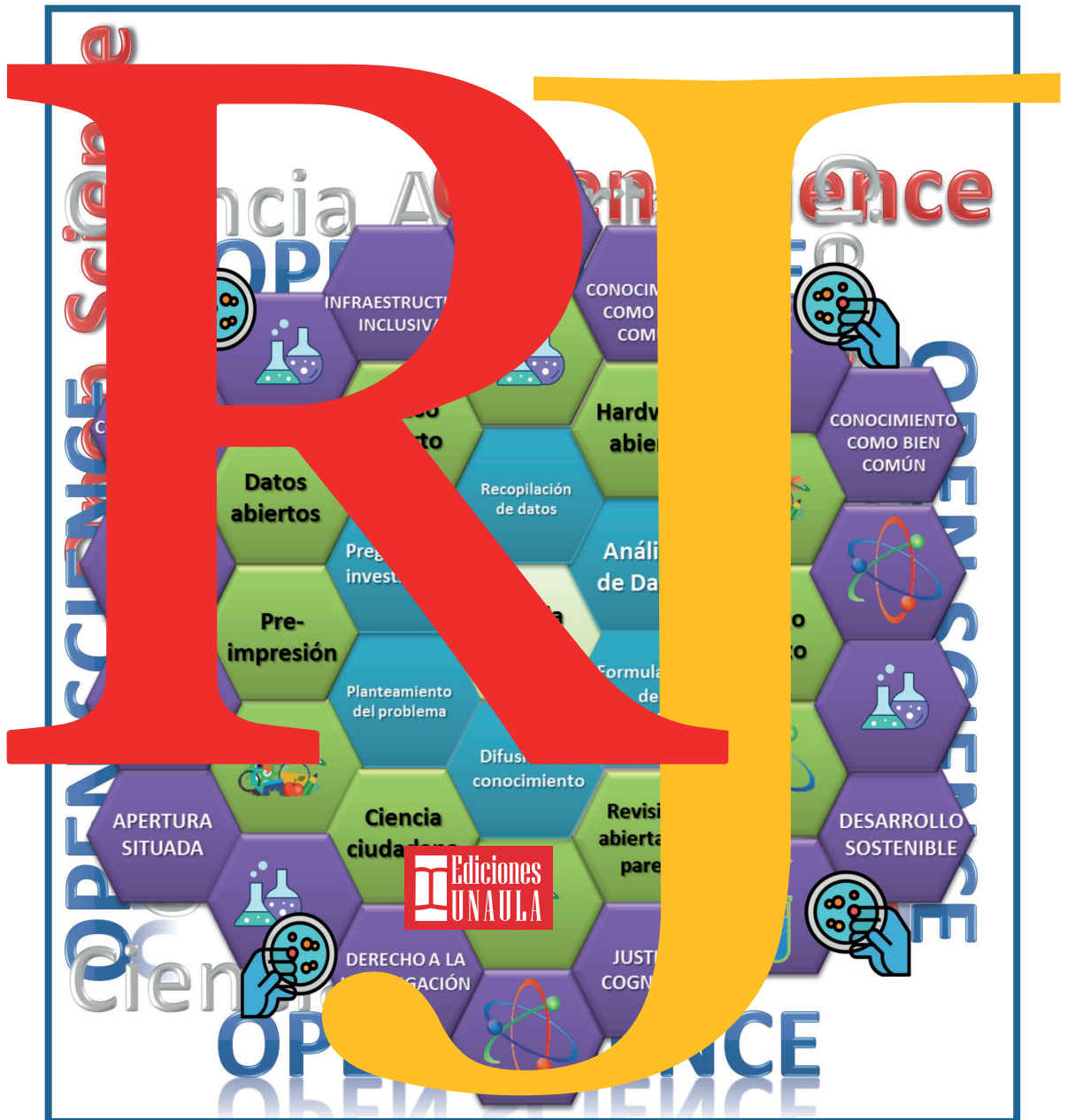
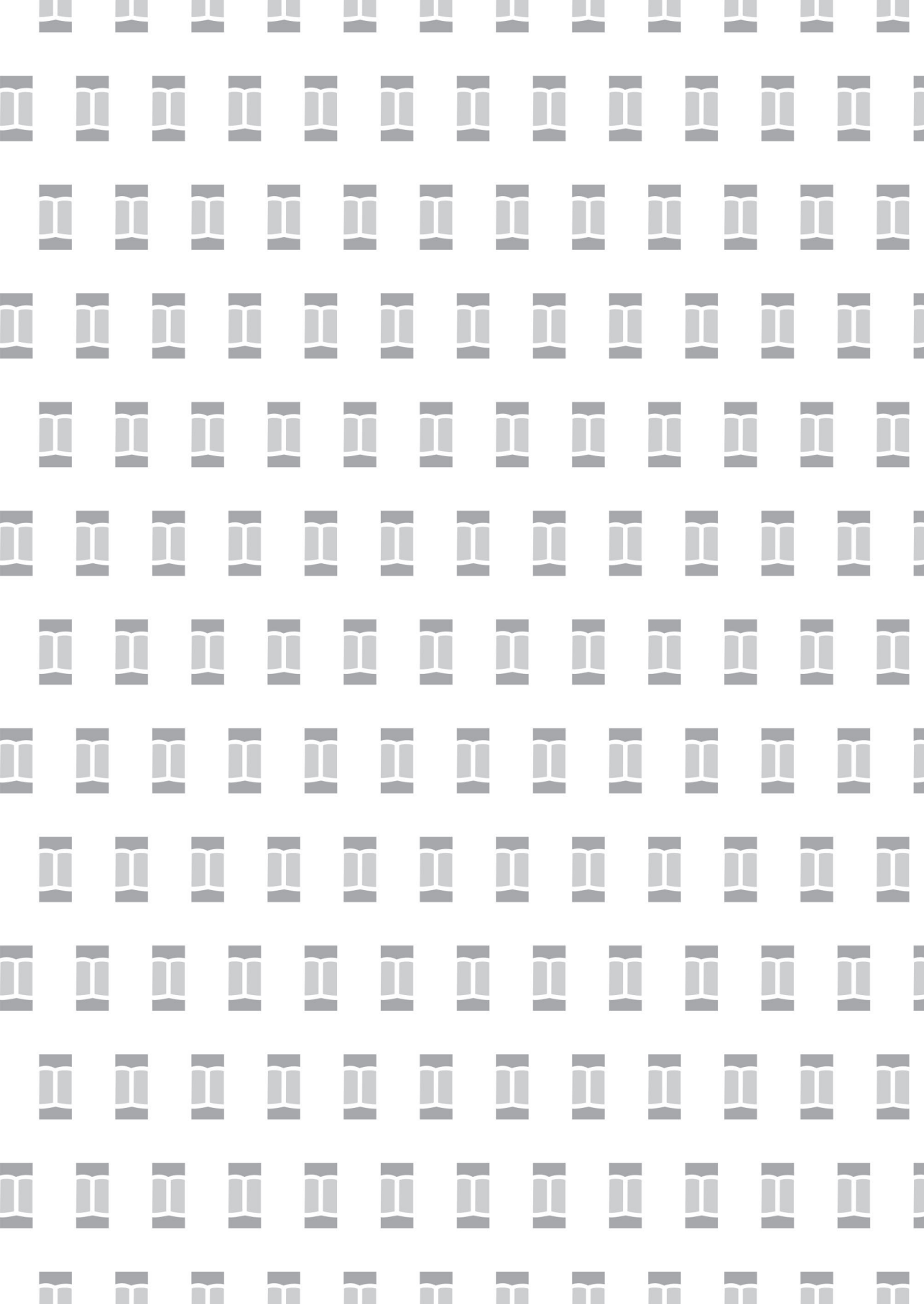
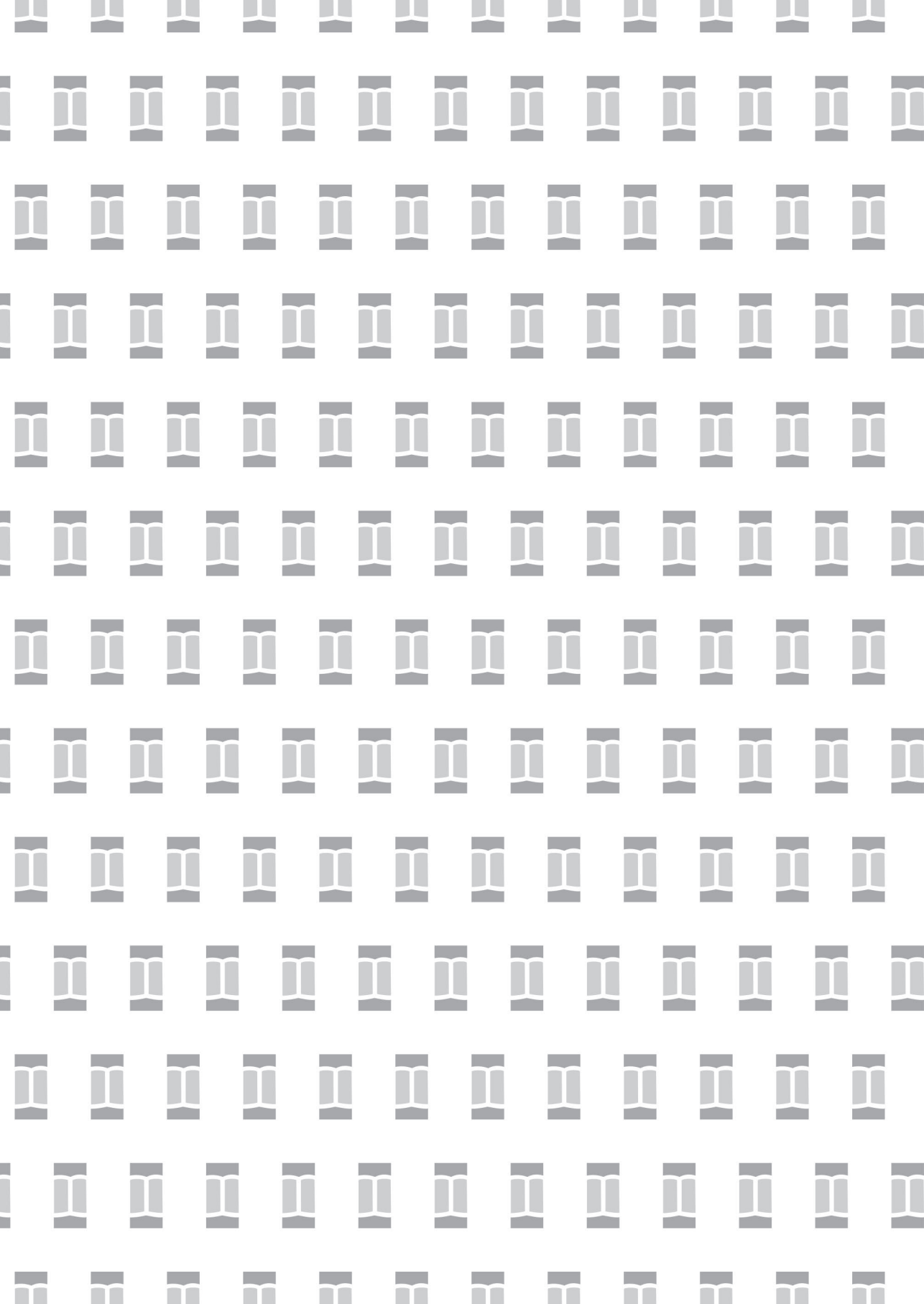








REVISTA Ratio Juris

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

REVISTA Ratio Juris

de la Facultad de Derecho de la
Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA

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 19, número 38, enero-junio de 2024

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

SILVIA RÍOS GONZÁLEZ
Presidente de la Sala de Fundadores

JOSÉ RODRIGO FLÓREZ RUIZ
Rector

FRANCISCO JAVIER VALDERRAMA BEDOYA
Vicerrector Académico

JOSÉ FERNANDO VALENCIA GRAJALES
Vicerrector de Investigación

RAMÓN ELEJALDE ARBELÁEZ
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Dr. 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

CAMILO MOLINA MARTÍNEZ

(CMTRAZOS@GMAIL.COM)
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

Dr. Modesto Manuel Gómez Alonso, España, Universidad de Salamanca
(modestogomez@usal.es)

<https://filosofialogicayestetica.usal.es/es/docente-investigador/gomez-alonso-modesto-manuel>
<https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=YY4FwIIAAAAJ> SCOPUS ID 0000-0001-6889-2330
<https://orcid.org/0000-0001-6889-2330> <https://produccioncientifica.usal.es/investigadores/182557/detalle>
<https://upsa.academia.edu/ModestoG%C3%B3mezAlonso>

Dra. Mayda Soraya Marin Galeano, Universidad de Antioquia, Colombia
(maydasoraya@gmail.com)

<https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=1x5m4ywAAAAJ>
https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001373816
<https://orcid.org/0000-0002-9446-8768> <https://www.researchgate.net/profile/Mayda-Soraya-Galeano>

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

<https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=GNATfQoAAAAJ> <http://orcid.org/0000-0003-1659-7588>
<https://forerosandoval.net/> <https://www.scopus.com/authid/detail.uri?authorId=37081728400>

Dr. Alfonso Insuasty Rodríguez, Universidad de San Buenaventura, Colombia
(alfonso.insuasty@gmail.com)

<https://scholar.google.com/citations?user=-x7-TLMAAAAJ&hl=es> <https://orcid.org/0000-0003-2880-1371>
https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000801534
<https://www.researchgate.net/profile/Alfonso-Insuasty-Rodriguez>

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

<https://scholar.google.com/citations?user=1Sx2U-AAAAAJ&hl=es> <https://www.researchgate.net/profile/Gerardo-Durango-Alvarez> https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000675539
<https://independent.academia.edu/GerardoAntonioDurangoAlvarez> <http://www.hermes.unal.edu.co/pages/Docentes/Docente.jsf?u=gadurango>

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

Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar, Doctor H.C. Unidad Central del Valle UCEVA - Centro Observatorio Internacional de Derechos Humanos – Ecuador Profesor Titular Derecho Penal, Investigador Senior MINCIENCIAS 2021, Director Red Internacional de Política Criminal Sistémica "Extrema Ratio" UNAL Reconocido y Clasificado A 1 MINCIENCIAS 2021

http://www.reddolac.org/groups/2709308:Group:666684?xg_source=msg_appr_group
<https://scholar.google.com/citations?user=HcDh2YAAAAAJ&hl=es> <https://orcid.org/my-orcid>
ORCID: 0000-0002-8012-2387 Scopus Preview: Author ID: 57002680800
Associated member: Narratives and Social Changes-International Research Group (NaSC-IRG)
https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000656046
<https://scienti.minciencias.gov.co/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=00000000007171>
Programa Delfin México ID Investigador 08627

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@ipecal.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@ipeca.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
(jazornozab@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 de la revista

Mg. Luís Augusto Teixeira Morais - Latmorais@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0808-5187> Universidade de São Paulo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Dra. Ana Paula Guimarães - HYPERLINK "mailto:apg@upt.pt" apg@upt.pt ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0813-4789> Universidade Portucalense Infante Dom Henrique Instituto Jurídico Portucalense: Porto

Dra. Clara María Mira González - HYPERLINK "mailto:cmira@CES.EDU.CO" cmira@CES.EDU.CO <https://orcid.org/0000-0003-1040-5944> Editora Revista CES Derecho

Dr. Waldir Leonel - waldirleonel@uems.br
<http://orcid.org/0000-0002-5376-0041> Universidade Estadual de Mato grosso do Sul - UEMS

Mg. Enrique Rodríguez Caporalli - caporali@icesi.edu.co
0000-0003-0997-7793 Universidad Icesi

Mg. Angello Javier Peña Barrio - HYPERLINK "mailto:angellojavierpb@gmail.com" angellojavierpb@gmail.com <https://orcid.org/0000-0003-2381-0324> Universidad de Los Andes (ULA), Venezuela

Dr. Hernando León Londoño Berrío - HYPERLINK "mailto:hernando.londono@udea.edu.co" hernando.londono@udea.edu.co Universidad de Antioquia

Mg. Estefanía Szupiany - HYPERLINK "mailto:eszupiany@gmail.com" eszupiany@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-5571-7485> IHUCSO Litoral (UNL-CONICET). Santa Fe, Argentina

Dra. VANESSA ORTIZ PIEDRAHITA - vaortizp@unal.edu.co <https://orcid.org/0000-0003-4698-7050> UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Mg. Jackeline Da Silva Jeronimo de Souza - Jack_sjs@hotmail.com <https://orcid.org/0000-0003-2993-4272> Universidade Federal da Bahia

Mg. Natalia Escobar Escobar - Natalia.escobare@unilibre.edu.co; <https://orcid.org/0000-0002-0268-9441> Universidad Libre

Dr. OMAR PEZO JIMENEZ - omapezo@virtual.upt.pe <https://orcid.org/0000-0001-7932-7206> Universidad Privada de Tacna

Mg. Nohelia Elizabeth Diaz Correa - noheliaelizabethdiaz@gmail.com <https://orcid.org/0000-0001-9883-3550> Docente Universidad del Sinu – Cartagena. Docente Escuela de Policía Antonio Nariño.

Dr. JULI PONCE SOLÉ - jponce@ub.edu <https://orcid.org/0000-0002-1977-5063> Universidad de Barcelona

Mg. Diego Alejandro Palacios Parra -dpalaciosparra@udenar.edu.co Universidad de Nariño

Dra. Raquel Freitag rkofreitag@academico.ufs.br <https://orcid.org/0000-0002-4972-4320> Universidade Federal de Sergipe

Mg. Thaís Tonomi Batista - thaistononi@hotmail.com <https://orcid.org/0000-0001-7912-234X> Poder Judiciário do Espírito Santo/Brasil

Dr. Olegário Gurgel Ferreira Gomes - HYPERLINK "mailto:olegariofgomes@gmail.com" olegariofgomes@gmail.com <https://orcid.org/0000-0003-0379-7767> Universidade do Estado do Rio Grande do Norte; Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Dr. Alexis Oviedo - alexis.oviedo@uasb.edu.ec Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador

Dr. Néstor Raúl Caro Espitia - HYPERLINK "mailto:nestorcaroabogados@gmail.com" nestorcaroabogados@gmail.com Colegio Abogados del Tolima

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
(fabianluduenaa@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 (jmfmoran@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 auctant@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



Bases de datos e indexación



TABLA DE CONTENIDO

Editorial

- 21.....Visibilización de la ciencia en las redes sociales: retos
y oportunidades desde una perspectiva jurídica del derecho de autor

Visibility of science on social media: Challenges and opportunities
from a legal perspective on copyright

*Pedro Luis Ramírez Berrío, Andrea María Valencia Grajales, Cristian
Alexánder Hernández Durango, José Fernando Valencia Grajales*

Artículo de investigación

- 41.....Análisis jurídico de normas con perspectiva de género sobre mujeres
privadas de la libertad en sentencias de declaratoria
de estado de cosas inconstitucional

Legal analysis of standards with a gender perspective on women
deprived of liberty in judgments declaring the state
of affairs unconstitutional

Eddy Karina Mena Pérez, Clara María Mira González
- 65.....Análisis de la ruta de la oferta institucional de Medellín para personas
desplazadas debido al conflicto armado con énfasis en
la restauración de su proyecto de vida

—Fase documental—

Analysis of the route of the institutional offer in Medellin for people
under displacement due to the armed conflict with emphasis on the
restoration of their life project

—Documentary phase—

Angy Plata Álvarez, Francy Plata Álvarez, Angélica Vargas Bernal

- 99.....Decisiones judiciales en segunda instancia del poder judicial de Ceará sobre el tipo penal “violación al vulnerable”
(Ceará-Brasil, 2017 a 2020)

Judicial decisions in the second instance of the judicial power of Ceará regarding the criminal offense “rape of a vulnerable individual”
(Ceará-Brazil, 2017 to 2020)

Irlena Maria Malheiros da Costa, Homero Chiaraba
- 125.....El buen gobierno y la correcta administración pública: el caso de la Corte Constitucional de Colombia y el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Good governance and proper public administration: the case of the Colombian Constitutional Court and the case of the Supreme Court of Justice of Mexico

Juan Sebastián Duque-Posada, Cristian Camilo Carrillo-Benítez, Santiago Agudelo-Taborda
- 159.....El estándar mínimo de prueba en el proceso penal

Estudio a partir de los criterios jurídicos para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia, con enfoque en el pensamiento de Michele Taruffo

The minimum standard of proof in the criminal process
Study based on the legal criteria for the imposition of custodial sentencing in Colombia, with a focus on the thought of Taruffo

Juan Camilo Yepes Yarce, Luis Orlando Toro Garzón
- 189.....The minimum standard of proof in the criminal process

Study based on the legal criteria for the imposition of custodial sentencing in Colombia, with a focus on the thought of Taruffo

El estándar mínimo de prueba en el proceso penal
Estudio a partir de los criterios jurídicos para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia, con enfoque en el pensamiento de Michele Taruffo

Juan Camilo Yepes Yarce, Luis Orlando Toro Garzón

- 217.....La ideología política, las creencias sociales y la polarización como obstáculos psicosociales para la democracia y la paz en Colombia, 2016-2020
- Political ideology, social beliefs, and polarization as psychosocial barriers to democracy and peace in Colombia 2016–2020
- Juan David Villa-Gómez, Ivonne Leadith Díaz-Pérez, Tatiana Saavedra-Flórez, Carlos Andrés Sánchez-Jaramillo, Alfonso Insuasty Rodríguez*
- 259.....Political ideology, social beliefs, and polarization as psychosocial barriers to democracy and peace in Colombia 2016–2020
- La ideología política, las creencias sociales y la polarización como obstáculos psicosociales para la democracia y la paz en Colombia, 2016-2020
- Juan David Villa-Gómez, Ivonne Leadith Díaz-Pérez, Tatiana Saavedra-Flórez, Carlos Andrés Sánchez-Jaramillo, Alfonso Insuasty Rodríguez*
- 299.....Impeachment, parlamentarização e destituição presidencial abusiva na América Latina: uma investigação sobre a instabilidade presidencial na América Latina
- Juicio político, parlamentarización y destitución presidencial abusiva en América Latina: una investigación sobre inestabilidad presidencial en América Latina
- Magnus Henry da Silva Marques, Alexandre Bernardino-Costa*
- 333.....La fase intermedia en el proceso penal colombiano como mecanismo de protección del principio acusatorio: una necesidad con motivo de la conmemoración de las dos décadas de la Ley 906 de 2004
- The intermediate phase in the Colombian criminal process, as a mechanism to protect the accusatorial principle: a necessity on the occasion of commemorating the two decades of Law 906 of 2004
- Mateo Ledesma Cano*

- 361.....La lectura y la escritura a partir de los manuscritos de
revistas jurídicas latinoamericanas indizadas en Scopus y Wos
Reading and writing from manuscripts of latin american law journals
indexed in Scopus and Wos
Hugo González Aguilar
- 391.....De escenarios políticos de reconocimiento a identidades
de género no conformes
From political scenarios of recognition to
non-conforming gender identities
Paula Andrea Ramírez Monsalve
- 425.....From political scenarios of recognition to
non-conforming gender identities
De escenarios políticos de reconocimiento a identidades
de género no conformes
Paula Andrea Ramírez Monsalve
- 455.....Sobre o surgimento dos direitos linguísticos
enquanto categoria jurídica
Sobre el surgimiento de los derechos lingüísticos
como categoría jurídica
Marcos Paulo Santa Rosa Matos
- 491.....Transfobia e heteronormativismo em uma política carcerária “à brasileira”
Transphobia and heteronormativity in a “Brazilian-style” prison policy
Nieissa dos Santos Pereira, Bacildes Azevedo Moraes Terceiro

521.....Una mirada freudiana al origen del Estado moderno:
relación con el totemismo

A Freudian Perspective on the Origin
of the Modern State: Relationship with Totemism

Simón Bolívar Serna

547.....Deslocamentos humanos por desastres ambientais e o instituto
do refúgio internacional: o caso das Ilhas Carteret e a
necessidade de reconhecimento dos refugiados climáticos

Human Displacement due to Environmental
Disasters and the International Institute of Refugees:
The Case of the Carteret Islands and the Need for
Recognition of Climate Refugees

Thiago Dos-Santos-da-Silva

583.....¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la
acción de repetición? Estudio metodológico para la aplicación
de criterios jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad

What is the amount to be reimbursed to the state in the action of repeti-
tion? Methodological study for the application of jurisprudential criteria
on the principle of proportionality

Guillermo Ernesto Polanco Jiménez

617.....Factores de riesgo en la violación de derechos
humanos por parte de los policías

Fatores de risco na violação dos
direitos humanos por parte de policiais

*Hugo Alberto Tavarez-Alvarado, Karla Villareal-Sotelo,
Fabiola Peña-Cárdenas*

633.....Justificación de los derechos humanos: autonomía, consenso,
democracia y dignidad humana

Justification for Human Rights: Autonomy,
Consensus, Democracy and Human Dignity

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

663.....Uso legítimo de la fuerza: un estudio respecto a su utilización en las
áreas urbanas de Colombia por las fuerzas públicas

Legitimate Use of Force: A Study on Its Utilization
in Urban Areas of Colombia by Public Forces

José Javier Nuñez-Castillo, Andrés Felipe Roncancio-Bedoya

679.....La automatización de los procedimientos
aduaneros en la facilitación del comercio

Automation of customs procedures in trade facilitation

Víctor Nikiforovich Sidorov

EDITORIAL

VISIBILIZACIÓN DE LA CIENCIA EN LAS REDES
SOCIALES: RETOS Y OPORTUNIDADES DESDE UNA
PERSPECTIVA JURÍDICA DEL DERECHO DE AUTOR*

VISIBILITY OF SCIENCE ON SOCIAL MEDIA:
CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FROM A
LEGAL PERSPECTIVE ON COPYRIGHT

VISIBILIZAÇÃO DA CIÊNCIA NAS REDES SOCIAIS:
DESAFIOS E OPORTUNIDADES A PARTIR DE UMA
PERSPECTIVA JURÍDICA SOBRE DIREITOS AUTORAIS

PEDRO LUIS RAMÍREZ BERRÍO**

ANDREA MARÍA VALENCIA GRAJALES***

CRISTIAN ALEXÁNDER HERNÁNDEZ DURANGO****

JOSÉ FERNANDO VALENCIA GRAJALES*****

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a1

* El presente artículo es derivado de la línea Constitucionalismo Crítico y Género, dentro del programa de investigación con código 37-000016, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana.

** Ingeniero administrador. Especialista en Estrategia Gerencial y Prospectiva. Magíster en Ingeniería Administrativa de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Profesor de cátedra de la Institución Universitaria Visión de las Américas. Profesor de Extensión de la Universidad Nacional de Colombia. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=wQutYd-gAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-4405-912X>, correo electrónico: pramirez@unal.edu.co

Resumen

La sociedad actual está marcada por los avances tecnológicos y una amplia conectividad a través de internet, especialmente mediante las redes sociales. Estas plataformas no solo facilitan la interacción social, sino que también se han convertido en canales que favorecen la visibilización de la ciencia. Los investigadores pueden compartir sus descubrimientos con audiencias amplias y diversas de manera casi instantánea, lo que representa un cambio significativo en la forma en que se difunde y se consume la información científica. Sin embargo, este cambio también plantea desafíos legales, como la protección de la propiedad intelectual y la veracidad de la información compartida. El acceso abierto a la ciencia surge como un movimiento que busca democratizar el conocimiento científico, cerrar las brechas de desigualdad y promover una comunicación más inclusiva y transparente. Las redes sociales posibilitan el acceso democrático al conocimiento, la colaboración global entre los científicos, la comunicación directa con el público, la participación ciudadana en la ciencia y la adaptación rápida a las tendencias emergentes. A pesar de estos beneficios, es crucial abordar los desafíos éticos y legales que se deben sortear para garantizar la integridad y la protección de los datos que se comparten en estas plataformas.

*** Docente del SENA y el Instituto Tecnológico de Antioquia (ITM). M. Sc. en Gestión de la Innovación Tecnológica, Cooperación y Desarrollo Regional. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=75tGMMEAAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2378-201X>, correo electrónico: andreavalenciagra@hotmail.com

**** Analista de información del CTC de la Universidad Pontificia Bolivariana. Administrador de sistemas informáticos. Especialista tecnológico en gestión y seguridad de bases de datos. Estudiante de la Maestría en Tecnologías de Información. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=75tGMMEAAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2378-201X>, correo electrónico: cristian.hernandezd@upb.edu.co

***** Docente investigador de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Abogado de la Universidad de Antioquia. Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Estudios Urbano Regionales de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. Doctor en Conocimiento y Cultura en América Latina del Instituto Pensamiento y Cultura en América Latina, A. C. (Ipecal). Editor de las revistas *Kavilando* y *Ratio Juris*. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=mlzFu8sAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8128-4903>, correo electrónico: editor.ratiojuris@unaula.edu.co

Palabras clave: redes sociales, ciencia abierta, conectividad, acceso democrático, desafíos legales.

Abstract

Today's society is characterized by technological advancements and extensive connectivity through the Internet, particularly via social media. These platforms not only facilitate social interaction but have also become influential channels for scientific visibility. Researchers can share their findings with wide and diverse audiences almost instantaneously, transforming the way scientific information is disseminated and consumed. However, this shift also presents legal challenges, such as protecting intellectual property and ensuring the accuracy of shared information. Open access to science has emerged as a movement aimed at democratizing scientific knowledge, bridging inequality gaps, and promoting more inclusive and transparent communication. Social media offers opportunities for democratic access to knowledge, global collaboration among scientists, direct communication with the public, citizen participation in science, and rapid adaptation to emerging trends. Despite these benefits, it is crucial to address ethical and legal challenges to ensure the integrity and protection of the data shared on these platforms.

Keywords: social media; Open science; Connectivity; Democratic access; Legal challenges

Resumo

A sociedade atual é marcada por avanços tecnológicos e uma ampla conectividade através da Internet, especialmente por meio das redes sociais. Essas plataformas não apenas facilitam a interação social, mas também se tornaram canais influentes para a visibilização científica. Os pesquisadores podem compartilhar suas descobertas com audiências amplas e diversas de maneira quase instantânea, transformando a forma como a informação científica é difundida e consumida. No entanto, essa mudança também apresenta desafios legais, como a proteção da propriedade intelectual e a veracidade das informações compartilhadas. O acesso aberto à ciência surge como um movimento

que busca democratizar o conhecimento científico, fechar lacunas de desigualdade e promover uma comunicação mais inclusiva e transparente. As redes sociais oferecem oportunidades para um acesso democrático ao conhecimento, colaboração global entre cientistas, comunicação direta com o público, participação cidadã na ciência e adaptação rápida a tendências emergentes. Apesar desses benefícios, é crucial abordar os desafios éticos e legais para garantir a integridade e a proteção dos dados compartilhados nessas plataformas.

Palavras-chave: redes sociais, ciência aberta, conectividade, acesso democrático, desafios legais.

El presente documento intenta dar una respuesta inicial a la pregunta ¿cómo afectan los desafíos legales, especialmente en relación con los derechos de autor, la difusión de la información científica en las redes sociales, y cómo se abordan estos desafíos en el contexto de la comunicación científica en la era digital? Para responderla se planteó como objetivo principal analizar los desafíos legales y éticos relacionados con la difusión de la información científica en las redes sociales, y examinar cómo estos afectan la comunicación científica en la era digital, con un enfoque particular en los derechos de autor. Además se propuso, por un lado, observar el impacto de la difusión masiva de información científica en las redes sociales, en relación con los derechos de autor y la protección de la propiedad intelectual, y por otro lado, evaluar los desafíos éticos que enfrentan los científicos al comunicar los resultados de investigación a través de las plataformas digitales y cómo estos pueden influir en la confianza pública en la ciencia, para finalmente describir las implicaciones legales y éticas del acceso abierto a la información científica en línea y su relación con la democratización del conocimiento y la participación ciudadana en la ciencia. La metodología utilizada fue la cualitativa, con enfoque documental, incluyendo documentos, leyes y regulaciones históricas. Además, se revisaron las iniciativas internacionales relacionadas con el acceso abierto a la información científica.

Sin lugar a dudas, nuestra sociedad se encuentra en un momento trascendental, caracterizado por una gran cantidad de avances tecnológicos y por el uso intensivo y masificado del internet a través de diferentes dispositivos especialmente diseñados para mantener conectado el mundo entero, a toda hora y desde cualquier lugar. Cada día hay más consumidores conectados y cada vez son más las personas que conocen y buscan servicios y productos a través de estos medios.

Este cambio trascendental que permite la “hiperconexión” de los usuarios, tanto con los desarrollos tecnológicos como con otras personas, se ha visto potenciado de manera significativa por el surgimiento y la proliferación de las denominadas redes sociales, que han emergido como canales de comunicación poderosos e influyentes. Desde el inicio del desarrollo de este tipo de aplicaciones, a finales de los años noventa y al comienzo del siglo XXI, la humanidad ha experimentado una transformación radical en la dinámica de la difusión y el consumo de información, y ha marcado con ello una verdadera revolución en la sociedad contemporánea.

En este contexto, las redes sociales no solo se erigen como medios de interacción y conexión social, sino que se consolidan como plataformas de visibilización científica sin precedentes. Para los investigadores, estas plataformas representan una herramienta inestimable, que les otorga la capacidad única de compartir sus descubrimientos y contribuciones con audiencias extraordinariamente amplias y diversas; además, de forma casi inmediata.

La instantaneidad y la globalidad inherentes a las redes sociales han trascendido las barreras tradicionales de difusión, brindando a los científicos una ventana inigualable para proyectar sus investigaciones y avances a un público que es ahora más extenso y heterogéneo que nunca. Este fenómeno no solo redefine la forma en que la ciencia se comunica, sino que también promueve un diálogo más inclusivo y accesible, democratizando el conocimiento científico y estableciendo un puente vital entre la comunidad científica y la sociedad en general.

En este escenario, la visibilización de la ciencia a través de las redes sociales no solo se presenta como una oportunidad estratégica, sino también como un elemento transformador que configura el nuevo paradigma de la comunicación científica en la era digital. Sin embargo, estos avances no están exentos de desafíos y cuestionamientos jurídicos. Al abordar este tema, es crucial examinar de manera más detallada algunos de los retos legales específicos que surgen en la intersección entre la ciencia y las plataformas digitales.

En primer lugar, es necesario abordar el tema de la *protección de la propiedad intelectual* de los investigadores, ya que es el desafío jurídico más evidente. En un entorno digital en el que la información puede ser replicada de forma instantánea, la identificación y la preservación de los derechos de autor y otros derechos conexos se convierten en tareas esenciales. Es imperativo que el marco legal colombiano se adapte para abordar las complejidades de la propiedad intelectual en línea, proporcionando a los científicos, los investigadores y los creadores de publicaciones científicas las herramientas necesarias para controlar y proteger sus descubrimientos.

La primera en reconocer la necesidad de proteger los derechos de los autores en el mundo fue la reina Anne de Gran Bretaña, quien puso en evidencia la ruina de los autores.

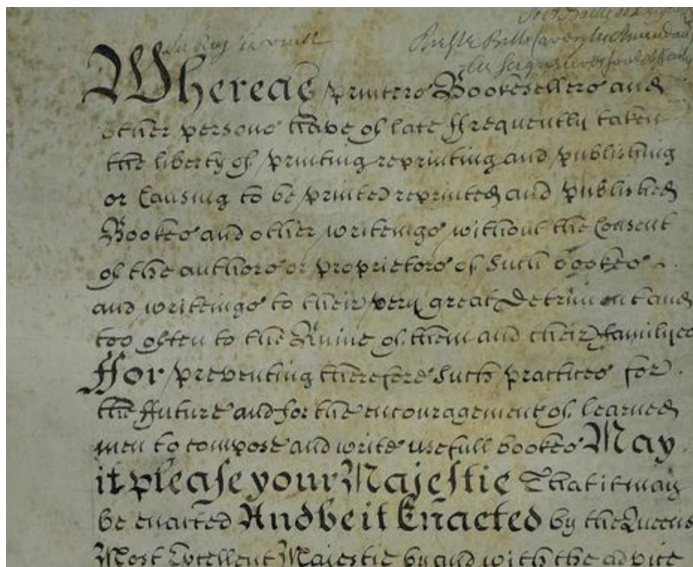


Figura 0.1 Reglamentación del derecho a la copia

Fuente: Queen Anne of Great Britain y Parliament of Great Britain (1710).

Es decir, Anne regula por medio del parlamento un estatuto que reglamenta el *copyright* o derecho a la copia, a causa del constante abuso del privilegio real que tenían los impresores, y esta norma obliga a reconocerles a los autores sus derechos patrimoniales, a entregarles copias y a realizar el depósito legal en las bibliotecas, además de limitar el derecho de los impresores a solo quince años. Esta intervención real se justifica en su primer artículo:

Yo. Mientras que los impresores, libreros y otras personas se han tomado con frecuencia la libertad de imprimir, reimprimir y publicar, o hacer que se impriman, reimpriman y publiquen, libros y otros escritos, sin el consentimiento de los autores o propietarios de dichos libros y escritos, en su gran detrimento, y con demasiada frecuencia para la ruina de ellos y sus familias: y para prevenir, por lo tanto, tales prácticas en el futuro, y para alentar a los hombres eruditos a componer y escribir libros útiles; que le agrade a su Majestad que se pueda promulgar, y sea promulgada por la majestad más excelente

de la Reina, por y con el consejo y consentimiento de los Lores espirituales y temporales, y los comunes, en este parlamento actual reunido, y por la autoridad del mismo (Queen Anne of Great Britain y Parliament of Great Britain, 1710, p. 1).

Los recién creados Estados Unidos de América continuaron con la línea de los *copyrights* o derechos de copia, y esta medida se describió como “una ley para alentar el aprendizaje, asegurando las copias de mapas, cuadros y libros, a los autores y propietarios de tales copias, durante los tiempos mencionados” (Congress of the United States, 1790, p. 1).

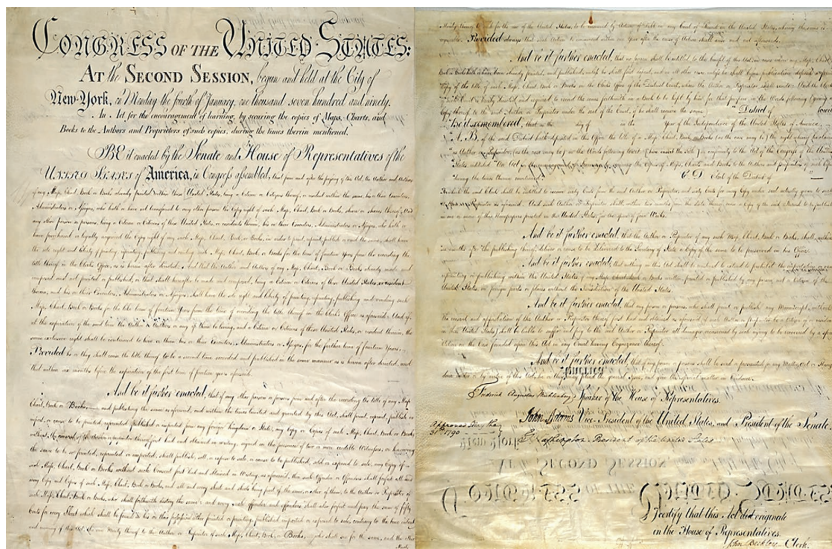


Figura 0.2 Ley para alentar el aprendizaje, asegurando las copias de mapas, cuadros y libros

Fuente: Congress of the United States (1790).

Esta norma, similar a la inglesa, establece un plazo máximo de catorce años para la explotación después de la cesión, el registro y los depósitos en las bibliotecas. El plazo puede ser renovado, pero nuevamente con el registro y la cesión del autor. Adicionalmente, le concede una acción judicial al autor en el siguiente apartado:

Sección 6. Y se promulgue además, que cualquier persona o personas que imprima o publique y manusciba, sin el consentimiento y la aprobación del autor o titular del mismo, del que primero tuvo y obtuvo como se mencionó anteriormente, (si dicho autor o propietario es ciudadano o residente en estos Estados Unidos) será responsable de sufrir y pagar a dicho autor o propietario todos los daños ocasionados por dicha lesión, para que recupere por una acción especial sobre el caso basado en este acto, en cualquier tribunal que tenga conocimiento de ello (Congress of the United States, 1790, p. 2).

Este derecho también se vio protegido desde la Revolución francesa, en 1791. Esta revolución nos dejó las primeras enseñanzas sobre el mismo, pues procuró eliminar el poder avasallador que tenían los editores y los impresores sobre las obras, ya que estos actuaban gracias a los denominados privilegios del monarca, quien les había concedido la posibilidad de imprimir y editar como prerrogativa. Además, los autores no podían comercializar sus propios libros debido a que la venta y la impresión masivas también se encontraban en manos de los privilegiados, sin contar con la censura de la Iglesia y del rey (Strowel, 1997).

Es por ello que durante la era de la iluminación autores como Immanuel Kant, con su obra *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks* (1768); Denise Diderot, con su obra *Lettre historique et politique adressée a un magistrat sur le commerce de la librairie son étatancienet actuel, ses règlements, les privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passagedes ponts et autres objets relatifs a la police littéraire* (1767); y Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquis de Condorcet, con *Fragments sur la liberté de la presse* (1776), evidenciaron la necesidad de eliminar dichos privilegios.

La propriété la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je me permets de le dire, la plus personnelle, est l'œuvre, fruit de l'esprit d'un écrivain. Cependant, c'est une propriété d'un genre totalement différent des autres propriétés (Le Chapelier, 1791, p. 16).

DÉCRET RENDU

Sur la Pétition des Auteurs dramatiques,

Le 15 Janvier 1791.

ARTICLE PREMIER.

Tout citoyen pourra élever un théâtre public & y faire représenter des pièces de tout genre, en faisant préalablement à l'établissement, la déclaration à la Municipalité.

II.

Les Ouvrages des Auteurs morts depuis cinq ans & plus, sont une propriété publique, & peuvent, nonobstant tous anciens privilèges, qui sont abolis, être représentés sur tous les théâtres indistinctement.

III.

Les ouvrages des auteurs vivans ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute l'étendue de la France, sans le consentement formel & par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des représentations au profit de l'auteur.

23

IV.

La disposition de l'article III s'applique aux ouvrages déjà représentés, quels que soient les anciens réglemens; néanmoins les actes qui auroient été passés entre des comédiens & auteurs vivans ou des Auteurs morts depuis moins de cinq ans, seront exécutés.

V.

Les héritiers ou les cessionnaires des auteurs, seront propriétaires de leurs ouvrages durant l'espace de cinq années après la mort des Auteurs.

VI.

Les entrepreneurs ou les membres des différens théâtres feront, à raison de leur état, sous l'inspection des municipalités; ils ne recevront des ordres que des officiers municipaux, qui ne pourront pas arrêter ni défendre la représentation d'une pièce, sauf la responsabilité des auteurs & des comédiens, & qui ne pourront rien enjoindre que conformément aux loix & aux réglemens de police, réglemens sur lesquels le Comité de Constitution dressera incessamment un projet d'instruction; provisoirement les anciens réglemens de police seront exécutés.

24

VII.

Il n'y aura aux spectacles qu'une garde extérieure, dont les troupes de ligne ne seront point chargées, si ce n'est dans le cas où les officiers municipaux leur en feroient la réquisition formelle.

Il y aura toujours un ou plusieurs officiers civils dans l'intérieur des salles, & la garde n'y entrera que dans le cas où la sûreté publique feroit compromettre, & sur la réquisition formelle de l'officier de police, lequel se conformera aux loix & réglemens de police.

Tout citoyen sera tenu d'obéir provisoirement à l'officier civil.



Figura 0.3 Décret Rendu 1791

Fuente: Le Chapelier (1791).

Como se puede observar a propósito de las normas de la Asamblea Nacional Francesa, los derechos de autor que devienen de su paternidad son en principio exclusivos de los autores mientras vivan, solo podrán ser utilizados por terceros con la autorización expresa de los autores, y los cesionarios y los herederos solo podrán disfrutar de la posesión de estos derechos durante cinco años después de la muerte de los autores; luego, las obras serán de dominio público y quedarán bajo el cuidado del Estado. Por eso, Alain Strowel (1997) expresa lo siguiente:

El idioma francés da testimonio de los vínculos semánticos que asocian la imagen del padre con la del autor, ya que, para su hijo, el padre biológico (o el padre) también es “el autor de sus días”. Si la figura del autor aparece como la del padre, el trabajo se convierte en su hijo (espiritual). Un niño que el autor lleva (el tiempo de maduración), alimenta (de su experiencia, su imaginación, etc.) y aprecia (p. 52).

Los derechos de autor, en resumen, son los derechos exclusivos que posee un autor sobre su obra literaria, científica o artística. Estos derechos son internacionales y están protegidos por el Tratado de Berna desde 1886 y por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) desde 1967.

Las principales normas que protegen los derechos de autor incluyen el artículo 6 bis del Tratado de Berna, la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor y la Decisión 351 de la Comunidad Andina. En Colombia, la Ley 23 de 1982 define los derechos de autor y establece que los autores tienen la facultad exclusiva de disponer de su obra y de aprovecharla con o sin fines lucrativos. Los derechos morales de autor son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, y comprenden el reconocimiento de la autoría, el respeto por la integridad de la obra, la conservación inédita de la misma, la modificación y el retiro de circulación. Las limitaciones a estos derechos se justifican en función de la propiedad social, la educación, la cultura, la eficacia de la ley, la conservación del patrimonio cultural, la participación ciudadana y la libertad de expresión. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reafirmado la protección de los derechos de autor como un derecho fundamental, ubicando su núcleo esencial en la paternidad y la disposición de la obra, similar a lo que ocurre en la relación entre un padre y su hijo, y señalando que las obras son únicas y no pueden ser entendidas como simples reproducciones (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991; CAN, 1993; CCC, 2013a; 2013b; Congreso de la República de Colombia, 1982; OEA, 1946; OMPI, 1971).

