ou territórios.

12 Assim, para estes povos, a acepção de território está associada à, *in verbis*: “condição para a vida dos povos indígenas, não somente no sentido de um bem material ou fator de produção, *mas como o ambiente em que se desenvolvem todas as formas de vida. Território, portanto, é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva*. A terra é também um fator fundamental de resistência dos povos indígenas. É o tema que unifica, articula e mobiliza todos, as aldeias, os povos e as organizações indígenas, em torno de uma bandeira de luta comum que é a defesa de seus territórios (Luciano, 2006, p. 101). (Grifado).

13 Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto “racial”, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. [...] O conceito de Racismo Ambiental nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia (Pacheco, 2008, s. p.).

14 O sentido de terra neste texto adota a definição de Gersem Luciano (2006), segundo o qual, “terra é o espaço geográfico que compõe o território”.

Tais ações inconvenientes e perigosas estão associadas à imposição do capital por grandes corporações empresariais que têm como corolário, a destruição da natureza e a apropriação dos territórios, sem olvidar que muitas destas são conquistadas mediante pilhagens das terras. A destruição da natureza pode claramente ser verificada a partir da introdução de monoculturas e demais atividades ligadas ao agrohidronegócio, consolidando-se territorialmente com as plantações de cana-de-açúcar, soja, eucaliptos etc. E estas expansões custam caro, pois avançam às expensas de ações entre trabalhadores, povos tradicionais e capital, ou seja, entre “as fissuras intercapital reveladas pela necessidade de terras planas, férteis e com disponibilidade hídrica, portanto aptas à mecanização, e entre os próprios trabalhadores, mediante as ocupações de terra e a ações no âmbito da luta pela terra” (Thomas, 2010, p. 92). A dicotomia cidadania-capital opera em sua forma mais aviltante e opressora, provocando, outrossim, a destabilização das atividades nas terras tradicionalmente ocupadas, que “podem fazer com que o desenvolvimento de uma atividade comprometa a possibilidade de outras atividades se manterem” (Acselrad, Bezerra & Mello, 2009, p. 74), assim como das pessoas que ali nasceram, se desenvolveram, e permaneceram para sobreviver, trabalhar e reproduzir sua cultura e modos de vida.

Em vista disso, é mister a reconstrução das subjetividades sociais, cujas compreensões naturalizem que os povos indígenas, assim como os demais povos tradicionais, têm seus direitos garantidos se, e em incolumidade territorial, convencidos de que eles se constituem a partir de uma relação peculiar com a natureza e seus elementos, e não como “meros guardiões dos ecossistemas” (Leroy y Meirelles, 2013, p. 119). Vale dizer, é naturalizar as concepções de que suas formas de apropriação exprimem,

um conjunto de relações potencializadas pelas formas ancestrais de apropriação comunitária dos sistemas ambientais com seus “códigos”, informações e “encantados” materializados no extrativismo, na produção de remédios, moradia, produção de alimento nas florestas, matas, roçados, fundos de pastos, vazantes, integrados aos saberes populares conectados aos rios, lagoas e o mar. [...]. Território apresenta múltiplos sentidos, dentre os quais está o “espaço de produção e de reprodução” (Leroy y Meirelles, 2013, p. 119).

Por conseguinte, todas as ações humanas ou institucionais, projetos sociais ou políticos, acordos, contratos que visem impedir a expropriação territorial por estes povos que, em uma sociedade desigual, social e economicamente, sofrem a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento, constituem o que a Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA) define como, “injustiça ambiental”.¹⁵ O Mapa dos Conflitos, estudo realizado por pesquisadores da Fiocruz, capitaneado pela professora, Tânia Pacheco (2010), expõe que os fatores etnicidade ou cor destes povos influenciam diretamente na gravidade das injustiças que sofrem, o que denuncia a prática do racismo ambiental nestes casos. O estudo desenvolvido no mapa dos conflitos permitiu, dentre outras constatações, a exposição das mazelas socioambientais a partir dos “sujeitos negados” (Dussel, 1992), o que aqui se pondera como o seu maior quilate.

Povos indígenas, quilombolas, e demais comunidades tradicionais, além de terem que enfrentar a luta da reterritorialização, ao mesmo tempo, necessitam resistir nos campos da supremacia hegemônica dos não indígenas e dos brancos, em busca de afirmação e reconhecimento, uma vez que, “o conceito de territorialidade tem se colocado como um elemento central na construção política da identidade dos sujeitos” (Acselrad, 2010, p. 10). E nesse sentido, destaca-se, que neste embate os povos tradicionais ainda carregam o estigma de serem os óbices do desenvolvimento, uma vez que lhes é imputado o ônus de destruidores da natureza, o que denota uma aviltante inversão, não somente de papéis, mas principalmente de valores, reforçando, destarte, a necessidade urgente de reconstrução das subjetividades humanas anteriormente proposta.

Nesse sentido, e à guisa de conclusão, é que se exalta a eloquência dos autores, Leroy e Meirelles (2013):

Que contradições o Brasil está vivendo? As poderosas coalizões, que buscam eliminar do mapa ou reduzir a reservas (as menores possíveis) povos indígenas e comunidades tradicionais, parecem considerá-los elementos sobreviventes do passado, arcaicos obstáculos ao progresso. O crescimento econômico, na perspectiva dessa aliança, se sobrepõe aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Em nome dele, passa-se por cima dos direitos fundamentais: à liberdade, à opinião, à vida (p. 129).

15 Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <https://redejusticaambiental.wordpress.com/>

Na seção a seguir, será exposta, portanto, a base teórica escolhida neste estudo para fornecer os elementos epistemológicos hábeis a dialogar com essa inversão de papéis e de valores que recaem sobre os povos tradicionais, particularmente sobre os indígenas, e propor alternativas a minimizar, senão extirpar estes danos e o racismo ambiental que recaem sobre estes sujeitos.

A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS COMO ALICERCE PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO VIVO DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

O contexto apresentado neste artigo destacou o racismo ambiental sofrido pelos povos tradicionais como um dos eventos decorrentes da atual conjuntura ambiental do Brasil ante ao desmonte das políticas ambientais verificadas, sobretudo, no atual governo de Jair Bolsonaro. Destes povos, os indígenas foram destacados como os sujeitos de análise do estudo, principalmente devido à reincidência e atualidade das suas lutas em prol da manutenção e da demarcação de TIS contra os agentes públicos e os grandes conglomerados mercantis.

Ao tratar os povos indígenas como “sujeitos negados”, referimo-nos ao sujeito vivo, tal qual elaborado por Dussel (1992), por se tratar de um “sujeito corporal, pelo qual a satisfação da necessidade se constitui como um feito radical”. Ou seja, “um sujeito que é parte da fundamentação dos direitos humanos a partir do pensamento da libertação” (Martínez, 2015, p. 105). Concebemo-nos, destarte, o sujeito vivo como objeto que aspira a realização do direito vivo de Ehrlich (1986), pois ele se posiciona como um referente crítico à satisfação das necessidades das vítimas, dos oprimidos e dos empobrecidos, enunciando-se como a possibilidade da produção, reprodução, e desenvolvimento da vida dos sujeitos reais do sistema.

Este sujeito vivo, operante de um direito vivo, é o sujeito sobre o qual a Teoria Crítica dos Direitos Humanos foi construída, cuja viga mestra é a de que o direito nasce do processo de lutas, dos movimentos sociais, das necessidades reais pautadas por um olhar atento às várias dimensões atinentes ao sujeito de direitos, como por exemplo, culturais, sociais e econômicas.

Alicerçada sob o pressuposto de que a sociedade é plural, e que a constituição da república é um marco de correlação de forças e de lutas sociais em um determinado momento histórico do desenvolvimento da sociedade de um Estado, que se legitima pela coexistência de concepções divergentes

e participativas (Wolkmer, 2013), o direito deve refletir essa pluralidade de valores, culturas, saberes e práticas que compõem e ordenam o Estado, e ser validado, por conseguinte, a partir desta diversidade de fontes participativas e estruturantes. Ora, “não é possível reduzir-se toda e qualquer constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal” (Wolkmer, 2013, pp. 19-20); haja vista que é o povo o titular do poder de elaboração da constituição do Estado, assim como o representante do sincretismo social.

Logo, o direito, por sua vez, deve atender a todas emanções que convergem ao resultado sincrético, a partir da validação e efetivação dos diferentes anseios, pleitos e saberes dos sujeitos que os representam. Trata-se, destarte, da consagração do pluralismo constitucional, tal qual procederam, por exemplo, os países latino-americanos do Equador e da Bolívia, em suas Cartas Federais de 2008 e 2009, respectivamente, as quais, dentre outrem, incluíram o direito dos povos indígenas como prioridade política do país. Com a consagração do pluralismo constitucional, estes países reconheceram que a norma jurídica não nasce exclusivamente do poder estatal, mas advém e está centrada na força de um complexo sistema de poderes fluído dos diversos sujeitos e coletividades sociais.

As injustiças ocasionadas pelo mercado, e decorrentes do consumo indiscriminado e desigual, o aumento desmesurado da violência contra os povos subalternizados e vulneráveis, principalmente, a subjugação do conhecimento e das culturas não eurocêtricas, impõe-nos pensar os direitos humanos “desde uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras” (Herrera, 2009, p. 25). Assim, compete à epistemologia crítica sobre os direitos humanos colocar frases às práticas sociais de indivíduos e grupos que lutam para que esses fatos possam ser transformados em outros mais justos, equilibrados e igualitários (Herrera, 2009).

Ou seja, para a TCDH importa saber o que são, por que e para que servem os direitos humanos, chamando a atenção para a importância da distinção entre o que o fenômeno é, e o que ele significa; tensionando, destarte, a teoria tradicional e hegemônica, a qual “confunde os planos da realidade e das razões na mesma Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948” (Herrera, 2009, p. 26). Vale dizer, tal vertente teórica apresenta-se como uma racionalidade contra-hegemônica à ordem universal de que apenas direitos instituídos em atos normativos conferem direitos humanos a todos indistintamente, desprezando o direito à diferença

cultural. Segundo a teoria universalista, os direitos humanos são produtos de direitos, e não de realidades materiais e concretas dos povos que lutam e buscam o acesso a bens que lhes proporcionem uma vida digna e menos desigual. Noutro passo, para a TCDH, os direitos humanos “mais que direitos ‘propriamente ditos’, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (Herrera, 2009, p. 28).

Os direitos humanos envoltos pela matriz crítica devem ser pensados a partir de uma concretude que não cabe no discurso da modernidade, posto que visa contundir com a episteme individualista, normativista e abstrata construída por esta concepção filosófica (Sanchez, 2018). Ora, vive-se em um novo contexto, os principais eventos bélicos do Século XX, I e II Guerras Mundiais, e a Guerra Fria, que condicionaram a comunidade internacional representada pela ONU à elaboração dos textos da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, assim como dos Pactos Internacionais sobre direitos civis e políticos, e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, foram sucedidos por outros eventos de ordem política, econômica e cultural, os quais podem ser demarcados pela queda do muro de Berlim, na década de oitenta, a qual simbolizou a autoproclamação dos vencedores da Guerra Fria.

Esta nova era caracterizou-se pela flexibilização das medidas interventoras do Estado na economia, o qual cedeu espaço às regras impostas pelo mercado internacional, sobretudo mediante a intervenção do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial e da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre os países. Em razão disso, a efetividade dos direitos humanos tornou-se onerosa aos Estados, haja vista que

assistimos durante as últimas décadas à substituição dos direitos obtidos [...] por aquilo que agora se denominam “liberdades” [...]. em definitivo, entramos num contexto em que a extensão e a generalização do mercado [...] fazem com que os direitos comecem a ser considerados “custos sociais” das empresas, que devem suprimi-los em nome da competitividade (Herrera, 2009, pp. 24-25).

Como corolário deste ônus, os direitos humanos padecem de problemas fundamentais, dentre os quais destaca-se o hiato entre a teoria e a prática, a distância estabelecida entre o que é preconizado e o que é, de fato, realizado. De acordo com Sánchez (2018), este “não é um simples problema lógico nem de um ajuste teórico-formal, mas principalmente sócio-material, [...] porque há muitos seres humanos na Terra que padecem sofrimentos, injustiças, e consequências nefastas por essa lacuna.”¹⁶

Isto é, segundo o autor, este saber dominante que hasteia a bandeira de baluarte da democracia por se proclamar compositor dos direitos humanos universais, assenta-se em um abismo sobre um discurso de inclusões abstratas, amalgamado em teorias, normas jurídicas e instituições que os reconhecem, mas subordinado a um terreno de relações e estruturas de exclusões específicas que são naturalizadas, justificadas e toleradas.

Ante a este contexto é que os povos indígenas sofrem os abismos entre o dever ser o direito, e a realidade, pois, ainda que sejam titulares de direitos e garantias fundamentais de envergadura constitucional, estas normas ainda se constituem plataformas para se obter direitos, cujas concretudes ainda estão ao alvedrio de políticas públicas a serem executadas pelo Estado, as quais, ante à atual conjuntura ambiental do Brasil, estão distantes de serem realizadas, tendo como principal obstáculo para a aproximação entre o abstrato e o real para o direito vivo dos povos indígenas.

Com efeito, o desafio que assiste estes povos consiste na busca por meios que representem os seus direitos humanos para além do mero direito de ter a capacidade de poder exercê-los; mas para que a finalidade destes lhes seja factual; isto é, que representem, *sine qua non*, o devido acesso aos bens que lhes garantam vida digna de acordo com os seus costumes e necessidades particulares. Vale dizer, um “modo não neutro” de alcance a determinados bens da vida, mediante a criação de políticas públicas por parte do Estado que possibilitem a construção de condições materiais e imateriais necessárias para poderem viver (Herrera, 2009).

Não há que se olvidar que a antiga política indigenista no Brasil sempre se alinhou à extinção cultural dos povos indígenas mediante regramentos de ordem assimilacionista, a exemplo do Estatuto do Índio de 1973. Assim sendo, a garantia de seus direitos, sobretudo quanto à demarcação e registro

16 Sánchez (2018, p. 5): tradução nossa. Versão original: “No es un simple problema lógico ni tampoco de ajuste teórico-formal, sino principalmente socio-material, [...] pues muchos son los seres humanos en la Tierra que padecen sufrimientos, injusticias y consecuencias nefastas por este desfase”.

de TIS, seria menos onerosa ao Estado, posto que favoreceria o êxodo rural dos seus membros em busca de vida “mais fácil”, tal qual concedida ao não índio, inclusive quanto ao acesso de bens e serviços relacionados ao exercício da cidadania.

Somada a esta negação cultural e ao direito à diferença, Carlos Frederico Marés (2018) rememora ainda a dificuldade da aquisição coletiva de direitos pelos povos indígenas brasileiros, em que pese o reconhecimento legal de sua capacidade de serem sujeitos de direitos, mas individualmente. A importância desta constatação reside no fato de que os sujeitos coletivos são titulares de direitos, assim como os sindicatos e os partidos políticos, por exemplo e, em razão disso, podem ter patrimônio próprio e, enquanto coletividade reconhecida institucionalmente, podem exercer este direito de forma mais combativa, por conseguinte, mais eficaz.

Particularmente, quanto aos indígenas, o reconhecimento do direito coletivo faz-se imperioso, sobretudo quanto à luta pela conquista de territórios, e pelo direito à autodeterminação, ou seja, “os direitos coletivos dos povos que são direito a um governo próprio, aos recursos naturais, ao território, à própria cultura, à liberdade, se encerram no confronto com a soberania do Estado” (Souza, 2018, p. 170). Direitos esses que se traduzem nas lutas políticas destes povos, posto que não reconhecidos no campo jurídico, isto é, de um direito vivo que se acende na força da coletividade, no anseio dos movimentos indígenas pelo acolhimento de pleitos que carecem em uma (ou mais) determinada realidade aldeada. Em síntese, o argumento de Marés (2018) ao encontro da importância do reconhecimento da aquisição coletiva de direitos pelos povos indígenas é no sentido de que o direito coletivo destes não se traduz em direitos individuais, “porque sua existência depende da coletividade como a cultura, o idioma, a religião e o território” (Souza, 2018, p. 172).

Existem direitos coletivos que, excepcionalmente, têm como titulares apenas as minorias étnicas e os povos, não pertencendo a todos os indivíduos da sociedade indistintamente. Trata-se de direitos que pertencem a todos os membros de uma determinada comunidade, por isso, definidos como coletivos, pois configuram-se como direitos que pertencem a um grupo, sem pertencer a ninguém em especial, a exemplo dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas, aos quais ainda pode ser acrescentado o direito à autodeterminação.

No que concerne aos direitos territoriais dos povos indígenas, por exemplo, vale destacar que cada povo indígena tem uma concepção própria de território, lastreada pela ideia do local onde eles podem desenvolver suas formas de vida e estabelecer suas relações com a natureza. Ou seja, território para os indígenas detém uma acepção ampliada à de terra, um sentido cosmológico que o eleva enquanto o todo indivisível que une o ser humano à terra e à natureza, o ambiente que permite o *Buen Vivir* (Acosta, 2016) de seus membros.