Los derechos de autor terminan por ser el factor determinante de las nuevas dinámicas de la ciencia; aunque no son normas recientes, los cambios que sobre ellos se realicen podrían transformar drásticamente la manera en que se entiende la ciencia hoy, además de definir quiénes tienen derechos o no sobre la construcción de conocimiento.

En segundo lugar, se debe trabajar en los tópicos relacionados con *el licenciamiento y el acceso abierto a la información*, ya que la discusión con respecto a ellos también adquiere relevancia en la era de las redes sociales. Los investigadores deben conocer los términos de las licencias bajo las cuales comparten sus investigaciones, para poder determinar quién puede acceder y utilizar dicha información. El fomento del acceso abierto es una tendencia positiva, pero debe ir acompañado de una comprensión clara y una implementación efectiva de las licencias adecuadas para evitar conflictos legales.

El acceso abierto a la ciencia surge como un movimiento social (*open access movement*) que busca afrontar la crisis que proviene del capitalismo de la ciencia, la cual comenzaron a estudiar y a revisar la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco,

2011) y especialmente el Global Open Access Portal (GOAP); este ente internacional se aúna con el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (clacso). También están trabajando en el asunto la Comisión Europea, con su organismo Nube Europea de Ciencia Abierta (EOSC), y el Consejo Internacional de Ciencia (Boulton, 2021), a los que se han ido sumando los Organismos Nacionales de Ciencia y Tecnología, y asociaciones como Open Society Foundations (OSF), The San Francisco Declaration on Research Assessment (DORA), Redalyc, AmeliCA, SciELO, Dialnet, e-Revistas, entre otros (Alonso *et al.*, 2014; Babini y Rovelli, 2020; Barceló y Acosta, 2019; Boulton, 2021; Cox, 2013; Fulugonio *et al.*, 2016; Melero y Hernández, 2014; Montoya, 2015; Unesco, 2011).

Pero la discusión se ha desplegado en dos vertientes, una que entiende la ciencia como un bien público y otra que la considera como ciencia abierta para todos, lo que da lugar a dos visiones. El Consejo Internacional de Ciencia describe la primera perspectiva de la siguiente manera:

La ciencia como bien público se refiere al papel esencial que desempeña la ciencia en beneficio de la sociedad en su conjunto. Su método disciplinado y confiable proporciona conocimiento sistemático que responde a las necesidades sociales, informa la educación, fortalece la política, impulsa la innovación y aborda los desafíos globales como la sostenibilidad y la salud. Esta función esencial ilustra cómo el conocimiento científico es un bien público global, accesible para todos y que no se ve obstaculizado por el uso de otros. Sin embargo, este valor puede ser restringido por intereses privados o prácticas que limitan su difusión. Por lo tanto, es importante reconocer y proteger el papel de la ciencia como un bien público global, y los científicos tienen la responsabilidad de promover su acceso abierto y su uso para el beneficio de la sociedad (Boulton, 2021).

Por su parte, Babini y Rovelli (2020) describen así la segunda perspectiva:

La ciencia abierta se centra en hacer que la información científica, los datos y los resultados sean accesibles para todos (acceso abierto), aprovechados de manera confiable (datos abiertos) y con la participación activa de la sociedad en su conjunto. Busca conectar la ciencia con las necesidades de la sociedad y promover la igualdad de oportunidades para todos, incluidos científicos, responsables políticos y

ciudadanos. La ciencia abierta tiene como objetivo cerrar las brechas en ciencia, tecnología e innovación, tanto entre países como dentro de ellos, y garantizar el derecho humano a la ciencia. Promueve un enfoque científico eficiente, transparente y dinámico, con la participación de toda la sociedad, no solo de la comunidad científica. El movimiento de ciencia abierta ha surgido de la comunidad científica y se ha extendido a nivel global, pero aún enfrenta desafíos en términos de comprensión, oportunidades y aceptación en el ámbito científico y político.

Quiere decir que mientras, por un lado, la ciencia busca convertirse en un bien público accesible, por otro lado, la ciencia abierta trasciende este propósito, al pretender cerrar las brechas de desigualdad y exclusión.

Ahora bien, la velocidad a la que se difunde la información en las redes sociales también plantea el riesgo de la propagación de datos inexactos o sesgados. En ese sentido, los investigadores enfrentan el desafío de equilibrar la necesidad de compartir hallazgos científicos con la responsabilidad de garantizar la veracidad de la información. Por eso, el tercer reto consiste en que el marco legal colombiano relacionado contemple medidas que desincentiven la *difusión de información errónea* y fomente la divulgación basada en evidencia científica.

El cuarto reto incluye la *ética en la comunicación científica*, ya que esta adquiere una dimensión particular en las redes sociales. La capacidad de llegar a un público masivo implica una mayor responsabilidad por parte de los investigadores en la presentación de resultados y conclusiones. El marco legal debe establecer directrices éticas claras que promuevan una comunicación transparente y honesta, evitando prácticas engañosas que puedan comprometer la confianza pública en la ciencia.

El quinto y último reto supone la necesidad de revisar la *privacidad y la protección de datos*, ya que la recopilación y la difusión de datos científicos a través de las redes sociales también generan cuestionamientos. Los investigadores deben tener en cuenta las regulaciones existentes en materia de privacidad y asegurar que la información compartida cumpla con los estándares éticos y legales establecidos para la protección de la privacidad de quienes participan en estudios científicos.

Ahora, ya que las redes sociales no solo se han convertido en herramientas esenciales para los científicos, sino que, además, representan motores catalizadores para el progreso y la democratización del conocimiento

científico, a la par con los desafíos, también se genera una serie de oportunidades que son trascendentales para la comunidad científica y para la sociedad en su conjunto. Estas oportunidades se despliegan en varios niveles, impactando tanto la difusión del conocimiento como el desarrollo mismo de la ciencia:

Acceso democrático al conocimiento: Las redes sociales abren las puertas de la ciencia a audiencias diversificadas y geográficamente dispersas. La información científica, anteriormente confinada a círculos académicos específicos, ahora puede alcanzar a públicos de todas las edades, los niveles educativos y los contextos culturales. Este acceso democratizado no solo empodera a las comunidades para que participen en diálogos científicos, sino que también suscita el interés y la curiosidad en aquellos que de otro modo podrían no haber tenido acceso a este conocimiento especializado.

Colaboración global y multidisciplinaria: Las redes sociales facilitan la conexión instantánea entre científicos de todo el mundo, allanando el camino para colaboraciones interdisciplinarias y proyectos de investigación conjunta. Esta interconexión global no solo impulsa el avance del conocimiento científico, sino que también fomenta la diversidad de perspectivas y enfoques, enriqueciendo así la calidad de la investigación y ampliando su alcance.

Comunicación directa con el público: Los científicos pueden aprovechar las redes sociales para comunicarse directamente con el público, prescindiendo de los intermediarios y compartiendo la información de tal manera que sea más accesible y comprensible. Esta comunicación directa fomenta la transparencia, construye puentes de confianza y contrarresta la percepción de inaccesibilidad que históricamente ha rodeado al mundo académico.

Participación ciudadana en la ciencia: Las redes sociales se convierten en una plataforma para la participación activa de la ciudadanía en proyectos científicos y debates. A través de ellas se puede configurar una red de participación amplia, que permita incluir desde la recopilación de datos ciudadanos hasta la discusión sobre los hallazgos científicos. La interacción directa con el público mediante las redes sociales no solo enriquece las investigaciones, sino que también fomenta un sentido de propiedad y participación de la sociedad en la empresa científica.

Adaptación rápida a las tendencias y las problemáticas emergentes:

La velocidad con la que se difunde la información en las redes sociales permite a los científicos adaptarse rápidamente a las tendencias emergentes y a las problemáticas de relevancia social. Esto facilita la respuesta a los desafíos contemporáneos y promueve la aplicación práctica de la ciencia en la resolución de problemas de la vida cotidiana.

CONCLUSIONES

La difusión de información científica a través de las redes sociales presenta oportunidades significativas para democratizar el conocimiento y promover una mayor participación pública en la ciencia.

Los desafíos legales y éticos, como la protección de los derechos de autor y la veracidad de la información compartida, requieren una atención cuidadosa para garantizar la integridad y la confiabilidad de la comunicación científica en línea.

Los derechos de autor se tornan un problema que debe resolverse para evitar que se abuse de los autores o del conocimiento desde las multinacionales, los Estados y demás entes comerciales que buscan la apropiación económica de lo que los investigadores descubren, en detrimento de la humanidad.

El acceso abierto a la ciencia emerge como una respuesta clave a la crisis del acceso al conocimiento científico, promoviendo la equidad y la colaboración global en la investigación.

La comunicación directa entre los científicos y el público a través de las redes sociales puede mejorar la transparencia y construir puentes de confianza, pero también plantea desafíos para garantizar la precisión y la comprensión de la información científica.

Es fundamental para los investigadores y las autoridades legales adaptarse a los rápidos cambios en la difusión de la información científica en línea y desarrollar marcos éticos y legales adecuados para abordar los nuevos desafíos y las oportunidades que surgen en la era digital.

REFERENCIAS

Alonso, J., Lopes, C. y Antunes, M. D. (2014). Literacia da informação: Da identidade digital à visibilidade científica. *Alfabetização Informacional: Reflexiones y Experiencias*. https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/133421/1/DBD_Literaciadainforma%C3%A7%C3%A3o.pdf.

Álvarez, L. C., Ruiz, B. y Pérez, D. (2016). El acceso abierto y los repositorios digitales en las universidades cubanas. *Informática 2018. VII Congreso Internacional de Tecnologías y Contenidos Multimedia*.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (7 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, (114). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>.

Babini, D. y Rovelli, L. (2020). *Tendencias recientes en las políticas científicas de ciencia abierta y acceso abierto en Iberoamérica*. CLACSO, Fundación Carolina. <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/12/Ciencia-Abierta.pdf>.

Barceló, M. y Acosta, N. M. (2019). La visibilidad de la ciencia, un reto necesario para la Universidad de Cienfuegos. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(3), 166-171. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1239>.

Boulton, G. S. (2021). *Science as a global public good. A position paper of the International Science Council*. International Science Council. https://council.science/wp-content/uploads/2020/06/Science-as-a-global-public-good_v041021.pdf.

Comisión Europea, Nube Europea de Ciencia Abierta (EOSC). (2021). *Comisión Europea*. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/open-science-cloud>.

Comunidad Andina de Naciones (CAN). (1993). Decisión 351. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. *Decisiones andinas en propiedad intelectual*. Comunidad Andina de Naciones. <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201761102019%20en%20Propiedad%20Intelectual.pdf>.

Congress of the United States (1790). Copyright Act of 1790. An act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned. Senate, Congress, United States. *United States Copyright Office*. <https://copyright.gov/about/1790-copyright-act.html>.

Congreso de la República de Colombia (19 de febrero de 1982). Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. *Diario Oficial*, CXVIII(35949), 449. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30035790>.

Corte Constitucional de Colombia (CCC). (2013a). Sentencia C/011/13. Derechos de autor. Relatoría. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-011-13.htm#_ftnref18.

Corte Constitucional de Colombia (CCC). (2013b). Sentencia C/511/13. Decreto Ley 1355 de 1970. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-511-13.htm>.

Cox, G. (2013). Researching resistance to open education resource contribution: An activity theory approach. *E-Learning and Digital Media*, 10(2), 148-160. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.2304/elea.2013.10.2.148>.

Diderot, D. (1876). *Oeuvres complètes de Diderot. Oeuvres diverses II. Correspondance i*. Garnier Frères. <https://www.e-theca.net/bibliotheca-virtualis/autori/diderot/opere/DiderotOeuvres18.pdf>.

Ferreras, T. (2 de mayo de 2011). Editorial. *Boletín del Observatorio de Formación en Red, Scopeo*, (41). <http://scopeo.usal.es/boletin-scopeo-no-41>.

Fulugonio, J., Pérez, M. y Silva, E. (2016). Prolegómenos en torno a la comunicación de la ciencia. *RiHumSo. Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Matanza*, 2(8), 12-24. <https://rihumso.unlam.edu.ar/index.php/humanidades/article/view/79>.

Kant, I. (1868). *Immanuel Kant's Sämmtliche Werke*. Leopold Voss. https://ia801903.us.archive.org/32/items/265433882.1683.emory.edu/265433882_1683.pdf.

Le Baron Locré, M. (1819). *Discussions sur la liberté de la presse, la censure, la propriété littéraire, l'imprimerie et la librairie, qui ont eu lieu dans le conseil d'état, pendant les années 1808, 1809, 1810, 1811*. Garnery Libraire. <https://ia801305.us.archive.org/28/items/discussionssurla00loclr/discussionssurla00loclr.pdf>.

Le Baron Locré, M. (1827). *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes Français*. Treuttel et Würtz Libraires.

Le Chapelier, I. R. (1791). Le Chapelier's report, Paris (1791). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. <https://www.copyrighthistory.org/>

cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791&pagenumber=1_15&imagesize=small.

Machado, M. O., Rodríguez, R. C. y Rivero, D. J. (2016). Implementación de un sistema de repositorios digitales en la Universidad Central Marta Abreu de Las Villas. *X Congreso Internacional de Educación Superior*. file:///D:/Users/AcerCI5/Downloads/IMPLEMENTACINDEUNSISTEMADEREPOSITARIOSDIGITALESENLAUCLV.pdf.

Marquis de Condorcet, Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat (1776). *Fragments sur la liberté de la presse*. Cambridge University Library. https://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/f_1776a_1.pdf.

Martí, Y., del Toro, G. y Gutiérrez, Y. (2016). Visibilidad y accesibilidad al patrimonio documental de la Universidad de La Habana: repositorio institucional Scriptorium. *Bibliotecas. Anales de Investigación*, 12(1), 30-40. <http://eprints.rclis.org/30456/>.

Melero, R. y Hernández, J. (2014). Acceso abierto a los datos de investigación, una vía hacia la colaboración científica. *Revista Española de Documentación Científica*, 37(4). <http://redc.revistas.csic.es/index.php/redc/article/view/869/1175>.

Montoya, M. S. (2015). Acceso abierto y su repercusión en la sociedad del conocimiento: Reflexiones de casos prácticos en Latinoamérica. *Education in the Knowledge Society*, 16(1), 103-118. <http://revistas.usal.es/index.php/revistatesi/article/view/eks2015161103118/13000>.

Organización de Estados Americanos (OEA). (1946). *Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas*. OEA, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M061.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). (2011). Latin America and the Caribbean. *Global Open Access Portal*. <https://goap.info/>.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). (20 de noviembre de 2021). Anteproyecto de recomendación de la Unesco sobre la ciencia abierta. *Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco)*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374837_spa.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1886). *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283700>.

Parejo, M., de Casas, P., Martín, D. y Mena, M. (2024). Visibilización de la ciencia en las redes sociales: retos y oportunidades. *Revista Mediterránea de Comunicación*, 15(1), 15-18. <https://www.mediterranea-comunicacion.org/article/view/26555>.

Queen Anne of Great Britain y Parliament of Great Britain (1710). An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned. *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*. https://www.copyrighthistory.org/cam/pdf/uk_1710_1.pdf.

Strowel, A. (1997). Liberté, propriété, originalité: retour aux sources du droit d'auteur. En B. Libois y A. Strowel (eds.), *Profils de la création* (pp. 141-165). Saint-Louis University Press Bruxelles. <https://books.openedition.org/pusl/12435>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS JURÍDICO DE NORMAS CON PERSPECTIVA
DE GÉNERO SOBRE MUJERES PRIVADAS DE LA
LIBERTAD EN SENTENCIAS DE DECLARATORIA
DE ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL*

LEGAL ANALYSIS OF STANDARDS WITH A GENDER PERSPECTIVE
ON WOMEN DEPRIVED OF LIBERTY IN JUDGMENTS DECLARING
THE STATE OF AFFAIRS UNCONSTITUTIONAL

ANÁLISE JURÍDICA DE NORMAS COM UMA PERSPECTIVA
DE GÊNERO SOBRE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE
EM SENTENÇAS DE DECLARAÇÃO DE ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAIS

EDDY KARINA MENA PÉREZ**
CLARA MARÍA MIRA GONZÁLEZ***

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a2

* El trabajo de investigación que se presenta en este artículo hace parte del proyecto titulado “Los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad en Colombia. Análisis con perspectiva de género”, adscrito al Grupo de Estudios Jurídicos de la Universidad CES.

** Estudiante de décimo semestre de la Universidad CES. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-0225-6656>, correo electrónico: mena.eddy@uces.edu.co

*** Docente con funciones de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Abogada, especialista en Estudios Internacionales y en Gerencia de la Seguridad Social. Magíster en Ciencia Política y candidata a Doctora en Derecho. orcid: 0000-0003-1040-5944, correo electrónico: cmira@ces.edu.co

Resumen

El estado de cosas inconstitucional (ECI) es una figura que reclama por la ineficiencia de un gobierno en la atención de las necesidades que se presentan en las cárceles del país, y por su responsabilidad en la violación masiva de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, haciendo uso de esta figura, da una serie de órdenes al Estado colombiano, con las que le recomienda una gran cantidad de reformas frente a la problemática de la vulneración masiva y sistemática de los derechos humanos.

No obstante, en el momento de abordar el hacinamiento carcelario, el intérprete de la Constitución no aplica un enfoque de género que permita poner en práctica los derechos de las mujeres privadas de la libertad en los centros penitenciarios del país.

Para plantear entonces un análisis del enfoque de género en las diferentes sentencias que declaran y prorrogan el ECI es fundamental acudir a la metodología que propone Alda Facio en su libro *Cuando el género suena cambios trae*, considerada por la autora como una metodología de investigación con enfoque de género. De esta manera se revisan las sentencias que declaran y prorrogan el ECI, para hacer visibles los pronunciamientos de las mujeres que están privadas de la libertad frente a los cargos de sus demandas.

Palabras clave: perspectiva de género, ECI, penas privativas de la libertad, derechos humanos, mujeres, derechos fundamentales.

Abstract

The unconstitutional state of affairs —hereinafter ECI— is a figure that calls for the inefficiency of a government in addressing needs in the country's prisons and with it, its responsibility in the massive violation of fundamental rights.

The Constitutional Court, using this figure, gives a series of orders to the Colombian state where it recommends a large number of reforms in the face of this problem of massive and systematic violation of human rights.

However, when addressing the problem of prison overcrowding, the interpreter of the constitution does not apply a gender approach that allows the rights of women imprisoned from their freedom in the country's penitentiary centers to be put into practice.

To then address an analysis of the gender approach within the different sentences that declare and extend the unconstitutional state of affairs, it is essential to review from the methodology that Alda Facio proposes in her book "When gender sounds it brings changes", in which this author has defined as a research methodology with a gender focus on legal norms to apply it to sentences that declare and extend the unconstitutional state of affairs and with this, make visible the voices of women who are deprived of their liberty in front of the charges of their demands.

Keywords: gender perspective, unconstitutional state of affairs, custodial sentences, human rights, women, fundamental rights.

Resumo

O estado de coisas inconstitucionais —doravante ECI— é uma figura que denuncia a ineficiência de um governo na atenção às necessidades nas prisões do país e, com isso, sua responsabilidade na violação em massa de direitos fundamentais.

A Corte Constitucional, fazendo uso dessa figura, emite uma série de ordens ao Estado colombiano, recomendando uma grande quantidade de reformas diante dessa problemática de violação em massa e sistemática de direitos humanos.

No entanto, ao abordar o superlotamento carcerário, o intérprete da Constituição não aplica uma perspectiva de gênero que permita colocar em prática os direitos das mulheres privadas de liberdade nos centros penitenciários do país.

Portanto, para abordar uma análise da perspectiva de gênero dentro das diferentes sentenças que declaram e prorrogam o estado de coisas inconstitucionais, é fundamental revisar a metodologia proposta por Alda Facio em seu livro "Quando o Gênero Toca, Mudanças Acontecem", no que esta autora definiu como uma metodologia de

pesquisa com uma perspectiva de gênero nas normas jurídicas para aplicá-la às sentenças que declaram e prorrogam o estado de coisas inconstitucionais e, assim, tornar visíveis as vozes das mulheres privadas de liberdade diante das acusações de suas demandas.

Palavras-chave: perspectiva de gênero, estado de coisas inconstitucionais, penas privativas de liberdade, direitos humanos, mulheres, direitos fundamentais.

ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El estado de cosas inconstitucional (ECI), declarado en materia carcelaria, es una figura que se refiere a la vulneración sistemática y masiva de los derechos humanos, a causa del incumplimiento estatal en su obligación constitucional de garantizar los derechos principalmente de las personas que se encuentran bajo custodia del Estado o, de manera general, que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente al resto de la sociedad debido a que están privadas de su libertad.

Esta figura se trata por primera vez en Colombia a través de la Sentencia SU 559 de 1997, que a pesar de que no definió un ECI, sí estableció que Colombia se encontraba frente a una vulneración masiva de los derechos humanos, en este caso de los maestros de colegio que debían ser afiliados al fondo nacional del magisterio. Sin embargo, la situación de las violaciones masivas de derechos no se pudo superar con una única actuación; por lo tanto, la Corte Constitucional decidió declarar el ECI y ordenar reformas estructurales.

Con posterioridad, en la segunda sentencia de la declaratoria, la Sentencia T 153 de 1998, la Corte acude a esta figura para declarar nuevamente el ECI por motivos del hacinamiento carcelario. En esta nueva declaratoria la Corte Constitucional decide definir los requisitos del ECI con respecto a la vulneración masiva o general de derechos humanos derivada de una ineficacia en las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC); la congestión judicial, derivada del uso de la tutela por parte de la población carcelaria; la gravedad de dicha situación, que exige una acción mancomunada de los órganos tanto estatales como no estatales y que no puede ser resuelta solo con órdenes dadas al órgano que produce la vulneración (Corte Constitucional, 1998); y el otorgamiento de plazos para que las diferentes instituciones competentes de la política penitenciaria y penal de Colombia reaccionen poniendo fin a la situación (Corte Constitucional, 1998).

El magistrado ponente de la segunda sentencia, Eduardo Cifuentes Muñoz, señala lo siguiente respecto a la figura del ECI:

Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general

—en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades (Corte Constitucional, 1998).

La declaratoria del ECI en materia carcelaria se reitera en otras providencias: las sentencias T 388 de 2013, T 762 de 2015 y SU 122 de 2022, y el Auto 121 de 2018. La Sentencia SU 122 de 2022 se refiere al hacinamiento carcelario en estaciones de policía.

Según la Corte, en la primera de las sentencias en las que se reitera el ECI, la T 388 de 2013, los requisitos para su declaratoria en materia carcelaria se mantienen en 1) una violación masiva y generalizada de los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad, 2) un incumplimiento progresivo y prolongado de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad, 3) una institucionalización de prácticas inconstitucionales en el sistema penitenciario y carcelario, que generan nuevamente 4) la necesidad de adoptar medidas legislativas y administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. Este compromiso deberá llevarse a cabo de manera mancomunada, mediante la coordinación de acciones y recursos para su superación (Corte Constitucional, 2013).

La figura del ECI puede ser definida como un mecanismo o una técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma; en consecuencia, insta a las autoridades competentes para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

No obstante, a pesar de las declaratorias de la Corte Constitucional y sus reiteraciones del ECI, esta no es una figura de invención colombiana. El ECI está asociado a una controversia que surge a principios de los años cincuenta entre los defensores de dos pensamientos políticos llamados *political question doctrine* (doctrina sobre los límites del poder judicial) y *structural remedies* (medidas cautelares estructurales).

Los defensores de la doctrina sobre los límites del poder judicial consideraban que había cuestiones que se le solicitaba revisar a la Corte

Federal, pero estos asuntos eran meramente políticos, y la Corte, al tener un principio apolítico, no tenía la facultad para intervenir en ellos.

Por otro lado, quienes defendían la ideología de las medidas cautelares estructurales consideraban que había instrumentos que debía adoptar la autoridad judicial, que requerían algún tipo de cambio estructural y que además podían requerir un control significativo por parte de la autoridad de competencia correspondiente (Legal Information Institute, s. f.). Con ello, la *political question doctrine*, creada por los norteamericanos, afirmaba que al poder judicial no le está permitido intervenir en aquellos asuntos de competencia exclusiva de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, y se ceñía a un punto de vista estricto del principio de separación de poderes. Por otro lado, los partidarios de los *structural remedies* —quienes eran los defensores de los derechos fundamentales desde una dimensión objetiva— crearon y desarrollaron las medidas cautelares estructurales, las cuales tienen como antecedente jurisprudencial el caso “Brown II”, en el cual se ordenó el dismantelamiento del sistema educativo racista que dividía las escuelas de blancos y de negros en los Estados Unidos (Legal Information Institute, s. f.).

A pesar de que esta figura se empezó a implementar en Colombia hace más de veinte años, actualmente no está teniendo efectividad, ya que la vulneración sistemática de los derechos humanos, sobre todo en materia carcelaria, se hace cada vez más evidente y masiva.

El hacinamiento en las cárceles de mujeres ostenta una mayor gravedad, debido a que las mujeres privadas de la libertad, tal y como lo expone el informe *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para una política criminal desde un enfoque de género*, llegan a las prisiones del país siendo madres cabeza de familia, víctimas de violencia física, sexual y psicológica, drogadictas o trabajadoras informales. Por ende, han sufrido de manera particular e intensificada la violación de sus derechos fundamentales, lo que implica necesariamente que sea importante tener en cuenta, como lo señala Juana del Carmen Sánchez en *Historias de vida sobre mujer y prisión en Colombia: La transformación del silencio*, factores relacionados con su proceso de criminalización (Sánchez *et al.*, 2018; Sánchez, s. f.). Asimismo, durante su encarcelamiento las mujeres reclusas en Colombia no tienen la posibilidad de mantener a sus hijos con ellas después de que estos cumplen tres años de edad, no cuentan con horas de lactancia cuando dan a luz ni con guarderías dentro de los penales, son desatendidas por el sistema de salud

cuando padecen enfermedades ginecológicas y no reciben regularmente los suministros de toallas higiénicas, sino apenas cada tres meses (Corte Constitucional, 2018; Giraldo, 2020).¹

Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos si la Corte Constitucional, cuando examina el ECI producto del hacinamiento carcelario en Colombia, tiene en cuenta una perspectiva de género, o si por el contrario generaliza el problema sin tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres en este contexto y, por ende, parte de una visión de las mujeres como si fueran iguales —en derechos— a los hombres.

Así entonces, surge la siguiente pregunta de investigación: ¿cómo entiende la Corte Constitucional los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad en las declaratorias del ECI? Esta pregunta está relacionada con los siguientes objetivos que sirvieron de guía para nuestro proyecto: en primer lugar, el objetivo general, que consiste en analizar la perspectiva de género en las sentencias que declaran y reiteran el ECI en Colombia; y en segundo lugar, unos objetivos específicos destinados a dar cuenta del panorama actual del ECI en Colombia y a realizar una propuesta que permita superarlo a partir de la aplicación de una perspectiva de género en las sentencias de la Corte Constitucional.

Esta investigación permite, por un lado, hacer visibles las necesidades mencionadas, y por otro lado, dar luces a la Corte Constitucional sobre la forma en que podría declararse un ECI con perspectiva de género o, en su defecto, sobre la forma en que podrían solucionarse las necesidades de las mujeres privadas de la libertad en Colombia.

METODOLOGÍA

Luego del rastreo en las bases de datos Vlex, Dialnet, EBSCO y Google Académico, encontramos más de veintiuna investigaciones relacionadas con la figura del ECI, y solo cuatro de ellas examinaban los derechos de las mujeres privadas de la libertad. Sin embargo, al rastrear la perspectiva de

1 Una muestra de lo dicho se puede encontrar en los múltiples informes y documentos radicados en la Corte Constitucional con ocasión del seguimiento. En estos documentos, diferentes entidades gubernamentales, de la sociedad civil y de la academia han expuesto las situaciones que enfrentan las mujeres en los centros de reclusión del país y que constituyen problemas que deben ser atendidos para poder avanzar y consolidar la superación del ECI en mención.

género en los trabajos seleccionados, se constató que los artículos publicados carecen de un análisis de la perspectiva de género en las sentencias de la Corte Constitucional y de los derechos humanos de los que deberían gozar las mujeres privadas de la libertad conforme a los tratados internacionales y las normas jurídicas colombianas sobre la materia. La perspectiva feminista entonces carecía de un alcance metodológico que pudiera aportar otro punto de vista a la discusión.²

Entre las perspectivas que nos proponemos analizar, diferentes autores de la metodología de la investigación científica, entre ellos Roberto Hernández Sampieri, Eumelia Galeano y Carlos Sandoval, han definido el enfoque de investigación cualitativo como una forma de aproximarse a la realidad desde el punto de vista intersubjetivo de los actores que ocupan dicha realidad, y esta intersubjetividad se comparte con el análisis de textos jurídicos. Por ende, la perspectiva de análisis que ofrecemos en este escrito no se enfoca en la cuantificación de los datos ni en la tabulación de los resultados (Galeano, 2011; Hernández *et al.*, 2014; Sandoval, 2002). Ello es así puesto que no realizamos un estudio cuantitativo en el que se muestren índices o tabulaciones de datos de mujeres privadas de la libertad, tampoco generamos tendencias alrededor de la forma en que crece el hacinamiento carcelario en las cárceles femeninas; simplemente, elaboramos una lectura bajo un tipo de investigación hermenéutico que permite dar cuenta de la forma en que la Corte Constitucional hace una lectura del problema del hacinamiento carcelario. El análisis de la información se realizó teniendo en cuenta variables o categorías, denominadas términos de búsqueda, como las siguientes: hacinamiento carcelario, mujeres privadas de la libertad, ECI, perspectiva de género.

La escritora costarricense Alda Facio escribe en el año 1992 el libro titulado *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, en el que se proponen los siguientes seis pasos para analizar las normas jurídicas con enfoque de género: 1) tomar

2 Vale la pena mencionar algunos de los textos encontrados en las bases de datos: “La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de derechos fundamentales en Colombia”; “La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y la inconstitucionalidad de la realidad”; “La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de derechos fundamentales en Colombia” y “Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia”.

conciencia del género femenino de manera personal para concientizarse de la subordinación y la subyugación que han sufrido las mujeres a lo largo de la historia; 2) identificar la forma de discriminación que asume el texto y determinar si la norma parte de una postura sobregeneralizadora, no dicotómica o androcentrista que homogeniza las necesidades de los hombres y las mujeres en la norma jurídica; 3) determinar el tipo de mujer que se trata en la norma (si es una mujer casada, blanca, pobre o afrodescendiente); 4) analizar el papel que cumple la mujer en la sociedad (si es una mujer ama de casa, independiente, dependiente o trabajadora formal o informal); 5) reflexionar sobre los efectos que produce la norma en el texto legal, verificar si se invisibilizan sus necesidades, por ejemplo, si se castiga a la mujer con más severidad que al hombre; 6) colectivizar estos análisis para lograr una mayor conciencia social sobre el papel del género en el análisis de los textos jurídicos (Facio, 1992, pp. 12-13).

La sobregeneralización, interpretando la postura de Facio, se entiende como la equiparación de los derechos de las mujeres con los de los hombres, sin tener en cuenta su especificidad. En ese sentido, el androcentrismo supone entonces que la mujer sea vista como si tuviera las mismas características y los mismos rasgos, tanto físicos como psicológicos, que las personas de sexo masculino, y desconoce su construcción propia y sus características históricas, culturales y sociológicas (Facio, 1992).

Por otro lado, el mandato del trato igualitario, al que se refiere la escritora Alda Facio en el análisis de las normas jurídicas, puede percibirse como una forma de expresar la igualdad entre géneros; sin embargo, como bien explica la escritora costarricense cuando se refiere a la metodología implementada para el estudio del enfoque de género en las normas jurídicas,

resulta que el sexo, que es lo que distingue a las mujeres de los hombres y a los hombres de las mujeres, es precisamente eso, una distinción, porque los sexos se definen como tales precisamente por su diferencia mutua y no por la diferencia de la mujer con respecto al hombre (Facio, 1992, p. 19).

Es así como la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres, y con ello, ha hecho que el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad.

La igualdad sexual es imposible debido a que los valores que fundamentan la concepción de igualdad garantizan que solo los varones puedan ser tratados como seres humanos plenos, como paradigmas de lo humano. Esta idea es reforzada también en el derecho por diferentes autoras, como Catharine MacKinnon, con la teoría feminista del Estado, y Hilary Charlesworth, Christine Chinkin y Shelley Wright, con los enfoques feministas del derecho internacional (Charlesworth *et al.*, 2017; MacKinnon, 1995).

Por lo tanto, en el momento de analizar las sentencias de la Corte Constitucional que tratan el tema del ECI en materia de hacinamiento carcelario se tuvo en cuenta el criterio de la sobregeneralización y el androcentrismo que aborda la escritora costarricense como la discriminación que asume la norma jurídica.

Los resultados de la investigación están divididos en dos capítulos: en el primero se aborda la perspectiva de género en el análisis de las sentencias que declaran y prorrogan el ECI en materia de hacinamiento carcelario, y en el segundo se hace una propuesta que permite implementar el enfoque de género en la superación de un ECI que termina violentando los derechos de las mujeres privadas de la libertad.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS SENTENCIAS DECLARATORIAS DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Tal y como se advierte en la introducción del artículo, la perspectiva de género en el análisis de las normas jurídicas permite tomar conciencia de la forma en que se trata la mujer en el derecho, e identificar si las normas jurídicas implementan o no una perspectiva sobregeneralizadora o androcéntrica que termina invisibilizando las necesidades de las mujeres que son sujetos de la misma, en este caso, las mujeres privadas de la libertad.

Para implementar una perspectiva de género en el análisis de las normas jurídicas que declaran el ECI en Colombia se tienen en cuenta las sentencias T 153 de 1998, T 388 de 2013, T 762 de 2015, el Auto 121 de 2018 y finalmente la sentencia T 122 de 2022.

Sentencia T 153 de 1998

En esta sentencia el ciudadano Manuel José Duque, privado para ese entonces de la libertad en el centro penitenciario Bellavista de la ciudad de

Medellín, debido a las malas condiciones en las que se encontraba por el hacinamiento carcelario, interpuso una acción de tutela contra el Ministerio de Justicia y el INPEC, por cuanto consideró que estas entidades fueron las responsables de la vulneración de los derechos que sufrió. Por otra parte, se trata una acción de tutela interpuesta por un interno de la cárcel La Modelo de la ciudad de Bogotá, en la que se expone una situación similar: violaciones de derechos fundamentales a causa de la sobrepoblación del centro penitenciario.³

Esta sentencia expone las cifras de las situaciones de hacinamiento en varias cárceles del país, y hace un recuento histórico, pues prácticamente desde que fueron creadas estas cárceles se fueron llenando hasta exceder sus capacidades. El fenómeno de hacinamiento carcelario se analiza en 1997, y para paliarlo se expide para entonces una ley que tiene como finalidad descongestionar los establecimientos carcelarios del país; además, se traen a discusión las distintas causas del hacinamiento carcelario, que en su mayoría se atribuyen a la política criminal del país.

La Corte Constitucional en esta sentencia reconoce —por primera vez— el hacinamiento carcelario como un ECI, y ordena, en consecuencia, que se mejoren las condiciones de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, teniendo en cuenta que al Estado le corresponde asegurar y velar por sus buenas condiciones.

Respecto a la perspectiva de género, en esta sentencia no se analiza en ningún momento, no se hace una comparación entre hombres y mujeres privados de la libertad, ni tampoco se tienen en cuenta condiciones específicas de las mujeres como la maternidad, el rol de cabeza de hogar o las diferencias raciales, culturales o de educación que las hacen más vulnerables. Y ello es así aun cuando la sentencia incluye cifras bastante relevantes de distintos centros penitenciarios del país donde las mujeres demandan por las condiciones de hacinamiento carcelario.

3 El problema jurídico que se debe resolver en dicha sentencia es el de establecer las condiciones en las que se encuentran los reclusos de las cárceles nacionales La Modelo de Bogotá y Bellavista de Medellín.

Sentencia T 388 de 2013

En esta sentencia le corresponde a la Corte Constitucional revisar nueve expedientes de acción de tutela relativos a las violaciones de los derechos a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la salud y a la reintegración social de personas privadas de la libertad en seis centros de reclusión del país.

En todos los casos, se hace referencia a la necesidad de tomar medidas adecuadas y necesarias, de manera urgente e inmediata, para superar el ECI en el que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario que, se alega, es contrario al orden constitucional de manera estructural y general.

La sentencia plantea un análisis de varios expedientes en los que se recopilan las acciones de tutela que fueron interpuestas en cada uno de los complejos carcelarios: Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta; cárcel La Tramacúa de Valledupar; cárcel La Modelo de Bogotá; Bellavista de Medellín; San Isidro de Popayán; y, finalmente, Cárcel de Barrancabermeja.

La primera acción de tutela acumulada fue interpuesta por un recluso contra el Instituto Penitenciario y Carcelario de Cúcuta (Norte de Santander), por considerar que las condiciones de hacinamiento, salubridad, higiene y calidad de los sistemas sanitarios en general del establecimiento los obligaban a vivir en circunstancias indignas e inhumanas.

La segunda acción de tutela, que presentaron setenta y un accionantes reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario de Alta Seguridad La Tramacúa contra el INPEC, indica que se les estaban violando varios derechos fundamentales a los reclusos al someterlos a 1) un severo régimen que incluye malos tratos e incluso “torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes contra la población reclusa, tales como agresiones físicas, aislamiento injustificado y prolongado”; 2) malas condiciones de infraestructura y de administración que conllevan “restricción de servicios básicos como la salud, el agua y el saneamiento básico”; 3) un pésimo servicio de salud; 4) “mayores limitaciones a los derechos a la comunicación e información” que a las que se somete a los internos de otros centros de reclusión; 5) una grave separación de la familia y de las demás personas, así como 6) un mal sistema de control interno de los derechos humanos (Corte Constitucional, 2013).

La tercera acumulaba dos demandas de tutela contra la Cárcel La Modelo de Bogotá, la del ciudadano John Mario Ortiz Agudelo y la de Wilfredo Mesa Rosero. En ambos casos, los tutelantes alegaban el colapso del centro de reclusión por diversas causas, entre las que resaltaban el hacinamiento, el deterioro de las instalaciones y la ausencia de personal suficiente para la prestación de servicios básicos como la salud y la seguridad, lo que implicaba que estuvieran en condiciones de reclusión que atentaban gravemente contra su dignidad, su salud, su vida y demás garantías básicas conexas que el Estado debía ofrecerles. En el segundo caso, el señor Mesa Rosero alegó una grave situación de salud que no había sido atendida y que le impedía la movilidad de los brazos.

En la cuarta el accionante, Víctor Alonso Vera, un recluso que por las condiciones de hacinamiento debía dormir en un baño, al lado de la basura, donde había malos olores y condiciones higiénicas inadecuadas, interpuso una acción de tutela en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el director general del INPEC, el director regional del noroeste del INPEC y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Medellín, Bellavista, solicitando el amparo de su derecho a la dignidad humana y demás garantías fundamentales conexas.

En la quinta, instaurada contra la cárcel de San Isidro en Popayán, fueron acumulados tres expedientes: el de Luis Enrique Leal Sosa, el de Omar Rolando Herrera Nastacuas y el de John Jairo Cifuentes. En todos ellos se repiten los cargos observados en las demandas anteriores y se sostiene que se están violando sistemáticamente sus derechos fundamentales, invocados por las condiciones de hacinamiento (superiores al 50 % y en alza) y la falta de resolución de sus situaciones judiciales.

Y, finalmente, en la sexta tutela, presentada contra la cárcel del Magdalena, el defensor del pueblo en representación de los reclusos alega que las condiciones del establecimiento de reclusión son sistemáticamente violatorias de la dignidad humana y en general de los derechos fundamentales de los internos (a la vida, a la dignidad humana, a la privacidad, a la salud, a la integridad personal, a la intimidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a un ambiente sano, al deporte y a la recreación), en gran medida, debido a la situación de hacinamiento.

La Corte hace énfasis en una serie de obligaciones que tienen las distintas entidades estatales mencionadas en los diferentes expedientes, pues

estas no solo deben garantizar los derechos de los reclusos, sino también reestructurarse y desarrollar una política criminal que funcione en todo su proceso.

En esta sentencia se observa que ninguno de los intervinientes se toma el trabajo de traer a discusión lo que pasa con los centros penitenciarios en donde las reclusas son mujeres, como el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta y la Cárcel de Valledupar La Tramacúa, ambas con pabellones de mujeres.

En este punto, se presenta una clara sobregeneralización de las necesidades de las mujeres, que se equiparan con las de los hombres. Con ello, la mujer reclusa termina siendo invisibilizada por el sistema jurídico y, por ende, su tratamiento normativo impide diferenciarla —con base en sus necesidades— frente a los hombres, a tal punto que se relega a una cifra más de la medición del hacinamiento carcelario.

Sentencia T 762 de 2015

En esta sentencia, la Sala Séptima de Selección de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante el Auto del 18 de julio de 2013, resuelve seleccionar para revisión los expedientes relacionados con la problemática de los derechos vulnerados a la población privada de la libertad, tratando las tutelas presentadas en diecisiete establecimientos carcelarios del país.

En esta sentencia se reitera la necesidad de tomar medidas de manera urgente y perentoria para superar el hacinamiento carcelario en el país, no solo mediante la construcción de nuevos establecimientos penales, sino además mediante una modificación de la política criminal que permita diferenciar a la población reclusa en Colombia desde su condición de género, por ejemplo, así como iniciar cambios en la política criminal que permitan reducir la implementación de medidas de detención preventiva y que incluyan la concesión de subrogados penales.

En esta nueva sentencia, la Corte Constitucional examina los cargos formulados en los siguientes establecimientos carcelarios: Cárcel Modelo de Bucaramanga; Cárcel de Pereira; Cárcel de Santa Rosa de Cabal (Risaralda); Cárcel de El Pedregal en Medellín (Antioquia); Cárcel La Modelo en Bogotá; Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta (Norte de Santander); Cárcel de Anserma (Caldas); Cárcel de San Vicente de Chucurí (Santander); Cárcel de Las Mercedes en Cartago

(Pereira); Cárcel de Palmira (Valle del Cauca); pabellón de mujeres de la Cárcel de Cunduy en Florencia (Caquetá); Cárcel de Itagüí (Antioquia); Cárcel Villa Inés de Apartadó (Antioquia); Cárcel La Vega en Sincelejo (Sucre); Cárcel de Palmira (Valle del Cauca); Cárcel de Roldanillo (Valle del Cauca); y, finalmente, Cárcel de Villavicencio en Sincelejo.

En todos los casos, se hace referencia a la necesidad de tomar medidas adecuadas y necesarias, de manera urgente e inmediata, para superar el ECI en el que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario, así como a la necesidad de proteger la vigencia de un Estado social de derecho de manera estructural y general. Los accionantes demandan la protección de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad personal y a la dignidad humana de los reclusos.

En varios informes incorporados a la sentencia se relata que las cárceles albergan más de 2.029 internos a pesar de que sus capacidades son apenas para 1.254; los presos se encuentran hacinados en patios, celdas y pasillos. Cabe destacar que solo uno de los cargos de esta demanda se refiere a un pabellón de mujeres, correspondiente al de la Cárcel de Cunduy, en la ciudad de Florencia.

En estos cargos, las mujeres relatan que el establecimiento penitenciario y de mediana seguridad carcelaria se encuentra en condiciones de hacinamiento que han implicado violaciones de los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a la integridad personal. Las mujeres expresan que este centro de reclusión cuenta con capacidad para 25 personas y máximo 50; no obstante, alberga en la actualidad a 151 internas, de las cuales 98 están cumpliendo la pena y 50 son sindicadas (Corte Constitucional, 2015).

La sentencia, pese a que cuenta con este tipo de demandas, no realiza un pronunciamiento frente a los derechos de las mujeres privadas de la libertad; la misma considera que la violación de derechos dentro de los centros carcelarios es una situación que puede resumirse en violaciones de los derechos a la salud, a la integridad y a la dignidad humana, puesto que son subsumidas las necesidades de las internas como si fueran iguales a los derechos de los hombres, sin tener en cuenta su condición femenina.

Auto 121 de 2018

En este auto la Corte Constitucional hace seguimiento a las sentencias T 388 de 2013 y T 762 de 2015, en relación con la situación masiva de

vulneración de derechos fundamentales en las cárceles colombianas. Examina las violaciones masivas a derechos fundamentales en las cárceles y observa el ECI en materia carcelaria y penitenciaria.

El ECI en materia penitenciaria y carcelaria tiene algunas particularidades respecto de otras declaratorias de anormalidad constitucional. Al respecto destacan dos elementos: a) La relación de especial sujeción entre el Estado y las personas privadas de la libertad y b) el principio de dignidad humana, que cobra mayor importancia en la vida en reclusión, como dos ejes que informan el ámbito de la privación de la libertad. Ambos deben permear toda la actividad estatal en los establecimientos penitenciarios, de modo que se consideren las relaciones de fuerza y dominación que se verifican al interior de las prisiones (Corte Constitucional, 2018).

La providencia es de suma importancia, pues analiza temas como las limitaciones con relación a la infraestructura, los mínimos vitales asegurable en materia de alimentación, la salud, los servicios públicos y el acceso a la administración pública y a la justicia.