O *Buen Vivir*, ou Bem Viver sustenta a proposta de viver-se em harmonia com a natureza, abrindo portas para a contrução de visões alternativas de vida (Acosta, 2016). Suas construções estão ao encontro do reconhecimento e da valorização de outros saberes e práticas, permitindo a reinterpretação social da natureza a partir de imaginários culturais. Trata-se, portanto, da construção de uma nova racionalidade social, política, econômica e cultural indispensável para a transformação dos indivíduos e das comunidades (Acosta y Brand, 2018). Constitui-se como um conjunto de valores plasmados na cosmologia indígena, o que lhe permite configurar-se como um fundamento para o reconhecimento pelo Estado do direito à terra e ao território aos povos indígenas, posto que seus conceitos estão ao encontro da reconstrução de processos autônomos de vida em seus espaços territoriais, porque muitos destes povos “definem e organizam as aldeias em seus territórios segundo seus sistemas sociais, econômicos, jurídicos e religiosos” (Luciano, 2006, p. 93).

Mister ressaltar que o Bem Viver, que ganhou mais adeptos nos países andinos, foi incorporado nas Constituições Federais da Bolívia e do Equador (promulgadas em 2009 e 2008, respectivamente), amparando a criação de Estados plurinacionais nestes países, a autonomia dos povos indígenas e direitos coletivos, entre outros avanços. A Constituição equatoriana, particularmente, com base no Bem Viver, reconheceu os Direitos da Natureza - *Pacha Mama*. Nesse sentido, Enzo Bello (2018) demonstra como foram previstos no texto constitucional equatoriano os direitos do Bem Viver” e “dos povos”, *in verbis*:

No seu título II prevê um extenso e variado catálogo de direitos de cidadania, dividido em nove capítulos: (i) princípios de aplicação dos direitos; (ii) dos direitos do “bem viver” (*Sumak Kawsay*); (iii) direitos das pessoas e grupos de atenção prioritária; (iv) direitos das comunidades, povos e nacionalidades; (v) direitos de participação; (vi) direitos de liberdade; (vii) direitos da natureza; (viii) direitos de proteção; e (ix) responsabilidades (Bello, 2018, p. 121, grifado).

No caso da Constituição do Equador, percebe-se um protagonismo dos povos no sentido da sua inclusão igualitária no sistema social, jurídico e político do país. Destarte, vislumbra-se a contemplação das minorias, o abarcamento da diversidade cultural como um direito de cidadania, e uma ampliação dos direitos de cidadania. Assim como também é perceptível, no Equador e na Bolívia, como estes países latino-americanos adotaram uma racionalidade ambiental necessária, para que se “desconstrua a irracionalidade econômica por meio da reapropriação da Natureza e da retorritorialização das culturas” (Acosta y Brand, 2018, pp. 136-137). Ou seja, defenderam uma transformação nas subjetividades humanas, procurando romper com o conceito de acumulação perpétua pregada pelo capitalismo, para então, “ceder espaço a outras aproximações, sustentadas nos Direitos da Natureza e, sempre, nos Direitos Humanos” (Acosta y Brand, 2018, p. 137).

As propostas do Bem Viver não sugerem o regresso ao passado ou a idealização de modos de vida indígenas ou comunitários, mas pretendem, “reconhecer ou respeitar os múltiplos conhecimentos, experiências e práticas de vida existentes na região. Na Bolívia, por exemplo, os *ayllus* revelam-se unidades de organização social fundamentais para a convivência nas comunidades indígenas” (Acosta y Brand, 2018, p. 143), mostrando-se apto a fundamentar, portanto, o reconhecimento ao direito à autodeterminação dos povos indígenas, enquanto direito vivo que há muito é reivindicado nos seus movimentos de luta no Brasil.

Com efeito, ressalta-se que os conceitos do Bem Viver estão sendo requisitados para fundamentar as lutas por territórios como uma alternativa para organizar resistências, sobretudo na América Latina, que está vivendo um processo de lutas por terra e território em favor do ser humano e da natureza. No caso do Brasil, um dos exemplos emblemáticos foram os protestos contra a Usina de Belo Monte, no Estado do Pará, cujos pleitos também estavam a favor dos povos indígenas que viviam na região. Ou seja, busca-se como referência paradigmática para o Brasil, uma ressignificação no âmbito da politização da cultura, tal como o foi arquitetada pelos indígenas andinos, ao encontro da libertação de suas comunidades e do descortinar de suas vozes, que antes ficavam limitadas ao comunitário, para ecoar nos poderes do Estado.

É a partir de uma produção teórico-filosófica de matriz latino-americana, aqui contemplada pela qualificada Filosofia da Libertação elaborada por Dussel (1992), que se pretende debater o saber hegemônico eurocêntrico, para então explicar e compreender uma história, realidades e saberes que foram menosprezados, subjugados, destruídos em favor da imperiosidade

das elites capitalistas. *In casu*, invoca-se a necessidade de contemplação dos povos indígenas brasileiros, visando-se à construção de um saber que se refere ao seu direito à diferença negado, o qual, fundamentado na Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pretende tornar vivos os pleitos dos seus movimentos sociais de luta para a conquista de territórios e de outros direitos que lhes garantam o efetivo exercício da cidadania. Noutras linhas, pretende-se, mediante o estudo crítico, o alcance da realidade fática e jurídica do objeto em estudo, especialmente na dimensão da práxis histórica, de um olhar *desde abajo* dos povos indígenas brasileiros, a fim de conceder-lhes a finalidade concreta dos direitos humanos, *o para quê* destes direitos.

Ora, a história do Brasil, sem considerar ainda o contexto latino-americano sanguíneo contra os povos indígenas desde 1492, mostra o maniqueísmo entre o país e os índios desde 1500: à medida que um cresce, o outro perece. Nossa contribuição teórica busca o enlace desta dicotomia.

Finalizamos nosso artigo, apontando as reflexões finais que assinalam que o território brasileiro é indígena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O TERRITÓRIO INDÍGENA É BRASILEIRO...

Celso Luiz Ludwig, ao prefaciar *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito* (2018), destacou, dentre outros aspectos da obra, a metodologia utilizada por Souza Filho para narrar em seu livro como cada povo indígena entrevistado percebe a sua relação com o Estado. Concebemos que a transcrição de alguns trechos destes sentimentos e concepções, assim como fez Ludwig, talvez represente de forma mais viva e concreta as últimas considerações deste estudo, do que qualquer análise formal e/ou científica que se pretendesse elaborar acerca do tema.

E nesse sentido, relatou as vivências de um dos tuxauas, as quais Souza Filho contemplou na seção: “Aprendendo com os Macuxi”, que, ao ser questionado sobre o seu direito e sua relação com o Estado, respondeu:

Essa Constituição é coisa boa, está certo o que os brancos estão fazendo. Nós também temos que fazer uma Constituição para nós, para deixar escrito e sabido quem é que pode entrar em nossas terras e quem tem que ficar de fora, quem é que diz onde podemos construir nossas casas e fazer nossas roças e quando são nossas festas (Ludwig, 2018, p 11).

São esses “detalhes do mundo empírico” (Ludwig, 2018, p. 10) que concebemos como simbólicos de tudo o que está por trás deste trabalho. São essas visões de mundo, esses olhares de baixo para cima para saber o que, de fato, são direitos humanos para os povos indígenas, a partir da análise real e concreta do que necessitam para viver com dignidade, que deve demarcar o campo de ação dos agentes federativos enquanto operadores de políticas focalizadas na efetivação dos direitos destes seres humanos. Os “brancos” não têm legitimidade para dizer o que é e o que não é direito dos povos indígenas, sem que haja o devido exercício da alteridade, da análise empírica, do olhar e da escuta atenta às comunidades, as quais, são as únicas legitimadas a darem voz para o que carecem. Logo, a prática social efetivamente concretizada que permita o encontro de diferentes mundos (Ludwig, 2018) é que se converterá no palco dialógico defendido pela TCDH capaz de proporcionar a realização, ou melhor, a “reinvenção dos direitos humanos” (Herrera, 2009) destes povos.

O estudo, por sua vez, está urgido na necessidade de contribuir para o rompimento das práticas de negação às minorias étnicas que se têm estabelecido pelo atual governo federal brasileiro, representado aqui não somente pelos seus agentes públicos, mas também pelas oligarquias e pelos conglomerados mercantis que com aquele aliam-se na execução de projetos que atendem essencialmente à parcela mais favorecida da sociedade e, sobretudo, ao capital.

Por conseguinte, as práticas destrutivas analisadas por este trabalho referiram-se, especialmente, ao desmonte das políticas ambientais causadas principalmente a partir de 2019, quando Jair Bolsonaro assumiu a presidência do Brasil e, desde então, articulou uma política ambiental juntamente com os seus gestores representada por eventos que revelaram o aparelhamento e o desmonte dos principais órgãos vinculados ao MMA, pelo que cogitaram, dentre outros, a própria extinção deste ministério, além de terem alinhado estratégias antidiplomáticas, a exemplo da crise com a Alemanha e Noruega, principais doadores do Fundo Amazônia, manifestado a preponderância de ideais capitalistas para orientar os processos de demarcação e registro de TIS, dentre outros vários eventos denunciadores do descalabro político e ambiental que assola o Brasil, o que reflete, inexoravelmente, em questões sociais e econômicas, principalmente dos que estão em situação de vulnerabilidade, a exemplo dos indígenas.

São tais situações de vulnerabilidade e injustiças que subsumimos na definição de racismo ambiental elaborada por Pacheco (2008; 2010), para dar visibilidade aos povos indígenas lesos, atingidos pelas violências que, embora não se caracterizem por ações de natureza racial, causam um impacto desta ordem, e que, em razão de sua condição étnica, vivem em situação de precariedade e subalternidade, seja em relação aos bens e serviços prestados pelo Estado, seja em relação com a privação do desenvolvimento dos seus modos de vida em território adequado. Estas condições de negação aos povos indígenas instam, portanto, a elaboração de estudos e a criação de instrumentos que, com base na práxis histórica, sejam capazes de arrolar e efetivar a garantia dos seus direitos humanos.

Trata-se do que Gomes (2018, p. 21) já chamava a atenção em sua obra ao enfatizar que “o presente indígena está diante de nós, como um fenômeno real social. Assim, voltar-se para o seu passado é imprescindível a fim de se cotejar com o presente e compreendê-lo melhor”. Isto porque a relação estabelecida pelos povos indígenas é ampla, posto que eles estão em quase todos os segmentos da nação, sendo, portanto, uma questão de âmbito e interesse nacionais.

Assim é que nos propusemos, não somente a compreender o indígena, como parte integrante e indissociável da nação brasileira, mas contribuir para o acesso da voz multivocal que caracteriza suas aldeias aos palcos do poder social, e do espaço aos seus pleitos na agenda da política pública brasileira de suas lutas, pois o território brasileiro é indígena!

REFERÊNCIAS

Acosta, A. (2016). *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Elefante.

Acosta, A. y Brand, U. (2018). *Pós-extrativismo e decrescimento: saídas do labirinto capitalista*. Elefante.

Acselrad, H. (2005). Vulnerabilidade social, conflitos ambientais e regulação urbana. *O Social em Questão*, 57-68.

Acselrad, H. (2010). Mapeamentos, identidade e territórios. In H. Acselrad (Org.), *Cartografia social e dinâmicas territoriais: marcos para o debate*. Ippur, UFRJ.

Acselrad, H. y Bezerra, G. (2020). Desregulação, deslocalização e conflito ambiental: considerações sobre o controle das demandas sociais no Brasil contemporâneo. <https://pdtsa.unifesspa.edu.br/images/texto.pdf>.

Acselrad, H., Bezerra, G. y Mello, C. (2009). *O que é justiça ambiental*. Garamond Universitária.

Alckmin, F. (2020). A autonomia indígena em defesa da Amazônia (Parte I). <https://diplomatie.org.br/a-autonomia-indigena-em-defesa-da-amazonia-parte-i/>. A

Bello, E. (2018). *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Lumen Juris.

Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. <http://www.planalto.gov.br>.

Brasil (2020a). Decreto 6040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm.

Brasil (2020b). Ministério da Saúde. <https://saudeindigena.saude.gov.br/>.

Carmo, S. (2020). Mineração em terras indígenas volta à pauta da Câmara. Congresso em Foco. Brasília-DF, 07 de jul. de 2019. <https://congressoemfoco.uol.com.br/temas/meio-ambiente/mineracao-em-terras-indigenas-volta-a-pauta-da-camara/>

Conselho Indigenista Missionário (CIMI). (2019). Relatório Violência dos Povos Indígenas no Brasil-Dados de 2019. <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>.

Dussel, E. (1992). 1492: *el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. Nueva Utopía.

Ehrlich, E. (1986). *Fundamentos da sociologia do direito*. UNB.

Fundação Nacional do Índio (2020). Índios no Brasil. <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>.

Galeano, E. (2005). No es suicidio, es genocidio y ecocidio. *Observatorio Social Latinoamericano*, (18), 1-5.

Gomes, M. (2018). *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. Contexto.

Haje, L. (2020). Povos indígenas do Mato Grosso ressaltam que não são responsáveis pelo fogo no Pantanal. *Agência Câmara de Notícias*. <https://www.camara.leg.br/noticias/697281-povos-indigenas-do-mato-grosso-ressaltam-que-nao-sao-responsaveis-pelo-fogo-no-pantanal/>.

Herrera, J. (2009). *A reinvenção dos direitos humanos*. Fundação Boitex.

Injustiça ambiental (2020) Rede Brasileira de Justiça Ambiental. <https://redejusticaambiental.wordpress.com/>.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2020). Indígenas. <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?=&t=o-que-e>.

Ivo, A. (2001). *Metamorfoses da questão democrática*. CLACSO.

Jusbrasil (s. f.). Raposa Serra do Sol: entenda o caso. <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/100628/raposa-serra-do-sol-entenda-o-caso>.

Leroy, J. P. y Meirelles, J. (2013). Povos indígenas e comunidades tradicionais: os visados territórios dos invisíveis. In M. F. Porto, T. Pacheco y J. P. Leroy (Orgs.), *Injustiça ambiental e saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos [online]* (pp. 115-131). Editora FIOCRUZ. <http://books.scielo.org/id/468vp/pdf/porto-9788575415764-05.pdf>.

Lowy, M. (2014). Lutas ecossociais dos indígenas na América Latina. *Revista Crítica Marxista*, (38), 61-69.

Luciano, G. (2006). Da cidadania à autonomia indígena: um desafio à diversidade cultural. In *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional.

Ludwig, C. (2018). Prefácio. In C. F. Marés, *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Juruá.

Lupion, B. (2020). Mais 170 mil brasileiros entraram para a pobreza extrema em 2019. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/18/mais-170-mil-brasileiros-entraram-para-a-pobreza-extrema-em-2019.htm>.

Marés, C. F. (2018). *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Juruá.

Martínez, A. (2015). *Fundamentação dos direitos humanos desde a filosofia da libertação*. Ed. Unijuí.

Pacheco, T. (2008). Inequality, Environmental Injustice, and Racism in Brazil: Beyond the Question of Colour. *Development in Practice*, 18(6). http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1869.

Pacheco, T. (2010). Terra e território à luz do mapa da injustiça ambiental e saúde no Brasil. In *Seminário Terra/Território: desafios jurídicos e políticos em movimento (s)*. Dignitatis/INCRA.

Queiroz, C. (2020). Covid-19 e indígenas: os desafios no combate ao novo coronavírus. <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/05/02/covid-19-e-indigenas-os-desafios-no-combate-ao-novo-coronavirus.htm>.

Quijano, A. (2005). Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. CLACSO, Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais. http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf.

Quijano, A. (2013). “Bem Viver”: entre o “desenvolvimento” e a “des/colonialidade do poder”. *Revista da Faculdade de Direito Da UFG*, 37(1), 46-57.

Salomão, L. (2019). Entenda o Processo de Demarcação de Terra Indígena Criticada por Bolsonaro. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/08/entenda-o-processo-de-demarcacao-de-terras-indigenas-criticado-por-bolsonaro.ghtml>.

Sanchez, D. (2018). Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación. Akal, Inter Pares.

Santos, B. y Garavito, C. (Eds.). (2007). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Anthropos.

Sassen, S. (2016). Expulsões: brutalidade e complexidade na economia global. Paz e Terra.

Souza, C. (2018). *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Juruá.

Thomaz, A. (2010). O agrohídronegócio no centro das disputas territoriais e de classe no Brasil do Século XXI. *Campo-Território: Revista de Geografia Agrária*, 5(10), 92-122. <http://www.seer.ufu.br/index.php/campo-territorio/article/view/12042>.

Valente, R. (2019). Invasões em terras indígenas sobem 135% no 1º ano de Bolsonaro, diz Cimi. <https://noticias.uol.com.br/columnas/rubens-valente/2020/09/30/indigenas-relatorio-violencia-brasil-governo-bolsonaro.htm/>

Wolkmer, A. (2002). *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. Saraiva.