Todo ello se relaciona con los deberes específicos del Estado respecto al acceso a la administración pública, a la justicia y al derecho de petición de las personas privadas de la libertad, derechos que deben garantizarse en los establecimientos carcelarios.

Además, la Corte Constitucional hace seguimiento a algunas de las sentencias que han sido el eje central de este trabajo y —con base en este análisis— hace un énfasis en la importancia del concepto de *bloqueo institucional*. En ese sentido, señala:

Dentro del seguimiento al ECI resulta fundamental el concepto de bloqueo institucional, entendido como la ausencia, la deficiencia, o la falta de articulación institucional de políticas públicas para atender los derechos fundamentales, situación que impide su protección efectiva, tanto en el corto como en el largo plazo. En el caso de la deficiencia de las políticas públicas, la vulneración de derechos se origina en el fracaso de las medidas institucionales dispuestas por el Estado para responder a sus deberes constitucionales con relación a tales derechos. Ya sea por un problema de diseño institucional, de falta de recursos o por hechos no previstos en la etapa de diseño, lo cierto

es que la respuesta del Estado ha sido insuficiente o inadecuada. El bloqueo también puede ocurrir por la inexistencia de planes o políticas para atender los derechos afectados (Corte Constitucional, 2018).

El concepto de bloque institucional frente a la forma en la que actualmente funciona la política pública en materia carcelaria pone de manifiesto una violación de derechos fundamentales que toma como parámetro violaciones de derechos genéricos, particularmente en las cárceles masculinas. La Corte Constitucional no se pronuncia en este auto sobre la forma en que debe implementarse un enfoque diferencial feminista en el abordaje de los derechos de las mujeres dentro de las cárceles colombianas, y de esta manera la concepción formal de la igualdad ante la ley —examinada en esta sentencia— responde a un patrón masculino, pues el referente siempre es el sexo masculino. En ese sentido, la escritora Alda Facio (1992) señala lo siguiente:

Las leyes se consideran neutrales, genéricas, iguales para ambos sexos; cuando nuestro ser corresponde al ser masculino y cuando nuestro ser no corresponde con el ser masculino, se dictan leyes “especiales”. Pero en ambos casos el referente es el sexo masculino. Es el hombre/varón el que sirve de modelo para las leyes, sean estas “neutrales” o de “protección especial” (p. 19).

Con base en lo anterior, es posible aterrizar la idea central de esta investigación, pues a pesar de que lo importante es la figura del ECI en un país como Colombia, es de igual o mayor importancia tener en cuenta las necesidades reales de quienes le expresan al juez que sus derechos fundamentales están siendo injustamente disminuidos o irrespetados, puesto que no es suficiente con tomar decisiones que busquen aminorar esta problemática, si no se observa una lectura feminista que permita identificar las herramientas necesarias para una utilización eficaz y eficiente de la figura del ECI.

UNA PROPUESTA PARA UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ANÁLISIS DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Este artículo desarrolla uno de sus objetivos mediante el abordaje de las sentencias de la Corte Constitucional que versan sobre la vulneración

masiva de los derechos humanos dentro de las cárceles de Colombia, y con ellas, de la declaratoria de un ECI y de su posterior seguimiento.

A lo largo del análisis se ha tenido en cuenta la perspectiva de género ofrecida por la jurista feminista Alda Facio, docente y experta internacional en el género, la cual permite acercarse a dichas sentencias con una mirada feminista, buscando la existencia de la perspectiva de género en las directrices y las consideraciones de la Corte Constitucional en estas decisiones, para hallar finalmente la sobregeneralización y el androcentrismo en las normas que se pronuncian alrededor del ECI entre hombres y mujeres.

Esta perspectiva invita a asumir de entrada que la problemática del hacinamiento carcelario es igual para ambos géneros, pero como se trata de problemas diferentes, no se pueden dar las mismas directrices para solucionar ambos casos. Al hacer una distinción analítica de lo que se necesita para superar dicha vulneración, los supuestos no deben ser los mismos en las dos situaciones, pues estos supuestos repercuten en múltiples factores, como los familiares, los sociales, los educativos, los económicos, etc., que condicionan la efectividad de las medidas llevadas a cabo para superar el ECI en estas declaratorias, y de este modo se demuestra la importancia de la utilización de la figura del ECI desde una perspectiva de género (Sánchez *et al.*, 2018).

Además, este artículo ha logrado ilustrar el contexto de los casos que analiza la corte, al tiempo que permitió hacer un balance entre estas medidas y la efectividad de las mismas, teniendo en cuenta que al día de hoy las condiciones de vulneración de los derechos humanos se han vuelto, si no generalizadas, más evidentes, y se han desplazado hacia las estaciones de policía (Corte Constitucional, 2022).

Este artículo ofrece una perspectiva más igualitaria de las sentencias de ECI, ya que este mecanismo termina siendo ineficaz si no cumple con su propósito al implementarse sin una visión multidimensional que incluya una perspectiva de género. Además, aporta datos cualitativos importantes y enriquecedores que pueden contrastarse con el material bibliográfico referido.

Para culminar, se invita al lector a reflexionar y a seguir profundizando en la manera en que el género condiciona los espacios de reclusión, volviendo los castigos para las mujeres muchísimo más crueles y violentos cuando las situaciones que generan los ECI permanecen y se agravan. Cabe anotar que además de que las soluciones se implementan lentamente, no se están

teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres reclusas, sino que, al contrario, se presenta una sobregeneralización con la cual, como se mencionó anteriormente, se asume que una problemática se supera de la misma manera en el caso de los hombres y en el de las mujeres privadas de la libertad, aunque se haya demostrado que esto no coincide con la realidad.

RECOMENDACIONES FINALES

Finalmente se proponen las siguientes recomendaciones que simplifican la forma en que debe ser atendida la política criminal en Colombia, donde se ha observado falta de coordinación, reactividad, volatilidad, incoherencia, ineficacia y carencia de una perspectiva de derechos humanos referida a las necesidades del género.

1. Es necesaria una modificación estructural de la política criminal colombiana, para que esta tenga la capacidad de abarcar los problemas sociales, que son la base de la criminalidad en el país, y que no solo opere de manera previa al delito para evitarlo, sino además durante la pena, haciendo un acompañamiento real a las mujeres privadas de la libertad, para continuar con el control posterior a la liberación y así evitar que estas mujeres vuelvan a los contextos violentos que las impulsan al delito. Es decir, la política criminal debe estar ligada a la perspectiva de género para que los mecanismos que se adoptan sean eficaces.⁴
2. La Corte Constitucional debe implementar una metodología con enfoque de género que le permita, en el momento de analizar estas vulneraciones de los derechos humanos, abarcar las necesidades de las mujeres que están padeciendo esta problemática, considerando el propósito de estas declaratorias para que se puedan detallar las acciones necesarias para la superación del ECI.
3. En sus análisis la Corte debe hacer una diferenciación no solo entre hombres y mujeres, sino además entre los tipos de mujeres que

4 En este punto es importante anotar, de la mano del profesor Juan Oberto Sotomayor de la Universidad Eafit, que entre 1998 y 2014 se produjeron en el país más de cincuenta reformas penales, lo que sugiere que la política punitiva en el país apunta hacia la tipificación y el agravamiento de las penas por los delitos, más que hacia su destipificación (Sotomayor, 2007).

trata en las declaratorias, puesto que está claro que no es lo mismo una mujer privada de la libertad que, por ejemplo, una mujer pobre, negra o analfabeta privada de la libertad, ya que en estos contextos se puede volver más violento el castigo en esas condiciones y puede ser más difícil la efectividad de las medidas sugeridas tradicionalmente por la corte.

4. Debe ofrecerse un espacio donde jueces y mujeres privadas de la libertad puedan relacionarse para que ellos entiendan de primera mano las realidades de estas mujeres y para que, finalmente, cada juez tenga claro el contexto y tome las decisiones más adecuadas. Este espacio se garantiza mediante las visitas periódicas de los jueces a las cárceles y la comunicación efectiva entre los jueces y esta población vulnerada.
5. Existe una solución para superar el ECI derivado de las violaciones masivas de los derechos fundamentales: la inclusión del *habeas corpus* correctivo. Esta figura —en Colombia— viene funcionando únicamente de manera preventiva, es decir, cuando hay una detención ilegal —porque no se cumple con los requisitos preestablecidos— o arbitraria —cuando se usa la fuerza de manera injustificada—. Como en Colombia todos los centros de reclusión se encuentran hacinados, esta herramienta debe contemplar la posibilidad de que las mujeres privadas de la libertad que sufren la vulneración masiva y sistemática de sus derechos obtengan la libertad.
6. La posibilidad de acceder a subrogados penales es una alternativa para el cumplimiento de la pena que permite hacerles frente a varios aspectos de esta problemática, entre los cuales se encuentra el hacinamiento en las cárceles, que tiene como consecuencia principal la declaratoria de un ECI.

Cabe reconocer y destacar la labor no solo de la Corte Constitucional, sino también de los jueces colombianos, pues con estas conclusiones no se pretende insinuar que están haciendo mal su trabajo; por el contrario, el propósito principal es aportar un granito de arena brindándoles más herramientas para que continúen su ardua y valiente gestión, ya que tenemos un interés en común: el bienestar social.

REFERENCIAS

Charlesworth, H., Chinkin, C. y Wright, S. (2017). Feminist approaches to international law. *The American Journal of International Law*, 85(4), 613-645.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T 559 de 1997. Magistrado ponente: Fernando Herrera Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-597-97.htm>.

Corte Constitucional (1998). Sentencia T 153 de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

Corte Constitucional (2002). Auto 121 de 2018. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2018/a121-18.htm>.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T 388 de 2013. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm>.

Corte Constitucional (2015). Sentencia T 762 de 2015. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T 268 de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-268-18.htm>.

Corte Constitucional (2022). Sentencia T 122 de 2022. Magistrados ponentes: Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU122-22.htm>.

Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). https://catedraunescohdh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf.

Galeano, M. E. (2011). Diseño de proyectos en la investigación cualitativa. Componentes del diseño cualitativo. *Tend.Ret.*, (16), 313-316. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4929358.pdf>.

Giraldo, K. J. (2021). Cárceles para mujeres: La necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia. *Estudios de Derecho*, 78(171), 88-116. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342877/20804869>.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. 6.^a ed. McGraw-Hill. https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/metodologia_de_la_investigacion_-_roberto_hernandez_sampieri.pdf.

Legal Information Institute (s. f.). Political Question Doctrine. *Cornell Law School*. https://www.law.cornell.edu/wex/political_questionDoctrine.

MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Cátedra.

Sánchez, J. C. (s. f.) *Historias de vida sobre mujer y prisión en Colombia: La transformación del silencio*. [Trabajo de grado para optar al título de magíster en Sociología]. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/57021/Historias%20de%20vida%20sobre%20mujer%20y%20prisi%c3%b3n%20en%20Colombia-%20La%20transformaci%c3%b3n%20del%20silencio%20%282%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

Sánchez, A. L., Rodríguez, L., Fondevila, G. y Morad, J. (2018). *Mujeres y prisión en Colombia: Desafíos para una política criminal con un enfoque de género*. Pontificia Universidad Javeriana, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>.

Sandoval, C. (2002). *Investigación cualitativa*. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Primera y Segunda Unidad. <http://panel.inkuba.com/sites/2/archivos/manual%20colombia%20cualitativo.pdf>.

Sotomayor, J. O. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de la irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, 3(71), 13-66.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS DE LA RUTA DE LA OFERTA INSTITUCIONAL DE
MEDELLÍN PARA PERSONAS DESPLAZADAS DEBIDO AL
CONFLICTO ARMADO CON ÉNFASIS EN
LA RESTAURACIÓN DE SU PROYECTO DE VIDA

—FASE DOCUMENTAL—

ANALYSIS OF THE ROUTE OF THE INSTITUTIONAL
OFFER IN MEDELLIN FOR PEOPLE UNDER DISPLACEMENT
DUE TO THE ARMED CONFLICT WITH EMPHASIS ON THE
RESTORATION OF THEIR LIFE PROJECT

—DOCUMENTARY PHASE—

ANÁLISE DA ROTA DA OFERTA INSTITUCIONAL EM MEDELLÍN PARA PESSOAS
DESLOCADAS DEVIDO AO CONFLITO ARMADO COM
ÊNFASE NA RESTAURAÇÃO DE SEU PROJETO DE VIDA

—FASE DOCUMENTAL—

ANGY PLATA ÁLVAREZ*
FRANCY PLATA ÁLVAREZ**
ANGÉLICA VARGAS BERNAL***

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a3

* Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, licenciada en Inglés de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, en Contratación Estatal y en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo. Candidata a magíster en Transformación del Conflicto y Construcción de Paz de la Universidad Incca

Abstract

This article is the product of research carried out to obtain the Master's degree in Conflict transformation and peacebuilding, from the Incca University of Colombia, through which developed a judicious and detailed analysis of the route of the institutional offer in Medellín for people displaced by the armed conflict to reestablish the life project, so after the normative, doctrinal review and jurisprudential, a comparison exercise was carried out with the different reports emanating from both the National Government and other entities that intervene in the care of victims.

In summary, the results of the documentary phase of the investigation are presented in this paper, while, the second product will present the results of the fieldwork research carried out, as a result of the presentation of inquiries to authorities with greater incidence and/or participation attending victims of forced displacement and the approach to experts from the same entities.

From the previous exercise, it is possible to determine that the current model has an essentially assistance-oriented approach, focused on emergency humanitarian aid, thereby preventing the victims from being able to overcome their condition, much less reestablish their

de Colombia. Magíster y doctoranda en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Personera delegada 17D para Decisión Disciplinaria de la Personería Distrital de Medellín. Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&user=SPqvKRQAAAAJ, Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-8129-1677>, correo electrónico: angieplata27@hotmail.com / angy.plataal@unaula.edu.co

** Psicóloga de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Planeación, Administración y Desarrollo de la Investigación de la Universidad Manuela Beltrán, y en Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo con Licencia en Salud Ocupacional. Candidata a magíster en Gerencia Estratégica, especialidad Gerencia (diplomas internacionales en trámite con la Universidad de Puerto Rico y la Universidad Europea del Atlántico). Candidata a magíster en Transformación del Conflicto y Construcción de Paz de la Universidad Incca de Colombia. Con experiencia en docencia, consultoría e investigación Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=khYDUzkAAAAJ&hl=es>; Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-2939-9448>; Correo electrónico: francyasmin@gmail.com

*** Abogada de la Universidad Santo Tomás de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo. Candidata a magíster en Transformación del Conflicto y Construcción de Paz de la Universidad Incca de Colombia. Estudiante de Contaduría Pública de la Universidad de Manizales. Abogada litigante en las áreas de derecho administrativo, de familia, laboral y civil. Con experiencia en docencia e investigación. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=7B2zTUAAAAAJ>, Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-9997-1829>, Correo electrónico: amvargasb94@gmail.com / amvargasb1@unincca.edu.co

life project, or at least have the tools to build one according to their new realities, conditions, and expectations.

Keywords: victim, forced displacement, care route, effectiveness, life project.

Resumen

Este artículo es el producto de una investigación adelantada con el propósito de obtener la titulación de la Maestría en Transformación del Conflicto y Construcción de Paz de la Universidad Incca de Colombia, en la que se desarrolló un análisis juicioso y detallado de la ruta de la oferta institucional de Medellín para personas en condición de desplazamiento por el conflicto armado, de cara al restablecimiento de su proyecto de vida, por lo que luego de la revisión normativa, doctrinaria y jurisprudencial, se realizó un ejercicio de contraste con los diferentes informes publicados tanto por el Gobierno nacional como por otras entidades que intervienen en la atención a las víctimas. En suma, se exponen los resultados de la fase documental de la investigación, y en un documento posterior se expondrán los resultados del trabajo de campo realizado, al indagar por la presentación de derechos de petición ante las autoridades con mayor incidencia o participación en la atención a víctimas del desplazamiento y mediante el intercambio de ideas con expertos de las mismas entidades. Gracias al anterior ejercicio, se logra determinar que la atención que se ofrece actualmente tiene un enfoque asistencialista, centrado en la ayuda humanitaria de emergencia, que impide que las víctimas puedan superar su condición y restablecer su proyecto de vida, o al menos contar con las herramientas para construir uno acorde con sus nuevas realidades, condiciones y expectativas.

Palabras clave: víctima, desplazamiento forzado, ruta de atención, efectividad, proyecto de vida.

Resumo

Este artigo é o produto de uma pesquisa realizada com o propósito de titulação no âmbito do Mestrado em Transformação de Conflitos

e Construção de Paz da Universidade Incca da Colômbia, por meio da qual foi desenvolvida uma análise criteriosa e detalhada da rota da oferta institucional em Medellín para pessoas em situação de deslocamento devido ao conflito armado, com o objetivo de restabelecer o projeto de vida. Após a revisão normativa, doutrinária e jurisprudencial, foi realizado um exercício de contraste com os diferentes relatórios emitidos tanto pelo Governo Nacional quanto por outras entidades que intervêm na assistência às vítimas.

Em suma, são apresentados os resultados da fase documental da pesquisa, enquanto em um segundo produto serão expostos os resultados do trabalho de campo realizado, resultante da apresentação de pedidos de direito às autoridades com maior incidência e/ou participação na assistência às vítimas do deslocamento e da abordagem de especialistas das mesmas entidades.

Do exercício anterior, conclui-se que a abordagem atual tem essencialmente um viés assistencialista, centrado na ajuda humanitária de emergência, impedindo assim que as vítimas possam superar sua condição e, ainda menos, restabelecer seu projeto de vida, ou pelo menos contar com as ferramentas para construir um que esteja de acordo com suas novas realidades, condições e expectativas.

Palavras-chave: Vítima, deslocamento forçado, rota de atenção, efetividade, projeto de vida.

INTRODUCTION

It is public knowledge that on August 24, 2016, the negotiation between the National Government and representatives of the Revolutionary Armed Forces of Colombia-People's Army (FARC-EP) culminated in Havana-Cuba, with the signing ceremony of the agreement on September 26 of the same year and is commemorated on November 26 of each year. The main objective of the agreement was to end the armed conflict that affected the country for more than half a century and lay the foundations for the construction of a stable and lasting peace.

Despite the above and what all Colombians long for, the signing of the peace agreement is not shown as the termination of the conflict, and it is even striking that on the Web portal of the Victims Unit, a monthly report published shows an increase in the number of victims of the internal armed conflict.

The National Victims Unit, whose source is the National Information Network (s. d.), reported on its Official Website portal, with a cut-off date of March 31, 2023, a total of 9,472,019 victims of the armed conflict; As of May 31, 2023, a total of 9,514,863 were reported, and as of August 31, 2023, a total of 9,555,446 historically registered victims were reported, of which 7,535,692 are subjects of attention, where the victimizing events with the highest number of people affected stand out: forced displacement with 8,515,242, homicide with 1,093,294, threats with 645,451 and forced disappearance with 192,637.

According to the differential approach, 4,749,818 are men, 4,799,280 are women, 5,574 are LGBTI, 334 do not report and 440 were classified as intersex.

Likewise, the Victims Unit Observatory has been publishing semi-annual reports on forced displacement, highlighting that it is the victimizing event with the highest number of victims.

In the semi-annual report on forced displacement 2021-2, the Victims Unit through the Unit Observatory for Victims warned that 49,015 unique victims were included in the Single Registry of Victims (Registro Único de Víctimas, RUV) due to individual displacement events alone, due to events that occurred in 2021-2, of which 46,988 are subjects of attention, 51,2 % corresponding to women, 48,5 % to men, and 0,2 % to a population with diverse sexual orientation and gender identity (Observatorio Unidad para las

Víctimas, 2022, p. 8). Likewise, the inclusion of 17,533 unique victims due to massive forced displacement events that occurred in 2021-2 is reported, of which 49,1 % are women, 50,9 % are men, and additionally, 2,8 % have some disability, 38,4 % of the people are children and adolescents.

It is alarming that, just one year later, in the semiannual report corresponding to the first semester of 2022, the Victims Unit Observatory (Observatorio Unidad para las Víctimas, 2022), reported a total of 67,144 victims included due to forced displacement during the said semester, of which 60,475 are subjects of attention. It was noted that in addition to displacement, some victims stated that they had also suffered threats, loss of movable and immovable property, crimes against sexual freedom and integrity, terrorist acts, and homicides. Regarding the characterization of the victims, it was determined that 52 % are women, 47,74 % are men, and 0,27 % are a population with diverse sexual orientation and gender identity. Additionally, 4,44 % have some type of disability, and 37,56 % are boys, girls, and adolescents between 0 and 17 years old. Antioquia is reported to be among the departments where the largest number of displacement victims arrived in said period, with a total of 5,487 equivalents to 8,2 %, located after Valle del Cauca and Norte de Santander, followed by Arauca and Sucre.

In any case, in both reports it is noted that the significant numbers in the registry cannot be equated to the total number of forced displacement events, since these statistics refer only to those who began their process to be recognized within the framework of the current law, leaving out to those victims who have not yet made their situation known and have not initiated any process related to it.

From the aforementioned statistics, it is important to highlight the increase in the number of registered victims, which has been reported gradually throughout the months of this year. This is even though, as already mentioned, since 2016 a peace agreement was signed with the FARC-EP, which promoted a stable and lasting peace. Corollary of this, the question arises: How can such peace be achieved, if the number of victims is increasing monthly?

Besides, seeing that the number of victims increases and does not decrease, it also deserves attention to ask about the attention that is being given to the victims, the route for this, and if it is contributing effectively to the re-establishment of their recovery projects. life.

The Colombian Constitutional Court, on January 22, 2004, issued ruling T-025 of 2004, which constitutes the founding ruling for the legal study of the phenomenon of internal forced displacement in Colombia, given that it declared the existence of an Unconstitutional State of Affairs (Estado de Cosas Inconstitucionales, ECI) (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

The Unconstitutional State of Affairs (ECI) was declared in said ruling as a consequence of the serious, massive and, systematic violation of the fundamental rights of the displaced population, therefore, the Court established deadlines for the design and implementation of a plan of action aimed at overcoming the ECI, issuing express orders to various authorities such as the National Council for Comprehensive Care of the Population Displaced by Violence, the Director of the Social Solidarity Network, the Ministers of Finance and Public Credit, and the Interior and of Justice, and the Director of the National Planning Department; as well as implicit for mayors and governors (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

According to the Court, although the public policy of attention to the displaced population was developed normatively since 1997, the results have not been able to counteract the situation of violation of the constitutional rights of the majority of the displaced population, which is analyzed in light of the data on the coverage of the components of care and the degree of satisfaction of the population in question. Among the most prominent problems of the policy of attention to the displaced population, the Constitutional Court (Corte Constitucional de Colombia, 2004) highlighted the following:

- Institutional capacity to protect the displaced population.
- Insufficiency in the appropriation of resources for the implementation of policies to care for the displaced population.

To following up on the ruling T-025 of 2004, the Constitutional Court has issued various follow-up decisions, finding that the ECI has not yet been declared overcome or passed, and even, concerning to the second semester From the year 2022 and the year 2023, the Constitutional Court has not communicated any ruling.

For its part, after being declared the Unconstitutional State of Affairs, the Congress of the Republic on June 10, 2010, issued Law 1448

of 2011 “By which norms of care, assistance and comprehensive reparation are issued to the victims of the internal conflict and other provisions are issued”, which protects victims of forced displacement, dispossession or forced abandonment of land, as well as other victimizing acts such as homicide, kidnapping, torture, forced disappearance, recruitment of minors, anti-personnel mines and crimes against sexual freedom, characterized by its differential approach, recognizing special treatment in terms of care, assistance, and reparation to people due to their age, gender, ethnic group or disability situation, as well as for having suffered more intensely the effects of the conflict.

Among the principles that govern the aforementioned law, there are those of progressiveness and gradualness, by which the restitution measures contemplated there must progressively aim at the re-establishment of the life project of the victims and specifically the victims of the forced displacement and abandonment, will have the right to voluntary return or relocation in conditions of sustainability, security and, dignity (Congreso de la República de Colombia, 2011, articles 17, 18 and 73).

Although public entities show large economic investments made to attend victims and large statistics that show a high number of victims treated, as stated in previous lines, it is found that the situation has not been overcome, and proof of this In addition to the different follow-up orders listed in preceding paragraphs, it is the systematic increase in the number of victims reported by the Victim Integral Assistance and Reparation Unit (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, UARIV) on a periodic basis, which allows highlighting the need to the present investigation, aimed at carrying out a specific analysis of the route of assistance that is applied to the displaced population, in contrast with its effectiveness in ensuring that the victims achieve the reestablishment of their life project, especially when the different reports and reports have been reviewed, coming from both the UARIV and the National Government, none of them records the number of people who, despite having been victims of displacement, managed to reestablish their life project.

The previously described emerges then, as a national problem, which is the result of the armed conflict, known as forced displacement, whose victims are the object of institutional attention through the application of a route based on the guidelines established by the legal system. This research, based on the above, takes as its object and territorial delimitation the city of

Medellin and the Victims of forced displacement who arrive there, becoming users of the Care Route.

Due to this, this socio-legal investigation attempts to contribute to the identification of the deficiencies in the assistance and care that victims of forced displacement receive according to the state tools implemented for the re-establishment of their life projects, from this, propose possible solutions that are compatible with the spirit of the Political Constitution and other regulations issued for this purpose.

This research is also justified, from the perspective of its results, since these will contribute, from the genesis of a master's degree in conflict transformation and peacebuilding to the strengthening and contribution of national scientific research to promoting spaces for discussion, reflection and, proposal where national and local authorities can be linked to review and adjust the care route for the displaced population and to generate awareness, which ultimately results in the construction of a more just society.

THE VICTIMS OF FORCED DISPLACEMENT IN COLOMBIA

When talking about forced displacement in Colombia, it is imperative to note that it arose as a consequence of the acts of force carried out by an armed power that sought to generate sovereignty in a certain territory, and as a consequence of its actions and its power it manages to banish the population due to the lack of sovereignty that the Nation, the State and the public force have over a certain place, which is generated because neither the political order nor the law are effective in those territories, a situation that generates serious violations to citizens. The above can be indicated as a phenomenon of stateless persons because although in this case, the State is not the one who with its action generates an exile from the country, it is true that due to the omission a violation of the rights of a person (Arendt, 1998, p. 355).

In the case of displaced people in Colombia, although it is not an abandonment of the nation, there is coercion to move within the country, but outside the territories that are being controlled by these groups outside the law, who see the need to expel citizens who do not agree with the positions adopted by them, whose sole purpose is to protect their lives and be able to move forward, starting from scratch (Uribe, 2000b, p. 49).

In Colombia, we began to talk about actions aimed at the care and prevention of victims of forced displacement in a structured manner with

the entry into force of Law 387 of 1997, in which the basic aspects of care were regulated. It was the instrument through which some guidelines were defined that must be followed in terms of prevention and care for victims of displacement in the Colombian State. In said regulations, the bases for the state policy that will facilitate the adoption were established. of the measures that seek to prevent forced displacement, defining what should be the care, protection and, socioeconomic stabilization of those displaced by violence within the Nation (Peco y Peral, 2006).

According to Law 387 of 1997 in its Article 2 (Congreso de la República de Colombia, 1997), displaced people have the rights to:

- Request and receive international humanitarian aid.
- Enjoy internationally recognized fundamental civil rights.
- Not be discriminated against due to their social status as displaced persons, race, religion, public opinion, place of origin, or physical disability.
- Family reunification.
- Access definitive solutions to your situation.
- Upon return to your place of origin.
- Freedom of movement is not subject to more restrictions than those provided for by law.

Furthermore, according to Law 1448 of 2011, the forcibly displaced person has the right to assistance and reparation measures, even before being included in the Single Registry of Victims (immediate humanitarian aid), among other rights contemplated in other regulations, such as those related to the right to health, housing subsidies, and land restitution, among others.

Because of this problem, with the ruling of Tutela 025 of 2004 of the Constitutional Court, a declaration of the unconstitutional state of affairs was issued which it is ordered to guarantee and restore the rights that were violated in the displaced population (Bejarano, 2017, p. 19).

Forced displacement, in addition to the social connotations that have been discussed, also constitutes a crime that was classified in Law 599 of 2000, also known as the Penal Code, due to two types of penalties, the first corresponds when it is executed in circumstances of aggravation as contemplated in article 180 and the second as part of the crimes that must

be protected due to human rights and was regulated in article 159 (Moreno, 2012, p. 30).

As a result of the displacements, the Consultancy for Human Rights and Displacement argued that between 2001 and 2002 considerable changes were evident in the composition of the population that had been displaced since a large part of this population was located in the most vulnerable communes of Medellín, places where continuous clashes between groups outside the law are observed, have sought to dispossess the inhabitants of the sector of their homes and now caused interurban displacement (Lopera, 2012, p. 40).

Bedoya (2020, p. 20) warns that forced displacement due to the armed conflict generates pressure in cities due to the concentration of said population, mainly in large cities, which contributes to the increase in the inequality gap and violation of human rights, settlements that lack basic minimum conditions for their protection and development, drinking water, health, among others, are problems that are evident on the occasion of the aforementioned.

For the Constitutional Court (Corte Constitucional de Colombia, 2004), forced displacement is essentially characterized by the violent coercion exercised on the person to leave a certain place and, consequently, this occurs within the national territory.

Article 3 of Law 1448 of 2011 contemplates the definition of victims, as “those people who individually or collectively have suffered damage due to events that occurred after January 1, 1985, as a consequence of violations of international humanitarian law or serious and manifest violations of international human rights standards” (Congreso de la República de Colombia, 2011).

For the specific case of the Colombian internal conflict, by the aforementioned norm, 13 victimizing events have been determined, such as the threat; crimes against sexual freedom and integrity; forced disappearance; forced displacement; homicide; accidents due to landmines, unexploded ordnance, or improvised explosive devices; kidnapping; torture; the forced recruitment of boys, girls or adolescents; the abandonment or dispossession of land; the loss of personal or real property; terrorist attacks and massacres (Rojas, 2020, p. 15).

According to the statistics reported by the Victims Unit both on its Web portal and in the reports it has issued, without a doubt, forced displacement

constitutes the victimizing event that has affected the most people in the country, and after being signed The peace agreement has not ceased.

As announced in the introduction, on January 22, 2004, the Constitutional Court issued ruling T-025 of 2004, which constitutes the cornerstone for the study of the phenomenon of internal forced displacement in Colombia, because, In said ruling, the existence of an Unconstitutional State of Affairs (ECI) was declared, which means that the high Corporation evidenced a serious, massive and systematic violation of the fundamental rights of the displaced population (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

As a result of the declared ECI and to overcome it, the Court that is responsible for the guardianship of the Constitution established deadlines for the design and implementation of an action plan, for which it issued express and implicit orders to various authorities, warning that The results related to the public policy of attention to the displaced population have not been able to counteract the situation of violation of the constitutional rights of the majority of the displaced population, which were mainly attributed to institutional capacity and insufficient resources (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

Likewise, following up on said ruling, since 2004 the Constitutional Court has issued various decisions, of which the 52 orders listed in the introduction of this writing stand out. The unification ruling SU016 was also issued on January 21, 2021, where the High Court analyzed the situation of a group of victims of forced displacement, providing a series of structural measures by the ECI declared in ruling T-025 of 2004, mainly related to housing issues (Corte Constitucional de Colombia, 2021, s. d.).

On the occasion of said follow-up, the most recent order issued is apparent, order 895 of June 30, 2022, which focuses mainly on the orders of the aforementioned unification sentence related to eviction cases (Corte Constitucional de Colombia, 2022, s. d.).

However, reviewing the date of issue, we find that order 894 turns out to be the most recent, as it was dated July 11, 2022. There, the Court declared that: “the Unconstitutional State of Affairs persists in matters of prevention and protection.

The above is due to the setback in the guarantee of the rights to life, security, integrity, and freedom of the population in situations of forced displacement. In short, the high Corporation warned of the existence of

“institutional blockages and practices in public policy” (Corte Constitucional de Colombia, 2022).

As a consequence of the above, the Court ordered the Ministers of the Interior, National Defense, Finance and Public Credit, and of Agriculture and Rural Development (the latter through the Director of the Land Restitution Unit), and the Directors of the National Planning Department, the Victims Unit and the National Protection Unit, formulate a “strategy for articulation and rationalization of public prevention policy.” In addition to this, it ordered the Ministry of the Interior, in its capacity as Coordinator of the Public Prevention Policy, to present the strategy within 4 months of communication of the provision (Corte Constitucional de Colombia, 2022).

Among other orders, the Court also ordered the entities involved, headed by the Ministry of the Interior, to implement seven shock plans for the regions identified by the Ombudsman’s Office through its early warning system, such as areas with recurring humanitarian emergencies, in the following order:

- Antioquia (Bajo Cauca, norte —north— y Urabá).
- Chocó (Medio y Bajo Atrato, Bajo San Juan, Medio, Alto y Bajo Baudó).
- Valle del Cauca (zona urbana y rural —urban and rural área of— de Buenaventura).
- Cauca (norte y Pacífico-north and Pacific).
- Nariño (Costa Pacífica-Pacific Coast).
- Córdoba (zona sur-south zone).
- Norte de Santander (Catatumbo).

Among the important observations, it stands out that the Court did not find that the National Government had implemented a differentiated route so that, based on its analysis of institutional capacity, it intervened in those cases where it was noted that the territorial entities did not have the budgets of normality to carry out management within the framework of the ordinary planning and articulation schemes, which is why it concluded that “the unconstitutional practices identified in Auto 373 of 2016 regarding institutional coordination for the prevention of displacement persist.” In

terms of Protection, the creation of the National Protection Unit and the strengthening of the individual route were positively valued but warned that the “absence of a public prevention policy” means that the demand for individual protection requests cannot be satisfied by the UNP’s offer of measures, despite the budget increases made (Corte Constitucional de Colombia, 2022). Specifically, the Court did not rule on the route of care for people in situations of displacement, its possible deficiencies and its relationship with the right to reestablish the life project of the victims.

Before the follow-up order that has been cited, there is order 859 of June 23, 2022, where the Constitutional Court adopted several positions on different proposed indicators (humanitarian care, return and relocations, protection, and restitution of lands, prevention indicators and protection (homicide rate in victims of forced displacement, disappearance rate in victims of forced displacement, rate of sexual violence and rate of interpersonal violence, rate of victims of forced displacement who have not suffered new victimizing events), education, generation of income and employment, housing, compensation, justice and truth. In any case, to date, it should be noted that there are more than 23 follow-up orders, there is no pronouncement yet for the year 2023, and it is not yet evident, promptly, a clear statement from the Court regarding the route of care for people in situations of displacement, their possible deficiencies and their relationship with the right to re-establish the life project of the victims.

Existing parameters for the implementation of a care route for victims of displacement, its effectiveness for people who have suffered the victimizing event to achieve the re-establishment of their project constitutes an additional problem to that of displacement itself, its effectiveness so that people who have suffered the victimizing event achieve the re-establishment of their life project, since it is questioned whether: i) it meets the differential approaches embodied in the law, ii) it is known and iii) there are sufficient resources for its implementation. From this investigation, we will seek to establish what the characteristics of the route are and identify which aspects deserve to be reviewed to make it effective.

Because, as announced in previous lines, there are several victimizing events, and each one deserves to be studied in light of the number of victims, for delimiting purposes, Antioquia being the department that reports the highest number of victims per forced displacement, this investigation has focused on it, specifically in its Capital (Medellin), which is the one that

receives people from all the other 125 municipalities, where in addition to the Victims Unit having an institutional presence, other authorities such as the Department Government (Gobernación) and entities of the national order such as the Attorney General's Office (Procuraduría Regional de la Nación) with jurisdiction over the entire department through its Antioquia Regional Attorney's Office (Procuraduría Regional de Antioquia) and the Ombudsman's Office (Defensoría del Pueblo) through the Antioquia Regional Defender's Office (Defensoría Regional de Antioquia), the above, since although there are clear statistics relating to the amount of victims registered in the RUV, there is no specific information that makes it possible to show that the care route is really contributing to the victims of displacement reestablishing their life project.

THE GOVERNMENT BALANCE RELATED WITH THE RESEARCH PROBLEM POSED

In the XX report presented in 2022 by the National Government to the Congress of the Republic, regarding the law on victims and land restitution, it is indicated that the Victims Unit strives to guarantee access and compliance with the care and assistance to victims, so after the pandemic it has ordered the reopening of 193 care points and 31 regional centers, to guide the victim population throughout the country, with Antioquia being the one with the largest number of care points (35) and 1 regional center (Gobierno Nacional de Colombia, 2022).

This report mentions that just in the period from August 8, 2018, to February 28, 2022, 1,362,398 households that were victims of forced displacement were reported as “attended,” which translates into an investment of \$1,699,583,083. 245 Colombian pesos, but when breaking down the concept it is evident that “attention” is understood only as the delivery of humanitarian aid, aimed at mitigating or temporarily filling the deficiencies of the right to minimum subsistence, as a result of the victimizing event.

Health care is shown as the results of compliance with Law 1448 of 2011, through the psychosocial rehabilitation measure and the comprehensive health component, which in turn is linked to other dimensions of rehabilitation, such as physical and mental, giving rise to what is known as the Psychosocial Care and Comprehensive Health Program for Victims

(Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas, PAPSIVI). A total of:

- 7,349,591 victims affiliated with the Social Health System, which represents 94,5 % of affiliation coverage.
- 13,138 victims who received 49,821 physical rehabilitation services.
- 24,930 victims who received 143,454 mental rehabilitation services, a high sum that shows the impact of the covid-19 pandemic.

Recalde (2016), presented the findings of the project “Evaluation of the Functioning of the National System of Comprehensive Care for the Displaced Population”, carried out to diagnose the barriers that prevent the victim population from accessing adequate and prompt care and orientation about their rights, as well as the care guidelines used by the officials of the registration and declaration route who serve the reporting displaced population, indicated that two types of barriers were identified, namely, individual and institutional. The first related to the obstacles coming from cultural factors and the social context that prevent victims at the individual level from effectively enjoying their rights, and the second to the obstacles that limit the operational capacity of the SNARIV institutions in the registration stage and declaration and that translate into low quality of care for victims. Among the institutional barriers, he identified administrative ones (lack of coordination of functions of territorial entities and those of the national order, lack of mechanism for prioritizing the needs of certain sectors such as registration, land, humanitarian assistance, housing; insufficient operational personnel; insufficient budget for operation; job instability of officials linked to the declaration process – use of service provision contracts; design based on welfare that makes declarations of people who are not displaced to access resources), and regulations (ignorance of the provisions laws and procedures by officials).

The impact of violence has directly reached more than 15 % of the population of Colombian territory (Moreno and Díaz, 2016). Accordingly, it is necessary to talk about the importance of psychosocial care for the victims of the armed conflict in Colombia, suggesting that the intervention be balanced by working both on the satisfaction of needs and the restoration

of rights, as well as on the strengthening of political development. and community, because if the focus is exclusively on the first, there is a risk of putting the population in a situation of passivity, waiting for the State to be the one to decide on their future, excluding them from all responsibility, as if they had a condition of disability or uselessness. The need for a differential approach is highlighted, and demanded by communities that have been victims of violent events (ethnic group, gender, age groups, etc.).

Moreno and Díaz (2016) state that one of the most prominent psychosocial support strategies is the work of building collective memory, which contributes to strengthening the cultural identity of a people. Madariaga *et al.* (2014), for their part, warn that the Colombian Constitutional Court indicated that displaced women are exposed to particular risks that derive from their gender condition, such as suffering sexual violence, forced recruitment, enslavement to carry out domestic work, imposition of norms of public and private behavior, dispossession of their lands and assets, threats and attacks due to their membership in organizational processes or their leadership work and defense of human rights, or due to their real relationships or alleged with members of armed groups. Also citing Rubiano, they highlighted that in ruling T-602 of 2003 the Constitutional Court highlighted the existence of a right of displaced persons to special treatment called “right to urgent preferential treatment” and drew attention to the need for affirmative actions and approaches differentials sensitive to gender, generation, ethnicity, disability and sexual option.

Regarding the “training line with a competency approach”, the report from the National Government to Congress that has been cited indicates that as a result of the coordination with the National Learning Service (Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA) since 2021, has provided a human talent training course in a virtual mode called “Attention with a psychosocial approach to victims of the armed conflict”, which as of November 12, 2021, 1,393 of the 2,464 people involved had approved it. Regarding training programs with a competency approach, aimed at people as victims, no mention was made (Gobierno Nacional de Colombia, 2022).

The report has a component called “educational assistance”, which states that the educational system of the Nation and territory seeks in an articulated manner to guarantee the right to education of the population who are victims of the internal conflict, making reference to initial education, preschool, basic and secondary, in compliance with the provisions of article

51 of Law 1448 of 2011. As of December 2021 alone, 37,093 girl and boy victims were reported registered in the RUV with initial education, while of the children cared for by the Colombian Institute of Family Welfare (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF) for initial education exposes 114,017 child victims. There is no clear and precise presentation of the attention in education at other levels, nor in adults.

No approach demonstrates education programs for work, or the strengthening of necessary social skills, given the phenomenon of displacement. Regarding investment projects, a list of generic projects is made, namely, “Implementation of the school feeding program in Colombia”, stating that they have resources focused on the Victims Policy, without discrimination being made for the victims of the victimizing event that is the subject of this investigation.

Doing a selective search in the 443-page document with the term “life project” only two coincidences appear, the first refers to the single full school day in terms of education for boys, girls, adolescents and, young people, in the analysis of time, The second mention is related to the recognition of the ethnic population as subjects of special constitutional protection, stating that this contributes to the strengthening of their life project, without further development of such affirmation.

Likewise, although it is noted that the statistics are presented in a characterized manner, it is not evident in the report that the attention to victims has any differentiation for this reason. Madariaga *et al.* (2014) maintain that when thinking about the care of women victims of forced displacement, it is assumed that the public policies of the System of Attention, Assistance and Reparation for Victims (Sistema de Atención, Asistencia y Reparación a Víctimas, SNARIV) and the strategies that are articulated to these to facilitate the victims to overcome these events satisfactorily, are widely known by the different actors involved in the process, however, as a result of their research, they found that less than 30 % of women know public policies. and the strategies adopted by the State for its implementation; They even found that 71 % of the participants in the questionnaires applied did not know what the public policies of the System of Care, Assistance and Reparation for Victims (SNARIV) are, and 89 % do not know the programs provided by the System derived from the right to women to live with dignity, free from all forms of discrimination and violence, especially if we take into account that more than half of them stated that they had obtained state aid, 42 % of

women indicated a total lack of knowledge about public policy, understood as the set of activities carried out by public or government institutions aimed at guaranteeing rights and responding to the needs of citizens.

Another result of the research was that 36 % of the participants consider that care programs for victims of the armed conflict are used by politicians to obtain votes during electoral campaigns, 14 % state that resources are diverted to satisfy personal interests, 23 % consider that the State does not have one of its priorities to serve low-income people and 9 % consider that the authorities do not do enough to address their problems. The perception of structural deficiencies in the programs offered by the State and organizations that develop programs to care for women victims of the armed conflict is evident, as well as barriers to access to these services, which materialize from the lack of personnel dedicated to disseminating the programs, even the number of programs offered to train in the procedures to access them, added to the lack of coordination of the different entities in charge of providing attention to them (Madariaga *et al.*, 2014).

This research suggests that low educational and socioeconomic levels are what prevent victims from knowing about their rights and the existing procedures to make them effective, as well as the modes of operation of public entities and the access routes to the administration of Justice.

The above is reprehensible if one considers that the Constitutional Court, since ruling T-025 of 2004, ordered the Government to adopt special care and protection measures. This study also noted the lack of training programs for public officials that sensitize them to the problem and the special care needs of victims to restore their rights, finding that less than 50 % of officials are prepared in the victim care protocol and most of them have not received formal training on their work, and what they know has been learned from their own experience.

In addition, it was not found that the government had implemented a training and qualification strategy for the representatives of the organizations of women victims of displacement, which offers them conceptual and methodological training elements on how to influence public policies, since The different training received comes from different sectors such as the church, international organizations, among others.

The Colombian Truth Commission identified, based on the interviews carried out with both officials and victims, that there are drawbacks in the Psychosocial Care and Comprehensive Health programs for Victims so far

since the applicability of the peace agreement, due to various administrative problems that flagrantly hinder the continuity of the process due to a lack of hiring and adequate personnel, a situation that harms the possibility of reconstruction of the life project and generates low coverage of psychosocial care, a situation that demonstrates the limited possibility of the State complying with a comprehensive protection of their right to rehabilitation and these situations allow the generation of a hostile terrain that facilitates the possibility of the displaced population being re-victimized (Comisión de la Verdad, 2022, p. 77).

Therefore, policies aimed at reparation must be part of a reconstruction policy from a broader context, where collective reparation actions ordered from the local and regional levels are allowed to comply with memory measures, security guarantees, care for victims, protection and reconstruction of living environments that were affected as a result of the war (Comisión de la Verdad, 2022, p. 78).

All of the above has shown that forced displacement corresponds to one of the most extensive and deep wounds regarding the social impact of the vulnerable population, a situation that has forced a territorial reconfiguration and the creation of a new way of life after displacement. All of the above, because many times they must start over and rebuild a new life, generally in marginal neighborhoods of cities or in some areas in which the armed conflict is still accentuated, all given in conditions of lack of protection, this is due because they lose their way of life, cultural and productive identity (Comisión de la Verdad, 2022, p. 169).

On the other hand, it has drawn the attention of researchers that forced displacement corresponds to one of the events that have received the greatest institutional attention both at the national and local level, being the first objective to develop policies and regulations that seek to mitigate the consequences caused. However, according to the reports presented to the Truth Commission, they have shown that the delays in humanitarian aid regularly have led to an average of three out of every four displaced households being poor and, in turn, one out of every three households of displaced people live in conditions of extreme poverty, which shows that the policies have not resolved the problem, but have probably emphasized the violation of more human rights and encouraged the deconstruction of their life project (Comisión de la Verdad, 2022, p. 70).