Wolkmer, A. (2013). Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In A. Wolkmer y M. Melo (Orgs.), *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas* (págs. 19-42). Juruá.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA INCIDENCIA POLÍTICA DE LOS COLECTIVOS
FEMINISTAS DE CHILE Y COLOMBIA EN LAS ELECCIONES
LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS DE LOS AÑOS 2021 Y 2022

THE POLITICAL INCIDENCE OF THE FEMINIST COLLECTIVES
OF CHILE AND COLOMBIA IN THE LEGISLATIVE AND EXECUTIVE
ELECTIONS OF THE YEARS 2021 AND 2022

A INCIDÊNCIA POLÍTICA DOS COLETIVOS FEMINISTAS DO CHILE
E DA COLÔMBIA NAS ELEIÇÕES LEGISLATIVAS E EXECUTIVAS
DOS ANOS 2021 E 2022

MARÍA ALEJANDRA BERRÍO PACHECO*
JULIÁN DAVID QUINTERO CASTELLANOS**

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a16

* Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002030672; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0025-9162>; Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=1e79jpYAAAAJ&authuser=1&scilu=&scisig=AMD79ooAAAAAYt8ln82wCMjXD1FQ0gLFuy1O-TAb7sjpD&gmla=AJsN-F5vLqeQYYjJxHx-jX4p4emxhmRDA2jpePmhVFqxbQ44dN5HGvv7V23YH9x-dgh8qJ3kuZIIxRcHAPcXeyfOA3QKYXEz1K1xcZNPzxf72gJSbT9vXrZwqQHm0OEZ750OcTKUhl-B&sciund=15854070698976599169>. Correo electrónico: mberriop@unal.edu.co

** Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002028447; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2266-4601>; Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?view_op=list_works&hl=es&user=NRpuORQAAAAJ. Correo electrónico: juquinteroc@unal.edu.co

Resumen

En el presente texto se expone y sistematiza el proceso investigativo que a lo largo del semestre hemos desarrollado en torno a la temática de la incidencia política de los colectivos feministas (movimientos sociales y políticos, grupos de activistas, grupos no organizados) en los resultados de las elecciones legislativas y ejecutivas efectuadas en Chile en el año 2021 y Colombia en el año 2022, para entender su magnitud en ambos países desde una perspectiva comparada. Para abordar nuestro trabajo investigativo presentaremos de manera esquemática los componentes que fueron necesarios para su ejecución.

Palabras clave: incidencia política, colectivos feministas, Chile, Colombia, elecciones legislativas y ejecutivas.

Abstract

It is proposed to expose and systematize the investigative process that we have developed throughout the semester around the theme of the political incidence of feminist groups (social and/or political movements, activist groups, unorganized groups) in the results of the legislative and executive elections held in Chile in 2021 and Colombia in 2022 to understand its magnitude in both countries from a comparative perspective. To approach our investigative work we will present in a schematic way the components that were necessary for its execution.

Keywords: political advocacy, feminist collectives, Chili, Colombia, legislative and executive elections.

Resumo

Propõe-se expor e sistematizar o processo investigativo que desenvolvemos ao longo do semestre em torno do tema da incidência política de grupos feministas (movimentos sociais e/ou políticos, grupos ativistas, grupos não organizados) nos resultados das eleições legislativas e executivas. Realizada no Chile em 2021 e na Colômbia em

2022 para entender sua magnitude nos dois países a partir de uma perspectiva comparativa. Para abordar nosso trabalho investigativo apresentaremos de forma esquemática os componentes que foram necessários para sua execução.

Palavras-chave: advocacia política, coletivos feministas, Pimenta, Colômbia, eleições legislativas e executivas.

INTRODUCCIÓN

Las elecciones parlamentarias-legislativas y ejecutivas llevadas a cabo tanto en Colombia y Chile en el año 2022, se presentaron como un escenario en el cual el contexto social de ambos países llegaba con una marcada presencia de descontento generalizado en la sociedad, dada la profundización y radicalización de problemáticas socioeconómicas, sanitarias y de violencias histórico-estructurales generadas a raíz de la pandemia del covid-19. Este descontento social, aunado a la aparición de figuras, partidos y coaliciones políticas progresistas, dio paso a unas elecciones de Congreso y Presidencia que reconfiguraron la participación en el Congreso y permitieron la llegada de, hasta ahora, dos presidentes de izquierda en ambos países. El voto feminista, entendido desde la articulación discursiva, política e informada de las mujeres a la hora de votar, jugó un papel fundamental en la inclinación de la balanza hacia quienes salieron electos; por tal razón, nos interesa, en la presente investigación, ahondar en los dos casos para entender cuál fue la magnitud de la incidencia política —reflejada en los resultados electorales— de los colectivos feministas en las elecciones legislativas y ejecutivas tanto de Chile como de Colombia, para luego, desde una perspectiva comparada, entender las similitudes y diferencias existentes en ambos casos. Para lograr determinar esta influencia política en el campo de lo electoral se hace imperativo conocer los temas de actualidad presentes en la agenda feminista de cada país, las luchas que se han dado recientemente en pro de esas banderas y los intereses y la representatividad acogida por los partidos políticos, los movimientos sociales y las figuras presidenciales que resultaron electas.

Consideramos que se hace necesario analizar la incidencia política de los colectivos feministas en las elecciones legislativas y ejecutivas de Colombia del 2022 y de Chile en el año 2021, dado que en el entendimiento de su incidencia política podemos encontrar razones y hechos explicativos que dan cuenta y permiten entender los resultados en los procesos electorales de ambos países, y la reconfiguración de las fuerzas políticas surgidas de estas; llegando a ser histórica la elección de un Congreso paritario entre hombres y mujeres en Chile, mientras que en Colombia se instauró una alta presencia de lideresas políticas electas por la lista cerrada del Pacto Histórico en el Congreso de la República, a lo cual se suma la llegada de un presidente de corte progresista como Gabriel Boric en Chile y la reciente elección de Gustavo Petro en Colombia. La incidencia política, dada la naturaleza del voto

secreto, se analiza desde el espectro de la participación femenina articulada a los temas de actualidad presentes en la agenda feminista de cada país. Al enunciar esto se hace evidente la premisa inicial de similitud de la cual partimos y por la cual escogimos los casos de Colombia y Chile, siendo un interés de la investigación hacer un diseño de sistema de máxima similitud para entender los aspectos congruentes y diferenciales entre ambos.

Para comenzar, es necesario identificar los conceptos o categorías que se utilizarán al interior del texto y que dan cuenta de los significados que los autores les atribuimos a los mismos, ellos son:

Colectivos feministas: para este caso al igual que el término “colectivo social”, indica la agrupación y organización de personas que comparten ciertas características o que tienen un mismo fin. Por lo tanto, un “colectivo feminista” significa una organización de mujeres —en tanto el sujeto político del feminismo es la mujer— que lucha en contra de la opresión patriarcal; esto puede incluir organizaciones formales como corporaciones, partidos, ONG, o formas de organización informales como movimientos sociopolíticos, redes comunitarias y activismos.

Voto femenino: el voto femenino es entendido a nivel del sufragio como la posibilidad de las mujeres de participar en elecciones populares a cargos públicos, es decir, responde a la posibilidad de las mujeres de ejercer el sufragio, no obstante, se diferencia del voto feminista ya que no responde necesariamente a una agenda feminista ni a un plan o programa de gobierno que representa los intereses de las diversas luchas feministas (Lara, 2021).

Voto feminista: es entendido como el ejercicio del voto con sentido político por parte de las mujeres, respondiendo a una serie de intereses, representaciones, luchas y reivindicaciones propias del feminismo. En este sentido, todo voto feminista es un voto femenino, pero no todo voto femenino es feminista (Luna, 2006, p. 4).

El marco teórico del presente trabajo se basa en el paradigma constructivista social que concibe la realidad como la construcción de interacciones sociales y la movilización de recursos persuasivos y representacionales (Ramos, 2015). Bajo este paradigma, se reconoce la subjetividad de los investigadores en el ejercicio de observación y descripción de los fenómenos sociales, en su interpretación hermenéutica y en su posterior contrastación (Ramos, 2015). La teoría sustantiva de esta investigación es la de la acción política de Hannah Arendt, la cual comprende la acción política como la posibilidad de interacción de los sujetos a partir de su pluralidad, para transformar el espacio público (Bejarano, 2009, p. 85). Adicionalmente, se inclui-

rá al análisis una perspectiva teórica feminista, que permitirá poner el foco sobre la organización colectiva de las mujeres —entendidas como sujetos políticos del feminismo— y su incidencia política en los casos propuestos.

Estudio de caso: el estudio de caso es “una investigación empírica que investiga un fenómeno contemporáneo en su contexto real, donde los límites entre el fenómeno y el contexto no se muestran de forma precisa, y en el que múltiples fuentes de evidencia son utilizadas” (Yin, 2002). Además, los recursos empleados son complementarios entre evidencias cuantitativas y cualitativas.

Método comparado: el método comparado es una metodología de investigación empleada en las ciencias sociales, médicas y estadísticas cuya intención es la búsqueda de similitudes o diferencias entre dos o más casos o muestras; en palabras de Pérez-Liñán (2010): “la comparación se presenta como una estrategia analítica que tiene fines no solamente descriptivos, sino también explicativos, un procedimiento orientado a poner nuestras hipótesis a prueba” (p. 126); en este sentido, la comparación como método de investigación da prioridad a los hechos y datos estadísticos relacionados por una serie de variables seleccionadas.

En la investigación nos proponemos comprobar la hipótesis de que los colectivos feministas, tanto chilenos como colombianos, jugaron un papel fundamental en los resultados de las elecciones parlamentarias-legislativas y ejecutivas del 2021 y 2022 de cada país, respectivamente, siendo el voto feminista decisivo en la reconfiguración de las fuerzas políticas al interior del Congreso y del máximo representante del Ejecutivo.

Para la elaboración del desarrollo de la investigación se hizo necesario abordar temas diferenciados, empezando por los antecedentes sociales de cada país, así como la conformación y manifestación —organizada o esporádica— de los diversos colectivos feministas. En este proceso de antecedentes también abordaremos un apartado para la contextualización de las elecciones en cada país, dado que tienen diferencias. Luego, se revisarán, de manera descriptiva, los resultados de las elecciones legislativas y ejecutivas para elaborar un análisis de estas. Para finalizar, se hará el diseño del sistema de máxima similitud.

FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ELECTORAL

A pesar de que tanto Chile como Colombia son países con un régimen político presidencialista, con división de poderes y de naturaleza democrática, sus sistemas políticos y electorales tienen algunas características. La intención en este apartado es describir y profundizar en dichas características, en la conformación de sus sistemas políticos y de sus sistemas electorales.

En el caso colombiano, el país, a nivel político-administrativo, es una República unitaria, descentralizada, pluriétnica y multicultural (República de Colombia, 1991) que cuenta con tres ramas del poder: 1) el Ejecutivo, cuyo máximo representante es el presidente, quien llega al poder por elección popular; 2) el Legislativo, cuya máxima representación es el Congreso de la República que se divide en Cámara de Representantes y Senado de la República, cuyos integrantes llegan a través de voto popular departamental, en el caso de la Cámara, y nacional, en el caso del Senado, y 3) el Judicial, conformado por las cortes, siendo esta rama la única cuyos cargos no son ocupados por elección popular, sino por postulación de ternas y convocatoria pública.

Colombia es un Estado constitucional, cuyo régimen político es presidencialista, es decir, con un marcado peso otorgado a la figura presidencial, siendo a veces conceptualizado como hiperpresidencialista, dadas las cantidades amplias de funciones y tareas atribuidas a este funcionario público, surgiendo “un fuerte predominio del Ejecutivo en la organización del poder [...] como un fenómeno resultado del desbalance constitucional en favor del presidente” (Bañol, 2021, p. 30).

Por otro lado, el sistema electoral en Colombia cuenta con sufragio universal para todos los ciudadanos del país que cumplan con la mayoría de edad; además, las elecciones tienen una periodicidad establecida de cuatro años para presidencia, gobernación y alcaldía (CEPAL, Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, s. f.). Para las elecciones de Congreso, las curules son ocupadas bajo la repartición proporcionada a partir de la mayor votación, dividida en el número de curules totales que se van a asignar, procedimiento que se lleva a cabo después de calcular el umbral electoral y que se conoce como el coeficiente D'Hondt. Cabe añadir que ejercer el derecho al voto no es obligatorio. Para las elecciones presidenciales el candidato postulado quedará electo en primera vuelta si logra la mayoría simple (50 % + 1 de los votos totales válidos); en caso de que no sea así, los dos candidatos más votados pasarán a una segunda vuelta en donde no hay un umbral mínimo que se deba alcanzar, de esta manera la opción más votada será el presidente electo.

En el caso chileno, el país a nivel político administrativo también es un Estado unitario con descentralización administrativa, con conformación de República democrática (Constitución Política de la República de Chile, 2005, arts. 3-4) y división de poderes públicos en tres ramas: 1) Ejecutiva, cuya cabeza es el presidente de la República escogido por voto popular; 2) Legislativa, cuyo poder es ejercido por el Congreso nacional, conformado por la Cámara de Diputados y por el Senado de la República (BCN, 2020, p. 163) —como característica del país a las elecciones de este poder se les denomina “elecciones parlamentarias”, pese a no ser un sistema parlamentario—, y 3) Judicial, conformado por los jueces, magistrados y las cortes, cargos que son ocupados por carrera, postulación presidencial y concurso público.

En cuanto al sistema electoral chileno el país cuenta con elecciones recurrentes y periódicas, cada cuatro años, además:

el sistema electoral utilizado para elegir al presidente/a de la República es un sistema mayoritario con segunda vuelta (también conocida como balotaje). Esto quiere decir que si ninguna candidatura obtiene el 50 % + 1 de los votos en la primera vuelta, se realiza una segunda vuelta entre las dos candidaturas más votadas. En el balotaje, la candidatura con más votos gana (“Sistemas electorales en Chile”, 2021).

En este sentido, la forma en que se elige a la cabeza del Ejecutivo funciona de la misma manera tanto en Chile como en Colombia. En complemento, el Senado en Chile se renueva cada ocho años mientras que la Cámara de Diputados lo hace cada cuatro años; los congresistas electos son designados a partir de la implementación del coeficiente D’Hondt a los resultados de las votaciones:

El sistema electoral proporcional chileno usa un mecanismo llamado coeficiente D’Hondt. Se dividen los votos de cada lista por uno, dos, tres hasta la cantidad de cargos que se eligen. Se ordenan las cifras resultantes desde el que sacó más votos dentro de una lista hasta el menos votado. Luego se comparan los resultados con los de las otras listas para determinar cuántos cargos elige cada lista (BNC, 2015).

Ambos países funcionan bajo el mismo coeficiente, es decir, que las curules disponibles son calculadas de igual forma.

ANTECEDENTES SOCIALES Y MOVIMIENTOS FEMINISTAS

Dentro del desarrollo de los sucesos que antecedieron a las elecciones tanto chilenas como colombianas nos encontramos con hechos de violencia, manifestaciones masivas y protesta popular en ambos países, cada una respondiendo a unos intereses y reaccionando a unas políticas de gobierno puntuales. En este apartado de la investigación nos interesa ahondar en los denominados “estallidos sociales” vividos en estos dos países suramericanos, en un primer momento; y apoyándonos en la prensa internacional, nacional, artículos de opinión y académicos ahondaremos en las generalidades que fueron el Florero de Llorente para que estos hechos se desarrollaran en su fase inicial. Luego nos centraremos en las luchas, reivindicaciones y posiciones defendidas por la agenda de los diversos colectivos feministas en el marco de estas protestas, así como de protestas propias que antecedieron a las elecciones, esto con el fin de determinar sus intereses y perfilarlos.

ESTALLIDO SOCIAL EN CHILE 2019

En el mes de octubre del año 2019 Chile sufrió un estallido social a raíz del alza en treinta pesos chilenos de la tarifa de viaje en Metro, este fue el pretexto inicial frente al cual se empezó a canalizar el descontento social. Para el día 14 de octubre, estudiantes de secundaria y universitarios se organizaron para manifestarse en contra de estas medidas. La protesta de estos jóvenes consistió en la evasión del pago del Metro (“La cronología del estallido social de Chile”, 2019), la cual fue escalando con el paso de los días, desatándose el estallido social el día 18 de octubre en donde las banderas y consignas defendidas y exigidas por la ciudadanía en general —ya no solo los jóvenes— traían consigo la proclamación de un sistema económico más justo y equitativo, así como poner fin al “neoliberalismo como forma de gobierno” (Rivera-Aguilar *et al.*, 2021, p. 231). A las manifestaciones que conformaron el estallido social y se mantuvieron por más de un mes se las entendió como un fenómeno en el que “Chile despertó” (Jiménez-Yañez, 2020, p. 1), porque la reacción frente a esos treinta pesos de alza fue un pretexto de un agotamiento que se venía gestando.

No fueron sólo los treinta pesos de alza del Metro, como lo informó e hizo notar la prensa internacional, sino que fue el desahogo de décadas, cargando el costo de mantener la imagen del “Jaguar de América Latina”, de un modelo económico que se implantó en dictadura, se aceptó en transición y se validó en democracia (Jiménez-Yañez, 2020, p. 2).

Así pues, el desgaste de la sociedad chilena debe ser entendido como resultado de un proceso histórico, las notorias afectaciones y gravámenes a la clase media chilena han sido constantes, por lo cual con cierta periodicidad se presentaban manifestaciones sociales, siendo este estallido social una experiencia más prolongada, fuerte y clara. En palabras de Salazar (2019), el estallido social se define “como la chispa que despertó a la ciudadanía marginada, porque emergió una masa popular compuesta y articulada por jóvenes que tienen una memoria de rabia y de exclusión”. Ciudadanía marginada porque en esta expresión popular confluyeron jóvenes, estudiantes, indígenas, migrantes, personas desempleadas y precarizadas y ciudadanía con una memoria de rabia y exclusión dado el contexto social desequilibrado y los costos de vida, ya que

Chile es el país más caro de América Latina en cuanto a servicios públicos se refiere; es uno de los diez países en el mundo más caros en transporte público; la educación superior es de las más caras en el planeta y es el único país en América Latina donde todas las universidades (públicas y privadas) son de paga, y todo esto sin considerar ningún costo asociado con los materiales para estudiar. Agregar que los medicamentos en Chile tienen el valor más alto de América Latina, en un sistema de salud pública (“privatizada”) que cobra como mínimo entre 10 % y 20 % del costo de cualquier atención médica. El sistema de pensiones (AFP) solo puede garantizar el pago del 50 % del sueldo, después de cuarenta años de trabajo, ganando el sueldo mínimo; es decir, a los 65 años, una persona pasa de ganar 400 dólares a 200 dólares mensuales. [...] Chile es el segundo país con la gasolina más cara de la región; en cuanto al impuesto al valor agregado (IVA), es de 19 %, el tercero más alto de todo el continente americano (Jiménez-Yañez, 2020, pp. 4-5).