The Truth Commission found that the economic, military, and administrative efforts given by the State were concentrated on the war, leaving aside the reconstruction of schools as a priority, despite their important role as a social fabric and a place of peace, as contemplated by International Humanitarian Law (Comisión de la Verdad, 2022, p. 105), situations that clearly show how the life project of the victims has been left aside, given the importance of education in the purpose of rebuilding life projects.

Analyzing the case of Medellín, one of the municipalities most affected by the armed conflict in Colombia, Granada (2017) shows the existence of a policy of care for the population displaced by violence in 2007, which in 2011 changed with the adoption of a national public policy to care for all victims of the conflict, which meant making adjustments to the institutions responsible for caring for those affected. In Medellín, actions can be highlighted that were also strengthened by non-state actors in the municipal territory. The Casa de la Memoria museum opened in the city of Medellín, created in 2006, became a public establishment that is evidence of this, as well as different experiences of return, the recognition of victims of criminal gangs, discussions about the collective reparation in Medellín and the need to advance guarantees of non-repetition, lasting and sustainable solutions; the preparation of a historical memory report on violence within the framework of the armed conflict in Medellín, and the specific case of comprehensive care in La Loma, among others.

From the above, it is evident that the attention to victims of displacement is focused on emergency economic measures and imminent coverage of basic needs related to food, housing, and health, without evidence of any intention related to the reestablishment of the life project of the victims, in accomplish of article 73 of Law 1448 of 2011, related to the principle of progressivity regarding land restitution.

THE RESTORATION OF THE LIFE PROJECT OF THE VICTIMS

Portela (2015) considers that the life project is the capacity of the human being to decide autonomously and, above all, to carry out their life plan. Therefore, it is nothing other than the manifestation of freedom, closely linked to the concept of human dignity, recognized by the Political Constitution from its first article. By this, and with the assessment made of

the pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights, it is up to the State and its institutions to guarantee the necessary conditions for the realization of the life project.

In this writing, citing Fernández, another concept of a life project is presented, as one that addresses the fulfillment of the person but takes into account their vocation, aptitudes, circumstances, potentialities, aspirations, and expectations, also supported by the options that the person has to lead their life and achieve what they propose (Portela, 2015, p. 23). According to the above, it could not be observed as a more damaging fact to a person's life project than their dispossession of the land and consequent displacement.

Bello and Chaparro maintain that human beings are “born in need” (2011, p. 17), and that this need remains, given that their subsistence depends on the resources they obtain as a result of human association. Affection, love, and success are added to the list of needs, which do not remain in apparent aspects of survival from the material and biological points of view, and consider that human needs can be understood as conditions for the construction of a worthy human subject. From the above, it can be concluded that, as a consequence of the denial of human needs, a violation of human dignity occurs.

These authors classify human needs as existential and ontological (Bello and Chaparro, 2011, p. 19), considering that the first (being, doing, being, and having) is the basis for the construction of a life project, and the way to satisfy them can be based on criteria such as identity, autonomy, and empowerment, while the satisfiers of axiological needs related to bodily, emotional and cultural needs can be products, services, infrastructures, social networks.

What has been proposed takes special importance in the Social State of Law, since it welcomes the subjects and undertakes to guarantee the conditions for the full exercise of their rights, and therefore the possibility of satisfying their needs. Thus, the subjects also manage to perceive themselves as members of the State and assume the obligations that also correspond to them.

To achieve the above, Bello and Chaparro (2011, p. 21) design what they call “types of satisfactory relationships”, as follows: self-management, social assistance, and public policy. All three require economic and symbolic transactions and require active participation, why not leading, of the State itself, through its different agencies.

Version 2 of the Psychosocial Care and Comprehensive Health Program for Victims within the framework of Law 1448 of 2011 prepared by the Social Promotion Office of the Ministry of Health and Social Protection (Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud y Protección Social, 2012), indicates that sociopolitical violence and the internal armed conflict in Colombia, have caused great material and non-material damage to the victims, including physical and mental health consequences, as well as other personal financial, social, cultural aspects, among others, suggests that they must overcome the difficulties and manage to continue with their lives, that actions are developed in different areas, including support to resume the construction of the individual, family and community life project.

In the same document, the damages caused to the Victims of Serious Violations of Human Rights and Infringements of International Humanitarian Law are explained, but to do so, citing Marta Bello, it is stated that the material dispossession of the land means “the loss of lifestyles, of community and family ties, of productive, social and cultural practices” (Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud y Protección Social, 2012). To define “Damage to the life project”, the Inter-American Court of Human Rights was cited, in the case of Gutiérrez Soler vs. the Colombian State, where it was held that the fact that the victim had to move in conditions of loneliness, economic hardship, physical and psychological breakdown, were irreparable damage to his life, which truncated his family ties and prevented him from meeting the expectations of personal and vocational development that were possible under normal conditions.

It is worth highlighting that mitigating the impact and damage to the life project constitutes the first specific objective of the PAPSIVI program, which means that the psychosocial care provided to the victims is duly supported, but, without a doubt, It is not unique or sufficient, so it requires also be carried out from other approaches for it to be achieved.

There is something that deserves special attention, and it is, that, to reestablish their life project, the victims can to process what they experienced and can recognize themselves as citizens, holders of rights, among them, the right to actively participate. in the development of their communities.

In any case, it is noted that the Comprehensive Health Route is activated from i) outpatient consultation service when an appointment is requested at the IPS, ii) emergency service, and iii) referral. Although the victim has the power to seek health service, it is also activated thanks to the

referral made by the UARIV's programs for caring for victims of the armed conflict, particularly from the Individual Plan of Comprehensive Reparation (Plan Integral de Reparación Individual, PIRI), necessary referral to guarantee the adoption of measures aimed at allowing the victims to reestablish their life project

Following this line, it is then observed that apparently, the attendant/care routes for victims of displacement are being limited to obtaining basic satisfactions (housing, food, and sometimes clothing), ignoring that psychotherapeutic support is also required, social demands, support not only to define the life project that is wanted (reestablish or establish) accompanied by the tools that provide the skills and abilities to make it possible, and not remain at the level of social assistance. If a person lived off the produce of the countryside, who knew how to work, they have been displaced to the city, their dispossession is not limited to the land as a place of residence, but to their life project.

The victims of armed displacement mention that many times after going through the process of forced displacement and moving to urban areas, they face enslaving jobs that they often have to accept because the State's help is not enough, especially when many times it is not. They know what to work on, since they only know how to do farm work and have little educational training. In the same way, they say that the possibility of rebuilding their life from scratch is very complex because they had a life that in turn was built and they have a worldview completely different from the reality they lived, because when they arrive at these new places, they face a total uncertainty about where to sleep, what they will eat, what they will work on and how to remain united, this, also taking into account that mothers who are heads of families are often displaced, given that the men of the household were murdered or recruited by the groups outside the law. Likewise, they conclude that the State, in its intention to help, uses tools they try to make them forget where they come from, who they are, and what their roots are and they feel that these situations should not be forgotten and in some way they re-victimize them (Acnur, 2010).

Within the research carried out by the National Center for Historical Memory, in support of the United States Agency for International Development and the International Organization for Migrants, it is concluded that many of the displaced people are conceived of as landless people because When they are forced to leave their territories, they generally leave

without direction and with few items that they can carry to survive the new realities they face, thrown into many situations of begging, overcrowding, hunger, pain and total uncertainty about what will be the future, longing to return to those moments where they were happy and those places that forged them (OIM Colombia, 2015).

Taking into account the above, the displaced claim that, they leave their territory with the desire to continue existing, seeking to safeguard life and generate an alert indicating that in certain places and sectors, the State is not complying with its legal and constitutional obligations. In some way, they feel that their life stopped the moment they were displaced and they desire to resume their life from that point (France 24 Español, 2022).

CONCLUSIONS

In this first documentary phase of the investigation, which is aimed at analyzing the effectiveness of the institutional offer route in Medellín, for people displaced by the armed conflict, with a view to reestablishing the life project of the victims, in accordance with the review and detailed analysis of the information and statistics contemplated in the different reports of national and local authorities regarding the issue of the displacement of victims of the armed conflict in Colombia, among them, the National Government and the Victims Unit, as well as Reading the applicable norms and each of the pronouncements of the Constitutional Court by virtue of the declared Unconstitutional State of Affairs ECI, it is possible to see in conclusion that the victims of displacement as a consequence of the armed conflict are being attended to through a essentially welfare system, focused on emergency aid for first aid when the victimizing event occurs, aimed at shelter and food, but which does not direct its efforts towards supporting victims to achieve the reestablishment of their life projects, and therefore hence, the condition of victims, which causes their situation of vulnerability to continue for the long term.

BIBLIOGRAPHY

Alrededor de 36 000 familias fueron víctimas de desplazamiento forzado y confinamiento en 2022 (2023). *Defensoría del Pueblo*. <https://www.defensoria.gov.co/-/alrededor-de-36.000-familias-fueron-v%C3%ADctimas-de-desplazamiento-forzado-y-confinamiento-en-2022>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (16 de marzo de 2010). *Sin nombre: Testimonios de mujeres desplazadas*. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=e1FKSt3APj8>.

Álvarez, Z. (2017). *La indemnización administrativa de la población víctima del desplazamiento forzado en el marco de la Ley 1448 de 2011: obstáculos para el acceso a una indemnización*. [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/34108/secme-16594.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus.

Armas, D. de (2016). *Efectos socioeconómicos del desplazamiento forzado en la mujer afrodescendiente, Santa Marta, Colombia*. [Tesis de maestría]. Instituto Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz, Castellón, España. <https://core.ac.uk/download/pdf/83545679.pdf>.

Asamblea Nacional Constituyente (7 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, (114). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>.

Barajas, D. C. y Moreno, V. (2015). *Una escuela para la diversidad: la inclusión de adolescentes víctimas del desplazamiento por el conflicto armado*. [Tesis de maestría]. Universidad Libre, Bogotá, Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/8340/Una%20escuela%20para%20la%20diversidad.%20Carolina%20Barajas%20y%20Viviana%20Moreno.pdf?sequence=1#:~:text=Las%20escuelas%20deben%20recibir%20a,el%20resto%20de%20la%20poblaci%C3%B3n.&text=crisis%20encubierta%3A%20conflictos%20armados%20y,192>.

Bedoya, E. A. (2020). *Experiencias y significados del derecho a la salud para personas en condición de desplazamiento forzado por el conflicto armado de la Zona 1 Nororiental de la ciudad de Medellín 2019-2020*. [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/29180>.

Bejarano, D. F. (2017). *Análisis de la Política Pública en Salud para la población en situación de desplazamiento víctima del conflicto armado asentada en Bogotá, D. C. 2011-2015. Un acercamiento desde los discursos del enfoque diferencial*. [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/64084/An%C3%A1lisis%20de%20la%20Pol%C3%ADtica%20P%C3%BAblica%20en%20Salud%20para%20la%20poblaci%C3%B3n%20en%20situaci%C3%B3n%20de%20desplazamiento%20v%C3%ADctima%20del%20conflicto%20armado%20asentada%20en%20Bogot%C3%A1.%20Diego%20Bejarano..pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Bello, M. N. y Chaparro, R. (2011). *Acción sin daño y construcción de paz. El daño desde el enfoque psicosocial*. Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá. https://www.bivipas.unal.edu.co/bitstream/10720/595/1/L-120-Bello_Nubia_Chaparro_Ricardo-2011-458.pdf.

Calderón, J. (2016). Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, (62), 227-257. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=64046034010>.

Cardona, N. A. (2019). *Relaciones entre las emociones de víctimas del conflicto armado y sus procesos de reparación*. [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/11223/1/CardonaNatalia_2019_RelacionesEntreEmociones.pdf.

Carrascal, A. M. (2016). *El fenómeno del desplazamiento forzado interno desde el derecho internacional: el caso colombiano*. [Tesis de doctorado]. Universidad Carlos III de Madrid, España. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24459#preview>.

Comisión de la Verdad (2022). *Hay futuro si hay verdad. Informe final*. <https://indepaz.org.co/hay-futuro-si-hay-verdad-informe-final/>.

Congreso de la República de Colombia (18 de julio de 1997). Ley 387 de 1997. Reglamenta parcialmente decretos nacionales 951, 2562 y 2569 de 2001 por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ley-387-de-1997/13661#:~:text=Ley%20387%20de%201997%20por,en%20la%20Rep%C3%BAblica%20de%20Colombia>.

Congreso de la República de Colombia (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>.

Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia T025 de 2004. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Catálogo de Fuentes de Archivo Externas 8450-OE-94325. Auto 251 del 10 de octubre de 2008, documento escrito. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202008/101.%20Auto%20del%2006-10-2008.%20Auto%20251.%20Protecci%C3%B3n%20ni%C3%B3s,%20ni%C3%B3s%20y%20adolescentes.pdf>.

Corte Constitucional de Colombia (2019). Auto 360 del 10 de julio de 2019. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a360-19.htm>.

Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) (2014). *Lineamientos de política pública para la prevención de riesgos, la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado. Documento 3784*. Departamento Nacional de Planeación (DNP), Consejo Noruego de Refugiados. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Politica%20de%20Victimas/CUARTO%20INFORME%20CONPES%203784_F.pdf.

Delgado, M. (2015). Las víctimas del conflicto armado colombiano en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: Apropiación y resignificación de una categoría jurídica. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, (46), 121-145. <https://www.redalyc.org/pdf/115/11539199004.pdf>.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2012). *Ley de víctimas y restitución de tierras*. https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/ley_victimas/ley_victimas_completa_web.pdf.

Díaz, L., Torruco, U., Martínez, M. y Varela, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Revista Investigación en Educación Médica*, 2(7), 162-167. <https://www.redalyc.org/pdf/3497/349733228009.pdf>. El desplazamiento forzado hacia Medellín aumentó 140 % en enero de 2023 con respecto al 2022 (2023). *Personería Distrital de Medellín*. <https://www.personeriamedellin.gov.co/el-desplazamiento-forzado-hacia-medellin-aumento-140-en-enero-2023-con-respecto-al-2022/#:~:text=Distrital%20>

de%20Medell%C3%ADn-,El%20desplazamiento%20forzado%20hacia%20Medell%C3%ADn%20aument%C3%B3%20140%25%20en,2023%20con%20respecto%20al%202022&text=Los%20municipios%20que%20m%C3%A1s%20registraron,208%20mujeres%20y%20197%20hombres.

El Tiempo (22 de diciembre de 2015). *Las heridas mentales del desplazamiento forzado*. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=shHBEuYSosU>.

Estrada, V. M. (2005). Por una política pública social integral estatal frente al desplazamiento forzado en Colombia. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e Intervención Social*, (10), 17-50. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=574261800011>.

Falla, U., Chávez, Y. A. y Molano, G. (2003). Desplazamiento forzado en Colombia. Análisis documental e informe de investigación de la Unidad de Atención Integral al Desplazado (UAID) Bogotá. *Tabula Rasa*, (1), 221-234. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600111>.

Fisas, V. (1998). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Icaria, Unesco. https://escolapau.uab.cat/img/programas/cultura/una_cpaz.pdf.

Fiscalía General de la Nación (2010). *Ley de justicia y paz. Compilación normativa y jurisprudencia*. www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/04/ley_975_de_2005.pdf.

France 24 Español (26 de mayo de 2022). *En Colombia, la violencia vacía pueblos y lanza a la deriva a desplazados*. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=61EjE5gbY-I>.

Galeano, M. E. (2004). *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa*. Fondo Editorial Universidad Eafit. <http://www.ditso.cunoc.edu.gt/articulos/800039fbf3dbd9bc0b4c0a985bf6b4795613da05.pdf>.

Garzón, S. C. (2017). *Estrategia integral de atención comunitaria para mejorar las prácticas en el cuidado de la salud de niños y niñas de la primera infancia víctimas de desplazamiento forzado. El caso de la ciudadela Santa Rosa, Localidad San Cristóbal, Bogotá*. [Tesis de maestría]. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13767?show=full>.

Gobierno Nacional de Colombia (2022). *XX Informe del Gobierno Nacional al Congreso de la República. Ley de víctimas y restitución de tierras*. <https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2022-10/INFORME%20LEY%201448%20DE%202011%20UARIV.pdf>.

González, A. (2010). *“Viajeros de ausencias”: Desplazamiento forzado y acción colectiva en Colombia*. [Tesis de doctorado]. Universidad Complutense de Madrid, España. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/11073/>.

Granada, J. G. (2017). Cambios políticos. De la política pública de desplazamiento forzado a la política pública de víctimas de Medellín, Colombia. *Estudios Políticos*, (50), 157-179. <https://www.redalyc.org/journal/164/16449788009/html/>.

Ibáñez, A. M. y Maya, A. (2007). *La población desplazada en Colombia: examen de sus condiciones socioeconómicas y análisis de las políticas actuales*. Departamento Nacional de Planeación (DNP). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6682.pdf>.

Jaimes, J. P. (2014). *Desplazamiento forzado y derechos humanos*. [Tesis de doctorado]. Universidad de Granada, España. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38063.pdf>.

Lopera, C. (2012). *Análisis de la acción gubernamental de restitución de viviendas a población víctima del desplazamiento forzado en el municipio de Medellín durante los años 2004-2007 desde un enfoque de análisis de políticas públicas*. [Tesis de maestría]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/8600>.

Luna, P. y Hissong, R. (2003). Balance de las políticas de atención a la población desplazada (1998-2002). En *Destierros y desarraigos* (pp. 231-252). Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Madariaga, C. A., Martínez, P. S. y Cervantes, M. A. (2014). Evaluación de las estrategias utilizadas por la institucionalidad para promover la participación de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado interno en el diseño e implementación de una política pública de enfoque diferenciado en atención, asistencia y reparación integral en Colombia. *Revista Locos, Ciencia y Tecnología*, 5(2), 323-331. <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751549010.pdf>.

Méndez, C. E. (2001). *Metodología: Diseño y desarrollo del proceso de investigación*. 3.^a ed. McGraw-Hill.

Mendoza, A. M. (2012). El desplazamiento forzado en Colombia y la intervención del Estado. *Revista de Economía Institucional*, 14, 169-202. <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/3146>.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio de Colombia (2014). Decreto 1286 de 2014. Por el cual se definen las condiciones para el desarrollo

de proyectos de vivienda. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1259363>.

Moreno, M. A. y Díaz, M. E. (2016). Posturas en la atención psicosocial a víctimas del conflicto armado en Colombia. *El Ágora USB*, 16, 193-213. <https://www.redalyc.org/pdf/4077/407755353010.pdf>.

Moreno, M. C. (2012). *Atención integral a las víctimas del desplazamiento. Diagnóstico de la aplicación del plan integral único de Fusagasugá (atención de niños, niñas y adolescentes)*. [Tesis de maestría]. Universidad Católica de Colombia, Bogotá. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/469>.

Naranjo, G. (2004). Ciudadanía y desplazamiento forzado en Colombia: Una relación conflictiva interpretada desde la teoría del reconocimiento. *Estudios Políticos*, (25), 137-160. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/1915/1569>.

Noscue, E. (2019). *Uso y apropiaciones de TIC digitales: Representaciones socioculturales y mediáticas en situaciones de migración involuntaria y/o desplazamiento forzado en el suroccidente colombiano*. [Tesis de doctorado]. Universidad Nacional de La Plata, Argentina. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/87663>.

Observatorio Unidad para las Víctimas (2022). *Informe semestral de desplazamiento forzado 2021-2*. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/informe-semestral-de-desplazamiento-forzado-2021-2/74012>.

Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud y Protección Social (2012). *Programa de atención psicosocial y salud integral a víctimas en el marco de la Ley 1448 de 2011. Versión 2 ajustada*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/1/PAPSIVI%20VERSION%20PRELIMINAR%2025%20Febrero%202013.doc>.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Colombia (21 de agosto de 2015). *Pueblo sin tierra*. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=6oc7Xu8nifU>.

Peco, M. y Peral, L. (2006). *El conflicto de Colombia*. Ministerio de Defensa Español. https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/c/o/conflicto_colombia.pdf.

Pérez, G. (2007). *Desafíos de la investigación cualitativa*. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). https://www.researchgate.net/publication/237798499_DESAFIOS_DE_LA_INVESTIGACION_CUALITATIVA.

Pérez, J. (13 de julio de 2023). Desplazamiento forzado se desborda: este año han llegado más de 3.000 víctimas a Medellín. *El Colombiano*. <https://www.elcolombiano.com/medellin/victimas-de-desplazamiento-forzado-en-medellin-mas-de-3000-casos-en-el-primer-semester-de-2023-AJ21935588>.

Portela, Á. M. (2015). *El “proyecto de vida” en la redignificación y reintegración social de los niños, niñas y adolescentes (NNA), víctimas del reclutamiento forzado*. Pontificia Universidad Javeriana. <https://www.reincorporacion.gov.co/es/la-reintegracion/centro-de-documentacion/Documentos/El%20proyecto%20de%20vida%20en%20la%20redignificaci%C3%B3n.pdf>.

Ramírez, R. (2005). *Dialéctica de la verificación de hipótesis*. Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico.

Recalde, G. (2016). En la base de la ruta: barreras de acceso y estrategias de atención en la ruta de declaración y registro de víctimas del conflicto. *Revista CS*, (20), 123-142. <https://www.redalyc.org/journal/4763/476352724006/html/>.

Restrepo, M. H. (2015). *Entre trauma, víctimas y vulnerables. Biopolítica, desplazamiento forzado interno y salud pública*. [Tesis de doctorado]. Universidad Nacional de La Plata, Argentina. <https://pure.urosario.edu.co/ws/portalfiles/portal/13170330/mariahelenarestreposespinosa.2015.pdf>.

Rettberg, A. (2008). *Reparación en Colombia. ¿Qué quieren las víctimas?* Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/CD0302-1.pdf>.

Rettberg, A. (2015). Ley de víctimas en Colombia: un balance. *Revista de Estudios Sociales*, (54), 185-188. <https://www.redalyc.org/pdf/815/81542724015.pdf>.

Rojas, N. (2020). *Dinámicas de los hechos victimizantes asociados al conflicto declarados y ocurridos en Bogotá*. [Tesis de maestría]. Universidad de La Salle, Bogotá, Colombia. https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=maest_gestion_desarrollo#:~:text=Para%20el%20caso%20del%20conflicto,forzada%3B%20homicidio%20en%20persona%20protegida%2C.

Ruiz, N. Y. (2007). *El desplazamiento forzado en el interior de Colombia: caracterización sociodemográfica y pautas de distribución territorial 2000-2004*. [Tesis de doctorado]. Universidad Autónoma de Barcelona, España. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/4975/nyrr1de1.pdf>.

Uribe, M. T. (2000a). *Desplazamiento forzado en Antioquia*. Universidad de Antioquia.

Uribe, M. T. (2000b). Notas para la conceptualización del desplazamiento forzado en Colombia. *Estudios Políticos*, (17), 47-70. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/17400>.

Vara, A. A. (2012). *Siete pasos para una tesis exitosa. Desde la idea hasta la sustentación. Un método efectivo para las ciencias empresariales*. Instituto de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres. <https://www.administracion.usmp.edu.pe/investigacion/files/7-PASOS-PARA-UNA-TESIS-EXITOSA-Desde-la-idea-inicial-hasta-la-sustentaci%C3%B3n.pdf>.

Villa, M. I. (2006). *Desplazamiento forzado en Colombia. El miedo: un eje transversal del éxodo y de la lucha por la ciudadanía*. CLACSO. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinep/20100920090346/art02desplazamientoforzadoControversia187.pdf>.

Vitale, E. (2006). *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*. Melusina. <https://www.melusina.com/libro.php?idg=4609>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

DECISIONES JUDICIALES EN SEGUNDA INSTANCIA
DEL PODER JUDICIAL DE CEARÁ SOBRE
EL TIPO PENAL “VIOLACIÓN AL VULNERABLE”
(CEARÁ-BRASIL, 2017 A 2020)

JUDICIAL DECISIONS IN THE SECOND INSTANCE OF THE
JUDICIAL POWER OF CEARÁ REGARDING THE CRIMINAL
OFFENSE “RAPE OF A VULNERABLE INDIVIDUAL”
(CEARÁ-BRAZIL, 2017 TO 2020)

DECISÕES JUDICIAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA DO PODER
JUDICIÁRIO DO CEARÁ SOBRE O TIPO PENAL “ESTUPRO
DE VULNERÁVEL” (CEARÁ-BRASIL, 2017 A 2020)

IRLENA MARIA MALHEIROS DA COSTA*
HOMERO CHIARABA**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a4

* Pós-doutorado (Programa de Pós-graduação em Sociologia) Universidade Federal do Ceará: Fortaleza, Brasil, Doutorado (Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais) Federal University of Bahia: Salvador, Brasil. Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (2000-2005). Especialista em Saúde Pública pela Universidade Estadual do Ceará (2009-2010). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Sociedade (2011-2013), Membro de pesquisa Fenomenologia e hermenêutica da Universidade Federal da Bahia e do Laboratório de Estudos da Violência (LEV)

Resumen

En la legislación penal se han hecho algunos cambios con la intención de tipificar conductas específicas de abuso infantil (Ley 12015/2009) entre las que se destaca la violación al vulnerable. Por eso, se lleva a cabo el presente estudio de jurimetría, de carácter descriptivo, retrospectivo y documental, cuya unidad de análisis es la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Ceará sobre el tipo en cuestión. La investigación se delimita entre 2017 y 2020 para trazar un panorama de las decisiones del tribunal. Al final del estudio se constata que el colegiado de segunda instancia sigue manteniendo las decisiones de primera instancia, que el poder de decisión es principalmente masculino y diferente de lo esperado, que la confidencialidad de las identidades en casos de violación al vulnerable no se cumple plenamente y que las identidades acaban expuestas en el sitio web del tribunal.

Palabras clave: violación a persona vulnerable, jurisprudencia, jurimetría.

Abstract

Changes in criminal legislation sought to classify specific child abuse behaviors (Law 12015/2009). Among these, sexual assault of vulnerable person stands out. We aimed to conduct a retrospective and documentary descriptive study, with the unit of analysis being the Tribunal de Justicia del Estado de Ceará ruling on the type in question. The research was delimited between 2017 and 2020, providing an overview of the Court's decisions. At the end of the study, it was found that the second-instance collegial body has been upholding the first-instance decisions, decision-making power is primarily male and

da Universidade Federal do Ceará. É credenciada como docente externa na Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE). Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?user=LtJ0wOoAAAAJ&hl=pt-BR>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1275-0875>, correo electrónico: nena.malheiros@gmail.com

** Professor colaborador em Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Universidade Federal da Bahia. Doctor y Magister en Derecho por el Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=AKYBvjwAAAAJ&hl=pt-BR>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4220-3845>, correo electrónico: homerohcgouveia@uesc.br; chiaraba.homero@gmail.com

different from what was expected, the confidentiality of identities in cases of sexual assault of vulnerable person is not fully observed, and identities end up being exposed on the court’s website.

Keywords: violation of vulnerable person, jurisprudence, jurisimetry.

Resumo

Mudanças na legislação penal buscaram tipificar condutas específicas de abuso infantil (Lei 12015/2009). Entre estas, destaca-se o Estupro de Vulnerável. Foi realizado um estudo de jurisimetria, de caráter descritivo retrospectivo e documental, cuja unidade de análise foi a sentença do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará sobre o tipo em questão. Delimitada a pesquisa entre 2017 e 2020, traçou-se um panorama das decisões do tribunal. Ao final da investigação, constatou-se que o colegiado de segunda instância continua mantendo as decisões de primeira instância, o poder de decisão é principalmente masculino e diferente do esperado, a confidencialidade das identidades em casos de Estupro de Vulnerável não é totalmente cumprida e as identidades acabam expostas no site do tribunal.

Palavras-chave: estupro de pessoa vulnerável, jurisprudência, jurisimetria.

INTRODUCCIÓN

El abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes es un concepto relativamente nuevo. Describe un fenómeno social complejo y de difícil explicación, que involucra cuestiones relacionadas con la sexualidad, el desarrollo humano, las instituciones sociales y la cultura. La literatura especializada ha definido el problema como cualquier actividad o interacción con connotación sexual que involucra a un adulto y niños o adolescentes (Borges *et al.*, 2018; 2022; Malheiros, 2017; Souto *et al.*, 2018). Se parte del supuesto de que los niños menores de dieciocho años son personas que se encuentran en una etapa peculiar del desarrollo biopsicosocial y, por lo tanto, todavía se ven limitados para comprender la naturaleza de una interacción sexual de la misma manera en que lo hacen los adultos (Lowenkron, 2016). El abuso sexual infantil y adolescente tiene entonces su propia dinámica, que generalmente consiste en una violación de cuerpos sin rastros ni testigos (Souto *et al.*, 2018).

El abuso sexual infantil, que puede ocurrir de diferentes maneras, a menudo se asocia con la manipulación emocional, el chantaje, la negociación, las amenazas, la coerción y la fuerza física. Todos estos factores conducen al “síndrome del secreto”, ya que se trata de una maraña de circunstancias y sentimientos ambiguos (amor-miedo, verdad-mentira, afecto-dolor, presencia-falta) que confunde a la víctima y la atrapa en una relación secreta favorable para el atacante. El síndrome del secreto también lo influencia y lo mantiene una cultura sexista y centrada en los adultos, que silencia a las niñas y las mujeres poniéndolas en circunstancias humillantes y discriminatorias, lo que dificulta que las víctimas de delitos sexuales rompan el ciclo de silencio y violencia (Hohendorff *et al.*, 2012; Malheiros, 2013; 2017).

Las investigaciones demuestran varias consecuencias físicas, psicológicas, sexuales y sociales del abuso sexual infantil en la vida de las víctimas (Araújo *et al.*, 2021). Algunas de ellas son las lesiones (generales, genitales, anales), el embarazo, las infecciones de transmisión sexual, la conducta hipersexualizada, las disfunciones sexuales (Souza *et al.*, 2017); la depresión, la baja autoestima, la dificultad para dormir, el *borderline*, la automutilación, el comportamiento o la ideación suicida, las alucinaciones, el desorden psicótico, las dificultades interrelacionales (Araújo *et al.*, 2021), la huida de casa, la asociación con redes de explotación sexual (Malheiros,

2013), la baja calidad de vida escolar y universitaria (Negreiros *et al.*, 2018), el uso abusivo del alcohol y otras drogas (Meléndez *et al.*, 2015) y el síndrome de estrés postraumático (Hébert *et al.*, 2014). El abuso sexual de niños y adolescentes, por lo tanto, impacta directamente la vida de las víctimas, “incluyendo cambios a largo plazo en la estructura cerebral, problemas de salud física y mental, conductas de riesgo, problemas con el funcionamiento social y una esperanza de vida reducida” (Negreiros *et al.*, 2018, p. 11).

Debido a los desafíos biopsicosociales y los efectos negativos que causa el abuso sexual de niños y adolescentes, las últimas tres décadas han estado marcadas por la creación de estrategias para abordar sistemáticamente el problema con el apoyo de instituciones gubernamentales y no gubernamentales brasileñas, así como de investigadores de los más diversos campos del conocimiento (Borges *et al.*, 2022). Durante este tiempo, se observó el desarrollo de comisiones parlamentarias de investigación en el Congreso Nacional, algunos cambios en la legislación y la implementación de planes de afrontamiento nacionales, estatales y municipales. Un hito fundamental de este movimiento fue la reforma del Código Penal brasileño, realizada en la primera década del siglo XXI, que impactó directamente en la lucha contra el abuso sexual de niños y adolescentes en el país. La creación de la ley n.º 12.015/2009 modificó la legislación sobre los derechos sexuales en Brasil y trajo consigo la tipificación penal de *violación a persona vulnerable* (Presidência da República do Brasil, 2009). Este concepto se refiere a lo que socialmente llamamos abuso sexual infantil (o abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes), perpetrado contra personas de cero a catorce años (artículo 217-A). Este artículo aborda dicha clasificación penal.

Jurídicamente, se considera delito de violación a persona vulnerable cualquier acto o intento de consumar un acto de relación carnal u otro acto libidinoso con menores de catorce años, bajo pena de prisión de ocho a quince años (Presidência da República do Brasil, 2009). Cuando un caso es notificado a las autoridades públicas, la policía civil debe investigar y el Ministerio Público, a su vez, elevar la denuncia al poder judicial. Cabe mencionar que, en Brasil, los casos de violación a persona vulnerable se tramitan bajo secreto judicial, siguiendo la disposición que incluye la Ley 12015/2009 en el Código Penal brasileño. En otras palabras, según el artículo 234-B del Código Penal, aunque los actos procesales son generalmente públicos en el país, el acceso a los datos en los casos de delitos sexuales debe limitarse a las partes involucradas y a los agentes del orden (Presidência

da República do Brasil, 1940). Esta decisión la justifica el planteamiento jurídico que indica que la protección de la privacidad de los involucrados prevalece sobre los intereses públicos. Es por eso por lo que la investigación empírica sobre delitos sexuales contra niños y adolescentes ha restringido el acceso a información que pueda contribuir a la comprensión del problema.

Después del proceso de informatización de los tribunales de justicia brasileños, ocurrido en las últimas décadas, la información judicial se volvió más accesible para la población en general y para los investigadores en particular. Actualmente, a través de sitios web oficiales, es posible monitorear los actos judiciales, ya sea con el objetivo de ejercer el control social sobre el poder judicial o incluso para realizar investigaciones científicas (Silva *et al.*, 2017). Sin embargo, en los casos de delitos de violación a persona vulnerable existen algunas especificidades, ya que están sujetos al secreto y el acceso a sus datos debe ser limitado. En ese sentido, se justifica la elección de las sentencias como fuente de información para este estudio, ya que son de dominio público y brindan datos relevantes sobre casos de violación a personas vulnerables a los que de otro modo no sería posible acceder.

En vista de lo anterior, se abordan las decisiones judiciales de segunda instancia sobre el delito de violación a persona vulnerable disponibles en el sitio web del Tribunal de Justicia de Ceará (TJCE, <https://www.tjce.jus.br/>), cuyo contenido es de dominio público. El objetivo es brindar un panorama de las sentencias producidas por la segunda instancia del poder judicial de Ceará respecto del mencionado tipo penal, considerando las características del hecho jurídico narrado, las partes involucradas y la respuesta de los jueces al asunto en cuestión. En cuanto a la relevancia, se considera que la investigación cuantitativa utilizando datos jurisprudenciales permite construir un escenario objetivo sobre la respuesta del poder judicial a un problema biopsicosocial complejo y difícil de combatir. Además, los estudios de esta naturaleza pueden servir de base para 1) nuevos estudios socioantropológicos y jurídicos; 2) el desarrollo de políticas públicas más efectivas; 3) la regulación sectorial; y 4) establecer una comparación con datos obtenidos en investigaciones realizadas en otros sectores del Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia Víctima o Testigo de Violencia.

METODOLOGÍA

Este estudio de jurimetría es de carácter descriptivo, retrospectivo y documental, y su unidad de análisis es la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Ceará (TJCE) de Brasil sobre el tipo penal violación a persona vulnerable. La investigación abarca todas las decisiones judiciales de segunda instancia relacionadas con el delito analizado, publicadas entre 2017 y 2020 en la jurisprudencia disponible en el sitio web del TJCE. El acceso se realizó a través de la ruta: página de inicio > procesos > jurisprudencia > búsqueda de sentencias.

Los datos seleccionados se obtuvieron consultando la jurisprudencia contenida en el citado sitio web, escribiendo en el motor de búsqueda “Menú” el concepto “violación a persona vulnerable” (entre comillas). Aun en la configuración de la investigación se eligió el origen de segundo grado, el tipo de publicación “Juicios”. Cabe mencionar que la investigación se realizó año por año, llenando el ítem “fecha de publicación”. Se encontró un total de ciento veintisiete sentencias que se guardaron una a una en formato PDF. Como se explicó anteriormente, las sentencias son documentos judiciales emitidos por órganos colegiados de jueces del tribunal. Revelan una posición jurídica basada en la aplicación del derecho brasileño a una situación específica. En ese sentido, se procedió a la lectura de los menús para identificar si todos se referían a algún hecho calificado como violación a persona vulnerable. Luego de aplicar este filtro, quedaron para efectos del análisis ciento diecinueve sentencias, las cuales están compuestas por los siguientes elementos: encabezado, sumario, informe, razonamiento, disposición legal y voto. Al final aparecen la fecha y la firma del relator del caso. También es importante resaltar que no se identificó duplicidad de casos en la base de datos, es decir, ningún paciente apareció más de una vez.

El análisis de los documentos se realizó de la siguiente manera: luego de una lectura cuidadosa, se agregó la información relevante para el estudio a la hoja de cálculo de Excel. En cuanto a las unidades de interés, se importaron a esta investigación datos del proceso, del caso bajo análisis judicial, del promotor de la acción (Defensoría Pública o abogado particular), del juez ponente, del tipo de decisión judicial (concesión, concesión parcial o desestimación de la solicitud del autor), las fechas (inicio de la acción, sentencia en primera instancia, entrada en segunda instancia y su decisión), el tipo criminal, las características del delito, el perfil de la víctima, el perfil del imputado y la presencia/ausencia de identificación de la víctima.

Una vez finalizada la construcción de la base de datos, se sometió a un análisis estadístico descriptivo de frecuencia, basado en el uso del programa Microsoft Excel para Microsoft 365 MSO (versión 2304 Build 16.0.16327.20200) de 64 bits.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los datos revelados en el análisis de las sentencias del período 2017-2020 aportan información importante para ofrecer un panorama de las sentencias producidas por la segunda instancia del poder judicial de Ceará sobre el tipo de violación a persona vulnerable. En primer lugar, se considera que la información contenida en los documentos cambia de un caso a otro, ya que estos se producen en respuesta a solicitudes jurídicas específicas de interés para una de las partes involucradas en el proceso. Sin embargo, la encuesta demuestra que existe una lógica recurrente en la producción de sentencias, lo que permite considerar las principales características del hecho jurídico narrado y las partes involucradas en el proceso, así como las sentencias y la respuesta de los jueces al asunto en cuestión.

Consideraciones doctrinales sobre el tipo penal violación a vulnerable

La violación a una persona vulnerable es un delito tipificado, en Brasil, por la Ley n.º 12015/2009, que reformó íntegramente el título VI del Código Penal brasileño, anteriormente denominado “Delitos contra os costumes” [“Delitos contra las costumbres”] (Busato, 2016). La técnica legislativa optó por diferenciar los delitos de violación y violación al vulnerable, teniendo en cuenta que los primeros forman parte del conjunto de delitos previstos en el capítulo I, denominados delitos contra la libertad sexual; y los últimos forman parte del capítulo II, titulado “Delitos sexuales contra personas vulnerables” (Gilaberte, 2020). Así, el tipo de violación a una persona vulnerable adquiere su propia conducta típica, que se entiende como “tener relaciones carnales o realizar otro acto libidinoso con alguien menor de 14 años” (Presidência da República do Brasil, 1940). Algunos tipos relacionados son la corrupción de menores, la satisfacción de la lujuria mediante la presencia de un niño o adolescente, el fomento de la prostitución u otras formas de explotación sexual de niños, niñas o adolescentes, o de personas

vulnerables, y la difusión de escenas de violación o de violación a personas vulnerables, de escenas de sexo o de pornografía. Todos estos delitos, desde el punto de vista victimológico, implican extremas dificultades probatorias, pues se debe tener cuidado para evitar la revictimización de los niños y los adolescentes (Santos, 2012).

El primer punto que hay que tener en cuenta a la hora de analizar este tipo es el concepto de vulnerabilidad en el derecho penal. Gilaberte (2020) llama la atención sobre el hecho de que en el Código Penal el concepto de vulnerabilidad no sea fijo, sino que varíe según el tipo de delito que se evalúa. Si el autor considera que tal volatilidad en nada afecta la efectividad de la norma penal, se puede plantear que el desplazamiento del concepto de vulnerabilidad en la dogmática criminalista de aquella corriente en el campo de los derechos humanos, actualmente denominada *vulnerabilidad y derechos humanos marco* (Paiva *et al.*, 2012), elimina el derecho penal de las políticas públicas para promover la salud y proteger a niños y adolescentes. Por otro lado, hay que considerar que el tipo no está destinado solo a la protección de niños, niñas y adolescentes, sino también de aquellas personas que no tienen discernimiento frente al acto sexual o que no pueden ofrecer resistencia al acto, lo que lleva a que el Superior Tribunal de Justicia (STJ, 2015) afirme que la vulnerabilidad “no integra el precepto primario del tipo”.

La violación a una persona vulnerable (art. 217-A) puede ser perpetrada por un hombre o por una mujer, y el sexo de la víctima no es determinante para definir el tipo de violación. La presunción de vulnerabilidad surge por la edad (catorce años), la falta de discernimiento respecto del acto sexual, la enfermedad o la discapacidad mental y la dolencia, o por el hecho de que una persona por cualquier motivo no pueda ofrecer resistencia. Actualmente, los tribunales del país la reconocen como *iuris et de iure*, es decir, como una presunción absoluta, aunque en el pasado se haya intentado relativizarla (Tavares y Santos, 2020). La discusión jurisprudencial dio lugar al Tema 918 del STJ (2015):¹

Para caracterizar el delito de violación en persona vulnerable previsto en el art. 217-A, caput, del Código Penal, basta que el agente tenga conocimiento carnal o realice cualquier acto libidinoso con una per-

1 Los temas de jurisprudencia son una especie de padronización de decisiones reiteradas de tribunales superiores en Brasil.

sona menor de 14 años. El consentimiento de la víctima, cualquier experiencia sexual previa o la existencia de una relación sentimental entre el agente y la víctima no descartan la ocurrencia del delito.

Por tanto, cualquier argumento que pretenda tildar de provocador el comportamiento de la víctima con el fin de desviar o justificar el análisis de la conducta delictiva carece de sustento, no solo ético, sino también jurídico.

Es importante resaltar que existe la posibilidad de que el imputado sea absuelto debido a un error tipográfico. Este procedimiento consiste en que el imputado alega que desconocía la edad de la víctima en el momento del hecho y que, con base determinados criterios, como la “presunta conducta” de la víctima, creía que tenía más edad de la legalmente establecida. Si bien la jurisprudencia consolidada del STJ acepta esta tesis (Santos y Veiga, 2018), no deja de ser claro que termina siendo una apertura para culpabilizar a la víctima mediante la evaluación moral de su comportamiento (Leal y Azambuja, 2017).

Caracterización del hecho narrado

En este estudio se encontraron 119 sentencias sobre el delito de violación a persona vulnerable entre 2017 y 2020. Como el objetivo de las manifestaciones jurídicas en segunda instancia no necesariamente implica ofrecer el detalle completo del caso (a diferencia de las decisiones en primer grado), se requiere información sobre el delito objeto de análisis que aparece de forma más limitada en las sentencias. En ese sentido, hay una mayor cantidad de documentos en los que no se incluye toda la información. Aun con esta dificultad, fue posible conocer el perfil del paciente (imputado), el perfil de la víctima, la relación que se estableció entre ellos en el momento del crimen, las características del delito y si la identidad de la víctima se conserva en las sentencias.

Al analizar los datos se observó que la edad promedio de los imputados durante la apertura del caso bajo análisis era de 38,9 años. Este dato está en línea con la información divulgada por el informe de la Defensoría Nacional de los Derechos Humanos, en el que el 62 % de los casos registrados tiene como agresores a personas de entre 25 y 59 años (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos y Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, 2020). En esta investigación solo fue posible encontrar esta

información buscando el número de cada proceso en el sitio web del TJCE. La información encontrada incluye el nombre completo y la fecha de nacimiento de los pacientes, el nombre completo de sus padres y el movimiento del proceso. Una vez obtenidos los datos, se comparó el año de nacimiento de los pacientes con el año del caso en primera instancia. Como en 14 casos no había información abierta sobre los acusados, la edad media se calculó teniendo en cuenta a los 105 pacientes restantes.

En cuanto al sexo de los imputados, considerando las 119 sentencias, los hombres aparecen como agresores en el 98,3 % de los casos. En la encuesta solo aparecen como imputadas dos mujeres, ambas consideradas por el poder judicial como cómplices de sus socios en el crimen y no como autoras de la violación en sí. Esto indica que los agresores identificados en esta investigación son, en la gran mayoría de los casos, hombres adultos, y lo corroboran las investigaciones de Borges *et al.* (2018) y Baccarat y Prado (2010), así como estadísticas publicadas por el Foro Brasileño de Seguridad Pública (FBSP, 2021) y el Defensor Nacional de los Derechos Humanos (Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos y Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, 2020).

Esta investigación también encontró que el 85 % de las víctimas son mujeres. En 44 sentencias no fue posible identificar la edad exacta de la víctima en el momento del delito. En ocasiones, solo se encontraron palabras imprecisas, como “niño”, “niña”, “infante” y “adolescente”. Por tanto, para calcular su edad media se consideraron todas las víctimas mencionadas en las 75 sentencias judiciales restantes, lo que supone una media de 9,8 años.

Cabe señalar aquí que los resultados sobre el perfil de la víctima también son muy cercanos a los de otras investigaciones sobre el abuso sexual a niños y adolescentes en Brasil. Sin embargo, se percibe una ligera diferencia entre la edad promedio que se encuentra en esta investigación y el rango de edad revelado por las notificaciones. Según datos facilitados por la Secretaría de Seguridad Pública y Defensa Social de Ceará (SSPDS), en 2022, la mayoría de los casos de violación a personas vulnerables denunciados en el Estado tuvo víctimas de entre once y trece años² (57,94 %). Por otro lado, cuando se analiza la información nacional, se observa que los niños de

2 Estos datos se obtuvieron mediante un análisis simple de frecuencia de la información contenida en una tabla en formato Excel disponible en el sitio web <https://www.sspds.ce.gov.br/html/estatisticas-2022/>, sección “Indicadores penales 2022-detallado”.

entre cero y once años aparecen como las principales víctimas de violación y violación al vulnerable, y los menores de nueve años representan el 40 % del total (FBSP, 2021). En este contexto, se entiende que la falta de un mecanismo nacional estandarizado de registro de datos impide comprender el fenómeno con sus matices y dificulta la creación de estrategias más efectivas para combatirlo.

Para analizar el vínculo entre víctima y agresor en el momento del crimen, las investigadoras crearon las siguientes categorías: “madre o madrastra”, “padre o padrastro”, “otro miembro de la familia”, “vecino o amigo de la familia”, “desconocido”, “maestro”, “pareja o novio”. Los criterios utilizados para la categorización se basan en información contenida en 74 sentencias que reportan datos sobre el vínculo entre el imputado y la víctima. En esta investigación los miembros de la familia aparecen como los principales agentes de abuso sexual, implicados en la mitad de los casos. Entre ellos, el vínculo más recurrente es el paterno. En la categoría “otros familiares” se consideran personas que representan las figuras de abuelos, tíos, hermanos y primos —implicados en 18 casos—. Las madres, las únicas mujeres que aparecieron en toda la investigación como autoras del crimen, fueron citadas y condenadas por ser cómplices de sus parejas y no promotoras directas de la violación. En 26 casos denunciados aparecen “vecinos o amigos de la familia”, y todos frecuentaban el domicilio de la víctima. Solo en una sentencia se mencionó al maestro de la víctima, pero este trabajaba en el ámbito deportivo y no en la escuela. En la categoría de novio o pareja se encuentran aquellos pacientes que declararon ante la justicia que mantenían vínculos sentimentales con las víctimas, algunos de los cuales justificaron además que desconocían su edad. Finalmente, solo 6 sentencias contienen casos cuyos autores se desconocían.

Los documentos nacionales y la literatura especializada sobre el tema confirman los datos presentados anteriormente: las violaciones a personas vulnerables generalmente tienen como perpetradores a personas en las que los niños o los adolescentes confían (Baccarat y Prado, 2010; Borges *et al.*, 2018; FBSP, 2021; Santos *et al.*, 2008). Según Saffioti (2004),

rara vez una mujer, ya sea niña, adolescente, adulta o anciana, sufre violencia por parte de extraños. Los agresores son amigos o conocidos o incluso familiares. Esto queda muy claro en los casos de abuso sexual, delito en el que predominan los familiares (p. 92).

Como se indicó anteriormente, una característica importante del delito de violación a una persona vulnerable es el síndrome del secretismo, alimentado por los tabúes que rodean la sexualidad y el incesto. Asociado a amenazas y manipulaciones emocionales, este factor dificulta la denuncia y facilita el mantenimiento de los abusos sexuales durante largos períodos, ya que sentimientos ambiguos y confusos —por ejemplo, de amor-miedo, verdad-mentira, afecto-dolor y presencia-carencia— terminan provocando que el niño no comprenda del todo las relaciones establecidas y permanezca en silencio (Malheiros, 2013; 2017).

En cuanto a las características del delito, al leer las sentencias se observa que la mayoría de ellas (57,3 %) relata la ocurrencia de actos libidinosos, como la eyaculación en presencia o sobre la propia víctima, los manoseos en zonas como nalgas, pechos, piernas y genitales, y los besos forzados. La conjunción carnal aparece en 38 decisiones judiciales y se refiere al coito (anal o vaginal) en sí. En 30 sentencias no fue posible identificar detalles sobre el crimen.

Otro dato importante muestra que la mayoría de las sentencias (73,9 %) reporta casos que involucran a una sola víctima, mientras que cinco de ellas citan a tres o más víctimas. Esta información no se encontró en 20 documentos. El resultado más sorprendente de esta encuesta es el elevado número de sentencias que contienen la identificación expresa de la víctima: casi el 50 % (58 sentencias). Antes de la investigación se esperaba encontrar más dificultades para acceder a información sobre las partes involucradas en los procesos, ya que se trata de un delito que se desarrolla bajo secreto judicial y dichos datos deben ser confidenciales. Sin embargo, además de que los nombres de algunas de las víctimas están escritos en el documento, es posible encontrar información sobre la mayoría de ellas ingresando el número de caso en el motor de búsqueda del sitio web del TJCE.

Caracterización general de las sentencias

El estudio describe las características procesales de las demandas judiciales de segunda instancia respecto del tipo penal violación a persona vulnerable publicadas en el sitio web del TJCE entre los años 2017 y 2020. Se encontraron 119 sentencias sobre el delito y sus equivalentes penales en ese período, que constituyen un promedio de 29 decisiones judiciales de segunda instancia por año. Con 41 sentencias, 2019 aparece como el año

con mayor número de decisiones publicadas, que representan el 34,5 % del total. El año 2017 cuenta con el segundo porcentaje más alto del cuatrienio analizado, con 28,6 % de las decisiones. Si bien el año 2020 estuvo marcado por la pandemia del covid-19, no es posible explicar, a partir de los datos recabados en esta investigación, en qué medida esa crisis sanitaria afectó el trabajo de los jueces, ya que el número de documentos publicados no se mantiene negativamente en el intervalo analizado.

En términos generales, en la justicia común brasileña el primer grado está conformado por jueces que actúan en juzgados y varas de justicia especializadas, y la segunda instancia está conformada por jueces que actúan en los tribunales de justicia. La totalidad de los jueces del TJCE se denomina Tribunal Pleno.³ La Sección Criminal y las cámaras penales, más específicamente, son órganos colegiados de juzgamiento encargados de resolver los casos. La Sección Criminal está integrada por 16 jueces (9 mujeres y 7 hombres) y un secretario. Se reúne mensualmente en sesiones públicas que son transmitidas en tiempo real por el canal del TJCE en la plataforma digital YouTube. Las cámaras penales están integradas por cuatro jueces cada una. Sus reuniones son semanales y públicas,⁴ y requieren una participación mínima de tres de sus miembros. Al presidente de cada cámara penal le corresponde presidir las sesiones, y este cargo se ejerce por un período de dos años en forma rotatoria, siguiendo el criterio de la antigüedad en dicho tribunal. Diariamente, la Sección Criminal y las salas penales reciben casos que se distribuyen siguiendo el protocolo procesal vigente en ese momento en el tribunal. Cada proceso, a su vez, debe ser ordenado y dirigido por un relator: un juez que será responsable de elaborar un informe, en el que deberá tomar posición respecto de la solicitud realizada al órgano juzgador mediante un procedimiento judicial. El colegiado presenta, analiza y vota cada informe durante las sesiones (TJCE, 2022a).

En esta investigación se observa que todas las decisiones colegiadas analizadas fueron unánimes y siguieron el voto del relator. Además, en la

3 Aún existe una división simétrica entre la justicia federal y las justicias estatales: la primera tiene competencia para juzgar acciones en las cuales la Unión Federal es parte interesada, y las segundas tienen competencia residual ante todas las justicias especiales de Brasil. En Brasil, por repartición constitucional, existen las siguientes justicias especiales, que definen su competencia según la materia de interés: la justicia laboral, la justicia electoral y la justicia militar.

4 Las sesiones se transmiten a través de la plataforma digital Teams y su enlace está disponible en el sitio web oficial del TJCE.

encuesta se identifican cinco órganos juzgadores, todos ubicados en la capital de Ceará: la Sección Criminal, la Primera Cámara Penal, la Segunda Cámara Penal, la Tercera Cámara Penal y la Cuarta Cámara Penal. Al observar la frecuencia de las sentencias por órgano judicial se constata que la Tercera Cámara Penal (52) y la Primera Cámara Penal (41) fueron responsables de la mayoría, que representa el 78,2 % del total de los casos de violación a persona vulnerable en segunda instancia. Luego se encuentran la Segunda Cámara Penal (17), la Sección Criminal (8) y, con un solo caso juzgado, la Cuarta Sala Penal. Cabe señalar también que esta no aparece en el listado actual de salas penales del TJCE.

En cuanto al género del relator de las sentencias, se observa una presencia más escasa de juezas. El número de jueces que trabajan en Ceará ha aumentado en los últimos años, pero todavía existe una gran diferencia numérica por género. Actualmente, de los 413 magistrados de primer y segundo grado, solo 146 son mujeres (TJCE, 2022b). En el caso del TJCE, más concretamente, hay 49 jueces de segundo grado.⁵ De ellos, 29 son hombres y 20 son mujeres, cifras que *a priori* parecen más equivalentes. Sin embargo, si se analizan los datos de esta investigación, la diferencia entre el número de hombres y el número de mujeres que trabajan en el poder judicial aumenta: las denuncias de los casos analizados las realizaron principalmente hombres (87), que representan el 73,1 % del total, en comparación con el 26,9 % de las mujeres (32). Esto llama la atención porque se trata de un tema considerado delicado, generalmente tratado por mujeres en otras instancias del Sistema de Justicia Penal de Ceará. Un ejemplo de ello es que la Comisaría de Lucha contra la Explotación de Niñas, Niños y Adolescentes (Delegacia de Combate à Exploração da Criança e do Adolescente, DECECA) y el Juzgado 12 Penal, especializado en delitos sexuales contra menores de dieciocho años, ambos ubicados en la capital, tienen como jefas a mujeres.

En cuanto al estado del proceso, durante la investigación la mayoría contenía el término “archivado” (64), seguido de “cerrado” (47), “juzgado” (4), y “enviado a otro tribunal” (2), y 2 no contenían esta información. Un caso puede ser archivado definitivamente cuando 1) existe sentencia firme y 2) existe una decisión que pone fin al incidente procesal y no puede

5 En Brasil, los jueces de tribunales estatales se llaman *desembargadores y desembargadoras*, y en las cortes superiores nacionales se les llama *ministros y ministras*.

modificarse. Los procesos archivados provisionalmente son aquellos que por alguna causa legal no han sido juzgados y no pueden extinguirse. No es posible identificar en la encuesta qué tipo de presentación fue más recurrente. Cuando el proceso se registra como cerrado significa que se han completado el análisis o las acciones necesarias. Este podrá ser reabierto por cualquiera de las unidades a través de las cuales fue tramitado. Las sentencias analizadas se distribuyen geográficamente de la siguiente manera:

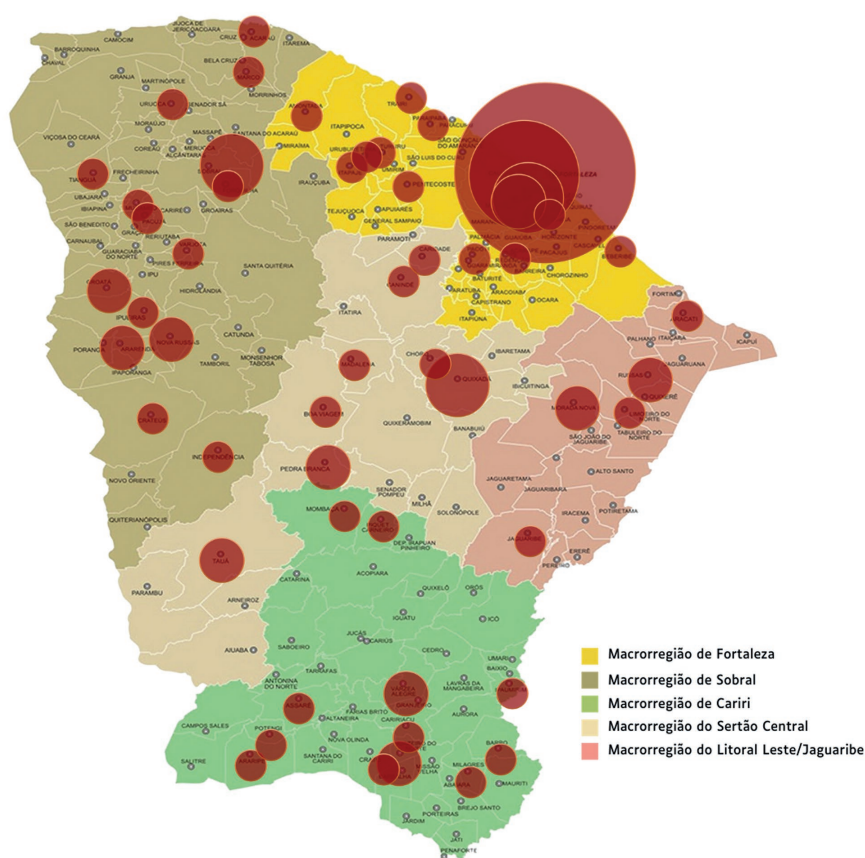


Figura 3.1 Distribución geográfica de los fallos por distrito judicial de origen

Fuente: elaboración propia.

La figura 3.1 muestra el mapa que representa las macrorregiones del Estado de Ceará, división generalmente utilizada para presentar indicadores en el área de la salud. Se eligió este modelo para presentar los resultados de esta investigación porque está consolidado y es visualmente didáctico. Como se puede observar en la figura 3.1, se consideran cinco macrorregiones: la macrorregión de Fortaleza, la macrorregión Sobral, la macrorregión de Cariri, la macrorregión del Sertão Central y la macrorregión de la Costa Este/Jaguaribe. Luego de completar la planilla con todos los fallos, se superpusieron los números de registro por distrito en el mapa oficial de las macrorregiones del Estado. Como resultado, se puede observar que la macrorregión de Fortaleza —correspondiente a la Región Metropolitana de Fortaleza (RMF)— se destaca como la localidad con mayor número de casos registrados.

En cuanto a los distritos de origen, Fortaleza aparece con el mayor número de sentencias (32). Por otro lado, esta ciudad cuenta con la única comisaría que lucha contra los delitos que victimizan a niños y adolescentes, y el único juzgado penal especializado en delitos sexuales en Ceará, lo que ciertamente impacta la lucha contra los delitos sexuales infantiles y juveniles. Las otras ciudades que se destacan en el mapa aparecen muy por debajo numéricamente. Ellas son Caucaia (12), Maracanaú (4), Sobral (4), Quixadá (3) y Maranguape (3). Todos son municipios relativamente grandes y tienen sus propias políticas públicas de protección social. Sin embargo, no es posible decir con los datos de esta investigación que la incidencia de la violación a personas vulnerables en la RMF es mayor, pero que las regiones con equipamiento público para combatir el problema son las que se destacan en cuanto al número de violaciones legales en las diligencias relativas al delito.

Otro hecho revelado por la investigación es que todas las macrorregiones de Ceará —y no solo la RMF— tuvieron casos de violación a personas vulnerables denunciados, investigados y juzgados en sus distritos. Se destaca aquí que hay una tendencia a la internalización de los conocimientos y las prácticas especializadas en el tratamiento del tipo penal que se analiza, ya que la declaración especial está en proceso de implementación en todo el territorio de Ceará. En cumplimiento de la Ley n.º 13.431/2017, que reglamenta en Brasil un protocolo específico sobre la manera en que se debe escuchar en las audiencias judiciales a los niños y los adolescentes víctimas o testigos de violencia (Presidência da República do Brasil, 2017), se creó el Centro Especial de Testimonio (NUDEPE), el cual,

actuando en todo Ceará, tiene competencia para promover la capacitación de magistrados, funcionarios y comisionados, sobre el Protocolo Brasileño de Entrevista Forense, el protocolo de audiencia adoptado por este tribunal, así como la selección y seguimiento del ejercicio de la función de los profesionales que integrará el Registro de Entrevistadores Forenses (TJCE, s. f.).

En este proceso se han implementado técnicas especializadas de entrevista forense para garantizar la protección total del niño durante las audiencias. Esto tiene un impacto directo en los casos de violación a persona vulnerable, pues minimiza el impacto de la denuncia y ayuda a producir pruebas del delito sin causarle mayor daño a la víctima.

Caracterización de las resoluciones descritas en la sentencia

Al analizar las descripciones de las decisiones judiciales de primera instancia contenidas en las sentencias, se observó que 69 imputados fueron condenados por jueces de primera instancia y 3 habían sido absueltos, lo que significa que el 60,5 % de las sentencias versan sobre casos que ya habían sido juzgados. El otro 39,5 % corresponde a casos en los que los imputados del delito aún se encontraban respondiendo al proceso en primera instancia, pero por algún motivo necesitaban activar la segunda instancia. Se observó que, tras el análisis de los jueces, el número de condenados disminuyó a 67 y el número de absueltos aumentó a 6.

De los 119 fallos, 69 presentan al paciente como condenado en primera instancia. De ellos, 7 no contienen información sobre el momento de la condena. En ese sentido, tomando en cuenta solo el tiempo de sentencia de 62 imputados, se obtiene un promedio de 149,96 meses. Alrededor de 12,5 años para cada paciente, más de 3 años por encima de la pena mínima para casos de violación a persona vulnerable. Tras el análisis de segunda instancia, el promedio bajó a 141,3 meses, equivalentes a 11,7 años de prisión. En cualquier caso, estos datos demuestran que la mayoría de los delitos analizados incluyen factores que sumaron tiempo más allá del mínimo legal. El motivo más citado por los jueces para mantener o establecer penas superiores al tiempo mínimo es la reincidencia de la violación: en la mayoría de los casos los abusos ocurrieron más de una vez.

Los datos de esta investigación también revelan que el 54,6 % de las sentencias versan sobre casos de violación a persona vulnerable cuyos

pacientes fueron condenados en primera instancia a cumplir una pena en régimen cerrado (65 pacientes), y el 1,7 %, a cumplir una pena en régimen semiabierto (2 pacientes). Ningún paciente fue condenado a cumplir una pena abierta. En 47 sentencias (39,5 %) se observa que el régimen condenatorio no se aplicó porque los pacientes aún estaban respondiendo al proceso, como se expresó anteriormente en este artículo. Cabe mencionar que 5 sentencias (4,2 %) no contenían la información del texto. Según el análisis de los jueces, en segunda instancia, el 42,9 % fue sentenciado en régimen cerrado y el 10,9 % en régimen semiabierto. Un paciente condenado a régimen cerrado fue trasladado al régimen abierto. En ese sentido, considerando que el régimen cerrado en Brasil se aplica a los reincidentes con penas superiores a 8 años o a los reincidentes con penas superiores a 4 años, estos datos corroboran la duración media de la pena encontrada en esta investigación (11,7 años). También cabe señalar que los acusados condenados tienen derecho a que la pena progrese de conformidad con la ley.⁶

En relación con la decisión del juicio en primera instancia, se detuvo a 86 imputados, lo que representa el 72,3 % del total; 18 no fueron arrestados y 2 estaban prófugos. En 10 sentencias analizadas no se encontró esta información. En 3 casos esta pregunta no se aplica. Esto significa que se arrestó a 18 pacientes antes de que se les condenara por decisión de primer grado y apelaron la decisión. En segunda instancia, el tribunal decidió mantener u ordenar el arresto de 74 pacientes (65,2 %). Ya 30 obtuvieron un permiso de liberación y mantuvieron su estatus de libertad, y 3 de los acusados estaban prófugos.

Entre los tipos de prisión se encuentra la prisión preventiva decretada o mantenida en la sentencia condenatoria de la mayoría de los imputados (43). A estas personas se les condenó y se les negó el derecho a apelar por la libertad. En los casos de 35 imputados se ordenó la prisión preventiva

6 El derecho brasileño contempla tres regímenes de cumplimiento penal: cerrado, semiabierto y abierto. En el régimen cerrado, en casos de condenas de ocho o más años de reclusión, el detenido está obligado a permanecer todos los días en la unidad penitenciaria, cumpliendo la pena en un establecimiento de seguridad máxima o media. En el régimen semiabierto, el condenado, con una pena de entre cuatro y ocho años, pero sin antecedentes penales, tiene derecho a trabajar o a tomar cursos durante el día, pero debe regresar a la unidad penitenciaria por la noche. Por otro lado, la persona condenada a hasta cuatro años cumple su condena en el régimen abierto, siempre que no reincida en el delito; esta persona puede trabajar, asistir a cursos o realizar alguna actividad durante el día con autorización y luego regresar a su propio hogar o a un albergue.

(ya sea durante las investigaciones o durante el proceso penal), cumpliendo con los requisitos legales para tomar una decisión definitiva. En situación de detención, en el acto se presentan 4 pacientes, cuyo ingreso a la prisión se debe a la presencia de un hecho delictivo. En 14 sentencias no hubo información sobre la detención del imputado. En el caso de 18 sentencias la pregunta ya no era apropiada. Con la actuación de segunda instancia, luego de analizar las solicitudes, se determina el número de detenciones preventivas y preventivas decretadas o mantenidas en la sentencia.

Finalmente, llama la atención la sentencia dictada en el expediente 0000120-73.2009.8.06.0070, en el que se utiliza la tesis del error tipográfico para absolver al acusado y que no deja de caer en el lugar común antes descrito de culpar a la víctima. Así, el tribunal dictamina que el hecho de que “el adolescente tomara la iniciativa de practicar un acto libidinoso [...] llegando incluso a estimular e instigar al acusado, bajo burla, a practicar el acto sexual” (TJCE, 2020) hacía imposible que el acusado presumiera que la edad de la víctima era inferior a catorce años. Si bien la jurisprudencia del STJ reconoce la posibilidad de aplicación de tal instituto al tipo en cuestión, en el tema ya mencionado 918 la Corte indica que su aplicación no debe utilizarse bajo el argumento de valoración moral de la conducta del niño, la niña o el adolescente para justificar o legitimar el abuso.

CONCLUSIÓN

Este artículo tuvo como objetivo exponer el panorama de las sentencias producidas por la segunda instancia del poder judicial de Ceará respecto del delito de violación a persona vulnerable, considerando las características del hecho jurídico narrado, las partes involucradas y la respuesta de los jueces al asunto en cuestión. Para ello se realizó un estudio descriptivo, retrospectivo y documental, cuya unidad de análisis fueron las sentencias sobre el tipo penal violación a persona vulnerable disponibles públicamente en el sitio web oficial del TJCE entre los años 2017 y 2020.

La serie histórica señalada incluyó 119 sentencias, un promedio de 29 decisiones por año. La mayoría de los ponentes responsables del caso son jueces varones, y la Tercera Sala Penal es el principal órgano juzgador. Como era de esperarse, considerando que la búsqueda se realizó utilizando el concepto de violación a persona vulnerable, este fue el más recurrente en los fallos. En la investigación no fue posible identificar en qué medida la

pandemia del covid-19 interfirió con los datos de 2020, ya que las diferencias numéricas con respecto a otros años no fueron significativas y, teniendo en cuenta que el objetivo de este artículo no era observar el contexto de la crisis sanitaria, se decidió incluir datos de los años siguientes en futuros análisis.

En cuanto al perfil de los involucrados en el proceso, se pudo identificar que la mayoría de los imputados fueron hombres adultos y la mayoría de las víctimas aún no habían alcanzado la pubertad. Como lo anuncian la literatura especializada y datos oficiales brasileños, la familia aparece como el principal agente de la violación a personas vulnerables, principalmente los hombres que desempeñan el papel de padres (padres biológicos y padrastros). La mayoría de las sentencias describen la ocurrencia de actos libidinosos y reportan casos que involucran a una sola víctima. Un dato muy importante es el elevado número de sentencias que contienen la identificación expresa de la víctima; este asciende casi hasta el 50 % del total, aunque en ese porcentaje no se incluyeron juicios que permitieran identificar a la víctima de manera indirecta ni los datos identificados en la búsqueda manual del proceso. En otras palabras, mantener la confidencialidad de la identidad de la víctima sigue siendo un problema en lo que respecta a la jurisprudencia.

Fortaleza aparece como la principal región de origen de los casos de violación a personas vulnerables en la base de datos analizada. No es posible evaluar las razones por las cuales la capital de Ceará tiene un protagonismo tan significativo, pero se pueden considerar algunos datos: 1) es la ciudad más poblada de Ceará y este hecho puede considerarse un factor que aumenta la probabilidad de que ocurran delitos sexuales; 2) es la única región del Estado con una red articulada de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, lo que facilita el conocimiento de las denuncias de casos sospechosos y aumenta la probabilidad de que el problema se aborde con intervención del Estado; 3) el Sistema de Justicia Penal de Fortaleza cuenta con una comisaría y un juzgado especializados en delitos de esta naturaleza, con agentes estatales expertos en la identificación, la recolección de pruebas y la búsqueda de una solución jurídica del problema. En ese sentido, se plantea aquí la hipótesis —para contrastarla en otras investigaciones— de que estos tres factores pueden haber contribuido a que Fortaleza concentre un mayor número de fallos.

En relación con la caracterización de las sentencias, se observó que todas las decisiones colegiadas siguieron el voto del relator, y la mayoría de ellas fueron publicadas en 2019. Los relatores son en su mayoría hombres

y respondieron especialmente a las solicitudes de *habeas corpus*. El trabajo del panel de segunda instancia, en general, no parece haber interferido significativamente con el perfil de las decisiones de primera instancia. El tiempo medio de condena pasó de 12,5 a 11,7 años de prisión. Considerando que la pena mínima para los delitos de violación a persona vulnerable es de 8 años, es posible afirmar que la mayoría de los delitos analizados por los jueces incluye factores que incrementaron las penas de los imputados. Como resultado, la mayoría de los acusados cumplirá inicialmente su pena en régimen cerrado, ya que la legislación prevé esta modalidad en los casos con penas superiores a 8 años. También se produjo un ligero descenso en el número de condenados y un aumento en el de absueltos. La mayoría de los acusados permaneció en prisión.

La investigación permitió reconstruir el panorama en el que se enmarca la respuesta del poder judicial a un problema biopsicosocial complejo y difícil de afrontar. De esta manera, se puede observar que 1) el tribunal de segunda instancia ha mantenido las decisiones de primera instancia, salvo reformas menores en la sentencia; 2) el perfil de los involucrados en la denuncia es similar al descrito en investigaciones sobre notificaciones, con las niñas como víctimas y los hombres como agresores; 3) el poder de decisión es mayoritariamente masculino, es decir, existe una diferencia en el perfil de liderazgo que se encuentra en otros sectores del Sistema de Garantía de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes víctimas o testigos de violencia, integrados principalmente por mujeres; 4) a diferencia de lo esperado, el secreto de las identidades en los casos de violación a persona vulnerable no se cumple plenamente, y las identidades suelen terminar expuestas en el sitio web del tribunal.

Se entiende que tales resultados no responden todas las preguntas sobre el problema de la violación a personas vulnerables, sino que son solo un recorte temporal-espacial que puede servir de base para nuevos estudios socioantropológicos y jurídicos. La imposibilidad de acceder a información más completa sobre cada caso y el carácter limitado de las decisiones judiciales también se señalan aquí como factores que hacen inviable una comprensión más profunda del problema en cuestión.

REFERENCIAS

Araújo, M., Pereira, N., Moura, L., Matheus, F., Ortiz, M. C. y Gonçalves, J. (2021). Repercussões do abuso sexual vivenciado na infância e adolescência: revisão integrativa. *Ciência & Saúde Coletiva*, 26(4), 1369-1380. <https://www.scielo.br/j/csc/a/y96pVLNpJBGzgY9Sd9kFJwJ/abstract/?lang=pt>.

Baccarat, C. y Prado, M. H. (2010). Abuso sexual na infância e adolescência: perfil das vítimas e agressores em município do sul do Brasil. *Texto & Contexto-Enfermagem*, 19(2), 246-255. <https://doi.org/10.1590/S0104-07072010000200005>.

Borges, V., de Carlos, I., Barbieri, D. y Guedert, J. M. (2018). Violência sexual contra crianças: autores, vítimas e consequências. *Ciência & Saúde Coletiva*, 23(4), 1019-1031. DOI: 10.1590/1413-81232018234.11362016. <https://www.scielo.br/j/csc/a/hTR8wBZKQNrYLM4HB6p849c/>.

Borges, V., Berger, E., Bolsoni, C. y Aparecida, D. (2022). Completude, consistência e não duplicidade dos registros de violência sexual infantil no Sistema de Informação de Agravos de Notificação em Santa Catarina, 2009-2019. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, 31(2). DOI: 10.1590/S2237-96222022000100012. <https://www.scielo.br/j/ress/a/G3CGh3bvSzQNjJ9hgryZVTB/abstract/?lang=pt>.

Busato, P. C. (2016). *Direito penal*. Grupo Gen-Atlas.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). (2021). *Anuário brasileiro de segurança pública*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>.

Gilaberte, B. (2020). *Crimes contra a dignidade sexual*. Freitas Bastos. <https://plataforma.bvirtual.com.br>.

Hébert, M., Lavoie, F. y Blais, M. (2014). Post traumatic stress disorder/PTSD in adolescent victims of sexual abuse: resilience and social support as protection factors. *Ciência & Saúde Coletiva*, 19(3), 685-694. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24714884/>.

Hohendorff, J. von , Habigzang, L. F. y Koller, S. H. (2012). Violência sexual contra meninos: dados epidemiológicos, características e consequências. *Psicologia USP* , 23(2), 395-416. <https://doi.org/10.1590/S0103-65642012005000007>.

Langdon, E. J. (1993). O “dito e o não dito”: Reflexões sobre narrativas que famílias não contam. *Revista Estudos Feministas*, 1, 155-158. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16001>.

Leal, C. y de Azambuja, P. (2017). A cultura de estupro: o arcabouço da desigualdade, da tolerância à violência, da objetificação da mulher e da culpabilização da vítima. *Revista da ESMESC*, 24(30), 245-268. <https://esmescomnuvens.com.br/re/article/view/169/143>.

Lowenkron, L. (2016). Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual. *Cadernos Pagu*, 45, 225-258. <https://doi.org/10.1590/18094449201600450225x>.

Malheiros, I. M. (2013). *Caderno de segredos: Trajetórias de vida marcadas pelo abuso sexual incestuoso*. [Tesis de maestría]. Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, Brasil.

Malheiros, I. M. (2017). “*Eu dizendo uma coisa e todo mundo dizendo outra*”: O “*abuso sexual infantojuvenil*” em múltiplos contextos. [Tesis de doctorado]. Universidade Federal da Bahia, Brasil. <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/23700>.

Meléndez, M. O., Mann, R., Hamilton, H., Erickson, P., Brands, B., Giesbrecht, N., Téllez, E., Zambrana, L., Miotto, M. da G., Cumsille, F., Sapag, J. y Khenti, A. (2015). Relación entre el abuso sexual en la infancia y el uso de drogas ilícitas en estudiantes de una universidad pública en Nicaragua. *Texto & Contexto-Enfermagem*, 24(spe.). <https://www.scielo.br/j/tce/a/RNfqpvSKNWyCtfqKxghZFrC/?lang=es#>.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos y Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (2020). *Relatório 2019. Disque Direitos Humanos*. https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf.

Miranda, A. C., Mattos, M. de L., Silva, V. y Clemente, F. (2020). Violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil: uma revisão sistemática da literatura. *Revista de Ciências Sociais Unisinos*, 56(3). https://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/issue/view/879.

Negreiros, K. J., Maia, F. J. y Stelko, A. C. (2018). Violência sexual na infância associa-se a qualidade de vida inferior em universitários. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 67(1), 10-17. <https://www.scielo.br/j/jbpsiq/a/FtyccWrQwgCdMtKbVWJZ9NC/abstract/?lang=pt#>.

NUDEPE. Núcleo de Depoimento Especial-TJCE (s. f.). *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)*. <https://www.tjce.jus.br/depoimentos-especiais/>.

Paiva, V., Ayres, J. R. y Buchalla, C. M. (2012). *Vulnerabilidade e direitos humanos: Prevenção e promoção da saúde: Livro I. Da doença à cidadania*. Juruá.

Presidência da República do Brasil (1940). Decreto-Lei n.º 2848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 234-B Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça. Incluído pela Lei 12.015 de 2009. *Código de Processo Penal*. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm#art361.

Presidência da República do Brasil (1941). Decreto-Lei n.º 3689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

Presidência da República do Brasil (2009). Lei 12015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição Federal e revoga a Lei n.º 2.252, de 01 de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm.

Presidência da República do Brasil (2017). Lei n.º 13431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm.

Regimento interno (s. f.). *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)*. https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/regimento_interno_2022.pdf.

Saffioti, H. (2004). *Gênero, patriarcado, violência*. Fundação Perseu Abramo. https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2021/10/genero_web.pdf.

Santos, C. A. (2012). *Enfrentamento da revitimização: a escuta de crianças vítimas de abuso sexual*. Casa do Psicólogo.

Santos, P. y Veiga, F. da (2018). Estupro de vulnerável e o erro de tipo: um estudo entre a dogmática penal e a proteção de crianças e adolescentes. En F. da Veiga y G. Ferreira (orgs.), *Ciências criminais e sustentabilidade*.

de social (pp. 107-125). IMED. https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_9459453be92f40e0861c170890aa518f.pdf#page=107.

Santos, R., Sátiro, I., Moneta, C. y Soussa, V. R. de (2008). Caracterização do abuso sexual em crianças e adolescentes notificado em um Programa Sentinela. *Acta Paulista de Enfermagem*, 21(4), 602-608. <https://doi.org/10.1590/S0103-21002008000400011>.

Senado Federal do Brasil (2016). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf.

Silva, E. da, Silva, J. da, Carneiro, R., Armesto, C., Souza, L. A. de y Donato, M. (2017). Caracterização das demandas judiciais de saúde no município de Registro/SP. *Research, Society and Development*, 5(2), 157-170. DOI: 10.17648/rsd-v5i2.104. <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/104>.

Souto, L., Einloft, A., de Oliveira, B., Castro, J. y Haag, C. (2018). Indicadores psicológicos e comportamentais na perícia do abuso sexual infantil. *Trends in Psychology*, 26(3), 1467-1482. DOI: 10.9788/TP2018.3-12Pt. <https://www.scielo.br/j/tpsy/a/XYZSVzdBqhL3xrg4FmJcyqF/abstract/?lang=pt>.

Souza, M. O. de, Palmarella, V., Diniz, A., Menezes, T., Pereira, N. y Freire, N. M. (2017). Abuso sexual na infância e suas repercussões na vida adulta. *Texto & Contexto-Enfermagem*, 26(3). <https://doi.org/10.1590/0104-07072017000080016>.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). (2015). Tema 918. Direito penal. Configuração do crime de estupro de vulnerável. Recurso Repetitivo (art. 543-C do CPC e RES.8/2008-STJ). *Informativo de Jurisprudência*. <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27015520%27>.

Tavares, A. P. y Santos, R. M. (2020). *Estupro de vulnerável: É possível relativizar?* [Tesis de grado]. Centro de Ensino Unificado do Distrito Federal, Brasília, Brasil.

Tribunal de Justiça do Ceará está entre os que mais tem mulheres desembargadoras no país (7 de abril de 2022). *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJEC)*. <https://www.tjce.jus.br/noticias/tribunal-de-justica-do-ceara-esta-entre-os-que-mais-tem-mulheres-desembargadoras-no-pais>.

Você sabe o que é acórdão? O Glossário esclarece (11 de agosto de 2022). *Tribunal Superior Eleitoral (TSE)*. <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Julho/voce-sabe-o-que-e-acordao-o-glossario-esclarece>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL BUEN GOBIERNO Y LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA: EL CASO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA Y EL CASO DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

GOOD GOVERNANCE AND PROPER PUBLIC ADMINISTRATION:
THE CASE OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT AND
THE CASE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF MEXICO

BOM GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CORRETA:
O CASO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA
E DA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DO MÉXICO

JUAN SEBASTIÁN DUQUE-POSADA*
CRISTIAN CAMILO CARRILLO-BENÍTEZ**
SANTIAGO AGUDELO-TABORDA***

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a5

* Magíster en Derecho Penal. Docente ocasional de tiempo completo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000120901, Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?view_op=list_works&hl=es&user=YQK6B_kAAAAAJ, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6617-982X>, correo electrónico: jsduque@correo.iue.edu.co

** Abogado de la Institución Universitaria de Envigado (IUE), estudiante de especialización en Derecho Administrativo (IUE). Auxiliar de investigación. CvLAC:

Resumen

El presente estudio se enfoca en la evaluación del buen gobierno y la correcta administración pública a través del análisis comparativo de dos instituciones judiciales de alto rango en América Latina: la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Mediante una metodología cualitativa, se desglosan los principios y las prácticas que definen el buen gobierno y la administración eficaz en estos entornos judiciales, identificando cómo cada corte contribuye a estos ideales mediante sus providencias. El método empleado comprende el análisis documental y jurisprudencial, revisando fallos significativos que permiten entender cómo se alinean con los principios de buen gobierno y buena administración pública. En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha desarrollado la buena administración pública como un principio del derecho administrativo y constitucional, mientras que la Suprema Corte de la Nación de México lo ha categorizado como un derecho fundamental. El buen gobierno, en ambos casos, se clasifica como un principio constitucional, lo que permite identificar cómo bajo un ejercicio de convencionalidad los altos tribunales pretenden facilitar el acceso institucional a los ciudadanos.

Palabras clave: buen gobierno, buena administración pública, principios constitucionales, jurisprudencia, constitucionalización.

Abstract

This study focuses on the evaluation of good governance and proper public administration through the comparative analysis of two high-ranking judicial institutions in Latin America: The Colom-

https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001852044, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=qKNXA8oAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4749-512X>, correo electrónico: cccarrillo@correo.iue.edu.co

*** Abogado de la Institución Universitaria de Envigado (IUE), estudiante de especialización en Derecho Penal y Procesal Penal (IUE). Auxiliar de investigación. CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001728909&lang=, Google Scholar: <https://acortar.link/CJjSwk>, ORCID: <https://ORCID.ORG/0000-0002-1545-2013>, correo electrónico: sagudelot@correo.iue.edu.co

bian Constitutional Court and the Mexican Supreme Court of Justice. Using a qualitative methodology, this research breaks down the principles and practices that define good governance and effective administration within these judicial environments, identifying how each Court contributes to these ideals through its judicial rulings. The method employed comprises documentary and jurisprudential analysis, reviewing significant rulings, which allow us to understand how they align with the principles of good governance and good public administration. In the Colombian case, the Constitutional Court has developed good public administration as a principle of administrative and constitutional law, while the Mexican Supreme Court has categorized it as a fundamental right. Good governance, in both cases, is classified as a constitutional principle. This makes it possible to identify how, under an exercise of conventionality, the High Courts intend to facilitate institutional access to citizens.

Keywords: good governance, good public administration, constitutional principles, jurisprudence, constitutionalization.

Resumo

Este estudo foca na avaliação do bom governo e da administração pública correta por meio da análise comparativa de duas instituições judiciais de alto escalão na América Latina: a Corte Constitucional da Colômbia e a Suprema Corte de Justiça do México. Utilizando uma metodologia qualitativa, esta pesquisa examina os princípios e práticas que definem o bom governo e a administração eficaz dentro desses contextos judiciais, identificando como cada Corte contribui para esses ideais por meio de suas decisões judiciais. O método empregado compreende a análise documental e jurisprudencial, revisando decisões significativas que permitam entender como se alinham com os princípios de bom governo e boa administração pública. No caso colombiano, a Corte Constitucional desenvolveu a boa administração pública como um princípio do direito administrativo e constitucional, enquanto a Suprema Corte de Justiça do México a categorizou como um Direito fundamental. O bom governo, para ambos os casos, é classificado como um princípio constitucional. Isso permite identificar

como, por meio de um exercício de convencionalidade, os Altos Tribunais buscam facilitar o acesso institucional dos cidadãos.

Palavras-chave: bom governo, boa administração pública, princípios constitucionais, jurisprudência, constitucionalização.

INTRODUCCIÓN

Las nociones de buen gobierno y correcta administración pública representan un pilar fundamental en el fortalecimiento de las democracias y en la eficacia de las instituciones públicas. Este estudio se propone ahondar en la comprensión de estos conceptos a través de un análisis comparativo centrado en la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, dos entidades judiciales de alto rango en América Latina. Al examinar las prácticas y los principios que definen el buen gobierno y la administración eficiente en estos contextos judiciales, se busca ofrecer una perspectiva amplia y detallada que ilustre la contribución de cada corte al fortalecimiento de estos ideales.

Desde un enfoque doctrinal, se exploran las principales diferencias y similitudes entre la buena administración pública y el buen gobierno, proporcionando un marco teórico que permita contextualizar las acciones y las decisiones según las legislaciones internas de México y Colombia. El análisis cronológico de fallos significativos de la Corte Constitucional de Colombia y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México constituye un eje central en este estudio, ya que revela cómo cada tribunal interpreta y aplica el buen gobierno y la administración pública en sus respectivas jurisdicciones, como principio o derecho.

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional ha desempeñado un rol crucial en la conceptualización y el desarrollo de la buena administración pública, integrándola como un principio esencial en el ámbito del derecho administrativo y constitucional. Por otro lado, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha enfatizado el carácter de derecho fundamental de la buena administración pública, ofreciendo así un enfoque distinto, pero complementario, al del caso colombiano. Ambos tribunales, a través de sus fallos y providencias, proporcionan ejemplos concretos de la manera en que se materializan estos principios en la praxis judicial.

Este estudio se adentra en la identificación de elementos diferenciales entre los casos de México y Colombia respecto a la implementación y la percepción del buen gobierno y la buena administración pública. Al entender estas diferencias y similitudes, se busca contribuir al debate académico y práctico sobre cómo las instituciones judiciales pueden influir positivamente en la consolidación de gobiernos eficaces y transparentes, facilitando así un acceso institucional más equitativo para los ciudadanos.

La investigación arroja luz sobre la relevancia de estos conceptos para el fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia en América Latina, destacando la labor de las cortes en la promoción de estándares elevados de gobernanza y administración, y aplicando una metodología cualitativa, con enfoque analítico documental y jurisprudencial, que da lugar a los siguientes acápites: 1) “La buena administración pública y el buen gobierno: principales diferencias y similitudes desde la doctrina”; 2) “El buen gobierno y la buena administración pública en las legislaciones internas de México y Colombia”; 3) “Conceptualización del derecho al buen gobierno y la buena administración pública: revisión doctrinal del caso de México”; 4) “Elementos diferenciales entre el caso de México y el caso de Colombia sobre la buena administración pública y el buen gobierno”.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO: PRINCIPALES DIFERENCIAS Y SIMILITUDES DESDE LA DOCTRINA

En principio, durante los años noventa, las nociones de buen gobierno y buena administración pública eran objeto de estudio de la comunidad internacional, por tratarse de estrategias y de la forma en que los Estados deberían estructurarse política y administrativamente para tomar decisiones, pues de esta manera podrían reducir el índice de pobreza y desigualdad (Ponce, 2023).

Por consiguiente, los grandes académicos y gobiernos de distintas latitudes empezaron a profundizar en los estudios políticos y jurídicos de estas nociones, en aras de darle una mayor relevancia a su aplicación. Por ello una de las primeras cartas de derechos fundamentales que estipuló la noción de la buena administración pública como un derecho en sí mismo fue la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el año 2000.¹

Según Bousta (2020), la buena administración pública en Europa y España se destaca por su naturaleza multifacética y su conexión con los derechos de defensa. En el ámbito europeo, la buena administración se asocia con las garantías procesales y los derechos de defensa, integrándose

1 En esta enmienda se articulan principios rectores de este derecho, como 1) imparcialidad, 2) celeridad, 3) derecho a ser escuchado, 4) motivación y 5) acceso a la información pública y personal.

en los procedimientos administrativos mediante la exigencia de diligencia y motivación en las decisiones. Asimismo, Castro (2014) explica que en España se observa una influencia significativa del derecho europeo, y aunque se reconoce el derecho a una buena administración en relación con el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se señala que muchos de sus principios ya formaban parte del ordenamiento jurídico español. Así, la buena administración en España no introduce principios nuevos, sino que refuerza y destaca la importancia de seguir prácticas administrativas que sean justas, razonables y no arbitrarias (Castro, 2014, p. 107).

Por otro lado, el “buen gobierno” representa un concepto extenso que no solo abarca la eficacia administrativa, sino también la totalidad de la gobernanza, incluyendo aspectos como la toma de decisiones políticas, la transparencia, la responsabilidad y la participación ciudadana (Noriega y Guerrero, 2024), diferenciándose así de la “buena administración”, que se enfoca principalmente en los procedimientos y las operaciones de las entidades públicas. En ese sentido, el buen gobierno abarca un espectro más amplio, relacionado con el bienestar general, y no se limita solo a la administración pública eficiente; un ejemplo de ello es España, pues, aunque no establece una separación explícita entre ambos términos, reconoce que la buena administración se ha subsumido dentro del concepto más global de buen gobierno, influenciado significativamente por el derecho europeo (Bousta, 2020).

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013) establece que su funcionamiento es un derecho fundamental de las personas, los ciudadanos y los particulares. Hoy en día, los ciudadanos no solo reciben servicios gubernamentales, sino que también desempeñan un rol activo en asuntos de interés público y tienen diversas prerrogativas, entre las que se destaca el derecho a una administración pública de alta calidad que promueva la dignidad humana y respete la diversidad cultural (Castro, 2014). Por ello, la administración gubernamental busca servir a la ciudadanía atendiendo sus necesidades de forma continua y con un enfoque en la excelencia y la empatía (Rodríguez, 2014).

Esta carta internacional de derechos fue mucho más ambiciosa en el momento de hablar de la buena administración pública, puesto que no solo la reconoce como derecho fundamental, sino que expone cuáles son los

principios, los criterios y las reglas que deben cumplir los gobiernos para garantizar una buena administración en los territorios iberoamericanos.²

En ese sentido, el catedrático Rodríguez Arana, quien ha sido un fuerte doctrinante del derecho al buen gobierno y a una buena administración pública, explica que estos postulados han sido reconocidos en las diferentes regiones de la comunidad internacional, puesto que la democracia y las estructuras políticas no son propiedad de los políticos ni de los funcionarios de elevada jerarquía, sino que son de propiedad colectiva, es decir, pertenecen a los ciudadanos (Rodríguez, 2008, p. 33). Es este uno de los argumentos más fuertes en las discusiones académicas sobre estas nociones.