En la escalada de los sucesos devenidos desde el 14 de octubre, la inicial evasión del Metro se convirtió en la quema de algunas de las estaciones, altercados con las fuerzas públicas, la militarización de Santiago, la petición de una nueva constitución y hasta el decretamiento de un estado de emergencia por parte del presidente Sebastián Piñera. El movimiento social tuvo

tal acogida y fuerza que se desistió del alza al transporte por parte del Estado, pues al verse superado en un primer momento pareció ser conciliador, y al ver la magnitud de lo que estaba sucediendo y el amplio “levantamiento popular” optó por criminalizar la protesta social. Dijo Piñera el 20 de octubre, pasados seis días del inicio de las manifestaciones: “Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite” (“La cronología del estallido social de Chile”, 2019).

No obstante, a pesar de las amenazas, los desmanes con la fuerza pública y la criminalización de la protesta social por parte del Estado, la ciudadanía continuó con su pujanza, siendo su objetivo superior lo que inicialmente desató todo. La ciudadanía chilena quería una nueva constitución, una democrática, construida con temas, garantías y paradigmas del mundo de hoy, no una promulgada e impuesta por una dictadura. Así, pasado un mes y unos días más del inicio de las manifestaciones, el 15 de noviembre del 2019 el Gobierno y la oposición pactaron convocar a un plebiscito para decidir si se llevaba a cabo una constituyente para cambiar de carta magna, siendo positiva la decisión de la ciudadanía, articulando de esta manera el voto y la protesta como dos mecanismos de participación y de acción colectiva ciudadana (Miranda *et al.*, 2022, p. 6).

LUCHAS Y BANDERAS FEMINISTAS EN EL MARCO DE LAS PROTESTAS

Podemos hablar del surgimiento formal del feminismo chileno a partir de la década de 1990 con la transición a la democracia. En ese momento, apareció como un movimiento plural y heterogéneo, en escenarios institucionales hegemónicos, pero también a través de redes colectivas y grupos autónomos (González y Figueroa, 2019, p. 54). El feminismo chileno se organizó de forma álgida en momentos como la marcha por la liberación de la píldora del día después en 2007, la marcha por el aborto libre y seguro en 2013, y el movimiento “Ni Una Menos” en 2015; sin embargo, cuando el feminismo se encuentra con los movimientos estudiantiles genera una plataforma de debates, demandas y consignas conjuntas que logran abrirse paso en la política formal, sobre todo por medio del movimiento político Frente Amplio (González y Figueroa, 2019, p. 62). Así, en el año 2018 se da el Mayo Feminista, que consistió en una serie de tomas masivas feministas de universidades públicas y privadas a nivel nacional, momento en el que el feminismo chileno logra sacudir el país entero alrededor de sus luchas. Aunque el esta-

llido social chileno del 2019 inició después de un hecho incidental aparentemente nimio, en realidad consistió en el punto culmen de la efervescencia de los procesos de movilización gestados desde la militancia estudiantil y el feminismo. De esta manera, la articulación de las luchas feministas con las luchas estudiantiles se constituyó como protagonista del estallido social del 2019, por medio de la Mesa de Unidad Social, que fue el rostro visible de las movilizaciones e incluyó a diversas organizaciones estudiantiles y feministas (Ibáñez y Stang, 2021, p. 203). Por su parte, el movimiento feminista, en toda su pluralidad, contribuyó al estallido con sus demandas respecto a los aspectos patriarcales del sistema político chileno, encarnados en su constitución, como la marginalización de las mujeres en la política y las violencias basadas en sexo y género. Los resultados de esto en materia política se evidencian en la reforma constitucional, Ley 21216, que garantizó la paridad de hombres y mujeres, en el diseño de la Asamblea Constituyente, dentro de la cual cuarenta y cinco constitucionalistas se declararon feministas y planearon llevar a la constitución las demandas del movimiento (Bustos, 2021).

ESTALLIDO SOCIAL EN COLOMBIA 2021

En el año 2021 Colombia pasó por una serie de manifestaciones sociales cuyo proceso fue en escalada y cuyas repercusiones políticas inmediatas fueron de incidencia directa; estas manifestaciones se llamaron “estallido social” (Neira, 2021), dado que la amplia diversidad de personas que se sumaron a las protestas era como una foto de “Colombia”: estudiantes, jóvenes, adultos, artistas, campesinos, indígenas, afrocolombianos... El estallido social en Colombia fue un acontecimiento histórico, dado que nunca se había vivido algo similar en el país, ¿pero, por qué se originó? El contexto que antecedió a todas las ocurrencias que se empezaron a desatar a partir del día 28 de abril del 2021 está marcado y caracterizado por la profundización de la vida precaria, dificultosa y sin garantías de una gran parte del país, acompañada por una emergencia de carácter humanitario y sanitario a causa de la pandemia del covid-19 que develó todas las inequidades, desigualdades y dificultades que muchas familias colombianas tenían que pasar, y las radicalizó en un punto crítico, aunado a todas esas problemáticas de carácter humanitario y social. En la búsqueda de una mediana estabilización macroeconómica, el presidente Iván Duque, junto con el ministro de hacienda, Alberto Carrasquilla, propusieron una reforma tributaria, la cual, desde lo mediático y la oposición, se presentó de tal manera que, más allá

de la veracidad o no de lo dicho, generó un descontento que hizo eco en los sectores más populares de la sociedad; de esta reforma se decía que se pondrían: “Impuestos a la clase media, el aumento de la base de declarantes y contribuyentes del impuesto de renta, IVA para la canasta familiar, al agua y la energía y hasta los servicios funerarios”; así, la reforma tributaria fue el pretexto desde donde se articularon las primeras manifestaciones.

Estas primeras manifestaciones empezaron el 28 de abril como reacción desorganizada y colectiva a las reformas que se impulsaban por parte del Gobierno, siendo la tributaria la más protagonista. Las manifestaciones empezaron por el bloqueo a ciertas vías, la ocupación del espacio público y de las calles principales con marchas multitudinarias y la realización de muestras artísticas, todo bajo la bandera del “paro nacional”, como en principio se le denominó. Las protestas duraron más de un mes; en la primera semana, y mientras más avanzaban los días, más grandes se veían las afectaciones económicas y materiales, por lo cual el Gobierno enfrentó la protesta con la fuerza pública, asumiendo una postura de militarización y criminalización. En un balance hecho un año después de estos sucesos por el Observatorio de Derechos Humanos y Conflictividades de Indepaz (2021), en cifras oficiales se registra el asesinato de al menos ochenta personas, la mayoría de ellas jóvenes, a manos de la fuerza pública y del Escuadrón Móvil Antidisturbio (ESMAD); esto da cuenta de la magnitud del incorrecto tratamiento con el que se asumieron las protestas por parte del Gobierno, siendo Cali una de las zonas más golpeadas y con un panorama que, con guardadas proporciones, se replicó en gran parte del país:

Se trata de un *modus operandi* definido que actúa de día y se recrudece en la noche: cortar el alumbrado público, generar caos con la quema de bancos, hoteles y otros establecimientos públicos y privados, desatar violencia desmedida, desaparecer personas y sembrar terror con el uso de armas de fuego, agresiones sexuales y violaciones a mujeres. El ESMAD también ha enfilado su sofisticado arsenal de letalidad reducida contra las casas, inundándolas de un asfixiante humo que ya ha cobrado la vida de varios niños. Como si esto no fuese suficiente, también han aparecido escuadrones de sicarios paramilitares a bordo de camionetas de alta gama que aun en presencia de policías han disparado a manifestantes, a la Guardia Indígena, organización de protección de la vida que acudió a Cali en procura de salvaguardar a quienes protestan, a la misión médica y a las de derechos humanos, incluida una que contaba con delegados de la ONU (Bautista, s. f.).

No obstante, la brutalidad con la que se combatió la protesta social, cada día se sumaban nuevas fuerzas y causas a las manifestaciones, logrando que la reforma por la que todo empezó se echara atrás, que una reforma a la salud también lo hiciera, tumbar al ministro de defensa y poner más temas dentro de la agenda y volver sobre las exigencias de paz y terminación del conflicto armado. Por ejemplo, a este respecto, varias caravanas indígenas y afrocolombianas, provenientes del Chocó, Cauca, Córdoba, Norte de Santander y otros departamentos del país, llegaron a Bogotá, la capital, dado que: “Estos grupos reclaman paz y el cese del conflicto armado y los desplazamientos forzados que sufren en sus territorios, además de demandar el cumplimiento de los acuerdos de paz” (“Colombia conmemora un año del estallido social con manifestaciones”, 2022).

LUCHAS Y BANDERAS FEMINISTAS EN EL MARCO DE LAS PROTESTAS

Se puede hablar del inicio de las movilizaciones de mujeres en Colombia a partir de la llamada segunda ola feminista de Latinoamérica que ocurrió durante las décadas de 1960 y 1970. Así, la conformación del movimiento feminista en Colombia nació al interior de movimientos de izquierda que luchaban contra el capitalismo salvaje, los militares y las élites políticas (Lamus, 2008, p. 27). Posteriormente, en la década de 1980, los movimientos feministas europeos empiezan a influenciar al feminismo colombiano respecto a las luchas por el derecho a decidir. Luego, en la transición al siglo XXI, el movimiento feminista sufre una explosión de distintas corrientes que incursionan en diferentes escenarios como la academia, la calle, los partidos políticos, las ONG, etc.; esta pluralidad de corrientes feministas ha logrado articularse en torno a objetivos comunes en muy pocas ocasiones, que son coyunturales pero exitosas (Lamus, 2008, pp. 28-29). De manera que el movimiento feminista colombiano siempre ha estado articulado y ha encontrado su espacio en los movimientos progresistas o de izquierda que hasta hace poco siempre habían sido oposición, ni siquiera formalmente reconocida, si no, por el contrario, estigmatizada; podríamos denominar a estos movimientos como alternativos, contracorrientes o, inclusive, antisistema.

Particularmente, en el estallido social de 2019 las mujeres salieron de forma masiva a las calles; en primera instancia, porque sufrieron un impacto mayor en las tasas de desempleo e informalidad tras la pandemia del covid 19, y, en segundo lugar, por el incidente de los agentes del ESMAD que abusaron de la joven Alison Meléndez, quien posterior a los hechos se suicidó. Este suceso, aunado a otros casos de violencia sexual en las manifestaciones, fue la chispa que encendió la marea verde feminista en las calles, con un impacto tal, que los movimientos feministas fueron incluidos en el Comité Nacional del Paro, junto a otros grupos estudiantiles y juveniles (Pulleiro, 2021, p. 3).

CONTEXTO ELECTORAL

El contexto electoral chileno del año 2021 y colombiano del año 2022 deben entenderse a la luz de los sucesos que los antecedieron, los participantes que se presentaron a las elecciones, las banderas que defendían y representaban y los votantes. En tal sentido, nos centraremos en los aspectos esenciales de los principales actores en la contienda electoral chilena y colombiana con el fin de entender estas agrupaciones de personas, así como las personalidades y posiciones (reflejadas en el discurso político) de los candidatos que estaban en la contienda electoral.

CASO CHILENO

En el contexto político-electoral chileno nos centraremos en analizar las fuerzas políticas Apruebo Dignidad, coalición política de izquierda por la cual se postuló el hoy electo presidente Gabriel Boric, y el partido político republicano de corte derechista, por el cual se postuló el candidato José Antonio Kast; asimismo, ahondaremos en sus discursividades, carrera política e ideología tanto a nivel de partido como a nivel de persona para lograr un arquetipo de los intereses y sectores de la sociedad que estas fuerzas políticas recogen.

En primer lugar, Apruebo Dignidad es una coalición política de izquierda, considerada de corte político progresista socialdemócrata (Ramis, 2022). Esta alianza se conforma por la unión de dos coaliciones políticas de izquierda y centroizquierda llamadas Frente Amplio y Chile Digno, las cuales fueron agrupadas por el Partido Comunista de Chile (PCCh), la Federación Regionalista Verde Social (FRVS), el partido Revolución Democrática (RD), el partido Convergencia Social (CS) y el partido político Comunes; además de estos partidos políticos en su conformación también están presentes algu-

nos movimientos sociales que no cuentan con personería jurídica, tales como Fuerza Común, Movimiento Unir, Plataforma Socialista e Izquierda Cristiana de Chile (Walker, 2022). Este amplio espectro reunido dentro de la coalición de Boric fue acompañado y complementado por varios partidos de centro político como el Partido Ecologista Verde de Chile y otros “partidos verdes”. Dentro de esta coalición se destacan intereses políticos de enfoque social, apoyados en una idea de estado de bienestar y garante pleno de los derechos humanos, por lo cual sus banderas han sido la pensión justa, el acceso a la educación y a la conectividad para la infancia, la buena alimentación de los niños y niñas del país, el cuidado del medioambiente, de los animales y del territorio nacional; adicionalmente, el reconocimiento de las desigualdades sociales y el encaminarse a disminuir esa brecha (Gabriel Boric, 2021, p. 13).

En materia de política para las mujeres, desde la coalición se ha hablado del establecimiento de una participación paritaria entre los hombres y las mujeres que salgan electos de las elecciones legislativas, además, se ha puesto un acento importante en el reconocimiento igualitario de la remuneración en el trabajo, en la educación sexual y la capacidad de decisión frente a temas como el aborto seguro y despenalizado. También, desde esta coalición, se ha pensado el fortalecimiento del ya existente Ministerio de la Mujer y la equidad de género. Así mismo, desde el Congreso se busca crear una legislación que establezca una ley integral de violencia de género y un sistema nacional de cuidados, entendiendo la realidad de las violencias basadas en género y asumiendo con seriedad la existencia de los feminicidios (Borich presidente, 2021, p. 7).

Como complemento, se viene mencionando desde la coalición Apruebo Dignidad, que Gabriel Boric, como figura política, busca mediante su discurso reconocer a los indígenas y afros como ciudadanos activos de su país, participantes, sujetos de derechos y voces habilitadas en el diálogo nacional; también destaca la importancia de respetar la diversidad, la fauna y flora, de luchar por un cambio hacia la justicia, la descentralización y la instauración de una ciudadanía participativa (Apruebo Dignidad, 2022.), además del interés de su gobierno por impulsar un cambio energético. Estas ideas de progresismo que representaban al candidato Gabriel Boric se tratan de condensar en su eslogan de campaña “Un nuevo Chile para vivir mejor” (Andrade, 2022). Ahora, ¿cómo explicar la trayectoria política de Boric? En el periódico *La Vanguardia* de Chile, nos encontramos algunos indicios de su popularidad y acogida:

El tremendo apoyo que está recibiendo Gabriel Boric tiene relación con su propia lucha contra el neoliberalismo, al haber sido parte fundamental del movimiento estudiantil universitario del año 2011 contra el lucro en la educación, como vocero de la Confederación de Estudiantes de Chile (CONFECH), en compañía de dirigentes como Giorgio Jackson y Camila Vallejo, con quienes llegaría después a ser diputado. Asimismo, el apoyo que ha recibido, tiene relación también con su propia procedencia de la región de Magallanes, esto lo ha llevado a tener un discurso crítico en contra del centralismo en Chile, que se viene gestando desde los inicios del Estado Unitario de Chile, en donde Santiago ha impuesto su orden y ha saqueado las riquezas naturales del resto de las regiones.

De ahí que haya tomado las banderas de la educación pública y la descentralización todos estos años en el Parlamento, y se haya sumado a otras luchas también (feminista, disidencias sexuales, socioambiental, mapuche), formando primero el Frente Amplio y luego siendo parte del Pacto Apruebo Dignidad (Partido Comunista, Revolución Democrática, Convergencia Social, Comunes, Federación Regionalista Verde Social, Movimiento Unir, Fuerza Común, Acción Humanista, Izquierda Cristiana de Chile). No es de extrañar entonces que, en el plan de gobierno que propone Boric, se planteen demandas históricas, como un nuevo Modelo Económico Justo y Sustentable, Reforma Tributaria que apunte a los súper ricos, Sistema Nacional de Cuidados, Sistema de Seguridad Social, Transición Energética, Justa y Popular, Cultura de Cuidados Colectivos de Salud Mental, Plan Nacional de Derechos Sociales LGBTIAQ+, entre muchas otras (“El cambio por la vida de Gustavo Petro Urrego”, 2022).