Asimismo, Rodríguez (2014) se refiere a la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública para teorizar sobre los principios, las obligaciones y los privilegios en el contexto de una gestión gubernamental eficiente y analizar cómo esta sobrepasa ampliamente el artículo 41 del Estatuto de la Unión Europea (Allison, 2007),³ dando cuenta de que la caracterización y la esencialidad de la administración pública deben ser modernizadas, dignificadas y responsables. Es decir, que las acciones de los gobiernos deben versar sobre las garantías de los derechos fundamentales, de tal manera que el Estado genere condiciones dignas y adecuadas, en aras de que las administraciones de los diferentes niveles —nacional, regional y local— puedan brindar un servicio objetivo a la ciudadanía, procurando que la relación entre la administración y los administrados sea más flexible y ofrezca un acceso

2 El capítulo segundo del documento mencionado establece varios fundamentos esenciales para la relación entre los ciudadanos y la administración pública, que incluyen 1) la atención imparcial a los ciudadanos, 2) el impulso a la igualdad y la libertad, 3) la necesidad de justificar lógicamente las acciones administrativas, 4) el trato equitativo y 5) la efectividad, el rendimiento óptimo y la gestión económica. Además, se subraya la importancia de 6) la cobertura universal, 7) la accesibilidad y la excelencia en los servicios públicos, 8) el involucramiento ciudadano, 9) la divulgación, la claridad y la proporción, 10) la lealtad y la agilidad, 11) la transparencia, 12) el acceso a la información y 13) el debido procedimiento. Estos principios buscan garantizar una administración pública eficiente, equitativa y participativa.

3 Sería necesario aclarar que la diferencia entre estas dos cartas de carácter internacional radica en que la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano con Relación a la Administración Pública se considera *soft law*, ya que no tiene carácter vinculante en los Estados que la adoptan, sino que posee principalmente un carácter doctrinal. En contraste, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se encuentra dentro del sistema de *hard law*, ya que sí tiene efectos vinculantes y de obligatorio cumplimiento en los países miembros de la Unión Europea, lo que permite a los ciudadanos exigir su cumplimiento por parte de las administraciones públicas.

fácil, sin trabas ni complicaciones, y entendiendo que la función pública de la administración debe ser más humana y debe atender a los cimientos del derecho a la dignidad.

Ahora bien, habiendo teorizado un poco sobre la buena administración pública como derecho esencial según las cartas internacionales de estas regiones, es importante hablar sobre el buen gobierno y la buena administración pública en los casos colombiano y mexicano, considerando que, desde sus ordenamientos jurídicos, gozan de similitudes conceptuales y garantistas. En el caso colombiano es posible invocar la acción de tutela para la protección de los derechos, y en el de México, el amparo, que evidencia aquella relación normativa en aras de dar garantías vitalicias a sus ciudadanos (Arcila y López, 2019).

Es importante comprender que desde la *soft law*⁴ (Kosa y Vincze, 2022) *no tiene carácter vinculante en términos legales, pero sí establece una serie de compromisos y principios que los Estados miembros de la comunidad iberoamericana se comprometen a respetar y promover. Aunque no es un instrumento jurídicamente vinculante, sí tiene una importancia significativa en la promoción y la protección de los derechos humanos en la región de Iberoamérica.*

EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS DE MÉXICO Y COLOMBIA

En primer lugar, debe decirse que la carta política de 1991 del Estado de Colombia no habla en ninguno de sus artículos sobre el buen gobierno o la buena administración. Sin embargo, al comienzo de su sección doctrinal, en el artículo primero, establece que Colombia se forma como un Estado social y de derecho, basado en una democracia participativa y diversa, así como en el honor, el fomento y la salvaguarda de la dignidad humana; en el segundo se refiere a los propósitos constitucionales, como el de atender a la comunidad y fomentar la inclusión de todos en las decisiones que los afecten; y en el tercero afirma de manera explícita que la soberanía

4 La *soft law*, también conocida como el derecho blando, se refiere a normativas, principios o estándares que no tienen un carácter legalmente vinculante como las leyes tradicionales, pero que aun así pueden tener influencia y ser considerados como guías o normas de conducta por parte de los Estados o las organizaciones internacionales.

le pertenece únicamente al pueblo, puesto que es ahí donde nace el poder público (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

En el mismo sentido, la Constitución Política consagra los anteriores artículos como los principios fundamentales del Estado colombiano, y si se compara con los principios de la Carta de la Unión Europea (2000), la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013) y lo que explica el profesor Rodríguez en sus dos trabajos (de los años 2008 y 2014), se confirma que los principios de Colombia cimentan un gran argumento para determinar que en este país se puede hablar de la buena administración y el buen gobierno como un derecho fundamental o un principio constitucional.

En ese sentido, la parte orgánica de la Constitución de 1991, de manera concreta en su artículo 209 y en la Ley 1437 de 2011,⁵ consagra los principios que rigen la función pública como 1) el principio de igualdad, 2) la moralidad, 3) la eficacia, 4) la economía, 5) la celeridad, 6) la imparcialidad y 7) la publicidad (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991), y estos siete postulados rectores de la función pública en Colombia también se asemejan a los principios de la buena administración pública, lo que permite hablar de esta noción y la de buen gobierno en el derecho constitucional y administrativo colombiano. Además, Colombia también ha ratificado los acuerdos internacionales de derechos humanos y, en consecuencia, gracias al artículo 93 de la Constitución Política y por medio del bloque de constitucionalidad, es posible hablar de estas dos nociones como principios fundamentales (Quinche, 2016).

La buena administración y el buen gobierno no están consagrados en el ordenamiento jurídico de Colombia como derechos fundamentales, pero sí comprenden principios constitucionales que pueden desarrollar estos postulados como principios, incluso como derechos constitucionales *per se* (Ramírez, 2022).

Por otro lado, la Constitución Federal de los Estados Unidos de México, al igual que la carta magna de Colombia, no consagra el buen gobierno ni la buena administración como derechos esenciales; empero, los principios anteriormente mencionados por las diferentes cartas supranacionales que

5 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en Colombia.

rigen el derecho a la buena administración son mencionados y consagrados de manera expresa en la Constitución mexicana; verbigracia, Ortega (2016) ha hecho la aclaración de que los derechos a la buena administración pública y al buen gobierno se encuentran a lo largo de la Constitución y están bajo la gama de otros derechos fundamentales como el acceso a la información, el derecho de petición y los principios de legalidad, motivación y fundamento.

Sin embargo, si se estudia la carta fundamental de Ciudad de México de 2017, se observa que en el literal A de su artículo 7.º, el cual se titula “Ciudad democrática”, consagra el derecho a la buena administración pública, contemplando como criterios fundamentales 1) la eficacia y la eficiencia, 2) los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad y calidad, 3) el debido proceso, 4) la imparcialidad y 5) la celeridad (Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, 2017).

De la misma forma, la Constitución Federal de los Estados Unidos de México no contempla estas nociones como derechos, pero contiene principios que permiten utilizar una hermenéutica más amplia de la esfera pública. Por otro lado, la Ciudad de México promulga en su carta fundamental el derecho a una buena administración pública, y dicho reconocimiento expreso permite visualizar la trascendencia de este principio como un derecho de sus ciudadanos.

En consecuencia, aunque se ha revisado superficialmente la manera en que la comunidad internacional considera el buen gobierno y la buena administración pública, se intentará posteriormente hacer una revisión desde el poder judicial, es decir, se hará una recopilación jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia en aras de determinar si esta desarrolla las nociones previamente expuestas como derechos o como principios fundamentales.

Rastreo cronológico de fallos de la Corte Constitucional de Colombia que se refieren al buen gobierno y la buena administración pública

La Corte Constitucional de Colombia y la buena administración pública (1995-2019)

Desde la creación, en 1991, de la alta corte de lo constitucional como la máxima intérprete y guardiana de la carta magna, Colombia ha optado por

buscar y mantener la estabilidad de la seguridad jurídica del Estado. Ahora bien, la Corte ha definido muchos principios para llevar a cabo la realización y la garantía de los derechos constitucionales; no obstante, la Corte Constitucional no ha abordado a fondo la buena administración pública ni el buen gobierno como derechos humanos, ni mucho menos como derechos fundamentales. Por ello, en la siguiente tabla se organizan cronológicamente los fallos de la alta corporación sobre la buena administración pública y sus lineamientos.

Tabla 4.1 Jurisprudencia sobre los lineamientos de la buena administración pública según la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia	Año	Contenido
C-318/95	(1995)	La Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad del artículo 168 de la Ley 65 de 1993. Según la Corte, este artículo no permite que el poder ejecutivo emita decretos legislativos, sino que le otorga la autoridad para agilizar procedimientos administrativos en situaciones de normalidad, como respuesta a la crisis de seguridad y de salud pública en las cárceles y prisiones. La discreción administrativa se considera esencial para una buena gestión pública en este contexto.
C-686/96	(1996)	La alta corporación ha declarado que la norma en cuestión es constitucional. La norma no da a los funcionarios judiciales un poder arbitrario para detener a servidores públicos, sino que les encomienda la responsabilidad de evaluar de manera objetiva si se cumplen los parámetros para la detención de un servidor público. La decisión de arrestar no depende de su criterio subjetivo, sino de una evaluación imparcial de las circunstancias. En resumen, la norma permite a los fiscales y jueces determinar si la detención de un servidor público afectaría el funcionamiento adecuado de la administración, toda vez que se cumplan los demás requisitos jurídicos (Corte Constitucional de Colombia, 1996a, p. 9).
T-706/96	(1996)	En este caso, la Corte Constitucional de Colombia ratifica la sentencia de tutela y amplía la protección constitucional a la libertad de difusión de información del representante legal de los presos políticos. También instruye a las autoridades administrativas del INPEC y del establecimiento carcelario para que, en el futuro, basen sus decisiones en los derechos fundamentales a la libertad de pensamiento y de expresión, y a la información de los reclusos detenidos, según lo establecido en esta sentencia. Además, esta decisión sigue la misma línea legal que se estableció en la sentencia C-318 de 1995.

Sentencia	Año	Contenido
T-928/04	(2004)	La Corte falló a favor del solicitante, reconociendo la importancia de otorgar a la administración pública cierta discreción para alcanzar los fines constitucionales del Estado de derecho y asegurar una buena administración pública. Sin embargo, la Corte enfatizó que esta discrecionalidad tiene límites y no puede convertirse en arbitrariedad. Por lo tanto, cada decisión tomada por el administrador dentro de su margen de discreción debe estar debidamente fundamentada y cumplir con los objetivos de la norma, actuando de manera objetiva. Como resultado, se ordenó la reinstalación del solicitante como estudiante en la entidad que lo expulsó de manera injusta.
T-329/07	(2007)	En este escenario, el Tribunal Constitucional revoca la resolución del TAC —Sección Tercera, Subsección A—, y ratifica el primer fallo dictado por el Juzgado Doce Administrativo de Bogotá, que benefició a la solicitante en el recurso de amparo. El veredicto se fundamenta en el precedente jurisprudencial establecido en la providencia judicial C-318 de 1995, donde el Tribunal reconoce el papel crucial de la discreción administrativa para un manejo gubernamental efectivo. No obstante, en esta situación, la administración departamental de Cundinamarca sobrepasó los límites de su autonomía decisoria, lo que generó la infracción de los derechos laborales, educativos y del “derecho a vivir en familia” de la demandante.
C-144/09	(2009)	El órgano de cierre en lo constitucional ha declarado la constitucionalidad de la palabra “Podrán” en los artículos 114 y 120 de la Ley 769 de 2002. Dicha decisión estriba en la concepción de que la discrecionalidad es necesaria para una buena administración pública, lo que permite a los funcionarios públicos tomar decisiones de manera flexible bajo ciertas circunstancias específicas, toda vez que se encuentren bajo parámetros de ley (pp. 11-12).
SU-479/19	(2019)	En este escenario, el Tribunal Constitucional está evaluando dos fallos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 2018. El Tribunal subraya la relevancia de la libertad de acción administrativa en el Estado social de derecho, siguiendo lo dictado en la sentencia C-318 de 1995, para garantizar una gestión pública eficaz. Sin embargo, este veredicto extiende la aplicación de la facultad discrecional no solo al poder ejecutivo, sino también al ámbito judicial. El Tribunal Constitucional reconoce que la Ley 906 de 2004 otorga a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces en asuntos penales un amplio margen de maniobra para llevar a cabo acuerdos previos conocidos como preacuerdos, facilitando así la justicia consensuada entre el acusado y la autoridad judicial. Sin embargo, se enfatiza que existen límites claros para distinguir entre la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad. En consecuencia, ni la Fiscalía ni los jueces pueden abusar de esta facultad, ya que esto podría ocasionar inseguridad jurídica y violar los principios del debido proceso y la igualdad procesal.

Fuente: elaboración propia.

Como se puede apreciar en la tabla anterior, la Corte ha hablado de la buena administración pública, estableciendo ciertos criterios en la providencia judicial C-318 de 1995, que precisa algunas facultades y limitantes que tiene el presidente de la república frente a la declaración de emergencia en el sistema penitenciario y carcelario, pero eso no significa que el poder ejecutivo esté adoptando roles legislativos (Arango, 2020), puesto que a través de esta medida únicamente se están implementando las limitaciones asociadas con la interrupción del derecho a la libertad personal (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha enfatizado reiteradamente la significancia y los límites de la potestad discrecional dentro del marco de la administración pública eficiente, marcando una línea clara contra su uso indebido o arbitrario. Esta facultad permite a los funcionarios gubernamentales tomar decisiones fundamentadas en un juicio adecuado, facilitando la agilidad y la adaptabilidad administrativa necesarias en diversas circunstancias. Sin embargo, el alto tribunal ha dejado claro que tales decisiones deben estar firmemente ancladas en la legalidad y los principios constitucionales, evitando cualquier forma de abuso o extralimitación que pueda vulnerar los derechos ciudadanos o desviar los fines del Estado. La jurisprudencia, reflejada en sentencias como T-706 de 1996, T-928 de 2004 y T-329 de 2007, demuestra un compromiso sostenido con estas directrices, insistiendo en que la discrecionalidad, aunque implícita, es crucial para la dinámica y la respuesta gubernamental ante los retos administrativos, siempre que se ejerza dentro de los cauces normativos y éticos previstos (Arango, 2020; Corte Constitucional de Colombia, 1995).

Adicionalmente, en su providencia C-144 de 2009, la Corte Constitucional expandió su doctrina sobre la potestad discrecional, delineando principios orientadores que deben regir su ejercicio, tales como los principios de ponderación, legalidad y proporcionalidad, y la observancia de los fines normativos, especialmente los constitucionales. Estas directrices se incorporaron formalmente a través del artículo 36 de la Ley 1437 de 2011, conocida como Código de Procedimiento Administrativo y de lo Conten-

cioso Administrativo (CPACA), consolidando un marco referencial para que la actuación administrativa no solo sea eficaz y oportuna, sino que también esté alineada con el respeto a los derechos fundamentales y la promoción del bien común. Esta evolución jurisprudencial subraya el compromiso del tribunal con una administración que sea transparente, responsable y, sobre todo, respetuosa de los principios democráticos que sustentan el orden constitucional colombiano.

Por otro lado, en la sentencia de unificación SU-479 de 2019, la Corte Constitucional de Colombia profundizó en el uso de la facultad discrecional por las autoridades, extendiendo su relevancia más allá del ámbito administrativo hacia el judicial, particularmente en materia penal. Resaltó la necesidad de esta facultad para implementar efectivamente el Estado social y democrático de derecho, pero también subrayó la rigurosidad con que debe ser ejercida en el sistema penal, particularmente en lo que respecta a los preacuerdos entre los acusados y la Fiscalía, para salvaguardar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991). La sentencia C-318 de 1996 fue pionera al asociar la buena administración pública con la discrecionalidad, sentando las bases para futuras jurisprudencias. Esta línea se reforzó con la sentencia C-144 de 2009, que detalló los principios limitantes de la discrecionalidad para prevenir abusos y garantizar la toma de decisiones fundamentada, transparente y justificada, asentando así la administración pública como un principio cardinal del derecho constitucional en Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia y el buen gobierno

A partir de este momento, se hará un rastreo jurisprudencial de forma cronológica de la Corte Constitucional colombiana, para evidenciar cómo y cuáles han sido los parámetros y los lineamientos que esta corporación ha construido sobre el concepto del buen gobierno en el caso colombiano. A continuación, se expone una tabla que permite visualizar esta reconstrucción jurisprudencial:

Tabla 4.2 Jurisprudencia sobre los lineamientos del buen gobierno desde la Corte Constitucional de Colombia

Sentencia	Año	Contenido
T-149/02	(2002)	En este caso, la alta corporación concedió la acción de tutela al solicitante. En su decisión, se basó en el siguiente razonamiento: la seguridad social es un derecho constitucional que requiere una gestión eficaz de los recursos públicos por parte del gobierno. Además, afirmó que un buen gobierno implica tener un conocimiento preciso de la población en su área, una evaluación objetiva de sus necesidades y la planificación para adaptarse a posibles cambios (p. 20).
C-432/04	(2004)	En este caso <i>sub examine</i> , la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la norma impugnada. La razón principal detrás de esta decisión es que la Corte ha evaluado la distribución de responsabilidades entre el Parlamento y el jefe de Gobierno para regular asuntos sujetos a leyes marco. Durante este análisis, se ha concluido que los decretos emitidos por el presidente son de carácter administrativo o ejecutivo, y que su revisión de constitucionalidad recae en el Consejo de Estado. La justificación para este tipo de regulaciones radica en que proporcionan al Estado herramientas eficaces para abordar de manera ágil y oportuna cuestiones cambiantes y contingentes. Es esencial como estrategia de buen gobierno que el ejecutivo pueda adaptar y ajustar estas regulaciones según las necesidades del interés público, como la facultad de establecer el régimen salarial y de prestaciones de los servidores públicos (pp. 20-21).
T-576/08	(2008)	En esta sentencia, el alto tribunal reconoció el derecho a la verdad como un derecho esencial innominado. La decisión se basó en la idea de que existe una obligación de investigar eficazmente el evento en que se vulneren derechos, y también la responsabilidad de ofrecer soluciones eficaces y una reparación justa. Este derecho se relaciona con la garantía de un Estado social de derecho y está vinculado a los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno en una sociedad democrática (pp. 46-47).
C-363/12	(2012)	En este caso, la Corte Constitucional rechazó todas las acusaciones y declaró la constitucionalidad de los artículos 86, 96, 198 y 239 de la Ley 1450 de 2011. A lo largo de sus argumentos, la Corte adoptó como base para su decisión el concepto de buen gobierno como un “principio fundamental en la implementación de políticas públicas y en la relación entre la Administración y el ciudadano” (p. 32). Por lo tanto, las estrategias adelantadas por el gobierno a través de esta ley no afectaban ni violaban este principio rector del buen gobierno.

Sentencia	Año	Contenido
C-533/13	(2013)	El alto tribunal constitucional declaró la constitucionalidad de la norma impugnada. Para llegar a esta decisión, la Corte se basó en los principios de economía y buen gobierno como guías fundamentales de la actividad administrativa de los municipios en los procedimientos de conciliación. Según la opinión de esta entidad judicial, el requisito de la conciliación anticipada en litigios legales contra los municipios actúa como un mecanismo legislativo que facilita a estas unidades territoriales la implementación de los principios de eficiencia económica y administración eficaz, los cuales incluyen específicamente los criterios de autosostenibilidad económica y fiscal (p. 32).
C-077/17	(2017)	En esta ocasión, la Corte Constitucional se refiere al buen gobierno como un principio rector del derecho constitucional colombiano, puesto que reconoce que el buen gobierno no significa que el Estado colombiano gobernará sin intervenir en mayor medida en temas de economía, sino que, por el contrario, el buen gobierno se constituye como una herramienta para alcanzar los fines estatales del Estado social y democrático de derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2017).
T-421/18	(2018)	La Corte, por medio de esta sentencia de tutela, aclara que el acceso a la administración de justicia es un derecho en sí mismo; sin embargo, para la Corte es indispensable que, bajo el cumplimiento de los parámetros del buen gobierno, se les proporcione a los jueces la provisión de una infraestructura idónea en aras de que estos operadores judiciales puedan realizar su correcta labor constitucional.
C-492/19	(2019)	En esta decisión judicial, la Corte mencionó por primera vez el derecho al buen gobierno y a la buena administración pública. La referencia se hizo incidental y se presentó como una doctrina. La doctrina también se ha preocupado en el mundo contemporáneo por destacar el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración en la relación entre el ciudadano y el poder público. El principal objetivo de las autoridades públicas debe transitar de la oratoria a la fomentación de los derechos y las libertades de los ciudadanos (p. 43).

Fuente: elaboración propia.

Por lo anterior, se debe decir que la sentencia T-149/02 de la Corte Constitucional de Colombia abordó la vulneración de derechos de los adultos mayores con discapacidad, subrayando la obligación del Estado de aplicar el buen gobierno como forma de reconocimiento del pluralismo que se vive dentro de los territorios, con el objeto de garantizar sus derechos fundamentales y, sobre todo, los de los sujetos de especial protección.

Este fallo estableció los requisitos mínimos que el gobierno debe cumplir para materializar los derechos fundamentales, enfatizando la necesidad de atender las necesidades específicas de las poblaciones vulnerables sin rechazo *a priori*. En la sentencia C-432/04, la Corte reafirmó la importancia de los decretos presidenciales como herramientas administrativas para una respuesta gubernamental eficiente y sin demoras. Posteriormente, en la providencia T-576/08, la Corte destacó el principio de buen gobierno como un imperativo constitucional, trascendiendo su rol de mera estrategia administrativa para convertirse en un mandato de optimización que refuerza el derecho a la verdad y establece deberes estatales claros, especialmente en los contextos de conflicto armado.

La sentencia C-363/12 de la Corte Constitucional de Colombia reconoce el buen gobierno como un principio clave en la construcción de políticas públicas, que permite optimizar los trámites administrativos entre el Estado y los ciudadanos, extendiendo su aplicación más allá del marco administrativo tradicional (Corte Constitucional de Colombia, 2012). En la sentencia C-077/17, se enfatiza que el buen gobierno es esencial para activar los principios de la Constitución de 1991, permitiendo al Estado intervenir efectivamente en diversos sectores para cumplir con los objetivos constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, 2017). Además, la sentencia C-533/13 ilustra cómo la conciliación prejudicial facilita la función administrativa y la eficiencia judicial a nivel municipal, en línea con los principios de economía y buen gobierno, siendo este último reconocido como un principio de la función pública. La sentencia T-421/18 resalta la responsabilidad del Estado de proveer los recursos necesarios al poder judicial bajo el principio de buen gobierno, asegurando el acceso a la justicia. Finalmente, la sentencia C-492/19 aborda el buen gobierno y la administración pública como principios fundamentales, aunque no como derechos *per se*, ampliando el alcance del artículo 209 de la Constitución Política (Corte Constitucional de Colombia, 2013; 2018; 2019).

Entonces, es el buen gobierno un principio fundamental tanto en la función pública como en el derecho constitucional colombiano, ya que promueve la interacción activa y democrática entre los distintos actores de la sociedad. Esta figura obliga al Estado a reconocer y atender las falencias y los obstáculos que afectan la función administrativa adecuada. Por ende, es imperativo que el Estado facilite espacios para que los ciudadanos ejerzan un control social efectivo sobre la administración pública, reflejando así el verdadero objetivo del buen gobierno.

De esta forma, habiendo realizado una revisión jurisprudencial de las líneas de buen gobierno y de buena administración pública desde la perspectiva de la Corte Constitucional de Colombia, se pudieron identificar en cada línea elementos que resultan determinantes para lograr la materialización de estos dos criterios en el contexto colombiano. En la siguiente figura se muestran los postulados que rodean al principio de la buena administración pública:



Figura 4.1 Criterios o principios de la buena administración pública en Colombia desde la jurisprudencia constitucional

Fuente: elaboración propia.

Como se demostró en el apartado sobre la buena administración pública, la Corte Constitucional realizó una construcción de los criterios y las reglas que el Estado debe materializar para garantizar este principio. Desde la providencia C-318 de 1995 se sentó por primera vez este concepto; a partir de la sentencia C-144 de 2009, continuó la línea jurisprudencial, pero anexándole los criterios a seguir para construir la buena administración como un principio constitucional y administrativo. En la siguiente figura se exponen los criterios que rodean al buen gobierno en Colombia:

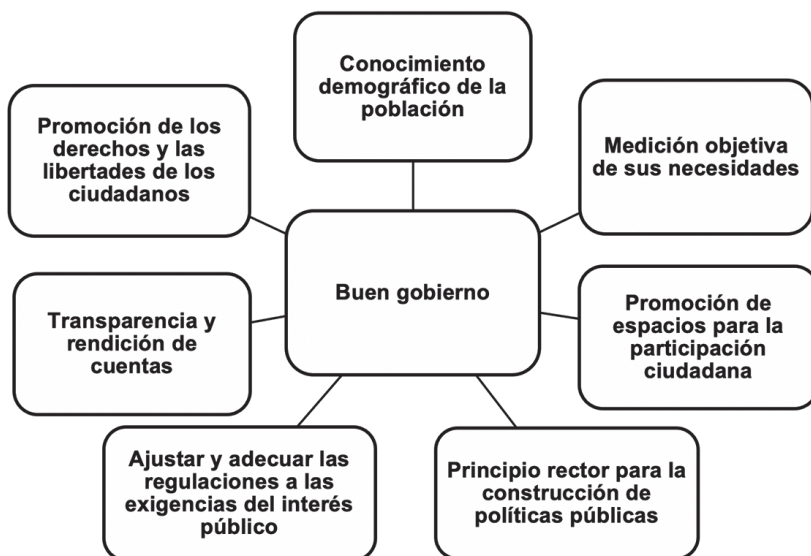


Figura 4.3 Criterios o principios del buen gobierno en Colombia desde la jurisprudencia constitucional

Fuente: elaboración propia.

Desde el caso T-149 de 2002, la Corte Constitucional introdujo la noción de buen gobierno como una técnica o estrategia para mejorar la capacidad de respuesta de la administración pública frente a las necesidades y las solicitudes de las personas y de las instituciones. Sin embargo, no fue sino hasta la sentencia T-576 de 2008 que la Corte Constitucional elevó el buen gobierno a la categoría de principio orientador de la administración pública, vinculándolo con la garantía del derecho a la verdad. Esta conceptualización del buen gobierno como principio constitucional ha sido progresivamente detallada en sucesivas sentencias, proporcionando una interpretación más amplia y estructurada sobre su aplicación en la función pública colombiana.

CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO AL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: REVISIÓN DOCTRINAL DEL CASO DE MÉXICO

Por un lado, en la investigación de los autores Noriega y Guerrero (2024) se aborda el concepto de buena administración pública desde una perspectiva de derechos humanos, señalando que, aunque no existe un precepto específico en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contemple este derecho, hay elementos y cánones que se orientan hacia la correcta administración y el uso adecuado de los recursos públicos, para evitar la corrupción. Por ejemplo, la Constitución Política de la Ciudad de México (Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, 2017) y sus leyes asociadas reconocen expresamente el derecho a una buena administración pública, relacionándolo con otros derechos como el acceso a la información y la transparencia; en consecuencia, la buena administración pública se considera un derecho humano esencial y un principio guía para las acciones y las políticas gubernamentales, lo que incluye la necesidad de auditorías y evaluaciones de desempeño que contribuyan a mejorar la gestión de los recursos públicos.

Por otro lado, los mismos autores describen el concepto de buen gobierno en el contexto de la administración pública y las redes institucionales del Estado, destacando la necesidad de considerar el ámbito societal en su conjunto (Noriega y Guerrero, 2024). Este se asocia a la idea de gobernanza y sugiere que las acciones gubernamentales —a través de políticas, programas o proyectos— buscan una mayor eficiencia para lograr los resultados esperados, que contribuyen al concepto de buen gobierno. Este enfoque en la eficiencia y en los resultados se presenta como un medio para lograr una mejor respuesta frente a las necesidades de los pueblos, y a su vez está vinculado con el derecho humano a la buena administración pública (Noriega y Guerrero, 2024).

Tabla 4.3 Diferencias conceptuales en el caso de México

Diferencias conceptuales	
Buen gobierno	Buena administración pública
El buen gobierno adopta una perspectiva más holística, englobando no solo la administración, sino también la formulación y la gestión de políticas y decisiones estratégicas, destacando la importancia de la transparencia, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y el respeto a los derechos humanos, apuntando hacia una gestión estatal ética y efectiva que promueva la confianza y la colaboración entre la sociedad y el gobierno.	La buena administración pública, según Ramos y Vásquez (2022), se enfoca en la eficiencia y la operatividad de las entidades estatales, enfatizando la ética, la transparencia y la orientación hacia el bienestar ciudadano, y subraya la calidad en los servicios públicos, adhiriendo la legalidad, la imparcialidad y la equidad.

Fuente: elaboración propia con base en Ramos y Vásquez (2022).

Ahora bien, Ortega (2016) subraya la relevancia de la buena administración en México como un pilar esencial en la función pública, destacando su deber de adherirse a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez dictados por la Constitución Federal, y orientándose siempre hacia la consecución de los fines constitucionales. Además, enfatiza que la buena administración debe trascender los intereses particulares, procurando equilibrio y consenso para abarcar las expectativas de toda la sociedad, y promoviendo la participación ciudadana como herramienta clave en la formulación de políticas que reflejen los requerimientos y las aspiraciones populares, y que contribuyan al bienestar general (Ortega, 2016, pp. 37-40).

Rastreo de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que se refieren al buen gobierno y la buena administración pública

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante, SCJNM) ha publicado varias tesis que abordan específicamente la noción de “buena administración pública”. No obstante, es crucial mencionar que, aunque se intentó realizar un análisis comparativo de la jurisprudencia de Colombia y la jurisprudencia de México respecto a este tema, no se encontraron suficientes documentos jurisprudenciales relativos al asunto en estudio en la base de datos de la alta corte de la nación de México.

Como primer ejemplo, se tiene la tesis ⁶ I.4o.A.5 A (11a) de 2021, en la que dicho tribunal estudió de forma concreta la figura de la buena administración pública, con base en la cual realizó un estudio de la legislación de Ciudad de México (en adelante, CDMX) y protegió de forma unánime el derecho fundamental a la buena administración pública, dado que, como se dijo anteriormente, la Constitución de CDMX contempla de manera expresa esta figura como un derecho adscrito a cada uno de los ciudadanos que el gobierno tanto local como federal debe salvaguardar y garantizar.

Así entonces, se reconoce que la buena administración pública es un derecho fundamental de las personas y un principio rector para los poderes públicos. Esto implica la necesidad de promover la apertura gubernamental y la participación ciudadana efectiva en la resolución de problemas públicos. Además, todos los servidores públicos deben garantizar la materialización de los principios generales que rigen la esfera pública. Este derecho a la buena administración pública está relacionado con otros derechos como el acceso a la información, la transparencia, el acceso a la justicia, la presentación de solicitudes y las prerrogativas prioritarias, en conformidad con la Constitución y los estándares de control constitucional (Tesis: I.4o.A.5 A (11a), 2021).

En el caso de CDMX, reconociéndola y salvaguardando su núcleo esencial como derecho inherente de la persona, se observa cómo la jurisprudencia constitucional mexicana comienza a tomar una posición clara y efectiva frente a la buena administración pública. Además, la Corte no solo protege esta prerrogativa constitucional, sino que, además, delimita la conexidad de la buena administración con otros derechos individuales como el de la información, la transparencia, la tutela judicial, la petición y las prerrogativas; esta conexidad entre derechos se asemeja al caso colombiano, en el que la Corte Constitucional explica que al buen gobierno y la buena administración los rodean diversos postulados que permitirían la realización y la materialización de los fines de la función pública.

Por otro lado, en la tesis I.4o.A.6 A (11a) de 2021 esta alta corporación evaluó la falta de la administración de CDMX cuando se negó a resolver una

6 Una tesis consiste en la representación por escrito de un principio legal establecido al resolver un caso específico de manera abstracta. Por ende, no debe confundirse con un extracto, una síntesis o un resumen de la decisión judicial. Por ello, la tesis consta de tres partes principales: el encabezado, el contenido textual y el antecedente.

petición que interpuso un ciudadano, pues consideró que las autoridades competentes vulneraron el derecho fundamental a la buena administración pública constituido por la legislación de CDMX; asimismo, se vulneró el derecho a la información.

Lo anterior se consideró luego de que la corporación determinara que si un documento de solicitud está relacionado con asuntos de acción pública y plantea riesgos para la población y violaciones a la regulación sobre urbanismo, que es de interés general, la autoridad debe responder a la solicitud teniendo en cuenta que, incluso sin que se le solicite explícitamente, debe llevar a cabo la revisión necesaria de los temas mencionados. En este contexto, no se trata de decisiones basadas en la discreción de la autoridad, sino que están regidas por normativas específicas (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 2021).

En cuanto a esta tesis del tribunal, habría que percatarse de dos factores: 1) el interés general, que es un criterio y un principio rector del ordenamiento constitucional colombiano y que tiene una gran conexidad con el buen gobierno según la Corte Constitucional, pues es un postulado determinante a la hora de tomar cualquier decisión institucional; y 2) las facultades regladas, pues el sistema mexicano censura las facultades discrecionales en las autoridades administrativas, pero permite las regladas.

El tribunal constitucional de Colombia ha dejado claro en su vasta jurisprudencia que para que exista una buena administración pública es necesario que las autoridades tengan un margen de discrecionalidad en sus decisiones, pero esta es reglada, tiene unos limitantes que se encuentran en el ordenamiento jurídico. Mientras que, en México, específicamente en CDMX, los servidores públicos tienen facultad de decisión, pero esta es reglada, no cabe la discrecionalidad, por lo que se encuentra una gran diferencia entre los dos Estados.

En otro momento, en la tesis I.4o.A.14 A (11a) de 2022, la SCJNM estudia un caso de CDMX en el que un individuo reclama la responsabilidad patrimonial del Estado a causa de las fallas y la falta de mantenimiento viales. En este caso, la alta corporación reconoció que la administración habría incurrido en una falta grave por su omisión; además, como resultado de ello, también se vio vulnerado el derecho a una buena administración pública que, para el caso concreto, es el del accionante y su cónyuge.

En los detalles de la tesis explica el tribunal que la buena administración pública se considera un derecho y un principio imperante para las autoridades públicas. Este derecho está relacionado con otros derechos y exige la implementación de políticas y acciones que promuevan la transparencia en el gobierno. Los organismos gubernamentales deben crear y preservar condiciones estructurales y reglamentarias que garanticen el funcionamiento correcto del Estado. Esto implica que los servidores públicos actúen de manera ética y responsable, y que cumplan con obligaciones específicas para garantizar la regularidad, la eficacia y la eficiencia en beneficio de los ciudadanos (Tesis: I.4o.A.14 A (11a), 2022).

En el anterior apartado se puede apreciar cómo la Suprema Corte ha ido mejorando sus conceptos sobre la buena administración pública como un derecho esencial en CDMX, dando cuenta de que las políticas públicas son quizá las medidas y las acciones que de primera mano deben servir como mecanismos para la materialización y la salvaguarda de los derechos constitucionales. Por esto, el Máximo Tribunal Judicial enfatiza que los gobiernos y los servidores públicos deben garantizar el derecho a una gestión pública eficiente, ya que, conforme se cumple este derecho, se protegen otras gamas de principios y derechos interrelacionados con la administración pública.

Ahora bien, en esta misma tesis, la Suprema Corte menciona que la administración y sus servidores públicos tienen el deber y la obligación de generar condiciones de regularidad, funcionalidad, eficacia y eficiencia en favor de las personas; las dos últimas, la eficacia y la eficiencia, hacen parte del ordenamiento constitucional y administrativo del Estado de Colombia, lo que da cuenta de que estos criterios o postulados constitucionales son herramientas orientadoras de los sistemas jurídicos de ambos países.

ELEMENTOS DIFERENCIALES DEL CASO DE MÉXICO Y EL CASO DE COLOMBIA SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO

Al analizar el derecho humano a una buena administración pública según los ordenamientos jurídicos de México y Colombia (como principio constitucional), destacando cómo ambos países incorporan y desarrollan

esta prerrogativa, se encuentra que, en ambos casos, aunque se reconoce de forma innominada⁷ (Roncancio *et al.*, 2022), se resalta la necesidad de mecanismos efectivos para su protección y su reconocimiento explícito.

En México, se enfatiza la necesidad de reconocer explícitamente este derecho en la Constitución Federal, mientras que en Colombia se menciona la aplicación de derechos derivados según la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, a los cuales se hace referencia en las diferentes providencias judiciales de la Corte Constitucional (Arcila y López, 2019). Se subraya que ambos países deben tomar acciones más efectivas para reconocer este derecho claramente y definir su concepto y su aplicación para evitar confusiones. En la siguiente tabla se exponen las diferencias estructurales entre México y Colombia:

Tabla 4.4 Elementos diferenciales de la buena administración y el buen gobierno en Colombia y México

Elementos estructurales	Colombia	México
Reconocimiento constitucional	No reconoce explícitamente este derecho en su Constitución, aunque se ha reconocido como un principio constitucional, a partir de otros derechos y deberes relacionados.	Aunque la carta fundamental federal de México no lo reconoce explícitamente, la Constitución de la Ciudad de México reconoce explícitamente el derecho a una buena administración pública, estableciendo principios y obligaciones específicos para garantizarlo.
Mecanismos de protección	La acción de tutela es el mecanismo principal para proteger el principio de una buena administración, ofreciendo un proceso rápido y directo para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales.	El juicio de amparo es el instrumento legal para proteger los derechos, incluido el derecho a una buena administración, aunque este proceso tiende a ser más prolongado y complejo.

7 Un derecho o principio innominado es aquel que la ley no establece expresamente o no reconoce de manera específica, pero que se deriva de principios generales del derecho, de la jurisprudencia, de tratados internacionales u otras fuentes jurídicas. A diferencia de los derechos nombrados o explícitos, los derechos innominados no están identificados con un nombre específico en la legislación, pero pueden surgir como consecuencia de la interpretación de normas existentes o de la evolución del ordenamiento jurídico para abordar nuevas situaciones o necesidades sociales. Estos derechos pueden ser reconocidos por los tribunales o las autoridades competentes en función de las circunstancias específicas del caso y los principios fundamentales de justicia y equidad.

Elementos estructurales	Colombia	México
Organización del Estado	Es un Estado unitario con un conjunto de leyes que rige en todo el territorio nacional, lo que puede facilitar una aplicación más uniforme del principio de una buena administración.	México, en cambio, es un Estado federal con autonomía legislativa de sus Estados parte, lo que puede favorecer la variabilidad en la aplicación y el reconocimiento de este derecho a nivel local.
Principios administrativos	Ambos países enfatizan la importancia de principios como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía y la celeridad en la administración pública. Sin embargo, la forma en que estos principios se integran y se aplican en el marco legal y administrativo puede variar, y puede reflejar las diferencias estructurales y normativas entre los dos sistemas legales.	

Fuente: elaboración propia con base en Arcila y López (2019).

Asimismo, Arcila y López (2019) identifican mecanismos de protección como la acción de tutela en Colombia y el juicio de amparo en México, y señalan la importancia de la participación ciudadana y la interacción con la administración pública a través de peticiones, veedurías, entre otros mecanismos de participación en ambos países. La comparación muestra las diferencias en la manera de estructurar y aplicar estos principios, reflejando sus respectivos contextos jurídicos y administrativos.

CONCLUSIONES

Se evidencia la importancia de la buena administración pública como un derecho esencial reconocido en diversas cartas internacionales, tanto en Europa como en Iberoamérica. Mientras que en el ámbito europeo se destaca la conexión entre la buena administración y los derechos de defensa, en la región iberoamericana se reconoce la necesidad de una administración pública de alta calidad que promueva la dignidad humana y respete la diversidad cultural. Además, se señala la distinción entre el concepto de buen gobierno, que abarca aspectos más amplios de la gobernanza, y la buena administración, centrada en los procedimientos y las operaciones de las entidades públicas. Aunque la *soft law* no tiene un carácter legalmente vinculante, juega un papel importante al establecer compromisos y principios que los Estados se comprometen a respetar y promover, especialmente relacionados con la promoción y la protección de los derechos humanos en la región iberoamericana.

Por otro lado, a pesar de que en los artículos de la Constitución de Colombia no se mencionan explícitamente el buen gobierno ni la buena administración, los principios y los valores establecidos en su sección dogmática, así como en la parte orgánica, sientan las bases para considerar estos conceptos como fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública en Colombia se alinean con los estándares de buena administración pública, fortaleciendo la idea de que estos principios podrían ser interpretados como derechos constitucionales. Además, la ratificación de acuerdos internacionales de derechos humanos y la inclusión de estos principios en el bloque de constitucionalidad refuerzan su importancia en el contexto jurídico colombiano.

Por otro lado, si bien la Constitución Federal de México no reconoce explícitamente estos conceptos como derechos fundamentales, la carta fundamental de la Ciudad de México sí consagra el derecho a una buena administración pública, destacando su relevancia en la esfera pública mexicana. Aunque se requiere una revisión más detallada desde el poder judicial, estos precedentes sugieren que el buen gobierno y la buena administración podrían ser considerados como principios fundamentales en el derecho constitucional de ambos países.

Asimismo, el buen gobierno emerge como un principio fundamental en la función pública y el derecho constitucional colombiano, al fomentar la participación activa y democrática de todos los actores de la sociedad. Este principio impone al Estado la obligación de identificar y abordar las deficiencias y los desafíos que afectan la administración pública eficiente. Es esencial que el Estado facilite espacios para que los ciudadanos ejerzan un control social efectivo sobre la gestión pública, lo que refleja el verdadero propósito del buen gobierno.

Este enfoque demuestra que la buena administración pública no solo es un principio guía para las políticas gubernamentales, sino que también se considera un derecho humano esencial. Por otro lado, el concepto de buen gobierno resalta la importancia de la eficiencia en la gestión pública para alcanzar resultados óptimos que respondan a las necesidades de la sociedad en su conjunto. Este enfoque eficiente se presenta como un medio para asegurar una mejor respuesta gubernamental, lo que a su vez se relaciona con el derecho humano a una buena administración pública. En conjunto, estos

aspectos subrayan la importancia de abordar tanto la gestión eficiente como la garantía de derechos fundamentales en el contexto de la administración pública.

En resumen, se observa una notable disparidad entre Colombia y México en relación con el reconocimiento y la protección del derecho a una buena administración pública. Por un lado, aunque no se reconoce explícitamente en la Constitución de Colombia, se ha reconocido como un principio constitucional derivado de otros derechos y deberes relacionados, y su principal mecanismo de protección es la acción de tutela. Por otro lado, aunque la Constitución Federal de México no lo reconoce explícitamente, la Constitución de la Ciudad de México lo hace, estableciendo principios y obligaciones específicas para garantizarlo, y su principal mecanismo de protección es el juicio de amparo. Además, la estructura unitaria de Colombia puede facilitar una aplicación más uniforme del principio, mientras que la naturaleza federal de México puede generar una mayor variabilidad en su aplicación y su reconocimiento a nivel local. A pesar de estas diferencias, ambos países coinciden en la importancia de principios administrativos fundamentales como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía y la celeridad en la administración pública, aunque su integración y su aplicación pueden variar en función de las diferencias estructurales y normativas de ambos sistemas legales.

REFERENCIAS

Allison, C. (2007). Hard law, soft law, and international taxation. *Wisconsin International Law Journal*, 25(2), 325-333. <https://wilj.law.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/1270/2012/02/christians.pdf>.

Arango, A. C. (2020). ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Derecho del Estado*, 46, 189-222. <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.08>.

Arcila, L. A. y López, M. A. (2019). El derecho humano a una buena administración pública en México y Colombia. *Inciso*, 21(1), 41-57. <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/841>.

Asamblea Constituyente de la Ciudad de México (2017). Constitución Política de la Ciudad de México. *Diario Oficial de la Federación*. https://infocdmx.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia de 1991. *Diario Oficial N.º 52.716*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Bousta, R. (2020). La polisemia del derecho a una buena administración: Análisis crítico de los ordenamientos europeo y español. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXX(276), 200-230. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/75084/66511>.

Castro, A. (2014). *Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/10/Libro-Buen-Gobierno-y-Derechos-Humanos.pdf>.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2013). *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. https://intercoonea.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf.

Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administra-

tivo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* N.º 47.956. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

Corte Constitucional de Colombia (19 de julio de 1995). Sentencia C-318/95. M. P. Alejandro Martínez Caballero. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-318-95.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (5 de diciembre de 1996). Sentencia C-686/96. M. P. Alejandro Martínez Caballero. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-686-96.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (9 de diciembre de 1996). Sentencia T-706/96. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-706-96.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (1 de marzo de 2002). Sentencia T-149/02. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-149-02.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (6 de mayo de 2004). Sentencia C-432/04. M. P. Rodrigo Escobar Gil. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-432-04.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (25 de septiembre de 2004). Sentencia T-928/04. M. P. Jaime Araújo Rentería. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-928-04.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (4 de mayo de 2007). Sentencia T-329/07. M. P. Jaime Córdoba Triviño. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-329-07.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (5 de junio de 2008). Sentencia T-576/08. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-576-08.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (4 de marzo de 2009). Sentencia C-144/09. M. P. Mauricio González Cuervo. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-144-09.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (16 de mayo de 2012). Sentencia C-363/12. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-363-12.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (15 de agosto de 2013). Sentencia C-533/13. M. P. María Victoria Calle Correa. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-533-13.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (8 de febrero de 2017). Sentencia C-077/17. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-077-17.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (16 de octubre de 2018). Sentencia T-421/18. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-421-18.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (22 de octubre de 2019). Sentencia C-429/19. M. P. José Fernando Reyes Cuartas. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-492-19.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (15 de octubre de 2019). Sentencia SU-479/19. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. *Gaceta Constitucional*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (10 de diciembre de 2021). Tesis: I.4o.A.5 A (11a). M. P. Jean Claude Tron Petit. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023930>.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (10 de diciembre de 2021). Tesis: I.4o.A.6 A (11a). M. P. Jean Claude Tron Petit. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023954>.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (18 de marzo de 2022). Tesis: I.4o.A.14 A (11a). M. P. Ricardo Gallardo Vara. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024340>.