Por otro lado, el partido republicano chileno se caracteriza por ser un partido de corte derechista, con valores y lineamientos claramente estipulados; dentro de sus lineamientos y principios resaltan la importancia de la creencia en Dios, el respeto por la vida desde la concepción “hasta la muerte natural”, la promoción de la familia como motor y núcleo básico de la sociedad, además de la reivindicación del concepto de patria, la economía de mercado y la justicia social (Página oficial Partido Republicano chileno, s. f.); de esta manera, el partido republicano tiene valores de tipo conservador y tradicionalistas. Su historia se remonta al año 2019, fecha en la que surgió a partir de la agrupación de simpatizantes y exmilitantes del partido Unión Demócrata Independiente (UDI). Una de las banderas que defiende está asociada al rechazo de la constituyente, por lo cual tampoco reconoció como legítimas las protestas acontecidas en el estallido social del 2019:

Desde su fundación ha manifestado su defensa por la actual Constitución Política de la República. En ese contexto, manifestó su rechazo a la firma del “Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución” del 15 de noviembre de 2019, que inició el proceso de elaboración de una nueva Carta Fundamental (BCN, s. f.);

en complemento, sus alianzas políticas son de corte centro, centroderecha y derecha, llegando a acoger y trabajar con los partidos políticos Chile Vamos y Frente Social Cristiano. La posición política del partido republicano en algunos casos raya con una postura de derecha radical disfrazada de moderada, en materia de diversidades sexuales y libertades individuales; su opinión es cuando menos tradicional:

Fundamentalmente, el Partido Republicano pertenece a la familia de las “derechas radicales” (Mudde, 2019) que aceptan la esencia de la democracia, pero no comulgan con aspectos fundamentales de la democracia liberal como los derechos de las minorías. Expresan un nuevo tipo de “reacción cultural” (Norris, Inglehart, 2019) con sus críticas hacia la llamada “ideología de género”, un discurso que enarbolaba Vox en España, pero también Zemmour en Francia o Bolsonaro en Brasil. Se codean en la misma red ultraconservadora de partidos, asociaciones e Iglesias que buscan frenar la conquista de derechos para las diversidades sexuales (Alenda, 2021).

Por último, desde el partido republicano se pide que a las mujeres se las trate como mujeres, dejando de lado las luchas individuales de los movimientos feministas al afirmar que: “El feminismo, como reacción al machismo, sigue solo una lógica revanchista” (Página oficial Partido Republicano chileno, s. f.), y rescatando los valores de igualdad de capacidades de las mujeres, al mismo tiempo que continúa hablando de las desigualdades “biológicas y culturales” de las mujeres y los hombres, “distintos por naturaleza”, y considerando como absurdas las iniciativas de paridad en el Congreso o ley de cuotas. Marie Claude Mayo, concejala por el partido republicano, afirma que

la izquierda, desde su visión totalizante, igualitarista y colectivista, ha impulsado con mucha fuerza una agenda de “discriminación positiva”, en la que a diversos grupos se les aseguran escaños en desmedro directo de la representatividad democrática bajo la premisa que el sexo o las preferencias sexuales, el color de piel, el origen étnico o cualquier otro atributo, resulta más relevante que las ideas, la experiencia o la formación de la persona que se postula (Página oficial Partido Republicano chileno, s. f.).

De la mano del partido republicano es importante entender la figura del candidato presidencial José Antonio Kast, quien con su eslogan “Chile se atreve” buscaba representar la posibilidad de volver a ser lo que fueron como país, la vuelta de Chile a sus mejores años, resaltando el “legado económico” producto de la dictadura de Pinochet. Kast es un candidato clasificado por la opinión pública como de ultraderecha, “un nostálgico de los años de la dictadura” (“Quién es José Antonio Kast, un nostálgico de Pinochet contra el ‘totalitarismo de izquierda’”, 2021). Orden y seguridad son sus banderas principales de campaña, considerando que al actual presidente Piñera le faltó eso y la capacidad de tomar decisiones para afrontar el estallido social junto con la pandemia del covid-19 y la llegada de migrantes al país. Por esta razón, sus posturas son radicales: antiinmigrantes, xenofóbicas, nombrándolas posturas de “sentido común”:

El Partido Republicano comparte un parecido de familia con las ultraderechas europeas: se potencia en un contexto de crisis —social, política, económica y sanitaria— que refuerza el miedo y el pesimismo sobre el futuro. Este temor se expresa a través de un sentimiento de rechazo o de voto por “el mal menor”, que opone anticomunismo y antipinochetismo. Al igual que otros líderes de ultraderecha, Kast apela también al “sentido común”, combinando cierto radicalismo discursivo con las herramientas del *marketing* contemporáneo para difundir mensajes orientados a dar soluciones radicales a problemas concretos (por ejemplo, construir zanjas para luchar contra la inmigración ilegal) (Alenda, 2021).

Por la naturaleza de su postura política y afiliación partidaria, Kast es defensor de la familia tradicional conformada por hombre y mujer, abiertamente ha manifestado su oposición al matrimonio entre parejas igualitarias, así como la legalización del aborto, ya que se resiste a este, inclusive si el embarazo se da a causa de una violación. Dentro de sus propuestas también ha manifestado querer eliminar el Ministerio de la Mujer (Cano, 2021).

CASO COLOMBIANO

En el contexto político-electoral colombiano nos centraremos en analizar tres coaliciones que se conformaron de cara a las elecciones ejecutivas, pero también a las legislativas, y una fuerza independiente; estas son: el Pacto Histórico, coalición política de centro-izquierda por la cual se postuló el hoy electo presidente Gustavo Petro y su fórmula vicepresidencial Francia Márquez; la coalición Centro Esperanza, conformada por algunas facciones de algunos partidos políticos de centro; el Equipo por Colombia, coalición política con fuerzas de corte derechista y ultraderechista, y el movimiento independiente Liga de Gobernantes Anticorrupción, por la cual se postuló el candidato Rodolfo Hernández. De igual manera, ahondaremos en sus discursividades, carrera política e ideología tanto a nivel de partido como individual. De esta forma, lograremos un arquetipo de los intereses y sectores de la sociedad que estas fuerzas políticas recogen y movilizan.

En primer lugar, el Pacto Histórico es una coalición política de tendencia izquierda y centroizquierda, cuya ideología es socialdemócrata y progresista; su conformación responde al interés de generar una unidad del sector amplio de los partidos políticos y movimientos sociales “alternativos”. Enuncia CNN:

El Pacto Histórico es una unión de siete movimientos y partidos políticos cuyo objetivo es lograr un cambio político en Colombia para que la izquierda gobierne el país a partir de las elecciones de 2022. Su líder visible en este momento es el senador y candidato presidencial Gustavo Petro (“Pacto histórico en Colombia: integrantes, origen y mejores resultados en elecciones”, 2022).

El Pacto Histórico se creó formalmente el 11 de febrero del año 2021 y fue conformado por los partidos políticos Colombia Humana, Unión Patriótica-Partido Comunista, Polo Democrático Alternativo, el Movimiento Alternativo Indígena y Social, el Partido del Trabajo de Colombia, el movimiento político de Unión Democrática y algunos sectores del partido Alianza Verde. Esta coalición se conformó con la intención de afrontar las elecciones legislativas y ejecutivas del año 2022, presentándose a los comicios de Cámara y Senado con listas cerradas cremalleras, destacando la importancia de promover la paridad política dentro de este espacio. Los lineamientos con los cuales la coalición del Pacto Histórico se congregó, y que presentó en su manifiesto, responden a reformas urgentes que históricamente han sido

postergadas por el “establecimiento”. Algunas de las banderas que el pacto histórico pregonan son: la implementación completa de los acuerdos de paz con las FARC-EP, la realización de una reforma agraria, en educación y pensional, cuidar el agua, proscribir el *fracking* y la explotación de páramos y Parques Nacionales Naturales, además de apostarle a una renta básica para las familias más pobres (“Pacto histórico en Colombia: integrantes, origen y mejores resultados en elecciones”, 2022).

De la mano del Pacto Histórico está la figura de su candidato presidencial Gustavo Petro, que se caracteriza por su trayectoria política, habiendo pertenecido a una guerrilla urbana en los años ochenta, el M-19; posteriormente desmovilizado y reinsertado a la vida civil creó en el año 1990 el partido político Alianza Democrática M-19. Fue alcalde de la ciudad de Bogotá, luego senador de la República y ha sido dos veces candidato a la presidencia, siendo esta su tercera participación al más alto cargo del Ejecutivo. Gustavo Petro busca ser la figura del cambio, un cambio que él mismo ha denominado como el “cambio por la vida” (“El cambio por la vida de Gustavo Petro Urrego”, 2022). Cuenta con estudios en economía y administración pública, y entre sus propuestas se encuentran el paso de una economía extractivista a una economía basada en la agricultura y el turismo sostenible, establecer un subsidio para las madres solteras cabezas de familia, pasar a un sistema de pensiones de pilares, hacer una reforma tributaria que redistribuya la riqueza, entre otras. Las banderas que él, junto con su fórmula vicepresidencial, defienden son las de la defensa de la vida humana y de la dignidad:

Este es un Pacto Histórico que de manera urgente concreta un nuevo contrato social para el buen desarrollo y el vivir sabroso, con toda la diversidad de la nación, para entrar por fin en una era de paz cuyo rostro sea una democracia multicolor (“El cambio por la vida de Gustavo Petro Urrego”, 2022),

invitando a entender la Constitución de 1991 y, sobre todo, a hacerla cumplir.

Una figura política determinante para el triunfo de Gustavo Petro fue su fórmula vicepresidencial Francia Márquez, lideresa social, abogada y feminista. Previamente se había lanzado como precandidata presidencial con el aval del Polo Democrático Alternativo, para competir en la consulta del Pacto Histórico, en la cual obtuvo la sorprendente cifra de 777.907 votos, la tercera

votación más alta de todas las consultas. Esto la convirtió en un fenómeno electoral, ya que Márquez nunca se había lanzado a ningún cargo público y su campaña no contaba con mucho financiamiento. Su figura ha logrado representar efectivamente a las periferias, las negritudes y las mujeres.

Otra de las coaliciones fue Centro Esperanza, autodenominada de centro, progresista y llevando las banderas del cuidado del medioambiente. Una de las mayores críticas que se le hizo a esta coalición fue la falta de diversidad y representatividad, ya que tras la renuncia de Ingrid Betancourt no había ninguna mujer en la coalición, todos los candidatos eran hombres blancos de clase media-alta. Por ese mismo motivo, Sergio Fajardo, el candidato resultante de la consulta, no logró conectar con las emociones de la ciudadanía ni movilizar una cantidad significativa de votos a su favor.

La coalición que representaba la derecha y la política tradicional fue Equipo por Colombia. El candidato resultante de esta coalición fue Federico Gutiérrez, quién no logró pasar a la segunda vuelta, precisamente por representar el continuismo que la ciudadanía ha rechazado desde los estallidos sociales de 2019.

El candidato que pasó a segunda vuelta con Gustavo Petro fue Rodolfo Hernández de la Liga de Gobernantes Anticorrupción. Hernández es ingeniero, empresario y su fuerte fue mostrarse como un *outsider* o ajeno a la política, con un discurso centrado casi que exclusivamente en contra de la corrupción y la “robadera” de los mismos de siempre. Además, su campaña se enfocó en las redes sociales y no tanto en apariciones públicas o debates. En la segunda vuelta contó con el respaldo del excandidato Federico Gutiérrez, la excandidata Ingrid Betancourt, algunos políticos de centro, el uribismo y la política tradicional; intentó conquistar el voto de las mujeres y de las comunidades afrodescendientes por medio de su fórmula a la vicepresidencia Marelen Castillo, sin embargo, esto no le alcanzó para lograr la victoria en segunda vuelta, contando con 10.580.399 votos frente a 11.281.002 votos a favor de Petro.

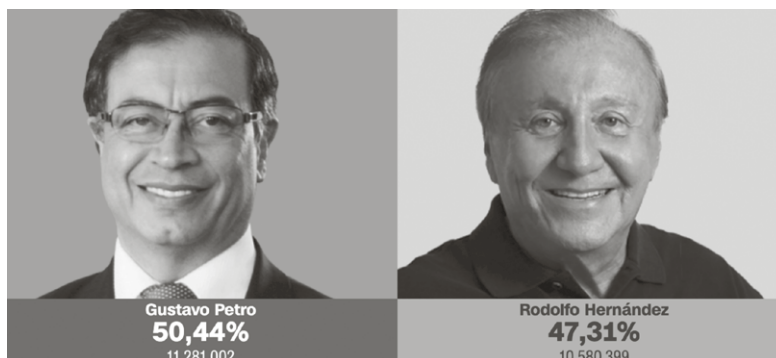


Figura 16.1 Votaciones segunda vuelta Gustavo Petro versus Rodolfo Hernández

Fuente: CNN (2022)

RESULTADOS DE LAS ELECCIONES DE 2021 EN CHILE

Parlamentarias

Para las elecciones legislativas en Chile, en el año 2021, se votaron tanto Senado de la República, como Cámara de Diputados. Además, al contar con un sistema multipartidista, más de diez partidos políticos, movimientos y coaliciones participaron de las elecciones en búsqueda de ocupar un puesto. De estos participantes al menos siete partidos políticos alcanzaron a pasar el umbral y asegurarse una curul, sorprendiendo la llegada de nuevas y renovadas fuerzas políticas de espectro centroizquierdista. Como complemento, las elecciones fueron marcadas por la abstención, votando menos de la mitad de los ciudadanos habilitados para ejercer su derecho (“La participación en las elecciones en Chile no alcanzó al 50 por ciento del padrón”, 2021). “En Chile votaron [A las elecciones legislativas] 7.081.554 electores de un padrón de 14.959.955 (47,34 %) mientras que en el extranjero lo hicieron 34.036 de un padrón de 71.018 (47,93 %)” (BCN, 2022).

En las elecciones a la Cámara de Diputados salieron electos con al menos una curul nueve agrupaciones políticas (partidos políticos, coaliciones, grupos independientes). El resultado para la coalición política Apruebo Dignidad fue favorable, dado que de los 155 asientos disponibles logró conseguir 37, el equivalente al 23,87 %, es decir, que la coalición cuenta casi con la cuarta parte de los votos de la cámara (figura 16.2).

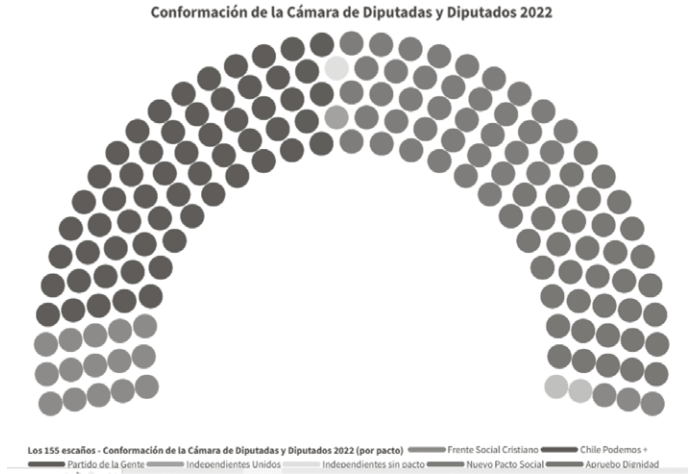


Figura 16.2 Conformación Cámara de Diputados 2022

Fuente: Servicio Electoral de Chile (2021).

En cuanto a las elecciones al Senado, de los cincuenta asientos que conforman este cuerpo colegiado la coalición política Apruebo Dignidad logró conseguir cinco, los cuales si bien no tienen un balance tan favorable como en la Cámara siguen siendo significativos (figura 16.3).

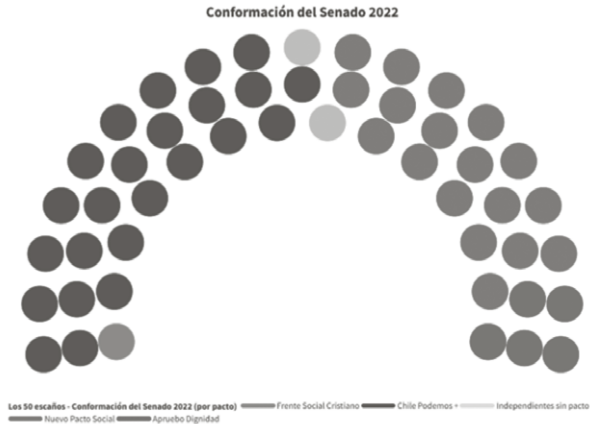


Figura 16.3 Conformación Senado de la República 2022

Fuente: Servicio Electoral de Chile (2021).

Ejecutivas

Para las elecciones ejecutivas del año 2021 hubo una votación total de 8.270.978, resultando ganador Gabriel Boric por la coalición Apruebo Dignidad —coalición política chilena de izquierda, conformada en sus inicios por el Frente Amplio y Chile Digno—, con una votación histórica de 4.620.890 votos, un equivalente al 55,87 % de la votación (Servicio Electoral de Chile, 2021) (figura 16.4).

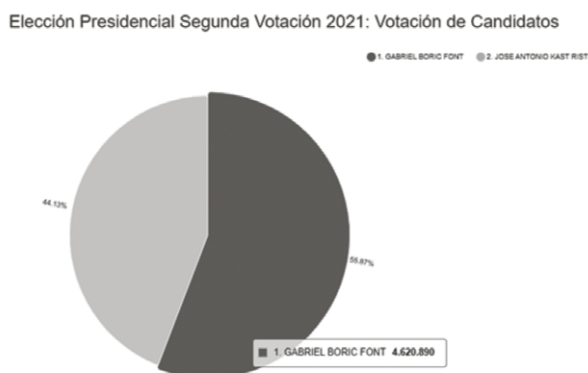


Figura 16.4 Elección presidencial, segunda votación 2021

Fuente: Servicio Electoral de Chile (2021).