Kosa, D. y Vincze, A. (2022). European standards of judicial governance: From soft law standards to hard law. *JRP Journal für Rechtspolitik*, 30(4), 441-501. <https://doi.org/10.33196/jrp202204049101>.

Noriega, J. J. y Guerrero, C. G. (2024). La auditoría de desempeño como artífice del derecho humano a la buena administración. *Ciencia Huasteca. Boletín Científico de la Escuela Superior de Huejutla*, 12(23), 50-60. <https://doi.org/10.29057/esh.v12i23.11705>.

Ortega, J. M. (2016). El derecho fundamental a una buena administración pública en México. En R. Tapia, P. J. Carrasco y E. Oliva, *Temas selectos 3. Hacia el ámbito del derecho administrativo* (pp. 37-50). Eternos Malabares. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=684677>.

Ponce, J. (2023). Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria de Benedetto, *Corruption from a regulatory perspective*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (24), 377-401. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7679>.

Quinche, M. F. (2016). La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia. *Jurídicas*, 13(1), 43-63. <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.1.4>.

Ramírez, H. (2022). La constitucionalización de la persona: un marco de la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 47, 367-395. 10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17533.

Ramos, R. O. y Vásquez, J. F. (2022). El derecho humano a una buena administración en los ejidos mexicanos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (29), 89-114. <https://doi.org/10.18601/21452946.n29.05>.

Rodríguez, J. (2008). El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. *Revista de Derecho Público*, (113), 31-41. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/113/rdpub_2008_113_31-41.pdf.

Rodríguez, J. (2014). Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. *AF-DUC*, (18), 17-30. https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/14547/AD_2014_18_art_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Roncancio, A. F., Restrepo, J. F. y Restrepo, M. (2022). Derechos fundamentales y derechos humanos: categorías diferenciales en el estado constitucional. *Ciencias Sociales y Educación*, 11(21), 82-101. doi:<https://doi.org/10.22395/csye.v11n21a4>.

Unión Europea (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL*
ESTUDIO A PARTIR DE LOS CRITERIOS JURÍDICOS PARA
IMPONER LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA
LIBERTAD EN COLOMBIA, CON ENFOQUE EN EL
PENSAMIENTO DE MICHELE TARUFFO

THE MINIMUM STANDARD OF PROOF IN THE CRIMINAL PROCESS
STUDY BASED ON THE LEGAL CRITERIA FOR THE IMPOSITION OF
CUSTODIAL SENTENCING IN COLOMBIA, WITH A FOCUS ON THE
THOUGHT OF TARUFFO

DO STANDARD MÍNIMO DE PROVA NO PROCESSO PENAL
UM ESTUDO A PARTIR DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA IMPOR A
MEDIDA DE PRISÃO PREVENTIVA NA COLÔMBIA, COM FOCO NO
PENSAMENTO DE MICHELE TARUFFO

JUAN CAMILO YEPES YARCE**
LUIS ORLANDO TORO GARZÓN***

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a6

* El presente estudio está posicionado en las líneas del componente procesal del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

** Abogado, especialista en Derecho Procesal Penal, especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Unaula), y especialista, magíster y doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente de la Unaula.

Resumen

Ingresar al universo jurídico de los estándares de prueba y admitir su incidencia no solo en la sentencia, sino también en momentos procesales previos o anticipados es una obligación de quienes tienen el rol de tomar decisiones legislativas o jurisdiccionales; también es un deber ético y profesional de los abogados litigantes y doctrinantes, e igualmente es tarea por pedagogía jurídica de los estudiosos del derecho y de aquellos que buscan profesionalizarse en altos estudios jurídicos.¹ Así, con fundamento en una metodología cualitativa de orden tipológico teórico, exploratorio y descriptivo, y con la técnica de la interpretación reflexiva, analítica y propositiva, se parte del objetivo de estudiar los criterios jurídicos para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia, con base en el pensamiento del jurista Michele Taruffo y sus aportes al campo del estándar de prueba, y con un énfasis particular en el estándar probatorio mínimo de inferencia razonable de autoría o participación. El estudio concluye que es importante considerar como necesarios e integrados los presupuestos objetivos y subjetivos de la formulación de la imputación de cargos, y los requisitos para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad, con énfasis en la estructura de lo que ha de ser la frontera de la inferencia razonable y el análisis constitucional,

Profesor de pregrado y posgrado de varias universidades. Consejero profesoral de la Facultad de Derecho de la Unaula. Conferenciante nacional e internacional en temas procesales. Exjuez penal con función de control de garantías y penal del Circuito Especializado. CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000128983, ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2834-7190>, correo electrónico: juan.yepesya@unaula.edu.co

Abogado, especialista en Gestión Pública, especialista en Derecho Penal Mixto de la Universidad de Medellín, magíster y doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, docente e investigador, líder e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Conferenciante nacional e internacional en temas procesales. Autor y coautor nacional e internacional de obras académicas en pro de la justicia judicial. CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001635162, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4571-8991>, correo electrónico: lto@udemedellin.edu.co

- 1 Omar Pezo *et al.*, al estudiar la necesidad de la formación maestral y doctoral de los magistrados en la República del Perú, afirma: “La función jurisdiccional ha cambiado con el tiempo y con ello han aparecido nuevos paradigmas jurídicos. Es evidente, por lo tanto, que el rol de los jueces cambie en razón de que ya no pueden restringir sus conocimientos a la aplicación mecánica de la Ley” (2022, p. 229).

los cuales son, en suma, recorridos conexos obligatorios y propios en función de la estabilidad jurídica de la decisión previa de medida cautelar personal, consistente en la detención preventiva. Para ello, se proponen criterios de comprensión y argumentación, destinados a los sectores académicos y jurídicos, sobre la aplicación del estándar de inferencia razonable de autoría o participación.

Palabras clave: Estándar de prueba, medida cautelar privativa de libertad, inferencia razonable, convicción, autoría, participación.

Abstract

Entering the legal universe of standards of proof and admitting their incidence not only in the sentence, but also in previous or anticipated procedural moments, is an obligation of those who have the role of making legislative or jurisdictional decisions, it is also an ethical and professional duty of litigating and doctrinaire lawyers and it is also a task for legal pedagogy of legal scholars and of those who seek to professionalise themselves in high legal studies. Thus, based on a qualitative methodology of a theoretical, exploratory and descriptive typological order and with a reflective, analytical and proactive interpretation technique, the objective is to study the legal criteria for imposing a custodial sentence in Colombia, with a focus on the thinking of the jurist Michele Taruffo and his contributions to the field of the standard of proof, with particular significance on the minimum evidential standard of reasonable inference of authorship or participation. The study concludes on the importance of considering as necessary and integrated the objective and subjective assumptions of the formulation of the indictment and the requirements for imposing the custodial measure of detention, with emphasis on the structure of what has to be the border of reasonable inference and constitutional analysis, which are, In short, these are obligatory and proper related routes in terms of the legal stability of the prior decision of a personal precautionary measure consisting of pre-trial detention. To this end, criteria of understanding and argumentation are proposed, aimed at the academic and legal sectors on the application of the standard of reasonable inference of authorship or participation.

Keywords: Standard of proof, custodial measure, reasonable inference, conviction, perpetration, participation.

Resumo

Entrar no universo jurídico dos padrões de prova e reconhecer sua incidência não apenas na sentença, mas também em momentos processuais anteriores ou antecipados, é uma obrigação daqueles que têm o papel de tomar decisões legislativas ou jurisdicionais. Também é um dever ético e profissional dos advogados litigantes e doutrinadores, e igualmente é uma tarefa de pedagogia jurídica dos estudiosos do direito e daqueles que buscam se profissionalizar em estudos jurídicos avançados. Assim, com base em uma metodologia qualitativa de ordem tipológica teórica, exploratória e descritiva e com técnica de interpretação reflexiva, analítica e propositiva, parte-se do objetivo de estudar os critérios jurídicos para impor a medida de assecuramento privativa de liberdade na Colômbia, com foco no pensamento do jurista Michele Taruffo e suas contribuições para o campo do padrão de prova, com especial atenção para o padrão probatório mínimo de inferência razoável de autoria ou participação. O estudo conclui sobre a importância de considerar como necessários e integrados os pressupostos objetivos e subjetivos da formulação da imputação de acusações e os requisitos para impor a medida de assecuramento privativa de liberdade, com ênfase na estrutura do que deve ser a fronteira da inferência razoável e na análise constitucional, os quais são, em suma, percursos conexos obrigatórios e próprios em função da estabilidade jurídica da decisão prévia de medida cautelar pessoal consistente em detenção preventiva. Para isso, são propostos critérios de compreensão e argumentação, destinados aos setores acadêmicos e jurídicos sobre a aplicação do padrão de inferência razoável de autoria ou participação.

Palavras-chave: Padrão de prova, medida cautelar privativa de liberdade, inferência razoável, convicção, autoria, participação.

INTRODUCCIÓN

En el mundo occidental, más precisamente en el ámbito jurídico, han sido múltiples los temas objeto de análisis por parte de excelsos dogmáticos y doctrinantes del campo de la filosofía del derecho y, particularmente, del derecho penal sustancial y procesal. Estos estudios se ubican en distintos enfoques y emplean una variedad de recursos epistemológicos; según las fronteras evolutivas del derecho, algunos están relacionados con el debate sobre la prueba como fenómeno polisémico, por un lado, con naturaleza sustancial y, por otro lado, con connotación de figura procesal, y en algunos otros casos se considera la prueba como signo jurídico-lingüístico híbrido y fuente de donde emana el conocimiento del proceso.

Son también ejes de exploración investigativa en estas dimensiones de cognitivismo la valoración racional y la motivación de la prueba, la verdad de los hechos —como fin de todo el concepto de justicia—, además de lo que comprende la decisión justa, la relevancia de la teoría de la argumentación judicial y los estándares de prueba. Este último tema, con un giro hermenéutico fundamental y del cual se ocupa el presente estudio.

Precisamente, el estándar de prueba está asociado a la valoración de la prueba, pero no integrado a ella; su importancia como parámetro brilla en el contexto de reflexión sobre el índice de conocimiento adquirido en un caso particular y contrasta con la intensidad del conocimiento que se debe obtener por mandato legal o constitucional como criterio de justicia cualitativa. Por ello, sin duda el estándar emerge jurídicamente en la mayoría de los casos como tarifa legislativa, a partir de la cual se posibilita, pero no en todas las situaciones, pasar de la incertidumbre que pueda perdurar tras la decisión final, pues decir que algo “está probado o no está probado” (Ferrer, 2007b) implica que se haya sometido al estándar de prueba en un nivel de igualdad o superación de los patrones preestablecidos. Ahora bien, esto tiene ocurrencia en la sentencia o en otros momentos decisorios previos o tempranos de otro nivel de impacto procesal, y regularmente en este último escenario se comprometen los derechos y las garantías fundamentales de carácter individual.

En la esfera penal, a pesar de que el estándar de prueba despierta gran inquietud por su relacionamiento con los contextos de subjetividad y objetividad decisionales, se ha estudiado de forma incipiente en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial en función de la delimitación de criterios y su

cobertura de todos los actos procesales, sean de naturaleza investigativa o de juicio, por lo que se ha llegado a concreciones estáticas y a un gobierno jurídico sin profundidad, y ello se debe a que no se han preestablecido los entornos ni los elementos estructurales internos de cada estándar, de forma tal que el operador judicial pueda autorregularse y predecir el éxito o el acompañamiento favorable en las fases de control por jerarquía funcional, constitucional o convencional (Nieva, 2010, pp. 90-94).

En esta métrica ausente de criterios, la bibliografía de naturaleza local y comparatista, aunque producida con seriedad y dedicación de forma sostenida e incansable por autores como Laudan, Ferrer y Taruffo, entre otros, no es suficiente para consolidar de forma definitiva derroteros estandarizados que sirvan a los propósitos de administrar el conocimiento requerido sin desbordes o discrecionalidades ilimitadas.

Partiendo de los avances obtenidos por Taruffo, como máximo inspirador del presente escrito, al ser un visionario del proceso y del garantismo que debe energizar las dinámicas propias de la prueba, en su práctica y su valoración, en sus continuas indagaciones en cuanto a la comprensión, la delimitación conceptual y la práctica metodológica sobre el estándar de prueba, conocido globalmente por su origen anglosajón con el signo lingüístico de *beyond all reasonable doubt*, esto es, más allá de toda duda razonable (Toro, 2021, p. 412), es posible continuar con estudios como el presente, en relación con el estándar de conocimiento aplicado a las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad en el derecho penal, es decir, con ubicación particular en decisiones previas a la sentencia, pero de invalorable impacto para los derechos y las garantías del procesado; en este caso, la libertad.

Así, el enfoque de este estudio es el estándar de prueba en relación directa con la convicción judicial que se requiere para decretar medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad en el proceso penal, centrado en el estudio de los interrogantes y la propuesta de criterios más allá del concepto de estándar de prueba, esto es, paradigmas que permitan identificar y dosificar los criterios para procurar aumentar la objetividad, aun siendo consciente de que, desde la perspectiva de Taruffo, en el ámbito del proceso el concepto epistemológico de la búsqueda de la verdad es de carácter relativo, pues en el contexto valorativo el resultado de este se encuentra condicionado en buena medida por los medios de prueba con los que cada parte cuenta, en concordancia con sus afirmaciones usualmente

contrapuestas (Taruffo, 2006, p. 274). En ese sentido, es propicio el escenario de interacción técnica de la información que resulta, individualmente y en conjunto, como consecuencia de evaluar la información probatoria recogida durante la actividad investigativa, así como la premisa jurídica instituida como estándar desde el aspecto probatorio para este momento de tránsito procesal inmerso en el principio de progresividad, con denominación jurídica, específicamente, de inferencia razonable de autoría y participación, como lo establece el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, en relación con las atribuciones del juez de control de garantías y los razonamientos necesarios para la restricción de la libertad.

Ante esta fórmula de conocimiento indicativa de qué tanto se puede afirmar sobre lo probado fácticamente, integrada a la tarifa vía estándar, ambas necesarias en reciprocidad para saber cuál es el grado de convicción, convencimiento o persuasión, el juez en función del control de garantías estará frente al imperativo de decretar o no tal o cual medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, lo cual va acompañado de un desafío de carácter argumentativo mayor cuando la medida restrictiva de la libertad se ordena en establecimiento carcelario, pues, por obvias razones, es diferente en cuanto al impacto a la medida restrictiva domiciliaria, pero, además, implica el desafío no menos importante, de orden constitucional, convencional y legal, de actuar con orientación ineludible del principio de afirmación de la libertad (Ferrer, 2007a).²

ASPECTOS GENERALES DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Conceptualización

Desde sus orígenes, el ser humano ha tenido la necesidad vital de creer o aferrarse a algo o a alguien que le permita sentirse satisfecho y sosegado con respecto a aquello que logra estimular su convencimiento. Es por eso

2 Frente a este tema, solo de manera puntual, el profesor Jordi Ferrer Beltrán advierte que la “dinámica del proceso penal parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones”, para lo cual considera que conviene diferenciar los estándares de prueba requeridos para la aceptación de diferentes decisiones durante el proceso penal y para la decisión final relativa a los hechos probados que hacen parte de la sentencia, y se permite ejemplarizar su posición referenciando varias actuaciones judiciales de la ley actual de enjuiciamiento criminal español (2007a, pp. 2-4).

que la necesidad de probar es un aspecto inherente a la esencia del individuo, que alcanza su mayor dimensión cuando este empieza a relacionarse con el otro, con lo cual esa necesidad de probar es también una característica propia del denominado conglomerado social.

Bajo esta égida, la prueba se convierte en una institución necesaria para acompañar todos los ámbitos sociales en los que se desenvuelve el ser humano (Peláez, 2013, p. 3); por ejemplo, cuando los niños tienen la necesidad, luego de la jornada escolar, de llegar a casa para enseñarles a sus padres una canción o un dato que prueba lo que se aprendió de un maestro y gracias al esfuerzo, o cuando se evalúa mediante una prueba escrita un conocimiento específico que deberíamos tener, o cuando se solicita el documento de identidad para acreditar que somos quienes decimos ser, es decir, todos estos son claros ejemplos de que la prueba y su acreditación son inherentes a todo individuo que interactúe en sociedad.

Por lo anterior, es fundamental que la humanidad elabore su quehacer social con sujeción a estándares unificados a los que se puedan adherir las colectividades sociales en sus distintos escenarios, de tal forma que el manejo de los sucesos fácticos y jurídicos en función de la conducta de los individuos conduzca a la convivencia y no a la rebeldía, como otrora en las revoluciones sociales. Las categorías específicas como el frío y el calor, lo positivo y lo negativo, lo alto y lo bajo, lo dulce y lo amargo, lo afectuoso y lo violento, lo probado y lo no probado son predicados o proposiciones que reflejan la intervención valorativa del individuo con diferentes grados objetivadores, resultante del razonamiento y la integración de modelos decisorios.

En los ámbitos social, cultural, religioso, filosófico y jurídico, entre otros campos epistémicos afines al ser humano, todo puede variar de un sujeto a otro por diferentes fenómenos causales; por ejemplo, lo que es alto volumen para uno, puede ser un volumen bajo o tolerable para otro. De ahí la necesidad de llegar al máximo de consensos posibles, sobre todo en el ámbito de la administración de justicia, en el que los errores de percepción por irracionalidad natural pueden causar daños irreparables.

Los diferentes estándares o patrones surgen de lo inductivamente percibido o experimentado a través de las células receptoras, es decir, de lo que se nos estimula por medio de los sentidos, o de las consecuencias producto de una misma causa que se repite en una frecuencia determinada (Stein, 2008, p. 5).

Así, los fenómenos o episodios parciales a y b se llevan al desarrollo de estructuras o reglas generales de probabilidad, la cual aumenta si agregamos otros episodios armónicos como c, d, e, f, etc. Con este ciclo de reforzamiento de la probabilidad por aumento muestral, lo adecuado o lo óptimo es muy posible y se fortalece aún más si, adicionalmente, sabemos utilizar la técnica de combinación o integración de la experiencia, la habilidad y los recursos de conocimiento disponibles. A partir de allí, de seguro, se podrán tomar decisiones culturales y jurídicamente apropiadas y legitimadoras. Con estos fundamentos, es evidente que los estándares son herramientas de mediación interpretativa y argumentativa para adoptar decisiones correctas.

Para Guerra (2020), “gracias a la medición, pueden determinarse de forma cuantitativa ciertos estándares” (p. 111), pero es necesario agregar a esta postura lo cualitativo por vía del razonamiento lógico, conforme a la estructura del antecedente y el consecuente como diseño de orden de secuencias inferenciales inductivas, deductivas o abductivas, de tal suerte que pueda decirse, por ejemplo, que algo es dulce si tiene cierta concentración de azúcar por centímetro cúbico, o que alguien tiene fiebre porque su temperatura corporal está por encima de los 39° C, y que si supera los 42° C, probablemente sufrirá un daño en el cerebro. Todo ello nos lleva a comprender que los estándares sirven como señal de límites o parámetros para realizar una apropiada labor o tomar decisiones frente a una actividad que está en desarrollo o se ha desarrollado y requiere, sí o sí, de conclusiones resolutivas en un tiempo y un momento determinados, expuestas, por lo regular, al riesgo de equivocaciones o de no tener respaldo social.

Ante estas consideraciones, resulta habitual convivir con la necesidad de estandarizar modelos resolutivos con enfoques de correcto equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo, en un plano abierto a lo humano y garantista, cubriendo y materializando realmente todos los ámbitos en los que se desenvuelve el ser humano. En el caso de las ciencias humanas y sociales, el derecho no es la excepción en cuanto al humanismo y el garantismo, pues cuenta con categorías jurídicas de naturaleza descriptiva y prescriptiva de forma abstracta, lo cual requiere de un gobierno jurisdiccional forjador e individualizador de reglas, pero medido por criterios democratizadores.

Es evidente en el derecho que los modelos de concreción y precisión normativa, dispuestos para resolver situaciones fácticas planteadas como conflicto, son mecanismos que facilitan la resolución y sirven para determinar en muchos casos, con gradualidad de razonamiento, si hay dolo

o culpa, si la culpa en el daño es grave, leve o levísima, o si se es culpable o inocente, y si hay conciencia o estamos ante un simple acto reflejo; todo en procura de afirmar la ocurrencia de un hecho, sumado a la firmeza del fenómeno causal y la responsabilidad para poder aplicar la consecuencia jurídica más adecuada.

Sin duda, es en este contexto donde el derecho probatorio se muestra asociado a los denominados estándares. Se puede afirmar que los estándares están destinados a facilitar la posibilidad de categorizar un hecho externo dentro de un supuesto de hecho normativo, pero con conocimiento previo de que concurran las exigencias de convicción impuestas por el legislador.

Así, el nivel de convicción por imposición legislativa se identifica con la acepción de estándares de prueba, los cuales están ubicados por fuera de la valoración probatoria, pero correlacionados directamente con su resultado informativo. El estándar suele determinarse con fundamento en aspectos de probabilidad, específicamente la probabilidad lógica y lingüística, con la cual se discurre para el ordenamiento de antecedentes a partir de objetos observables y de fórmulas consecuentes representadas en construcciones de implicación de causalidad y efecto.

Estos criterios de probabilidad son connaturales a la lógica de diseño aristotélico y al desarrollo jurisprudencial dinamizador, pero se hallan integrados a los sistemas jurídicos contemporáneos constitucionalizados, convencionalizados y universalizados, que buscan el aumento consensuado de la protección jurídica en sentido global. Para ello, en aras de la proporcionalidad y la razonabilidad, se activan plataformas de principios humanizantes como el debido proceso, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y demás garantías restrictivas en cuanto a la libre interpretación y la aplicación expansiva del derecho en campos jurídicos como el derecho penal (Schum, 2016, p. 83).

Ante los diferentes paradigmas que surgen de los principios mencionados y su interrelación con el estándar de prueba, para precisar y sin hacer mayores elucubraciones, a partir de la pregunta ¿qué se entiende entonces por estándar?, se acoge la versión según la cual es aquel nivel o umbral que ha de lograrse o, mejor aún, el tope mínimo al que hay que llegar para alcanzar el nivel razonable de confirmación frente a una hipótesis (Bustamante y Toro, 2016, pp. 74-75), y ello se logra con criterios comprensivos y reflexiones valorativas del juez o los demás decisores en un contexto superior a la prueba en concreto.

Desde este entorno, puede negarse o afirmarse que una hipótesis esté o no probada en un nivel de probabilidad tal que obtenga respaldo, primeramente, legislativo, y después en instancias superiores o sociales. Tal como lo afirman de Vecchi y Cumiz, “la suficiencia de las pruebas para la aceptación de un enunciado fáctico como probado está ligada en todos los casos al poder de satisfacción de un específico estándar de prueba” (2019, p. 29).

A todo lo expuesto se suma que son varios los autores que han tratado de establecer los linderos conceptuales del estándar; incluso hay quienes niegan con respetables razones la existencia del estándar (Laudan, 2005, p. 106), pero quizás la noción más clara y generalizadora la trae el profesor Michele (2005a):

Se trata entonces de que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando se haya conseguido, por lo menos tendencialmente, la certeza de culpabilidad. Mientras que el imputado tendrá que ser absuelto todas las veces que sobre su culpabilidad resulte, así las pruebas estén a su cargo, una duda razonable sobre su eventual inocencia (p. 30).

La dinámica de identificación, comprensión e inmersión en el universo conceptual del estándar de prueba obliga al derrotero a valorar la prueba e identificar la información concreta desde la cual se entra en contacto con un nivel de conocimiento que puede ser alto, medio o mínimo, según la ostensión probatoria, para luego llegar a un grado de convicción o aceptación de lo que se cree o se acepta como posible. Este nivel de conocimiento y convicción es el que se lleva al ámbito de cobertura racional del estándar de prueba. Sin embargo, el contexto interactivo con el estándar no justifica, bajo ninguna razón, hacer reprocesos para volver al momento de valoración probatoria, o sea que por un lado se encuentra el proceso de valoración con el desarrollo de todos los presupuestos de sana crítica, y por otro lado, el juicio de contraste del resultado probatorio con el estándar exigido.

Clasificación

Se advierte que, tanto en el proceso penal como en el proceso civil, se manejan diferentes grados del conocimiento judicial indispensable para emitir una sentencia condenatoria. Con respecto al proceso penal, explica Mercedes Fernández (2005):

La declaración de culpabilidad penal exige la prueba *más allá de toda duda razonable* (*beyond a reasonable doubt*) si bien no existe una delimitación clara de su alcance. Únicamente hay acuerdo acerca de que *más allá de toda duda razonable* no puede entenderse equivalente a “más allá de toda sombra de duda” [...]. Frente a este rígido estándar, en el proceso civil se impone un grado de prueba sensiblemente inferior, pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante *prueba preponderante* (*preponderance evidence*) (p. 1).³

Por otro lado, y tratándose del estándar penal —adicional al estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”— considerado en el proceso penal en el momento de proferirse la sentencia, en el derecho moderno lentamente se acude a aceptar el estándar de prueba para otras decisiones procesales de carácter punitivo, no con un grado de exigencia tan alto, sino tal vez con unos niveles menos rigurosos, que a su vez sirven como antecedentes decisorios de refuerzo al estándar condenatorio, como en el caso de los estándares base para decretar las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad y formular la imputación y la acusación, entre otras decisiones que podrían determinarse individualmente (Camargo, 2012, p. 297). Así, en ese grado de importancia e impacto en el proceso, se acude también al reconocimiento de estándares calificados como medios y mínimos, a diferencia del estándar máximo necesario para la sentencia condenatoria, lo cual se constituye en garantía de justicia reflexiva y razonada a partir de patrones de optimización decisonal y de control de la discrecionalidad arbitraria.

Estos estándares emergentes se identifican con expresiones de “motivos fundados, inferencia razonable de autoría y participación, probabilidad de existencia del delito y la autoría” (Londoño, 2019, p. 372), sin desconocer otros que paulatinamente emergen o que se pueden particularizar bajo otros contextos resolutivos durante el desarrollo de los actos de investigación y del juicio mismo. Esta clasificación, con ubicación en el Código de Procedimiento Penal (CPP) de orden local o en algunos

3 Para ampliar la información acerca de la prueba, véanse Dennis, I. H. (2020). *The law of evidence*. 2.^a ed. Sweet & Maxwell, pp. 392 y ss; Bojczuk, W. (1993). *Evidence textbook*. 5.^a ed. HLT Publications, pp. 72 y ss; Cooper, S., Murphy, P. y Beaumont, J. (1994). *Case and materials on evidence*. 2.^a ed. Blackstone Press Limited, pp. 58 y ss.; y Murphy, P. (1992). *A practical approach to evidence*. 4.^a ed. Blackstone Press Limited, pp. 104 y ss. En España, los tribunales civiles no hacen ninguna referencia al grado de prueba necesario en este ámbito, pero, implícitamente, asumen la existencia de un grado de prueba menor que en el proceso penal (de Paúl, 1999, p. 255).

códigos de orden internacional, se funda en la exigencia de un grado ascendente de conocimiento para resolver sobre actuaciones investigativas, imputación de cargos o acusación respectivamente.

Estructura del estándar

En general, cualquier estándar, más allá del nivel conceptual, exige elementos estructurales y herramientas de interpretación y aplicación de orden cognitivo, reflexivo y ético, los cuales, sin duda, pueden fundarse más en conceptos culturales, religiosos, humanos y sociales que normativos. Al llevar este enfoque estructural y su base ética al campo penal, trasluce que lo importante con estos parámetros es disminuir a la mínima expresión el peligro de condenar al inocente o de afectar con decisiones irracionales los derechos y las garantías de las personas inmersas en señalamientos criminales (Whitman, 2015, p. 310). Es verdad que el culpable es culpable, no cabe duda, pero la inquietud es ¿qué tanto puede inferirse esa culpabilidad cuando no hay modo alguno de patentar a través de la prueba la realidad acontecida sin márgenes de error?

Lo anterior abre nuevamente la discusión sobre la preferencia técnica que debe atenderse en la investigación y en el juicio de cada causa, es decir, si debe el decisor moverse intencionado por los fines del derecho procesal simplemente o por los fines del proceso,⁴ o mejor orientarse democráticamente por los fines de la prueba, en ruta hacia la variable de verdad por probabilidad.

En este planteamiento se vincula, sin duda, el constitucionalismo contemporáneo enfocado en principios de sistematización y valores como la aspiración proteccionista, a los cuales se les asigna la finalidad de reducir el riesgo de condenar a un inocente y satisfacer la exigencia de decisión justa, más que optar por una decisión aplicada a estricta legalidad conforme a un derecho recetario o estático. Por lo anterior, el estándar de naturaleza penal, en esencia, se hace necesario en todo el proceso, acompañado del deber de ser más exigente que el que se considera o se aplica en materia civil —por probabilidad prevalente— (Fernández, 2005).

4 En el contexto de este estudio, los fines del derecho procesal se orientan para resolver el conflicto en el plano de realización de la justicia de manera formal; en cambio, los fines del proceso se centran en conocer la verdad.

Efectos ante la inexistencia de un estándar de prueba unificador

Cuando no hay un estándar de prueba establecido y controlado bajo criterios de justicia surge, sin duda, el riesgo de utilizar el resultado probatorio bajo aceptaciones o juicios estrictamente personales, ante lo cual el azar podría también imperar en la resolución fáctica y jurídica. Lo relativo, aunque alejado de parámetros de unificación, puede ser aceptable o inaceptable según el estado de conveniencia de las partes y de la condición cultural de la sociedad; es así como podría confundirse lo verosímil con lo probado en función de la verdad.

Consideramos que esta situación precedente en absoluto es una contribución progresista a la racionalidad de la decisión en los niveles de optimización deseables. La ausencia de estándares y también su falta de desarrollo metodológico y de dominio operacional estarían abriendo las puertas al retroceso de la justicia, partiendo, en línea de tiempo, de un ambiente devolutivo de principios constitucionales con compromiso de las conquistas en este ámbito, y pasando nuevamente a la justicia de los hombres, al mejor estilo de la edad oscura de la civilización y el derecho.

Así, los estándares, cualquiera sea la manera en que se les denomine y sean normativos o no, están llamados a proveer herramientas de objetividad y confianza al decisor para resolver sobre todo ante la complejidad y la duda, que por lo regular están presentes en diferentes dimensiones. Las preguntas ¿es verdad o qué ocurrió?, ¿el juez elige autónomamente o por cuáles reglas de objetividad?, ¿cómo entender y gobernar la existencia de verdad y de probabilidad?, ¿prevalece lo racional en la elección ante varias alternativas posibles? y ¿qué es lo racional? son apenas algunas de las que están presentes en el proceso jurisdiccional y sobre las cuales siempre debe haber una respuesta de cierre, y no cualquier respuesta ni en cualquier tiempo, pues se debe convivir con la necesidad de oportunidad y justeza en la decisión.

Precisamente, el ámbito de la decisión racional como propósito actual es lo más coherente con respecto a la conveniencia de materializar estándares unificadores, lo cual se logra, sin embargo, a partir de criterios con movilidad interpretativa y adaptativa caso a caso, pues de lo contrario se volvería al formalismo a ultranza.

En cada caso o circunstancia de ocurrencia de hechos de relevancia jurídica, la información probatoria puede llenar las aspiraciones de

conocimiento en un porcentaje determinado, y con ello se puede construir un sinnúmero de hipótesis. Sin embargo, la dificultad consiste en cerrar la discusión o el conflicto de intereses de parte con argumentos estables y adheribles en los ciclos de control funcional ascendentes. En la figura 5.1 se ilustra el impacto de los porcentajes de conocimiento.

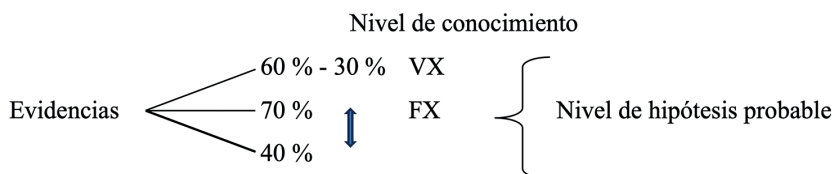


Figura 5.1 Representación de evidencias con porcentaje de conocimiento figurado e implicación en hipótesis (vx equivale a inferencia débil y fx equivale a inferencia fuerte)

Fuente: imágenes de referencia tomadas de la clase magistral dictada por el maestro Michele Taruffo, en la Maestría de Derecho Procesal Contemporáneo (Universidad de Medellín, Cohorte 19, abril 15, 16 y 17 de 2015).

Es inobjetable que el juez tiene que solucionar a pesar de la duda y que esta depende de la fuerza de los hechos indicadores y el resultado inferencial identificado en grado lógico de fuerte o débil. Como corolario, se desprende que las inferencias posibles pueden ser variadas con diferente fuerza o peso de orden cognitivo, y que de estas deberá escogerse la más razonable (credibilidad racional o de aval), coherente y congruente para resolver el conflicto planteado como *litis*, lo que la tratadista Susan Haack (2013, p. 78) ha llamado probabilidades epistemológicas.

En este entorno, se debe tomar la opción resolutive que sea más razonable por implicación de probabilidad, seguridad, reconocimiento humano y estabilidad jurídica. Se desprende de lo anterior la posibilidad de calificar como irracionales todas aquellas posturas decisorias acompañadas de poca probabilidad de ocurrencia de los hechos jurídicamente relevantes y de respaldo concomitante en el estándar de prueba correspondiente.

En la base de análisis y decisión, el juez tiene que seleccionar la hipótesis más confirmada probatoriamente, pero, a la vez, integrarla con el estándar de cada contexto de forma muy fina, esto es, moviéndose en el círculo de luz más resplandeciente frente a la verdad (figura 5.2).

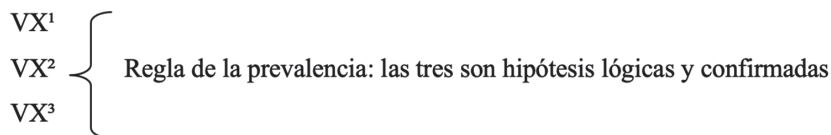


Figura 5.2 Hipótesis alternativas para la decisión jurisdiccional (vx equivale a inferencia posible)

Fuente: Imágenes de referencia tomadas de la clase magistral dictada por el maestro Michele Taruffo, en la Maestría de Derecho Procesal Contemporáneo (Universidad de Medellín, Cohorte 19, abril 15, 16 y 17 de 2015).

MICHELE TARUFFO⁵ Y SU ENFOQUE ACERCA DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Para Taruffo (2008), el estándar de prueba es, sin duda, una institución de naturaleza procesal con un asiento importante en el proceso y con precisión en el estadio decisorio. Desde la perspectiva de Taruffo, el estándar es un umbral diseñado para el aumento de la objetividad producto de la evolución legislativa, por efecto de la constitucionalización y el desarrollo de la doctrina procesal y jurisprudencial. El juez debe sortear el estándar para poder decidir cuando ya cuenta con información valorada cualitativamente conforme a los sistemas de valoración contemporáneos imperantes y que, por supuesto, son contrarios a la íntima convicción o la prueba tasada.

5 Michele Taruffo (1943-2020). Jurista y epistemólogo nacido en Italia, específicamente en Vigevano (Pavía), región de Lombardía. Dedicó su vida al estudio del derecho procesal comparado y el derecho procesal civil. Se desempeñó durante muchos años como docente e investigador de la Universidad de Pavía. Fue profesor invitado de varias universidades europeas, estadounidenses y latinoamericanas, como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad de Medellín, entre otras. Su generosa producción científica lo llevó al nivel más alto como una autoridad en la ciencia procesal, a la cual le dio una mirada moderna dentro de la gran tradición clásica de los procesalistas italianos que lo antecedieron (Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, etc.), quienes han sido muy influyentes tanto en España como en Latinoamérica, pues sus postulados y escritos los siguen con amplio interés los académicos y los juristas; en particular, los que aplican el derecho, como los jueces. Participó, además, como profesor *honoris causa* en el programa de Doctorado de la Universidad de Medellín. Cualquier procesalista del sistema continental tiene que tomar en cuenta sus estudios como referencia obligatoria en el marco del derecho procesal contemporáneo. Algunas de sus obras se tradujeron al castellano, el inglés y el portugués, como *La prueba de los hechos*, *Simplemente la verdad*, *La prueba*, *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, etc.

Si bien es cierto que los estudios de este autor se ubican con preponderancia en el campo del proceso civil y que, debido a ello, identifica y aborda el estándar de prueba al que denomina “más probable que no o de la *preponderance of evidence*” (Taruffo, 2005b, p. 119), el cual acoge como concepto obligatorio en el cauce del análisis de la verdad en el proceso, también ha de aceptarse que reconoció sin dudar que el inicio del estándar en el proceso proviene del proceso penal con la denominación de estándar BARD (*beyond all reasonable doubt*), sobre el que admite la exigencia de un grado de probabilidad superior para la toma de decisiones con plenitud de racionalidad, lo cual contrasta con el estándar del proceso civil, que es menos exigente, con seguridad por la diferencia de sistemas procesales de uno y otro lado.

Este jurista aprecia, de manera considerada, que el legislador intenta dotar al juez de criterios concretos, aunque genéricos, para la valoración y la toma de decisiones procesales, y encuentra fundamento para tal aseveración en los distintos aspectos fácticos que mueven el litigio o la controversia de partes.

Frente a las previsiones institucionales y jurídicas del BARD, particularmente, este autor no se refiere a subclasificaciones o a la subyacencia de estándares mínimos, medios o de otro nivel, como débiles o fuertes, aunque con ello no se puede afirmar de forma válida que la doctrina de los estándares máximos o más exigentes reconocida y debatida asertivamente por él, frente a otras posturas como la de Larry Laudan, no permite el encaje decisonal de otros tipos de estándares propios del proceso penal, por demás ya regulados en la legislación procesal penal del ámbito colombiano (Taruffo, 2005b).

CRITERIOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL PARA IMPONER LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD A PARTIR DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Las medidas de aseguramiento no son la expresión cautelar de un trasplante abstracto y sin personalidad jurídica del actual sistema procesal penal de tendencia acusatoria al sistema constitucional. Por el contrario, la identidad y la protección de la libertad son, ante todo, un asunto de interés del derecho universal y un derecho fundamental objeto de protección

constitucional reforzada, por lo que la fuente principal de control inicia y se optimiza de forma permanente a partir de los principios constitucionales de humanización.

Se tiene entonces que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶ la Corte Constitucional⁷ y la Corte Suprema de Justicia⁸ coinciden enfáticamente en que a la detención preventiva no se le puede dar el tratamiento de una pena anticipada, sino el de una medida cautelar no punitiva. En ese sentido, dada la naturaleza de derecho fundamental de la libertad, cualquier medida de aseguramiento (entre ellas las restrictivas o privativas de la libertad) no se puede concebir ni resolver con ligereza en el momento procesal de resolución del *petitum* de medida, ni tomarse como un anticipo de la pena en el momento de la imposición (Jaramillo, 2023, p. 726), ya que unos son los fines de la pena que se impone en la sentencia y otros muy distintos los fines de las medidas de aseguramiento, pues se tiene que estas últimas hacen parte de la gama de las medidas cautelares que se erigen como un mecanismo implementado para la protección de la eficacia del proceso judicial (Benavente, 2011, p. 376).

Se debe comprender que para la medida de aseguramiento se exige un elemento material probatorio o evidencia física a partir de la cual se pueda hacer una inferencia lógica de la existencia del hecho y de la presunta responsabilidad del indiciado o imputado (Ley 906 de 2004, art. 308), además de agotar de cara al derecho en cuestión un estricto test de ponderación en lo constitucional, mientras que para la sentencia condenatoria se exige la prueba con un grado totalmente superior de probabilidad de existencia delictual y responsabilidad penal (Ley 906 de 2004, art. 372). Optar por una sentencia condenatoria es asumir el compromiso de un juicio de probabilidades de alto nivel probatorio y de equilibrio ante un estándar de mayor exigencia, esto es, “más allá de toda duda razonable” (Ley 906 de 2004, art. 381), como bien lo advierten Fernández (2005, p. 192) y Prieto (2007, pp. 130-131), quienes se refieren a la presunción de inocencia como una regla de juicio, de lo que se deduce la alta exigencia de estudio probatorio para poder inclinar la balanza

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón. Sentencia junio 24 de 2005. Serie C. N.º 129. F. J. 75.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-695 de 2013. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

8 Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio AP7109-2016. Rad. 46148, del 12 de octubre de 2016. M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

hacia la responsabilidad, a pesar de la protección reforzada del atributo de la inocencia y la duda favorable en el espectro constitucional.

Precisamente, frente a la medida de aseguramiento, el profesor Fierro (2002) refiere que “los funcionarios judiciales están obligados a motivar y a valorar en cada caso concreto todas y cada una de las circunstancias de la vinculación procesal del sindicado para determinar si por ejemplo comparecerá al proceso” (p. 913). Siguiendo esta línea, recoge e interpreta los artículos 308 a 312 del CPP, elevados a rango constitucional, para que se pueda decretar la medida restrictiva debido a su necesidad, su procedencia, su proporcionalidad y su razonabilidad.

Sin duda, por armonía constitucional se debe considerar igualmente que la medida restrictiva de la libertad no cumple fines punitivos, sino procesales, ya que se decreta con el propósito de asegurar que se preserven elementos relevantes para la búsqueda de la verdad de los hechos y garantizar la comparecencia del imputado y la protección de la víctima (fines que, en algunos casos, son convergentes), mas no se aplica con carácter de pena. En el proceso penal y sus técnicas de interpretación, la regla general de comprensión es la prevalencia del derecho a la libertad, y su restricción solo es aceptable por mandato supranormativo, en situaciones muy excepcionales, en congruencia con el derecho penal mínimo. De ahí la absoluta necesidad de sinergia entre los datos valorados que informan de la relación objetiva de naturaleza fáctica de un sujeto con las circunstancias normativas específicas que amparan la imposición de una medida de aseguramiento, y el nivel de interacción con el estándar de inferencia razonable, como punto subjetivo de admisión de lo justo en materia decisional. Por su parte, Pava señala que dentro del ejercicio de la acción penal es posible que se den algunos actos jurisdiccionales de señalamiento de responsabilidad penal e incluso actos cautelares que recaen sobre bienes, como resultado de actuaciones de investigación que en su ejecución llevan a la restricción de algunos derechos fundamentales y la lesión efectiva de la presunción de inocencia, y cuyo objeto será la recolección de elementos materiales con vocación de prueba; así, a su vez, hay actos jurisdiccionales de verificación condicionados igualmente a los deberes de justicia que se le exige en su actuar al juez; y en los que la afectación a dicha presunción es de carácter potencial, pues se busca determinar si dicha presunción se debe reafirmar o si por el contrario se puede afectar provisionalmente a partir de los medios cognitivos que

soporten del estándar probatorio de los motivos fundados o incluso de la inferencia razonable de autoría o participación (Pava, 2009, pp. 34-36).

Así, razonar sobre la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad es un asunto de la mayor importancia judicial, pues no basta que la motivación orbite sobre la gravedad delictiva, las particularidades de peligrosidad del imputado y la prevención, ya que se requiere, adicionalmente, que el resultado probatorio de la indagación que la fundamenta ayude a salvar otros niveles de exigencia valorativa y de convicción no menos importantes, partiendo primero del sesgo protector de no imposición, en un plano altamente drástico de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales, y acogiendo el sentido considerativo del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Como bien lo precisa Foucault, la actividad de indagación no se circunscribe a un simple contenido, sino que es una forma de saber que se ubica entre la unión de una forma de poder y algunos elementos de conocimiento.⁹

Con respecto a la valoración cualitativa de la medida de aseguramiento, en la Sentencia Hito C-774 de 2001, la Corte Constitucional colombiana claramente elevó el derecho a la libertad al nivel de amparo en el bloque de constitucionalidad¹⁰ con un espectro amplio entre la legalidad y la constitucionalidad. La Corte propuso esta medida como un asunto delicado desde los linderos de la presunción de inocencia, y consideró que “el derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y

9 La indagación es precisamente una forma política de gestión y ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial, pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las. La indagación es una forma de saber-poder, y es el análisis de este tipo de formas lo que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económico-políticas (Foucault, 1996, p. 80).

10 El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala que la detención preventiva de las personas que en ejercicio de la acción penal por parte del Estado vayan a ser juzgadas no debe ser tomada como la regla general, sino de forma excepcional, y que su libertad podrá estar supeditada o condicionada a procedimientos que previamente estén establecidos en la ley, con el objeto de asegurar la comparecencia del acusado en el proceso, entre otros (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1966, 16 de diciembre, art.9). Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos ratifica esta postura, indicando en su numeral 5.º del artículo 7.º que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, 22 de noviembre, art. 7).

estructural del Estado de derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado” (Corte Constitucional de Colombia, 2001), y a pesar de ello, ratificó su doctrina constitucional sobre la necesaria presencia de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para evitar posturas generales y arbitrarias frente al llamado de imposición de medidas restrictivas de la libertad.