RESULTADOS DE LAS ELECCIONES DE 2022 EN COLOMBIA

Legislativas

Para las elecciones legislativas del año 2022 se registró una votación igual a 18.034.781 de votos totales de los cuales 16.278.961 fueron votos válidos, este porcentaje de participación es el equivalente al 46,46 % de los habilitados para votar (“Resultados segunda vuelta elecciones presidenciales 2022 Colombia”, s. f.) (figura 16.5).

Senado de la República

Para las elecciones del Senado de la República, de los 108 curules que estaban en juego la coalición política del Pacto Histórico logró conseguir 20, su votación total fue de 2.302.847 votos, lo cual es equivalente al 14,15 % de todos los votos (figura 16.5).



Figura 16.5 Coalición de gobierno con verdes y liberales Senado

Fuente: La Silla Vacía (2022)

Cámara de Representantes

En cuanto a los resultados a la Cámara de Representantes, la coalición política del Pacto Histórico consiguió 28 asientos de los 188 disponibles, obteniendo una votación de 2.710.485 correspondiente al 17,35 % de los votos totales (figura 16.6).

COALICIÓN PETRO EN CÁMARA CON VERDES + LIBERALES.



Figura 16.6 Coalición de gobierno con verdes y liberales Cámara

Fuente: La Silla Vacía (2022)

Ejecutivas

Para las elecciones ejecutivas del año 2022 hubo una votación total de 22.658.694 ciudadanos, el equivalente al 58,09 % de las personas habilitadas para hacerlo. En estas elecciones quedó electo Gustavo Petro, candidato por la coalición política del Pacto Histórico, con una votación histórica de 11.281.013 votos, equivalente al 50,44 % de la votación (“Resultados segunda vuelta elecciones presidenciales 2022 Colombia”, s. f.) (figura 16.7).



Figura 16.7 Resultados segunda vuelta presidencial Colombia 2022

Fuente: La República (2022).

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS ELECTORALES Y CONCLUSIONES

Tanto en Chile como en Colombia las mujeres representan más de la mitad del padrón o censo electoral, lo que inevitablemente hace que los candidatos busquen conquistar el voto de las mujeres, pero ¿quiénes logran hacerlo mejor? En ambos casos, el movimiento del Pacto Histórico y la coalición de Apruebo Dignidad lograron representar el descontento social frente a las gestiones de los gobiernos de derecha neoliberal que hubo durante la pandemia y dentro de los cuales se dieron los estallidos sociales. No solo eso, sino que ambos movimientos fueron conformados por movimientos progresistas, de izquierda, que desde su surgimiento estaban articulados con los movimientos estudiantiles y los movimientos feministas, de forma directa o indirecta; de forma directa en el caso chileno, en tanto Boric fue líder del movimiento estudiantil, así como otros de la coalición, y de manera indirecta en el caso colombiano, en tanto el Pacto Histórico lleva las banderas de los movimientos estudiantiles. De manera que las propuestas de Petro y Boric supieron incorporar las demandas feministas de una mejor manera que sus contrincantes, que en ambos casos representaban valores más bien tradicionales y conservadores. En ese intento por conquistar el voto de las mujeres, las coaliciones necesariamente incorporan de forma activa las demandas feministas y las materializan en la paridad de género

de los resultados electorales, en ambos casos. La información nos permite establecer, en el caso chileno, que la victoria de Boric se debe a que se ganó el respaldo del “68 % de las mujeres menores de 30 años” (Braga, 2021). Desafortunadamente, no es posible determinar esto en el caso colombiano de forma precisa, debido a que la Registraduría Nacional del Estado Civil no ha publicado aún la información de las votaciones en primera y segunda vuelta desagregada por sexo.

De manera general, los estallidos sociales de ambos países desembocaron en un cambio de gobierno derecha/neoliberal a gobiernos de izquierda progresista, dando así una salida o vía de escape pacífica y democrática al descontento social. No obstante, una diferencia importante que se debe resaltar en este ejercicio comparativo es que el estallido social chileno desembocó también en una Asamblea Constituyente, mientras que en Colombia no fue así. Esto, debido a la experiencia reciente de la dictadura de Pinochet, experiencia radicalmente diferente a la de la imperfecta, pero “estable” democracia colombiana, que dejó vigente una constitución marcada por el autoritarismo neoliberal. Para el pueblo chileno es momento de iniciar una nueva página en materia constitucional y dejar el pasado atroz de la dictadura; para el pueblo colombiano es momento de implementar realmente la constitución progresista de 1991.

Como aprendizaje de esta investigación nos queda que es difícil encontrar bases de datos y estadísticas que se ajusten a la temática que nos propusimos investigar, ya que a la hora de buscar información diferenciada de cómo votó la población chilena y colombiana nos dimos cuenta de que estos datos no eran fácilmente rastreables, además, por lo reciente de las votaciones hay datos que no han sido cargados a las bases de datos de la Registraduría. En general, en los países en desarrollo es difícil encontrar bases de datos e información de calidad, aún más si se pretende investigar temas de feminismo, ya que existen muy pocos datos desagregados por sexo. A pesar de ello, esta experiencia sirve también para generar esa demanda de producción de herramientas y conocimientos alrededor de los estudios feministas, como una lucha personal en contra de la marginalización de las mujeres en la academia.

REFERENCIAS

Alenda, S. (2021). El auge de la nueva derecha radical en Chile. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-12-15/el-auge-de-la-nueva-derecha-radical-en-chile.html>.

Andrade, R. (2022). Un nuevo Chile para vivir mejor. <https://www.poderyliderazgo.cl/editorial-un-nuevo-chile-para-vivir-mejor/>.

Apruebo Dignidad (2022). *Para elegir una nueva constitución*, Convención Constitucional, <https://www.apruebo-dignidad.cl/>.

Bañol, J. (2021). *El hiperpresidencialismo colombiano ante los retos democráticos del siglo xx: la figura presidencial después de la constitución de 1991*. [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/81159/1020784983.2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Bautista, S. (s. f.). Estallido social en Colombia, algunas pistas desde la trastienda. <https://www.clacso.org/estallido-social-en-colombia-algunas-pistas-desde-la-trastienda/>.

Bejarano, J. C. (2009). El concepto de acción política en el pensamiento de Hannah Arendt.

Eidos: Revista de Filosofía de la Universidad del Norte, (11), 82-107.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (s. f.). Partidos, movimientos y coaliciones. Partido republicano de Chile. https://www.bcn.cl/historiapolitica/partidos_politicos/index.html.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2015). Guía legal sobre elecciones parlamentarias. <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/elecciones-parlamentarias>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2020). Guía de formación Cívica. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45658/4/Guia_de_Formacion_Civica.pdf.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (2021). Conozca los resultados de las elecciones generales 2021. <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=conozca-los-resultados-oficiales-de-las-elecciones-generales-2021>.

Borich Presidente (2021). Propuestas programáticas para el nuevo Chile 2022-2026. <https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2021/08/Boric.pdf>.

Braga (2021). El éxito de Boric fue gracias al voto femenino: 68 % de las mujeres menores de 30 años lo respaldó. *El mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/braga/2021/12/21/el-exito-de-boric-fue-gracias-al-voto-femenino-68-de-las-mujeres-menores-de-30-anos-lo-respaldo/>.

Bustos, A. (2021). Feminismo en la constitución: mujeres electas adelantan debates esenciales del proceso. *DiarioUChile*. <https://radio.uchile.cl/2021/06/05/feminismo-en-la-constitucion-mujeres-electas-adelantan-debates-esenciales-del-proceso/>.

Cano, M. (2021). ¿Quién es José Antonio Kast, el político ultraderechista que quería ser presidente de Chile? *France24*. <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20211119-elecciones-chile-jos%C3%A9-antonio-kast-ultraderechista-presidente>.

CEPAL, Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (s. f.). Colombia-sistema político electoral. <https://oig.cepal.org/es/paises/9/system>.

CNN (2022). Resumen y resultados de las elecciones de Colombia 2022 ganadas por Petro: así fueron las votaciones. <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/19/resultados-elecciones-presidenciales-2022-colombia-petro-rodolfo-segunda-vuelta-boletines-orix/>.

Colombia conmemora un año del estallido social con manifestaciones (2022). *-telesurtv.net*. <https://www.telesurtv.net/news/colombia-conmemora-aniversario-estallido-social-20220429-0005.html>.

Conozca los resultados de las elecciones generales de 2021 (2021). *Noticias BCN*. <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=conozca-los-resultados-oficiales-de-las-elecciones-generales-2021>.

Constitución política de la República de Chile (2005). https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf.

El cambio por la vida de Gustavo Petro Urrego (2022). *La Vanguardia*. <https://www.vanguardia.com/politica/elecciones/el-cambio-por-la-vida-de-gustavo-petro-urrego-XY5256743>.

Gabriel Boric (2021). Manifiesto Programático, Gabriel Boric Presidente, proceso de primarias. https://www.servei.cl/wp-content/uploads/2021/06/5_PROGRAMA_GABRIEL_BORIC.pdf.

González, D. y Figueroa, F. (2019). Nuevos “campos de acción política” feminista: una mirada a las recientes movilizaciones en Chile. *Revista Punto Género*, (11), 51-72.

Ibáñez, F. y Stang, F. (2021). La emergencia del movimiento feminista en el estallido social chileno. *Revista Punto Género*, (16), 194-218. <https://doi.org/10.5354/0719-0417.2021.65892>.

Jiménez, V. (2012). El estudio de caso y su implementación en la investigación. *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, (1), 141-150.

Jiménez-Yañez, C. (2020). #Chiledespertó: causas del estallido social en Chile. *Revista Mexicana de Sociología*, 82(4), 949-957. <https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2020.4.59213>.

La cronología del estallido social de Chile (2019). *Deutsche Welle*. <https://p.dw.com/p/3ThUs>.

Lamus, D. (2008). Resistencia contrahegemónica y polisemia: conformación actual del movimiento de mujeres/feministas en Colombia. *Revista la Manzana de la Discordia*, 3(1), 25-37.

La participación en las elecciones en Chile no alcanzó al 50 por ciento del padrón (2021). *Infobae*. <https://www.infobae.com/america/america-latina/2021/11/22/la-participacion-en-las-elecciones-en-chile-no-alcanzo-al-50-del-padron/>.

Lara, A. (2021). El origen e historia del voto femenino en Colombia. RTVC. <https://www.radionacional.co/cultura/historia-colombiana/voto-femenino-origen-y-historia-en-colombia>.

La República (2022). *Resultados segunda vuelta elecciones presidenciales 2022*. Colombia. Editorial La República. <https://www.larepublica.co/elecciones-presidenciales-2022/resultados-segunda-vuelta>.

La Silla Vacía (2022) El partido liberal hará parte de la coalición de gobierno de Petro. <https://www.lasillavacia.com/la-silla-vacia/envivo/el-partido-liberal-hara-parte-de-la-coalicion-de-gobierno-de-petro>.

Listado de las 80 víctimas de violencia homicida en el marco del paro nacional al 23 de julio. (2021). *Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz*. <https://indepaz.org.co/victimas-de-violencia-homicida-en-el-marco-del-paro-nacional/>.

Luna, L. (2006). *Mujeres y movimientos sociales*. Editorial Cátedra.

Mayo, M. C. (2021). Mujeres, ni machistas, ni feministas, feministas. <https://partidorepublicanodechile.cl/mujeres-ni-machistas-ni-feministas-femeninas/>.

Miranda, L., Palanza, V. y Sánchez, F. (2022). ¿Voto versus protesta? La movilización como mecanismo de participación ciudadana. *Polis*, 21(61). DOI: <http://dx.doi.org/10.32735/S0718-6568/2022-N61-1708>.

Neira, A. (2021). El estallido social, un hito con lecciones y pendientes. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/las-lecciones-del-estallido-social-y-las-protestas-en-colombia-638422>.

Observatorio de Derechos Humanos y Conflictividades de Indepaz (2021). Listado de las ochenta víctimas de violencia homicida en el mar-

co del paro nacional al 23 de julio, INDEPAZ, Instituto de Estudios para el desarrollo de la Paz. <https://indepaz.org.co/victimas-de-violencia-homicida-en-el-marco-del-paro-nacional/>.

Pacto histórico en Colombia: integrantes, origen y mejores resultados en elecciones (2022). CNN *Latinoamérica*. <https://cnnespanol.cnn.com/2022/06/09/pacto-historico-petro-colombia-integrantes-origen-resultados-elecciones-orix/>.

Página oficial Partido Republicano chileno. (s. f.). Partido Republicano. <https://partidorepublicanodechile.cl/>.

Pérez-Liñán, A. (2010). El método comparativo y el análisis de configuraciones causales. *Revista Latinoamericana de Política Comparada Cellaep*, (3), 125-148.

Pulleiro, L. (2021). Las protestas en Colombia bajo un prisma feminista. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/137973>.

Quién es José Antonio Kast, un nostálgico de Pinochet contra el “totalitarismo de izquierda” (2021). *Perfil*. <https://www.perfil.com/noticias/internacional/jose-antonio-kast-un-nostalgico-de-pinochet-contra-el-totalitarismo-de-izquierda.phtml>.

Ramis, A. (2022). Apruebo Dignidad y la posibilidad de un proyecto socialdemócrata. *El mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2022/01/07/apruebo-dignidad-y-la-posibilidad-de-un-proyecto-socialdemocrata/>.

Ramos, C. A. (2015). Los paradigmas de la investigación científica. *Avances en Psicología*, 23(1), 9-17.

República de Colombia (1991). Constitución política de Colombia. <https://pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>.

Rivera-Aguilera, G., Imas, M. y Jiménez-Díaz, L. (2021). Jóvenes, multitud y estallido social en Chile. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 19(2), 230-252. <https://doi.org/10.11600/rlcs-nj.19.2.4543>.

Salazar, G. (2019). El “reventón social” en Chile: una mirada histórica. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/protestas-Chile-estudiantes-neoliberalismo/>.

Servicio Electoral de Chile (2021). <https://www.servelecciones.cl/>.

Sistemas electorales en Chile (2021). *Impulsa*. <https://www.impulsa.voto/es/materials/sistemas-electorales-en-chile/>.

Walker, I. (2022). Refundación y populismo de izquierda: el ADN de Apruebo Dignidad. Ignacio Walker. *El mostrador*. <https://www.el-mostrador.cl/destacado/2022/03/04/refundacion-y-populismo-de-izquierda-el-adn-de-apruebo-dignidad/>.

Yin, R. (2002). Case Study Research: design and Methods, Applied social research Methods Series. Sage. https://iwansuharyanto.files.wordpress.com/2013/04/robert_k-_yin_case_study_research_design_and_methodbookfi-org.pdf.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 65 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA RESPECTO AL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH POR LOS ESTADOS PARTE

ANALYSIS OF ARTICLE 65 OF THE AMERICAN CONVENTION REGARDING NON-COMPLIANCE WITH THE JUDGMENTS OF THE INTER-AMERICAN COURT BY THE STATES PARTIES

ANÁLISE DO ARTIGO 65 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE O DESCUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA PELOS ESTADOS PARTES

GERARDO ANTONIO DURANGO ÁLVAREZ*

Recibido: 23 de marzo de 2021 - Aceptado: 2 de septiembre de 2022 -

Publicado: 30 de diciembre de 2022

doi: 10.24142/raju.v17n35a17

Resumen

La garantía del Estado democrático de derechos tiene como función esencial, entre otros, la protección de los derechos fundamentales, los cuales se vulneran continuamente cuando los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos incumplen sus obli-

* Abogado. Doctor en Derecho: derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid (España), Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Pasante de investigación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Director del grupo de investigación Derechos Fundamentales y Teoría Política, clasificado en Colciencias. Correo electrónico: gadurangoa@unal.edu.co ORCID: 0000-0002-1037-567X, CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000675539 y el Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=1Sx2U-AAAAAJ&hl=es>

gaciones internacionales, de allí que la falta de ejecución de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra los Estados parte se ha convertido en el talón de Aquiles de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque se da una afectación a la democracia y una falta de justicia para las víctimas. Desde este punto de vista, se pretende analizar cómo la presentación del Informe anual de la Corte IDH a la Asamblea General de la OEA puede ser un mecanismo para el fortalecimiento de la democracia deliberativa y para la reivindicación de los derechos de las víctimas.

Palabras clave: democracia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, garantías, Asamblea General de la oea, Informe anual, víctimas.

Abstract

The guarantee of the democratic State of rights, has as an essential function, among others, the protection of fundamental rights, which are continuously violated when the States Parties to the American Convention on Human Rights fail to comply with their international obligations, hence the lack of execution of the judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights (IA Court) against the States Parties, has become the Achilles' heel of the American Convention on Human Rights, because it affects democracy and a lack of justice for the victims. From this point of view, it is intended to analyze how the presentation of the Annual Report of the Inter-American Court to the General Assembly of the OAS can be a mechanism for strengthening democracy deliberative and for claiming the rights of victims.

Keywords: democracy, Inter-American Court of Human Rights, guarantee, oas General Assembly, Annual report, victims.

Resumo

A garantia do Estado Democrático de Direitos tem como função essencial, entre outras, a proteção dos direitos fundamentais, que são continuamente violados quando os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não cumprem suas obrigações internacionais, daí a falta de execução das sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte AI) contra os Estados Partes, tornou-se o calcanhar de Aquiles da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, porque afeta a democracia e a falta de justiça para as vítimas. A partir deste ponto de vista, pretende-se analisar como a apresentação do Relatório Anual da Corte Interamericana à Assembleia Geral da OEA pode ser um mecanismo de fortalecimento da democracia e de reivindicação dos direitos das vítimas.

Palavras-chave: democracia, Corte Interamericana de Direitos Humanos, garantia, Assembleia Geral da oea, Relatório anual, vítimas.

La Corte estima que, con motivo de la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas de muy graves violaciones a derechos humanos, como lo es una masacre, se presentan una diversidad de afectaciones tanto en la esfera individual como colectiva. En este sentido, resulta evidente que las víctimas de una impunidad prolongada sufran distintas afectaciones por la búsqueda de justicia no solo de carácter material, sino también otros sufrimientos y daños de carácter psicológico, físico y en su proyecto de vida, así como otras posibles alteraciones en sus relaciones sociales y la dinámica de sus familias y comunidades (Corte IDH, 2009, párr. 226)

INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante la Corte IDH— ha concretado una *jurisprudencia interamericana* que ha incidido e impactado notoriamente en la promoción, el desarrollo, la eficacia directa y la garantía de los derechos fundamentales de grupos e individuos excluidos socialmente, en tanto ha cuestionado los sistemas dictatoriales y ha fortalecido el paso hacia la consolidación de las instituciones democráticas y participativas de los países latinoamericanos; como lo diría Abramovich (2009): “no solo se busca reparar a las víctimas, sino fijar un cuerpo de principios y estándares, para incidir en la calidad de los procesos democráticos” (p. 10), ello ha protegido los derechos de participación política de grupos vulnerables como los pueblos indígenas —derecho al reconocimiento de sus territorios ancestrales y comunitarios, acceso y administración de justicia propia—, ha protegido los derechos de las mujeres a no ser discriminadas por su identidad sexual, ha protegido derechos identitarios de la población LGTBI, ha garantizado el derecho a no ser desplazado, a no ser torturado, entre otras garantías de protección positivizadas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, la Corte IDH ha fortalecido las instituciones democráticas y el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, ha prohibido que los Estados parte de la Convención Americana concedan amnistías generales, en tanto estas conllevan *per se* una impunidad generalizada que afecta la institucionalidad y la democracia de los Estados, tal como lo ha dicho la Corte IDH en sentencias tales como Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001, Caso Guerrilha do Araguaia, vs. Brasil, 2010, Caso Gelman vs. Uruguay, 2011, Caso el Mozotes y lugares aledaños vs. Salvador, 2012, entre otras.

Estas garantías de protección de los derechos fundamentales se validan y concretan en las diversas sentencias que profiere la Corte IDH contra los Estados parte, las mismas que estos se obligan a cumplir como Estados democráticos de derechos, en tanto han suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos conforme lo establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, el cual establece que los Estados no pueden alegar situaciones internas para incumplir un tratado debidamente ratificado (Naciones Unidas, 1980, art. 27, p. 450).

De esta forma, cuando los tribunales nacionales de los Estados parte deniegan el acceso a la justicia a las víctimas, tales como no investigar los hechos ocurridos causantes de las violaciones a los derechos fundamentales, no proporcionar una adecuada reparación a las víctimas, no permitir la participación política en igualdad de condiciones de los grupos excluidos y no sancionar a los responsables de los ilícitos, no les queda otro recurso que interponer demandas ante instancias internacionales como la Corte IDH y la Corte Penal Internacional. La primera tiene como función garantizar que los derechos fundamentales, positivizados en la Convención Americana, no se vulneren ni se restrinjan en exceso y de manera desproporcionada. La segunda juzga aquellos crímenes de mayor trascendencia para la humanidad, cometidos por los individuos de los Estados parte que han ratificado el Estatuto de Roma que entró en vigor en el año 2002.

Para impedir que la impunidad y la vulneración de los derechos fundamentales se impongan a nivel interno por parte de los Estados, existen las garantías de protección de los derechos fundamentales amparadas por la Convención Americana de Derechos Humanos, del cual la Corte IDH es su máxima intérprete. Dentro de esas garantías de convencionalidad se encuentra el artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual otorga potestad a este Tribunal interamericano para

someter a consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial, y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 65).

Por consiguiente, el mecanismo indicado en el informe anual que presenta la Corte IDH a la Asamblea General de la OEA —órgano político del sistema interamericano— no llega ni es directamente debatido por la Asamblea General, en tanto que el informe es presentado, en primer lugar, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) —dependencia de la Asamblea General—, pasando, en segunda instancia, al Consejo Permanente —integrado por cada Estado miembro nombrado especialmente por el gobierno respectivo con categoría de embajador—, y es este el que en definitiva decide si somete o no el informe anual de la Corte IDH ante el pleno de la Asamblea General de la OEA. Por esta razón, como indica la

Corte IDH, “se debe primero determinar el grado de cumplimiento de sus decisiones, en particular de las reparaciones ordenadas, para saber si procede informar a la Asamblea General los casos en que un Estado responsable de violaciones a la Convención ‘no haya dado cumplimiento a sus fallos’” (Corte IDH, 2015b).

Esto es, realizando un análisis detallado de la presentación del informe anual de la Corte IDH a la Asamblea General de la OEA —como órgano democrático del sistema— se evidencia que este no trasciende más allá de la notificación a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP), la cual la remite al Consejo Permanente, quien en últimas tiene la potestad de agendarlo para ser debatido en el seno de la Asamblea, lo que lleva a formular las siguientes preguntas:

¿El artículo 65 de la Convención Americana propicia espacios deliberativos para analizar el incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y posterior toma de decisiones por parte de la Asamblea General de la OEA respecto a aquellos Estados parte que incumplen las sentencias de la Corte IDH?

¿Posibilita el artículo 65 la deliberación e inclusión real en el foro de la Asamblea General a los actores implicados en la garantía de los derechos fundamentales tales como el Estado infractor de las sentencias de la Corte IDH, como intérprete máxima de la Convención y al conjunto de los Estados parte?

¿Realiza un seguimiento la Asamblea General de la OEA —o sus instancias— a las sentencias proferidas por la Corte IDH respecto a aquellos Estados parte que han vulnerado e incumplido la garantía de los derechos fundamentales establecidos en la Convención?

Así, este escrito pretende responder a los anteriores cuestionamientos, allegando de entrada dos conclusiones generales:

1. Es evidente el alto número de incumplimiento de los fallos proferidos por la Corte IDH, por parte de los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de esta, situación que afecta los derechos fundamentales de las víctimas, así como el Estado democrático de derecho, pues a mayores espacios democráticos mayor es la protección de los derechos fundamentales y viceversa.

2. Tal como está positivizado, el artículo 65 de la Convención Americana evidencia que este no es el mecanismo democrático deliberativo eficaz para comunicar directamente ante la Asamblea General de la OEA el incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Las anteriores conclusiones se desprenden del incumplimiento total o parcial por parte de los Estados parte de las decisiones proferidas por la Corte IDH, así como de la poca aplicabilidad del artículo 65 de la Convención, en tanto no propicia espacios democráticos reales. Esto se puede ver en las más de 230 sentencias proferidas por este tribunal interamericano entre los años 1988 —primera sentencia de la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras— y el año 2020. Así, del cumplimiento por parte de los Estados se tiene un acatamiento total de 35 —sentencias archivadas—, mientras se contabilizan más de 223 sentencias en etapa de supervisión por incumplimiento total o parcial por parte de los Estados al año 2020 (Corte IDH, 2020).

En este contexto, el presente trabajo se inserta en la metodología cualitativa, articulado desde un enfoque analítico hermenéutico. Para ello, en un primer momento se analizan los mecanismos utilizados por la Corte IDH para realizar los seguimientos al cumplimiento/incumplimiento de las sentencias proferidas (1), y así determinar cuáles son los criterios y mecanismos utilizados por esta instancia judicial al momento de decidir presentar el informe anual a la Asamblea General de la OEA, conforme indica el artículo 65 de la Convención (2). En este punto se busca identificar qué aspectos en concreto del informe presentado por la Corte IDH a la Asamblea General de la OEA son debatidos por esta y qué seguimiento se hace a dicho informe.

COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA PARA SUPERVISAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS FALLOS

La Corte IDH es compelida, por primera vez —año 2013—, a través del cuestionamiento esgrimido por el Estado de Panamá, respecto a la validez y legitimidad de la competencia de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus fallos. Así, en el caso Baena Ricardo vs. Panamá, 2003, dicho Estado objeta la “falta de competencia de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus decisiones”, situación que lleva a la Corte IDH a sentar un importante precedente al recordar al Estado de Panamá

la obligación de los Estados de cumplir las decisiones emitidas por la Corte en todo caso en que sean partes, y a la competencia de la Corte Interamericana para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y emitir instrucciones y resoluciones para el cumplimiento de las medidas de reparación por ella ordenadas (Corte IDH, 2003, párr. 59).

Con lo anterior, la Corte IDH sienta un precedente sobre la importancia de la supervisión de sus sentencias. Para ello, esgrime como fundamento de sus decisiones la fuerza vinculante consagrada en los artículos 33, 62 y 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reafirmada aún más por la ratificación de los Estados parte de la competencia contenciosa de la Corte IDH, así como de la validez que le otorga el artículo 29 del Reglamento de la Corte, el cual señala expresamente:

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

Con estos argumentos, la Corte IDH reafirma la necesidad del cumplimiento de sus sentencias, las cuales obligan a los Estados parte conforme lo propuesto en el artículo 68 de la Convención Americana. Por consiguiente, en la sentencia contra el Estado de Panamá, la Corte IDH afirma categóricamente que sí tiene competencia para supervisar el cumplimiento de sus sentencias y lo ordenado en estas.

Ahora bien, al reafirmar la Corte IDH que sí tiene competencia para supervisar sus fallos, vale la pena preguntarse ¿cuáles son los criterios y mecanismos seguidos por la Corte IDH antes de someter el caso concreto ante la Asamblea de la OEA?

Ante esta pregunta, la Corte IDH ha optado por seguir unos mecanismos tendientes a recabar información completa sobre el estado del cumplimiento de dicha sentencia, para ello procede de la siguiente manera:

- 1 Solicita información al Estado sobre qué medidas y prácticas internas viene implementado para cumplir con su obligación internacional de investigar, reparar, administrar justicia y juzgar a los responsables de las violaciones a los derechos fundamentales.

2. Promueve la celebración de audiencias públicas y privadas con el fin de escuchar al Estado, a la Comisión, a las víctimas y a los demás intervinientes respecto al cumplimiento de la obligación internacional contraída por el Estado. (Corte IDH, 2015a, párr. 2).

Ahora bien, ¿cómo hace la Corte IDH para acceder a la información requerida para analizar el cumplimiento o incumplimiento de los Estados parte? Según Natalia Urbina (2017, p. 64), la información recolectada por la Corte IDH sobre el cumplimiento de los fallos procede de muchas fuentes de información, entre las que se encuentran las diferentes instancias de los Estados parte como las defensorías del pueblo (Corte IDH, 2020).

Por ejemplo, dentro de las diversas fuentes de información a las que acude la Corte IDH para verificar el cumplimiento de las sentencias está la brindada por la Defensoría del Pueblo de Colombia. Respecto a este país, en el año 2019 la Corte IDH solicitó información a la Defensoría del Pueblo sobre la percepción que tienen las víctimas sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH; en esta ocasión, el Tribunal Interamericano manifestó:

La Defensoría [del Pueblo colombiano] estructuró la información según lo que consideró eran las dimensiones principales de las medidas de reparación ordenadas por la Corte relativas a: 1) acceso a la justicia; 2) indemnizaciones; 3) salud; 4) educación, y 5) otras medidas de reparación. Asimismo, dicha institución realizó recomendaciones para la implementación de las sentencias (Corte IDH, 2020).

Por tanto, en caso de no obtener una información clara y precisa respecto a la manera como el Estado viene dando cumplimiento a las diversas sentencias condenatorias, la Corte IDH pasa a determinar y ponderar si somete o no el caso a la Asamblea General de la OEA, según se deduce del artículo 65 de la Convención, el cual señala que cuando un Estado es reticente en cumplir sus fallos:

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 65).

En esta misma línea, el artículo 30 del Estatuto de la Corte señala:

La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

De lo anterior se puede colegir que una de las razones de la Corte IDH para decidir someter el caso o no a la Asamblea General de la OEA está en el grado de cumplimiento de la sentencia, sumando a la información real, pronta y efectiva brindada a esta por los Estados parte.

Ahora bien, es de resaltar la importancia de los diversos mecanismos y estrategias utilizadas por la Corte IDH para supervisar y hacer seguimiento al cumplimiento o incumplimiento de sus sentencias. Desde la perspectiva de este trabajo, se considera que todos estos mecanismos son importantes y válidos a la hora de revisar el cumplimiento de las sentencias por los Estados parte. Sin embargo, analizando en detalle la utilización del artículo 65 de la Convención, se evidencia —a nuestro entender— que este no asegura ni permite una participación democrática directa de la Corte IDH ante la Asamblea General para hacer público el incumplimiento del Estado, sumado a que el informe anual de la Corte IDH muchas veces no es abordado ni deliberado en la Asamblea Permanente y menos en la Asamblea General. Esto significa que lo máximo que hace la Asamblea General es emitir un “exhorto”, una “recomendación” para con aquellos Estados que vienen incumpliendo reiteradamente con las decisiones de la Corte IDH (Asamblea General de la OEA, 2010).

Varios ejemplos demuestran que las “observaciones y recomendaciones al informe Anual de la Corte IDH”, por parte de la Asamblea General de la OEA, son “saludos a la bandera”, en tanto es el Consejo Permanente —recuérdese que está compuesto por un Representante Permanente por cada Estado parte, con categoría de Embajador— el que, de manera previa, realiza observaciones y modificaciones al informe, tal como lo establece el artículo 54f de la OEA. Esto se evidencia, por ejemplo, cuando en la Resolución AG/doc.5377/13, titulada Proyecto de Resolución: “Observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, se dice: “Se aprobó lo Acordado por el Consejo Permanente en la sesión celebrada el 28 de mayo de 2013” (Asamblea General de la OEA, 2013).

De igual manera, en el informe anual de la Corte IDH del año 1998 se indicó:

Con el propósito de presentar a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA el Informe Anual de la Corte correspondiente al año 1996 y a la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios el Proyecto de Presupuesto de la Corte para el año 1998, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos presentó sus recomendaciones al Informe Anual de la Corte, las cuales fueron hechas suyas por el Consejo Permanente de la OEA y fueron aprobadas por la Asamblea General en los términos que se indicarán más adelante (Corte IDH, 1999).

Otros casos que demuestran la ineficacia y poca aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto del informe anual de la Corte IDH, se corrobora en las simples “recomendaciones” de la Asamblea General de la OEA al informe presentado por esta. Así, por ejemplo:

1. La Resolución AG/doc.5077/20 de 27 de mayo de 2010 de la Asamblea General de la OEA (2010) dice al respecto:

Reiterar que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables y que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte.

2. En el informe anual de la Corte idh del año 2018 se dice textualmente, por parte de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP):

1. La CAJP tomó nota de la presentación del Informe Anual 2018 de la Corte IDH a cargo del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, presidente de la Corte IDH, así como de los comentarios expresados por las delegaciones, y que los mismos sean transmitidos al Consejo Permanente para que a su vez los eleve a la consideración de la Asamblea General en su próximo periodo ordinario de sesiones.

3. La Resolución AG/doc.5657/19 de 21 junio 2019 de la Asamblea General de la OEA (2019), señala en el punto 24-5:

Instar a los Estados parte a continuar los esfuerzos para garantizar la efectiva aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptando e intensificando las actividades y medidas encaminadas a su cumplimiento, así como alentar a los Estados que no lo han hecho a que consideren ratificar la Convención y a reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de conformidad con el artículo 62 del instrumento.

La única excepción al formalismo y poca aplicabilidad del artículo 65 es expuesto por el exjuez de la Corte IDH Manuel Ventura Robles, quien de manera crítica ante la funcionalidad de dicho artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos menciona:

En toda la historia del SIPDH, este mecanismo político de seguimiento se ha pronunciado solamente en una ocasión con respecto al incumplimiento de las medidas ordenadas por la Corte. En los informes de los años 1994 y 1995, la Corte IDH comunicó que Surinam no había enviado información sobre el cumplimiento de la sentencia en los casos Aloebotoe y otros y Gangaram Panday. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos remitió, entre sus recomendaciones, el exhortar al Estado a cumplir con las medidas de reparación ordenadas. Esto fue incluido en el Informe Anual de la OEA de 1995, siendo esto una excepcionalidad en la práctica del SIPDH (Ventura, 2005, párr. 154).

Como ya se ha manifestado, las recomendaciones de la Asamblea General de la OEA al informe anual de la Corte IDH —donde se evidencia un incumplimiento ostensible a lo ordenado por la Corte IDH en sus sentencias— son comunicados de “buenas intenciones” e “invitaciones” sin un pronunciamiento concreto que analice de forma detallada a qué se debe el incumplimiento del Estado parte respecto de las sentencias de la Corte.

En esta misma línea se pronuncia el juez de la Corte IDH Patricio Pazmiño, cuando dice al respecto:

Como señalaba el expresidente de la Corte IDH, juez Augusto Cançado Trindade, es en el artículo 65 donde se encuentra “la mayor importancia, de la vinculación al ejercicio de la garantía colectiva por todos los Estados parte en la Convención Americana”. Es por ello por lo que la noción de garantía juega un rol esencial en la instituciona-

lidad, legitimidad y eficacia de la Corte Interamericana. El expresidente de la Corte buscaba que sea la propia Asamblea General la que establezca mecanismos, subcomisiones, procedimientos y protocolos para que de manera articulada con la supervisión de cumplimiento de la Corte den seguimiento a las reparaciones establecidas en las sentencias (Corte IDH, 2020).

A manera de síntesis de este apartado, se presenta un esquema del procedimiento seguido en el informe anual de la Corte IDH a la Asamblea General de la OEA.

Pasos:

1. Casos sometidos por la Corte IDH en el informe anual a la Asamblea General.



2. El informe anual es presentado por el presidente de la Corte IDH a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (lo recibe y realiza recomendaciones).



3. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos presenta el informe al Consejo Permanente, integrado por el embajador de cada país, quien también puede realizar observaciones al informe.



4. El Consejo Permanente, con fundamento en el informe que le presente la Comisión de Asuntos Jurídicos, decide qué informes son convenientes para someter a la consideración de la Asamblea y cuáles no —según lo indica el artículo 40 del Estatuto del Consejo Permanente—.

Con estos elementos de análisis se examinan con detalle cuáles Estados parte han sido incluidos en el informe anual de la Corte IDH, siguiendo el procedimiento del artículo 65 de la Convención Americana. Igualmente, se reitera la no participación real y concreta de la Corte IDH en la Asamblea General, así como la ausencia de un mecanismo democrático eficaz que posibilite la deliberación y toma de decisiones públicas respecto a los casos reiterados de incumplimiento del Estado parte.

INFORME DE LA CORTE IDH A LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTADOS PARTE CONFORME AL ARTÍCULO 65 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

En este acápite se identifican los motivos y argumentos de la Corte IDH para comunicar a la Asamblea General de la OEA sobre la inobservancia de los Estados del deber de acatar los fallos del tribunal. Para ello, se analizan los cinco primeros informes de la Corte IDH, con el fin de identificar cuáles fueron los criterios tenidos en cuenta por dicha Corte al momento de realizar el informe y qué medidas tomó al respecto la Asamblea General.

1. El primer caso donde la Corte IDH informa a la Asamblea General de la OEA es del año 1994 —caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname, 1993 y Gangaram Panday vs. Suriname, 1994—. Para el tribunal, el incumplimiento de la sentencia por parte de este Estado radicó en no haber recibido ninguna comunicación oficial del Gobierno de Suriname sobre el cumplimiento de la sentencia condenatoria, por lo que: “La Corte, por este medio, solicita a la Asamblea General que exhorte al Gobierno de Suriname a informarle sobre el estado del cumplimiento de la sentencia sobre reparaciones en el caso Aloeboetoe y otros” (OEA, 1995).

Es de aclarar que la Corte IDH archiva estos dos casos en el año 1990, comunicando la decisión a la Asamblea General de la OEA.

2. El segundo caso donde la Corte IDH acude al artículo 65 de la Convención, para someter un caso a la Asamblea General de la OEA, data del año 1998, referente al caso James y otros vs. Trinidad y Tobago. Sobre este dijo la Corte IDH:

De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que la República de Trinidad y Tobago, Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no ha dado cumplimiento a sus decisiones respecto de las medidas provisionales adoptadas en el caso James y otros, por lo que solicita que la Asamblea General inste a la República de Trinidad y Tobago a cumplir con las resoluciones de la Corte (Corte IDH, 1999, párr. 56).

3. El tercer informe presentado por la Corte IDH respecto al incumplimiento de un Estado a la Asamblea de la OEA parte del caso Loayza Tamayo y Castillo Páez vs. Perú, de 1998, así como del caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, de 1999. De esta manera, en el informe del año 1999 el Tribunal Interamericano expuso que

la Corte ha constatado (supra H.9, 10, 11) la clara negativa del Perú a dar cumplimiento a las sentencias de reparaciones de 27 de noviembre de 1998 en los casos Loayza Tamayo y Castillo Páez y de fondo de 30 de mayo de 1999 en el caso Castillo Petruzzi y otros. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que la República del Perú, Estado parte en la Convención Americana, no ha dado cumplimiento a sus sentencias en los casos antedichos, por lo que le solicita que inste a dicho Estado a cumplir con los fallos de la Corte (Corte IDH, 1995).

Se aclara que los casos Loayza Tamayo y Castillo Páez no han sido archivados por la Corte y continúan en etapa de supervisión.

4. En el informe del año 2000, la Corte IDH somete de nuevo el caso de Castillo Petruzzi y otros, argumentando en esta ocasión lo siguiente:

Constatada la negativa del Perú a dar cumplimiento a la sentencia de fondo de 30 de mayo de 1999 y de conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte decidió informar a la Asamblea General de la OEA que la República del Perú, Estado parte en dicha Convención, no ha dado cumplimiento a la mencionada sentencia, solicitándole que instara a dicho Estado a cumplir con la misma. Además, el 12 de noviembre de 2000 la Corte remitió una nota al secretario general de la OEA (supra C.4 y Anexo XXXIV) en la cual se hacía referencia, *inter alia*, a la falta de cumplimiento de la sentencia referida (Corte IDH, 1999).

La Corte archiva este caso en el año 2016 y lo comunica a la Asamblea General de la OEA.

5. Posteriormente, en la Resolución de Cumplimiento del año 2003, la Corte IDH incluye en su informe anual una comunicación a la Asamblea General de la OEA, donde detalla el incumplimiento del Estado de Ecuador. En esta oportunidad, adujo la Corte IDH:

15. Que debido a que el Estado no ha dado cumplimiento a la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos declaradas por este Tribunal en perjuicio de Consuelo Benavides Cevallos y sus familiares, la Corte, en aplicación del artículo 65 de la Convención Americana y del artículo 30 del Estatuto, podrá incorporar en su Informe Anual correspondiente al año 2003 la presente Resolución, a los efectos de ser sometida a la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (Corte IDH, 2003).

Ahora bien ¿qué pasó en estos cinco casos y en los años posteriores con los informes de la Corte IDH? Revisando las actas de la Asamblea General de la OEA de los años 1995, 1998, 1999, 2000 y 2003, así como los informes anuales de la Corte IDH, se logró evidenciar que la Asamblea General no profirió ningún pronunciamiento ni realizó un seguimiento al incumplimiento de los Estados presentado en el informe de la Corte IDH durante estos años, situación que se mantiene igual entre los años 2004 al 2020. La Asamblea General, como se mencionó anteriormente, solo ha exhortado el Estado de Suriname para que informe a la Corte sobre el cumplimiento de la sentencia condenatoria, pero dicha solicitud no va más allá de la misma y no se realizó un seguimiento detallado ni se profirió ninguna recomendación al respecto.

Lo máximo que se tiene del análisis realizado es que la Asamblea General solo atina a recordarles a los Estados parte las obligaciones que los fallos de la Corte IDH les señala:

1. Son definitivos e inapelables y que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte.
2. Reiterar que, con el propósito de que la Corte pueda cumplir cabalmente con la obligación de informar a la Asamblea General sobre el cumplimiento de sus fallos, es necesario que los Estados parte le brinden oportunamente la información que esta les requiera (Asamblea General de la OEA, 1999).

Ahora bien, en este punto vale la pena hacerse una pregunta: ¿por qué la Corte ha sometido algunos casos en contra de unos Estados que incumplen las sentencias de la Corte IDH y no ha informado a la Asamblea respecto de otros que también están en la misma situación? Como ejemplo de lo último se analiza, con relación a Colombia, el caso Caballero Delgado, de 1995 —por cuestiones de espacio no se pueden analizar otros ejemplos de incumplimiento de las sentencias de la Corte, pero existen muchas situaciones similares, por ejemplo, el Caso Loaiza Tamayo vs. Perú 1998, el cual presenta nueve Resoluciones de Cumplimiento, y el Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, el cual presenta cinco Resoluciones de Cumplimiento— (este país cuenta con veinticinco sentencias condenatorias a 2022, de las cuales solo ha cumplido con una, la cual supera los veintiséis años de incumplimiento de la sentencia de la Corte IDH y no ha sido informada a la Asamblea General de la OEA). Esta sentencia contra Colombia ha llevado a que la Corte IDH emita seis Resoluciones de Supervisión de Cumplimiento, en las cuales ha manifestado su “preocupación por el incumplimiento de la sentencia”. Por ejemplo, en la Resolución de supervisión del año 2019 dijo la Corte IDH:

Preocupa al Tribunal que pese a haber insistido en resoluciones de supervisión de cumplimiento previas respecto de la importancia de recibir la debida información por parte del Estado para supervisar la presente medida y haber realizado solicitudes específicas y detalladas de información (supra Considerandos 5 a 7), el Estado continúe remitiendo información general sobre diversas diligencias realizadas, sin hacer alusión al objetivo o propósito de las mismas, sin evidenciar un plan sistemático y organizado de investigación, ni indicar cuáles son los pasos que ha tomado para retomar la investigación de las personas inicialmente sindicadas (supra Considerando 10), o bien, si existen líneas alternativas de investigación.

Lo cierto es que frente a este caso ya han pasado más de treinta años de acaecidos los sucesos y más de veintiséis años del fallo de la Corte, sumado a seis resoluciones de supervisión de cumplimiento de la Corte IDH. Ahora bien, no se entiende por qué la Corte IDH no ha sometido este caso en el informe anual para comunicar a la Asamblea General del incumplimiento del Estado colombiano. Este caso, y otros del mismo tenor, no son aclarados por la Corte IDH cuando someten un caso en el informe anual. Así, por ejemplo, en el Voto Concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, del año 2012, afirmó lo siguiente:

El suscrito concurre con el presente voto a la resolución indicada en el título, en adelante la Resolución, en el entendido de que, acorde a las normas pertinentes y en vista del extenso lapso y, por ende, más que prudente o razonable, transcurrido desde la dictación de la sentencia de autos sin que el Estado concernido, en adelante el Estado, le haya dado, en lo fundamental, cumplimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, debería dar cuenta de ello a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en adelante Asamblea General de la OEA.

A modo de síntesis de este apartado se presenta una tabla que explica el cumplimiento e incumplimiento de la sentencia a mayo de 2022.

Tabla 16.1 Cumplimiento e incumplimiento de sentencia

Caso Caballero y Santana vs. Colombia. Sentencia de 1997 Supervisión de cumplimiento, 2019	Incumplido	Cumplido
El Estado debe investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables	X	
Publicación de la sentencia		X
Búsqueda de los restos de Caballero y Santana	X	
Reparación económica: daño material e inmaterial, costas y gastos del proceso.		X

Fuente: elaboración propia con base en la Corte IDH (2020).

Respecto a la sentencia del caso Caballero Delgado (fallo del año 1997) puede observarse que, en la resolución de cumplimiento del año 2019, aún faltan por cumplir varias de las obligaciones.

CONCLUSIONES

1. El título de este trabajo aborda el tema del Informe Anual de la Corte IDH a la Asamblea General de la OEA por incumplimiento de los Estados parte a la luz del artículo 65 de la Convención Americana. Al realizar el análisis detallado del informe anual que la Corte presenta a la Asamblea General de la OEA se evidenció que esta no posibilita una deliberación inclusiva con las víctimas a las que se les han vulnerado sus derechos fundamentales por el incumplimiento de los Estados parte, en tanto es el Comité de Asuntos Jurídicos el que, en últimas, decide si somete o no el informe al Consejo Permanente, o si lo somete o no a la Asamblea General de la OEA. Esto es,

se reitera que la Asamblea General de la OEA casi nunca, por no decir nunca, realiza seguimientos ni delibera sobre el incumplimiento de los Estados parte de la violación a los derechos fundamentales, imposibilitando con ello que los Estados reparen a las víctimas, conozcan la verdad, se aplique justicia y se mejore la calidad de la democracia.

2. El informe de la Corte IDH sobre el incumplimiento de los Estados, conforme al artículo 65 de la Convención, debe ser accionado directamente ante la Asamblea General de la OEA, lo que permitiría deliberar directamente sobre cuáles mecanismos podrían seguirse con aquellos Estados renuentes a cumplir las sentencias de la Corte IDH. Así, una mayor inclusión de la Corte IDH, y en lo posible de las víctimas en los debates directos de la Asamblea, posibilitaría una esfera pública deliberativa tendiente a equiparar y restablecer los derechos fundamentales para aquellos grupos e individuos que no han tenido acceso a la justicia, la democracia, la verdad y la reparación, entre otros derechos vulnerados por sus respectivos países.

3. Se reitera que los informes a la Asamblea General de la OEA, respecto al incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, no tienen un seguimiento ni son analizados por la Asamblea General de la OEA, mucho menos se les hace seguimiento tendiente a proponer acciones reales para que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales. Esto es, no hay un espacio deliberativo que permita a la Corte IDH exponer las causales de incumplimiento del Estado.

4. Crear un organismo que realice un seguimiento detallado al incumplimiento de los Estados y con capacidad real de informar directamente a la Asamblea General es esencial, si se quiere que el artículo 65 de la Convención no siga siendo ineficaz.

REFERENCIAS

Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones de estructurales. *Revista SUR*, 6(11), 7-39. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf>.

Anzola, S., Sánchez, B. y Urueña, R. (2016). Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/7.pdf>.

Asamblea General de la OEA (1999). Resolución AG/DEC. 20 (XXIX-O/99). http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/resolucion_xxixga.htm.

Asamblea General de la OEA (2010). Resolución AG/doc.5077/10. <http://www.oas.org/consejo/sp/ag/ag40ordinaria.asp>.

Asamblea General de la OEA (2013). Resolución AG/doc.5377/13. <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/AG43ordinaria.asp>.

Asamblea General de la OEA (2019). Resolución AG/doc.5657/19. http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_19/AG07947T03.doc.

Cançado, A. (2001). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del siglo XXI. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección*. San José de Costa Rica (t. II). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Carbonell, M. (2013). *Derechos fundamentales y democracia*. Instituto Federal Electoral.

Convención Americana de Derechos Humanos (1969). <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-internacional/15737-1985>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio. (Serie C), N.º 4. 18. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1989). Caso Godínez Cruz vs. Guatemala. Sentencia de 20 de enero. (Serie C), N.º 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1995). Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Fondo). (Serie C), N.º 22. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1999). 1998 Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/III.43, doc. 11. <http://www.corteidh.or.cr>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2003). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2010). Informe anual. https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2020_informe_03.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012a). Informe anual. http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012b). Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de febrero. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/caballero_27_02_12.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015a). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015b). Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rios_20_11_15.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015c). Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rios_20_11_15.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015d). Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rios_20_11_15.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015e). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/5casos_20_11_15.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015f). Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/5casos_20_11_15.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2015g). Caso López Mendoza vs. Venezuela. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/lopez_20_11_15.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2018). Informe anual 2018. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2018/espanol.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2019). Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Supervisión de cumplimiento, 22 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/nadege_dorzema_22_11_19.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2020). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020 solicitada por la República de Colombia. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf.

Durango, G. (2017). *Amnistías y derechos fundamentales políticos como límites contramayoritarios: análisis desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Editorial Diké-Universidad Nacional de Colombia.

Durango, G. (2020). *Ponderación como garantía de los derechos fundamentales. Análisis de casos a partir de la teoría de R. Alexy*. Editorial Ibañez Editores.

Farrajoli, L. (2012). Por una teoría de los derechos fundamentales. En L. González y J. Morales (Coords.), *Derechos humanos. Actualidad y desafíos*. Fontamara.

Faúndez, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Faúndez, H. (2009). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

García, S. (2005). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Iglesias, M. (2019). El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los Estados o división cooperativa del Trabajo? (Una mirada desde Europa). En A. Amaya, *Los desafíos constitucionales de la democracia social*. Librería.

Naciones Unidas (1980). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/pdf/viena-convention-es.pdf>.

Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020 solicitada por la República de Colombia. Sin datos.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1995). Resolución AG/RES.1330. Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 9 de junio de 1995. <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res95/Res-1330.htm>.

Pazmiño, P. (2020). Voto a favor y parcialmente disidente del Juez Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020 solicitada por la República de Colombia. Sin datos.

Rodríguez, C. y Kauffman, C. (2019). De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. En VV. AA., *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos: nuevos tiempos, viejos retos*. Dejusticia.

Rousset, A. (2019). Ajustes en el ámbito normativo interamericano para el cumplimiento eficaz de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista República y Derecho*. <https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/137>.

Saavedra, P., Cano, G. y Ramos, H. (2017). Reparación y supervisión de sentencias. En J. García y E. Carmona (Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Aranzadi.

Urbina, N. (2017). El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016.

Ventura, R. (2005). Voto razonado. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de marzo de 2005. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas.

Vio Grossi (2012). Voto concurrente. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2012. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Indicaciones para autores, guía de buenas prácticas
y enlace para enviar los artículos

https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/pautas_eticas

<https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/login>



REVISTA Ratio Juris
se terminó de diagramar en marzo de 2023
Fuentes tipográficas: Toronto 11 puntos para texto
corrido y Calibri en 14 puntos para títulos