Lo anterior, porque existe aquel principio de presunción de inocencia consagrado como derecho y garantía en la propia Carta Política y, como tal, un derecho fuerte que no se puede desconocer, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable, tal y como se vislumbra en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 7.º del CPP. Así, se constituye en toda una regla de juicio en materia penal, como lo señala Mercedes Fernández (2005):

La presunción de inocencia actúa también como expediente de decisión para aquellos supuestos en los que el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, ni en sentido absolutorio ni en sentido condenatorio, esto es, cuando se encuentra en una cuestión de duda irresoluble. En este sentido, la presunción de inocencia viene a constituir la regla prevista por el ordenamiento jurídico para evitar el Non Liquet (p. 157).

Mónica Bustamante y Diego Palomo (2018), en un sentido complementario, adoptan “la idea de que la presunción de inocencia como regla de juicio¹¹ se vincula con la interpretación de la *presunción de inocencia probatoria*” (p. 654). Ante estas apreciaciones, se vislumbra el interrogante sobre si la presunción de inocencia se presenta como parte de la aplicación de la regla probatoria¹² o si, por el contrario, se presenta en realidad en un instante posterior. Cabe responder que si bien es cierto que ambos escenarios poseen una incidencia concluyente desde el aspecto probatorio a partir del orden decisorio, también lo es que sus premisas habilitantes y los momentos en que deben ser utilizadas son diferentes.

11 En este estudio, la regla de juicio se refiere a los parámetros de juzgamiento de los hechos del proceso, sean parciales o finales, desde la perspectiva del conocimiento y la convicción, con lo cual se limita el arbitrio injustificado del juez.

12 Entiéndase regla probatoria como la directriz legal que se debe seguir en la producción probatoria por identidad y en la valoración de las pruebas por especie y de conjunto.

Mientras, por un lado, la presunción de inocencia como regla probatoria supone la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria, por otro lado, y si bien la consecuencia es la misma (declaración de inocencia del acusado), la función de regla de juicio cobra un papel relevante en un momento posterior, concretamente cuando tras la valoración de la prueba practicada con todas las garantías (esto es, cuando ha sido superada la presunción de inocencia desde el punto de vista de su función como regla probatoria), el resultado que de ella se deriva no es concluyente y, por tanto, impide que el órgano judicial resuelva conforme a él. En estos casos, la duda —como consecuencia de una actividad probatoria de cargo insuficiente— debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia.

EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PRUEBA DE INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN Y LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Desde el criterio hermenéutico de orden histórico y evolutivo, la Ley 906 de 2004 (CCP) se presenta como el referente legislativo mediante el cual se reglamenta el estándar de prueba para actos investigativos, de juicio y decisiones judiciales desligadas del formalismo a ultranza del estado legal clásico. Este giro es necesario, sobre todo cuando se trata de decisiones en las que es evidente el riesgo por incertidumbre cognitiva y de subjetivismo imperante, por demás irracional, de vulnerar derechos y garantías, como en el caso del derecho fundamental a la libertad personal.

Precisamente, el derecho a la libertad, por su trascendencia dentro del contexto de dignidad humana, ha sido gobernado con estatus de derecho fundamental con protección reforzada, no solo por la vía del bloque de constitucionalidad, sino también desde el derecho interamericano y global de los derechos humanos.

En este contexto de libertad, las medidas de aseguramiento restrictivas o privativas son, sin duda, instituciones jurídicas del orden penal que subsisten por excepción, si se parte de la primacía del principio de confirmación de la libertad, lo cual indica que la inspiración decisoria del juez competente debe estar siempre centrada en considerar la libertad como primera razón de su

comprensión, su interpretación y su decisión con amparo fundamental, como si se tratase de un juez estrictamente constitucional. De ahí la importancia y la necesaria operatividad del estándar de inferencia razonable de autoría o participación, dispuesto por el legislador del proceso penal colombiano (Ley 906 de 2004, art. 308),¹³ pues, además, con ello se resalta el interés de dar seguridad judicial, más que de controlar otras decisiones que anteceden o están en fases procesales previas a la sentencia.

Con lo anterior se refuerzan el surgimiento y la consolidación de otros patrones o umbrales de equilibrio decisional, a los que podemos llamar estándares previos, mínimos o medios, entre otros, más allá del estándar máximo o final en el que se soporta la sentencia, especialmente de condena penal. En esta dinámica, el profesor Ferrer (2007a) acoge la posibilidad de existencia de estos estándares diferentes al denominado BARD.

En el mismo sentido, al razonar sobre la relatividad de la exigencia de suficiencia probatoria para la toma de decisiones en el proceso judicial en su relación con los estándares de prueba, de Vecchi y Cumiz (2019) afirman que “los estándares posibles, por su parte, pueden diferir considerablemente de un contexto a otro” (p. 29).

Cabe precisar, entonces, sobre el estándar de prueba en correlación con la posibilidad de imposición de alguna de las medidas de aseguramiento previstas en el proceso penal, que es diáfana la necesidad de identificar los presupuestos con los cuales está obligado a interactuar el juez para individualizar el conocimiento disponible frente al nivel requerido para decidir, lo cual se suma a la exigencia de identificar la convicción razonable y a la obligación de la construcción argumentativa, que deberá ser suficiente o de menor entidad según se opte por la alternativa de imponer o no una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, ya sea en un centro carcelario o en el domicilio.

Estos presupuestos orbitan entre requisitos objetivos y subjetivos; tal es el caso de considerar para la decisión la gravedad del delito, la cual se identifica con aquellos asignados por competencia a los jueces penales del

13 Es visible en la Gaceta número 339 del 23 de febrero de 2003 sobre la exposición de motivos del CPP que no se aportan criterios sobre cómo operar o estructurar el término inferencia razonable, pues solamente se hace énfasis en que más allá de demostrar con evidencias tal inferencia razonable de autoría o participación, se requiere justificar la estricta necesidad de imponer la medida privativa de la libertad.

circuito especializado o aquellos investigables de oficio en los que la pena fijada por el legislador esté prevista en cuatro años o más, sin dejar de lado la cuantía fijada como límite frente a los delitos contra los derechos de autor, entre otras circunstancias objetivas, lo mismo que frente a las condiciones del imputado ante la prueba, a riesgo de una posible obstrucción a la justicia, la representación del imputado como fuente del peligro para la víctima y la sociedad, y su no comparecencia.

Por el lado del presupuesto subjetivo, con respecto al posible autor o partícipe, emerge el estándar configurado particularmente como umbral por el legislador colombiano, bajo la denominación de “inferencia razonable de autoría o participación”, al que en este estudio denominamos estándar probatorio mínimo o previo.

En la estructura de criterios que configuran este estándar mínimo de prueba hace presencia el razonamiento postvaloración probatoria, lo cual representa que, en primer lugar, se debió trasegar en el interregno de la valoración de los medios cognoscitivos propios de los actos de investigación y, luego, transitar al escenario reflexivo sobre el nivel de cumplimiento del grado de inferencia impuesto como imperativo de justicia en la dimensión de encaje, entre el sujeto individualizado como posible autor o partícipe del delito que se investiga en la imputación de cargos y lo razonable de estimar que la única alternativa fáctica es su consideración como autor o partícipe, dada la suficiencia probatoria.

Este razonamiento de empalme representa el aspecto central de creencia y aceptación de la presencia del resultado inferencial calificado como razonable por el mismo juez de control de garantías, en secuencia de lógica condicional, es decir, que se dé válidamente la relación del antecedente y el consecuente inductivos, en el trámite de probabilidad de autoría o participación razonables.

Además de estos presupuestos, en la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento,¹⁴ el juez de control de garantías, en relación con la restricción de este derecho a la libertad personal, por mandato constitucional y convencional, debe hacer juicios integradores y ponderativos de los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, con el despliegue interpretativo favorable de todas

14 Por demás, técnicamente mal denominada, pues debería llamarse “audiencia preliminar para la petición y la resolución sobre medida de aseguramiento”.

las fuentes del derecho de rango constitucional¹⁵ y con equilibrio humano y social.

Así, la argumentación sobre estos presupuestos objetivos y subjetivos, y sobre la técnica de ponderación constitucional y convencional, debe enarbolarse bajo el principio de afirmación de la libertad, los principios lógicos y el principio de razón suficiente, sobre todo con énfasis en la coherencia y la rigurosidad de análisis de todos los factores determinantes, cuando la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad se encamina hacia la consecuencia de la internación intramural en un centro carcelario, al estilo de un estándar mínimo o previo de inferencia razonable de autoría más fuerte.

Valga resaltar que el cumplimiento del estándar de inferencia razonable de autoría o participación es una cuestión circunstancial, en razón a que por el principio de progresividad de la acción procesal, y con ello, de la dinámica de prueba, tal inferencia razonable puede ser debilitada consecuentemente; por lo tanto, la argumentación revocatoria de la medida restrictiva de la libertad en sede de jurisdicción ordinaria o en cauce de acciones constitucionales, como la del *habeas corpus*, es perfectamente posible.

CONCLUSIONES

En la figura 5.3 se presentan las conclusiones del ciclo de presupuestos necesarios para la validez y la estabilidad jurídica de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En la figura anterior claramente se evidencia la necesidad de cumplir con los presupuestos formales de la imputación de cargos, para pasar al ciclo procesal de petición de medida de aseguramiento privativa de la libertad. Se puede observar, además, que dentro de la estructura de la medida de aseguramiento privativa de libertad se debe analizar objetivamente la prueba de posibilidad de obstrucción de la justicia, la peligrosidad para la víctima o la sociedad, y la no comparecencia; también se debe estudiar por tipicidad provisional que el hecho jurídicamente relevante ya imputado encaje en un delito con prisión de mínimo punible de cuatro años.

15 Artículo 230 de la Constitución Política y Sentencia C-284 de 2015 sobre textura abierta de las fuentes del derecho.

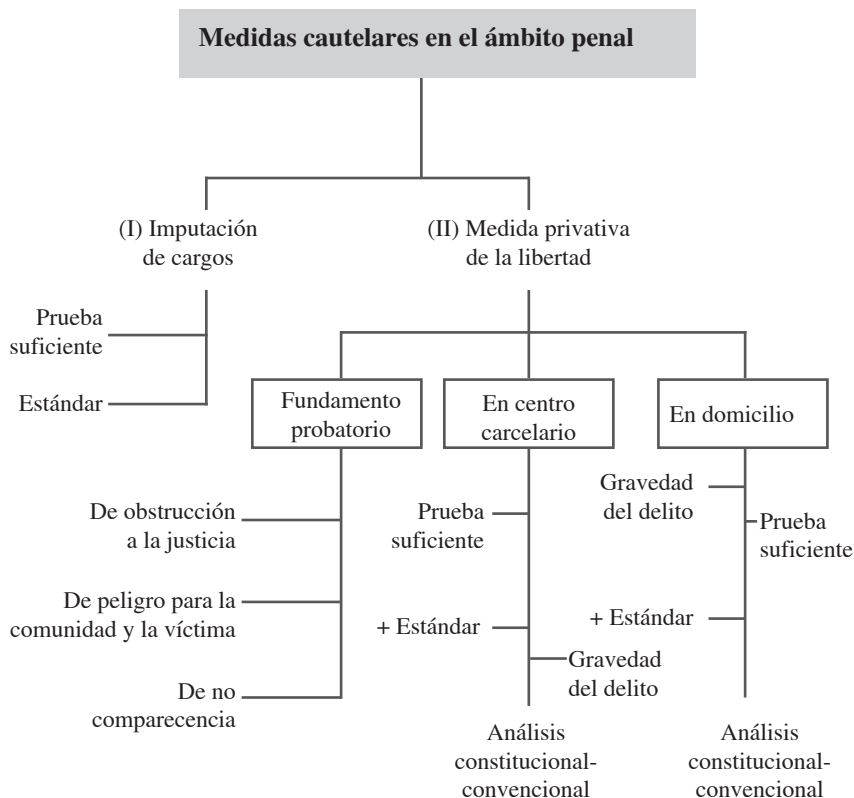
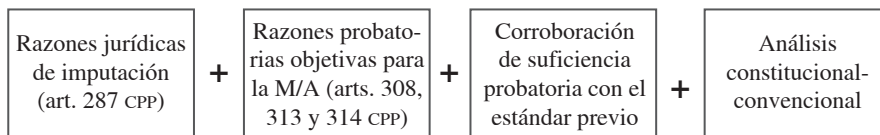


Figura 5.3 Ubicación de los presupuestos objetivos y subjetivos para la medida cautelar personal de privación de la libertad

Fuente: elaboración propia.

Además, en la secuencia lógica de lo anterior, es fundamental que se sustente con estructura de criterios el encaje del resultado probatorio en el estándar mínimo de prueba informado con dirección a la autoría y la participación razonable, el cual será más exigente cuando la restricción de la libertad sea en un centro carcelario, y que además se haga el análisis constitucional y convencional de la medida por particularidad de dignidad humana en el autor o partícipe del caso dado, tal como se muestra en la figura 5.4.

**Línea de secuencia procesal para imponer
la medida de aseguramiento privativa de la libertad**



**Si se cumplen estas exigencias procesales y probatorias,
la medida privativa de la libertad sería racional**

**Figura 5.4 Identificación de criterios a favor y en contra para
dimensionar lo razonable de la autoría o la participación frente a
la medida de aseguramiento privativa de la libertad y la estructura
del análisis constitucional para la alternativa de su imposición**

Fuente: elaboración propia.

Tal como se evidencia en la figura 5.4, el incumplimiento de cualquiera de los presupuestos objetivos y subjetivos dispuestos por ciclos indicaría que la vía constitucional adecuada y racional es la salvaguarda de la libertad, aun por encima de la pretensión de la fiscalía o de la víctima de su restricción. Se desprende igualmente de la figura que la decisión del juez de control de garantías, en función de optar por la restricción de la libertad del imputado, es un asunto complejo que exige la construcción de argumentos, el razonamiento lógico-jurídico y, sobre todo, la argumentación suficiente para lograr la adhesión funcional jurisdiccional, la legitimación social y, principalmente, la seguridad jurídica.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

Benavente, H. (2011). *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Bosch.

Bojczuk, W. (1993). *Evidence textbook*. 5.^a ed. HLT Publications.

Bustamante, M. y Toro, L. (2016). El estándar de prueba en el proceso penal. ¿El conocimiento más allá de toda duda razonable? Algunas generalidades desde la legislación y la jurisprudencia colombiana. *El derecho probatorio y la decisión judicial*. Sello Editorial Universidad de Medellín.

Bustamante, M. y Palomo, D. (2018). La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile. *Ius et Praxis*, 24(3), 651-692.

Camargo, P. (2012). *Manual de enjuiciamiento penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*. Leyer.

Congreso de la República de Colombia (23 de julio de 2003). Proyecto de ley estatutaria número 001 del 20 de julio, Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Gaceta del Congreso, Senado y Cámara*, XII(339). https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2003/gaceta_339.pdf.

Congreso de la República de Colombia (1 de septiembre de 2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial*, (45.658). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/based-oc/ley_0906_2004.html.

Cooper, S., Murphy, P. y Beaumont, J. (1994). *Case and materials on evidence*. Blackstone Press Limited.

Corte Constitucional de Colombia (25 de julio de 2001). Sentencia C-774/01. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (9 de octubre de 2013). Sentencia C-695/13. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-695-13.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (13 de mayo de 2015). Sentencia C-284/15. M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-284-15.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de junio de 2005). Sentencia, Serie C. N.º 129. F. J. 75. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.

Corte Suprema de Justicia (12 de octubre de 2016). Auto Interlocutorio AP7109- 2016. Rad. 46148. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO/FINES%20Y%20PRINCIPIOS/AP7109-2016\(46148\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/MEDIDAS%20DE%20ASEGURAMIENTO/FINES%20Y%20PRINCIPIOS/AP7109-2016(46148).doc).

Dennis, I. H. (2002). *The law of evidence*. 2.ª ed. Sweet & Maxwell.

Fernández, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel.

Ferrer, J. (2007a). Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (15). <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>.

Ferrer, J. (2007b). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Fierro, H. (2002). *Manual de derecho procesal penal acorde con el nuevo código de procedimiento penal*. 2.ª ed. Leyer.

Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.

Guerra, J. (2020). *Derecho probatorio. Desafíos y perspectivas. Estándares de prueba: Una mirada desde la probabilidad*. Universidad Externado de Colombia.

Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. En M. del C. Vásquez (Coord.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 65-98). Marcial Pons.

Jaramillo, J. (2023). *Estructura básica de la actuación penal*. Unaula.

Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 95-113. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.08>.

Londoño, C. (2019). *Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional*. Nueva Jurídica.

Murphy, P. (1992). *A practical approach to evidence*. 4.ª ed. Blackstone Press Limited.

Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). *Gaceta Oficial*, (9460). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Paúl, J. M. de (1999). Instrucciones al Jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica. *Manuales de Formación Continuada*, (1), 203-270. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1183619>.

Pava, M. (2009). *La defensa en el sistema acusatorio*. 1.^a ed. Ediciones Jurídicas.

Peláez, R. (2013). *Manual para el manejo de la prueba*. 3.^a ed. Doctrina y Ley.

Pezo, O., Mamani, S. y Alca, A. (2022). La formación académica de los jueces supremos del Perú en 2022. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 9(2), 223-238. DOI: 10.5354/0719-5885.2022.67769.

Prieto, L. (2007). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (pp. 130-131). Universidad Externado de Colombia.

República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>.

Schum, D. (2016). *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Orión Vargas.

Stein, F. (2008). *El conocimiento privado del juez*. 3.^a ed. Temis.

Taruffo, M. (2005a). *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*. Editorial Universidad de Medellín.

Taruffo, M. (2005b). Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 119.

Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Temis.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.

Toro, L., y Ocampo, L. (2021). Estándares de prueba: realidad o ficción en la obra de Michele Taruffo. En M. M. Bustamante, A. Henao y D. M. Ramírez (coords.), *Homenaje a Michele Taruffo, un jurista del futuro: el legado de Taruffo para Latinoamérica* (pp. 405-422). Editorial Institución Universitaria de Envigado, Red para el Estudio del Proceso y la Justicia.

Vecchi, D. de y Cumiz, J. (2019). *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Whitman, J. (2015). *Orígenes de la duda razonable. Raíces teológicas del proceso penal*. Universidad de Palermo.

RESEARCH ARTICLE

EL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
ESTUDIO A PARTIR DE LOS CRITERIOS JURÍDICOS
PARA IMPONER LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA
DE LIBERTAD EN COLOMBIA, CON ENFOQUE
EN EL PENSAMIENTO DE MICHELE TARUFFO

THE MINIMUM STANDARD OF PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS:
A STUDY OF LEGAL CRITERIA FOR IMPOSING PRE-TRIAL DETENTION
IN COLOMBIA, WITH A FOCUS ON TARUFFO'S THEORIES*

DO STANDARD MÍNIMO DE PROVA NO PROCESSO PENAL
UM ESTUDO A PARTIR DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA IMPOR A
MEDIDA DE PRISÃO PREVENTIVA NA COLÔMBIA, COM FOCO NO
PENSAMENTO DE MICHELE TARUFFO.

JUAN CAMILO YEPES YARCE**
LUIS ORLANDO TORO GARZÓN***

Received: September 26, 2023 – Accepted: January 22, 2024 –

Published: June 29, 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a6

* This study is part of the procedural component of the PhD program in Contemporary Procedural Law at the Universidad de Medellín in Colombia.

** Juan Camilo Yepes Yarce is a lawyer and certified specialist in Criminal Procedural Law and Family Law from the Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA). He holds

Resumen

Ingresar al universo jurídico de los estándares de prueba y admitir su incidencia no solo en la sentencia, sino también en momentos procesales previos o anticipados, es una obligación de quienes tienen el rol de tomar decisiones legislativas o jurisdiccionales, también es un deber ético y profesional de los abogados litigantes y doctrinantes e igualmente es tarea por pedagogía jurídica de los estudiosos del derecho y de aquellos que buscan profesionalizarse en altos estudios jurídicos. Así, con fundamento en una metodología cualitativa de orden tipológico teórico, exploratorio y descriptivo y con técnica de interpretación reflexiva, analítica y propositiva, se parte del objetivo de estudiar los criterios jurídicos para imponer la medida de aseguramiento privativa de libertad en Colombia, con enfoque en el pensamiento del jurista Michele Taruffo y sus aportes al campo del estándar de prueba, con significación particular sobre el estándar probatorio mínimo de inferencia razonable de autoría o participación. El estudio concluye sobre la importancia de considerar como necesarios e integrados los presupuestos objetivos y subjetivos de la formulación de la imputación de cargos y los requisitos para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad, con énfasis en la estructura de lo que ha de ser la frontera de la inferencia razonable y el análisis constitucional, los cuales son, en suma, recorridos conexos obligados y propios en función de la estabilidad jurídica de la decisión previa

a postgraduate diploma, a master's degree and is currently a PhD candidate in Contemporary Procedural Law at the Universidad de Medellín in Colombia. He works as a professor at UNAULA in Medellín, Colombia, and in other undergraduate and graduate programs at various universities. Additionally, he serves as a faculty advisor at UNAULA's Law School. He has delivered national and international lectures on procedural matters and is a former criminal judge with guarantee supervisory powers and a former criminal judge of the specialized circuit. E-mail: juan.yepesya@unaula.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2834-7190>. CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000128983

*** Luis Orlando Toro Garzón is a lawyer and certified specialist in Public Management and Mixed Criminal Law from the Universidad de Medellín in Colombia. He holds both a master's degree and a PhD in Contemporary Procedural Law from the same university. He is a professor and researcher, leader and member of the Procedural Law Research Group at the Universidad de Medellín. He has delivered national and international lectures on procedural matters and has authored and co-authored academic works that contribute to the field of judicial justice. E-mail: ltoro@udem.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4571-8991>. CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001635162

de medida cautelar personal consistente en detención preventiva, para ello, se propone criterios de comprensión y argumentación, destinados a los sectores académicos y jurídicos sobre la aplicación del estándar de inferencia razonable de autoría o participación.

Palabras clave: Estándar de prueba, medida cautelar privativa de libertad, inferencia razonable, convicción, autoría, participación.

Abstract

Navigating the legal universe of the standards of proof and acknowledging their impact not only in sentences but also in earlier or anticipated stages in the legal process is a responsibility of those who make legislative or jurisdictional decisions. It is also an ethical and professional duty for practicing and academic lawyers and a key aspect of legal education for legal scholars and those seeking advanced legal studies¹. This study uses a qualitative methodology that includes theoretical, exploratory, and descriptive analysis, along with reflective, analytical, and proactive interpretation techniques. Its aim is to examine the legal criteria for imposing pre-trial detention in Colombia, drawing on Michele Taruffo's theories and his contributions to the field of the standards of proof, specifically regarding the minimum evidentiary standard of reasonable inference of perpetration or participation. The study highlights the importance of considering objective and subjective assumptions for the indictment and the requirements for imposing pre-trial detention, with emphasis on the boundaries of reasonable inference and constitutional analysis. These mandatory and properly related paths are necessary for the legal stability of the preliminary decision for a pre-trial detention measure. Also, the study suggests criteria for understanding and argumentation aimed at the academic and legal sectors concerning the application of the standard of reasonable inference of perpetration or participation.

1 In their study of the need for master's and doctoral training for judges in Peru, Pezo et al. (2022) note that the jurisdictional function has evolved over time, and new legal paradigms have emerged. Consequently, the role of judges has also changed, as they can no longer limit their knowledge to the mechanical application of the law.

Keywords: Standard of proof, pre-trial detention, reasonable inference, conviction, perpetration, participation.

Resumo

Entrar no universo jurídico dos padrões de prova e reconhecer sua incidência não apenas na sentença, mas também em momentos processuais anteriores ou antecipados, é uma obrigação daqueles que têm o papel de tomar decisões legislativas ou jurisdicionais. Também é um dever ético e profissional dos advogados litigantes e doutrinadores, e igualmente é uma tarefa de pedagogia jurídica dos estudiosos do direito e daqueles que buscam se profissionalizar em estudos jurídicos avançados. Assim, com base em uma metodologia qualitativa de ordem tipológica teórica, exploratória e descritiva e com técnica de interpretação reflexiva, analítica e propositiva, parte-se do objetivo de estudar os critérios jurídicos para impor a medida de assecuramento privativa de liberdade na Colômbia, com foco no pensamento do jurista Michele Taruffo e suas contribuições para o campo do padrão de prova, com especial atenção para o padrão probatório mínimo de inferência razoável de autoria ou participação. O estudo conclui sobre a importância de considerar como necessários e integrados os pressupostos objetivos e subjetivos da formulação da imputação de acusações e os requisitos para impor a medida de assecuramento privativa de liberdade, com ênfase na estrutura do que deve ser a fronteira da inferência razoável e na análise constitucional, os quais são, em suma, percursos conexos obrigatórios e próprios em função da estabilidade jurídica da decisão prévia de medida cautelar pessoal consistente em detenção preventiva. Para isso, são propostos critérios de compreensão e argumentação, destinados aos setores acadêmicos e jurídicos sobre a aplicação do padrão de inferência razoável de autoria ou participação.

Palavras-chave: Padrão de prova, medida cautelar privativa de liberdade, inferência razoável, convicção, autoria, participação.

INTRODUCTION

In the Western world, particularly in the legal field, various topics have been extensively analyzed in studies conducted by renowned scholars and theorists in legal philosophy, especially in substantive and procedural criminal law. These studies encompass different approaches and draw on a range of epistemological resources depending on the evolving boundaries of law. Some focus on debates around evidence as a multifaceted phenomenon, both substantial and procedural in nature, while others examine evidence as a hybrid legal–linguistic sign that provides knowledge of the process. Research in these cognitive dimensions has also explored the rational assessment and justification of evidence, the pursuit of factual truth—as the core of the concept of justice—as well as issues such as what constitutes a fair decision, the relevance of legal argumentation theory, and the standards of proof. This last topic, with a fundamental hermeneutic shift, is the focus of this study.

The standard of proof is closely linked to the evaluation of evidence, although not integrated with it. Its significance as a benchmark becomes evident when considering the degree of knowledge gained in a specific case and contrasts with the level of understanding required by legal or constitutional mandates as a criterion of qualitative justice. Consequently, this standard often emerges in legal contexts as a statutory threshold, allowing (although not in every instance) a transition to take place from persistent uncertainty to a final decision. When determining whether something is proven or not proven (Ferrer, 2007b), the standard of proof must meet or surpass predefined benchmarks. This typically occurs at the sentencing phase or at earlier decision points with varying procedural impact, where individual and fundamental rights are often on the line.

In criminal law, the standard of proof, despite raising considerable concerns due to its relationship with subjective and objective decision-making, has been little explored in doctrinal and jurisprudential contexts, particularly in terms of its criteria and coverage in all procedural acts, whether investigative or trial-related. This has led to static understandings and a shallow legal framework, as internal environments and structural elements within each standard have not been pre-established, making it difficult for legal actors to self-regulate and predict successful or favorable outcomes during functional, constitutional, or conventional control phases (Nieva, 2010).

Given the lack of criteria in this metric, the available literature—local and comparative—although produced with seriousness and dedication by authors such as Laudan, Ferrer, and Taruffo, has been insufficient to definitively establish standardized guidelines for managing required knowledge without excesses or unlimited discretion. Taruffo, for instance, has conducted investigations into the understanding, conceptualization, and methodological practice of the standard of proof, known globally as *beyond all reasonable doubt* (BARD) (Toro, 2021). Building on his contributions, it is possible to conduct studies like this one, which address the standard of proof applied to pre-trial detention in criminal law, particularly decisions made before sentencing but with an immeasurable impact on the rights of the accused, specifically their right to liberty. This author, in fact, was the primary inspiration for this paper, as he is a visionary of the legal process and guarantees that should drive the practical application and evaluation of evidence.

This study, thus, focuses on the standard of proof in direct relation to the judicial conviction required to impose pre-trial detention measures in criminal proceedings in Colombia. It aims to explore questions and propose criteria beyond the concept of the standard of proof, that is, to establish paradigms that can help identify and balance criteria to enhance objectivity. Importantly, from Taruffo's perspective on the legal process, the epistemological concept of truth-seeking is relatively subjective, as its outcome is largely dependent on the available evidence supporting each side's often conflicting claims (Taruffo, 2006). This calls for a scenario of technical interaction with the information resulting from evaluating the evidence collected during the investigative phase, as well as with the legal premise established as a standard during this phase of the process, based on the principle of progressivity and legally defined as reasonable inference of perpetration and participation, as outlined in Article 308 of Law 906 of 2004. This law pertains to the responsibilities of the judge with guarantee supervisory powers and the reasoning needed to restrict liberty.

Given this approach, which reveals the degree to which something can be factually proven, and the associated evidentiary standard—both of which are necessary for determining the degree of conviction, persuasion, or certainty—the judge with guarantee supervisory powers faces the imperative of deciding whether or not to impose pre-trial detention. This decision is especially challenging when it involves imprisonment, as the impact

is significantly different from that of house arrest. Additionally, the judge must navigate significant constitutional, conventional, and legal challenges to uphold the principle of affirming the right to liberty (Ferrer, 2007a)².

GENERAL ASPECTS OF THE STANDARD OF PROOF

Conceptualization

From the beginning of human history, people have had a fundamental need to believe in or cling to something or someone to feel secure and satisfied in their convictions. This need for proof is a fundamental aspect of human nature, and it reaches its fullest expression when interacting with others, forming the basis of social groups. Under this premise, evidence becomes a crucial institution that supports all areas of human social life (Peláez, 2013). For instance, after school, children often rush home to share a song or something they learned from their teacher, offering proof of their education and effort. Similarly, specific knowledge is assessed through written exams, or an identity document is presented to verify who we claim to be. These examples illustrate that the need for evidence and its validation is intrinsic to every social individual.

For this reason, it is important for humanity to conduct its social activities according to unified standards that various social groups can adopt in different contexts. This ensures that managing factual and legal matters based on individuals' behavior promotes coexistence rather than rebellion, as seen in past social revolutions. Categories such as hot and cold, positive and negative, high and low, sweet and bitter, affectionate and violent, proven and unproven reflect individuals' judgments with varying degrees of objectivity, which result from reasoning and the integration of decision-making models. In social, cultural, religious, philosophical, and legal domains, as well as other areas related to human experience, everything can vary from one person to another due to different causal factors. For example, what one

2 Regarding this topic, Ferrer Beltrán (2007a) points out that the dynamics of criminal proceedings seem to require different standards of proof for different types of decisions. He suggests that it is important to distinguish between the standards of proof needed for various decisions throughout the criminal process and those required for the final decision regarding the proven facts in the sentence. To illustrate his position, he references several judicial actions from the current Spanish Criminal Procedure Law.

person considers loud might be quiet or tolerable to another. This underscores the need to reach as much consensus as possible, especially in the administration of justice, where perceptual errors caused by natural irrationality can lead to irreparable harm.

Standards or patterns arise from what is inductively perceived or experienced through receptor cells, that is, from stimuli received through the senses or from repeated consequences of the same cause occurring at a given frequency (Stein, 2008). Thus, partial phenomena or events, such as *a* and *b*, contribute to the development of general probability structures or rules, which are strengthened when other harmonious events such as *c*, *d*, *e*, and *f* are added. This cycle of reinforcing probability through increased sampling makes it more likely to achieve optimal or appropriate outcomes. The process is further strengthened if we effectively use techniques for combining or integrating experience, skill, and available knowledge resources. From this foundation, culturally and legally appropriate and legitimate decisions can be made. In light of this, it is clear that standards serve as interpretive and argumentative tools for making sound decisions.

According to Guerra Bonet (2020), measurement allows certain standards to be determined quantitatively. This approach, however, should also incorporate qualitative aspects through logical reasoning, adhering to the structure of antecedents and consequences in inductive, deductive, or abductive inferential sequences. For instance, one can say that something is sweet if it contains a certain concentration of sugar per cubic centimeter, or that someone has a fever if their body temperature exceeds 100°F, and if it surpasses 107.6°F, brain damage may occur. All of these examples demonstrate that standards provide limits or parameters for doing things right or making decisions about ongoing or completed activities, which require resolute conclusions at specific times and are often subject to the risk of errors or lack of social support.

Given these considerations, there is a common need to standardize decision-making models with a focus on balancing objectivity and subjectivity in a human-centric, rights-based manner, covering all aspects of human activity. In the case of the human and social sciences, law is no exception to the principles of humanism and the rights-based approach. It incorporates legal categories that are both descriptive and prescriptive in an abstract form, which demands a judicial governance that creates and customizes rules but that is moderated by democratic criteria.

Clearly, legislative specificity and precision models in the legal domain, designed to resolve factual situations presented as *litis*, serve as mechanisms to aid in decision-making. These mechanisms also help determine, with nuanced reasoning, whether there is malice or negligence, the severity of any harm (whether serious, minor, or negligible), whether a person is guilty or innocent, and whether actions are conscious or involuntary. The goal is to confirm the occurrence of an event and determine the strength of the causal evidence and responsibility to apply the most suitable legal consequence. In this context, evidence law is indeed closely associated with standards. These standards aim to categorize external events within a normative factual scenario, provided the requirements for conviction set by the legislator are met.

The level of conviction imposed by law, thus, aligns with the concept of standards of proof, which exist outside the realm of evidence assessment yet are directly linked to its informative outcome. Standards are typically based on aspects of probability, specifically logical and linguistic probability, which involves organizing antecedents based on observable objects and constructing formulas representing causality and effect. These probability criteria, although aligned with Aristotelian logic and dynamic jurisprudential development, are integrated into contemporary legal systems that are constitutionalized, conventionalized, and universalized, aiming to achieve a consensual increase in global legal protection. To achieve this, humanizing principles such as due process, the presumption of innocence, and *in dubio pro reo* are activated relying on proportionality or reasonableness, alongside other guarantees that limit free interpretation and expansive application of the law in fields like criminal law (Schum, 2016).

Considering the different paradigms that emerge from these principles and their relationship with the standard of proof, it is important to clarify the definition of *standard*. It can be defined as the level or threshold that must be reached to achieve a reasonable level of confirmation of a hypothesis (Bustamante & Toro, 2016). This requires comprehensive criteria and evaluative reflections by judges and other decision-makers beyond the specific evidence at hand. From this perspective, a hypothesis may be deemed proven or not proven based on the level of probability that gains support, firstly at the legislative level and then at higher or social levels. As stated by De Vecchi and Cumiz (2019), the sufficiency of evidence for the acceptance

of a factual statement as proven is always linked to the fulfillment of a specific standard of proof.

In addition to what has been stated so far, several authors have attempted to define the conceptual boundaries of the standard of proof, and others, with valid reasons, even deny its existence (Laudan, 2005). However, the clearest and most comprehensive interpretation is provided by Taruffo (2005a), for whom a criminal judge should convict the defendant only when there is at least some degree of certainty of guilt. Conversely, the defendant should be acquitted whenever there is reasonable doubt about their potential innocence, even if evidence is presented against them.

The process of identifying, understanding, and navigating the conceptual framework of the standard of proof requires evaluating evidence and pinpointing specific information. This leads to a level of knowledge that can be high, medium, or low depending on the evidence presented and ultimately results in a degree of conviction or acceptance of what is considered possible. This level of knowledge and conviction is then applied within the rational scope of the standard of proof. Nonetheless, the interactive context with the standard does not justify revisiting the evaluation process. Hence, the process involves, on the one hand, assessing the evidence using principles of sound judgment and, on the other hand, comparing the outcome with the required standard of proof.

Classification

In both criminal and civil proceedings, different levels of judicial knowledge are required to issue a sentence. According to Fernández (2005), a criminal conviction requires proof *beyond a reasonable doubt*, though there is no clear definition of its scope. The only consensus is that *beyond a reasonable doubt* does not equate to “beyond any shadow of a doubt.” In contrast, civil proceedings demand a significantly lower standard of proof, as it suffices for the claim to be established through preponderance of evidence³ (Fernández, 2005).

3 For more information on evidence, refer to the following sources: Dennis, I. H. (2020). *The Law of Evidence*. 2nd ed., Sweet & Maxwell, pp. 392 onward; Bojczuk, W. (1993). *Evidence textbook*. 5th ed., HLT Publications, pp. 72

Concerning the criminal standard—beyond that of *beyond a reasonable doubt*—when delivering a verdict, modern law is gradually accepting lower standards of proof for other punitive decisions. These lower standards can serve as a foundation for reinforcing the conviction standard. Examples include the base standards for imposing pre-trial detention and formulating charges and accusations, among other decisions that may be made individually (Camargo, 2012). In this regard, standards that are considered moderate or minimum are also recognized, which differ from the maximum standard required for a guilty verdict. This approach ensures thoughtful and reasoned justice through optimized decision-making patterns and control against arbitrary discretion.

These emerging standards can be identified through terms such as *reasonable grounds*, *reasonable inference of perpetration and participation*, and *probability of the existence of the crime and perpetration* (Londoño, 2019). Other standards may also gradually emerge or be specified under different contexts during investigative and trial activities. This classification, which is outlined in the local Criminal Procedure Code (CPC) or in some international codes, is based on an increasing degree of knowledge necessary to decide on investigative actions, charges, or accusations.

Structure of the standard

In general, a standard of proof requires, beyond the conceptual level, structural elements and interpretative and application tools. These must be cognitive, reflective, and ethical in nature and may be grounded more in cultural, religious, human, and social concepts than in normative ones. Applying this structural approach and its ethical foundation to the criminal field highlights the importance of minimizing the risk of convicting an innocent person or making irrational decisions that infringe on the rights of individuals facing criminal accusations (Whitman, 2015). While the guilty is

onward; Cooper, S., Murphy, P., & Beaumont, J. (1994). *Case and materials on evidence*. 2nd ed., Blackstone Press Limited, pp. 58 onward; and Murphy, P. (1992). *A practical approach to evidence*. 4th ed., Blackstone Press Limited, pp. 104 onward. In Spain, civil courts do not explicitly specify the degree of proof required in this context. However, they implicitly acknowledge a lower standard of proof than in criminal proceedings (De Paul Velasco, 1999).

indeed guilty, the concern is how much guilt can be inferred when there is no way to conclusively prove, through the evidence presented, what happened with no margins of error.

This reopens the discussion on the technical preference that should guide investigation and judgment in each case: whether decision-makers should focus solely on the objectives of procedural law or the aims of the process⁴, or whether they should democratically prioritize the goals of evidence to determine the truth by probability. This consideration aligns with contemporary constitutionalism, which emphasizes systematization and values as protective aspirations aimed at reducing the risk of convicting the innocent and ensuring fair decisions, rather than adhering to strict legal standards based on prescriptive or static law. For these reasons, the standard for criminal matters is essential throughout the entire process and should be more stringent than that applied in civil matters, which rely on the preponderance of evidence (Fernández, 2005).

Effects of the absence of a unified standard of proof

In the absence of an established standard of proof grounded in justice, the likelihood of relying on strictly personal judgments and interpretations of evidence increases. This can result in decisions being influenced by chance in both factual and legal resolutions. What is deemed acceptable or unacceptable in a context lacking unified criteria can vary according to the interests of the parties and the cultural background of the society. Consequently, what seems plausible may be mistaken for what is proven true.

We believe that this scenario does not contribute to rational decision-making at the desired optimal levels. The absence of standards, as well as the lack of methodological development and operational expertise, can lead to a regression in justice. This signifies a shift back in time toward conditions that undermine constitutional principles and compromise previous advancements in the field. It takes us back to a form of justice reminiscent of the dark ages of civilization and law.

Standards, whether normative or not, are essential for providing decision-makers with objective and reliable tools, particularly when faced with

4 In the context of this study, the goals of procedural law focus on resolving conflict through formal justice, while the aims of the process center on uncovering the truth.

complexity and doubt. Whether something is true or what occurred, whether a judge makes autonomous decisions or follows objective rules, how to understand and manage the existence of truth and probability, how rationality prevails when choosing among different alternatives, and what is indeed rational are central questions to the judicial process and demand a definitive answer. This answer, nonetheless, cannot be just any answer at any time; it must satisfy the need for timeliness and fairness in decision-making.

Precisely, the aim of rational decision-making aligns with the need for unifying standards. This is achieved, however, through interpretative and adaptive criteria tailored to each individual case; otherwise, we risk reverting to excessive formalism.

In each instance of legally relevant events, evidentiary information can satisfy the desire for knowledge to a certain extent, which in turn allows for the construction of numerous hypotheses. However, the challenge lies in resolving discussions or conflicts of interest using stable arguments that can be upheld in higher functional control cycles. Figure 1 illustrates the impact of knowledge percentages.

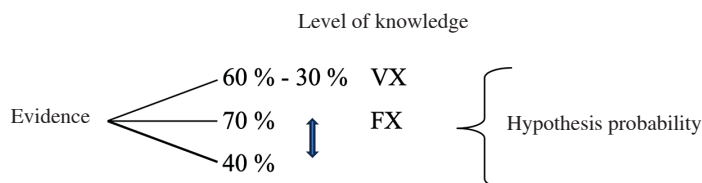


Figure 1. Representation of evidence with knowledge percentages and its implications for hypotheses (VX indicates weak inference, while FX indicates strong inference).

Source: Reference images taken from a lecture by Michele Taruffo in the master's program in Contemporary Procedural Law at Universidad de Medellín, Cohort 19, April 15–17, 2015.

Unquestionably, judges must make decisions even in the presence of doubt, which depends on the strength of the indicative facts and the inferential results identified as either logically strong or weak. As a consequence, possible inferences may vary in cognitive strength, and judges must choose the most reasonable (rationally credible or justifiable), consistent, and

coherent inference to resolve the legal conflict at hand. This aligns with Haack's (2013) concept of epistemological probabilities.

In this context, the most reasonable resolution must be based on implications of probability, certainty, human judgment, and legal stability. Therefore, any decision accompanied by a low probability of occurrence of legally relevant facts and lacking support from the corresponding standard of proof may be deemed irrational.

In the analysis and decision-making process, judges must choose the hypothesis most strongly supported by evidence while also finely integrating it with the standard of each specific context. This requires operating within the brightest circle of light in relation to the truth (Figure 2).

TARUFFO'S⁵ APPROACH TO THE STANDARD OF PROOF

According to Taruffo (2008), the standard of proof is a key procedural institution that plays a crucial role in the legal process, particularly in the decision-making stage. He sees the standard as a threshold designed to increase objectivity as a result of legislative evolution influenced by constitutionalization and the development of procedural and jurisprudential doctrine. Judges must navigate this standard to reach a decision when they have already qualitatively assessed information following contemporary assessment systems, which differ from the rules for assessing evidence or reasonable conviction.

Although the author primarily focuses on civil proceedings and consequently discusses the burden of proof known as *more probable than not*

5 Michele Taruffo (1943–2020) was a jurist and epistemologist born in Vigevano, Pavia, in the Lombardy region of Italy. He dedicated his life to studying comparative procedural law and civil procedural law. He worked as a professor and researcher at the Università degli Studi di Pavia for many years. Taruffo was also a visiting professor at various universities across Europe, the United States, and Latin America, including the Pontificia Universidad Católica de Chile, the Universidad Nacional Autónoma de México, and the Universidad de Medellín. His extensive scientific contributions made him a leading authority in procedural science, offering a modern perspective within the classical tradition of Italian proceduralists like Francesco Carnelutti and Piero Calamandrei. These figures have been highly influential in Spain and Latin America, where their works are highly regarded by academics and legal professionals, particularly judges. Taruffo also served as an honorary professor in a PhD program at the Universidad de Medellín. Any procedural law expert should consider his studies as essential references in the context of contemporary procedural law. Some of his works have been translated into Spanish, English, and Portuguese, such as *La prova dei fatti giuridici*, *La semplice verità*, and *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*.

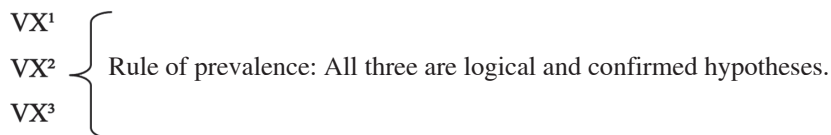


**Figure 2. Alternative hypotheses for judicial decisions
(VX indicates possible inference).**

Source: Reference images taken from a lecture by
Michele Taruffo in the master's program in Contemporary Procedural
Law at Universidad de Medellín, Cohort 19, April 15–17, 2015.

or *preponderance of evidence* (Taruffo, 2005b), which he views as essential in analyzing the truth in legal proceedings, he also acknowledges that this standard originates from criminal proceedings. In the criminal context, it is known as the BARD standard, which, for him, requires a higher level of probability for rational decision-making. This is in contrast to the less stringent standard in civil proceedings, likely due to the difference in procedural systems on each side.

Taruffo thoughtfully notes that legislators strive to equip judges with concrete, albeit general, criteria for evaluating and making procedural decisions. He bases this assertion on the various factual aspects that influence litigation or disputes between parties.

Regarding the institutional and legal provisions of the BARD standard, the author does not delve into subclassifications or the existence of minimum, moderate, or other levels of standards, such as weak or strong. Nevertheless, his recognition and debate of maximum or stricter standards, especially in comparison to positions like Larry Laudan's, does not preclude the acceptance of other standards inherent to criminal proceedings, which are already regulated in the Colombian criminal procedural legislation (Taruffo, 2005b).

CONSTITUTIONAL CRITERIA FOR IMPOSING PRE-TRIAL DETENTION BASED ON THE STANDARDS OF PROOF

Pre-trial detention does not represent the precautionary application of an abstract transfer (with no legal personality) from the current accusatory criminal procedural system to the constitutional system. Rather, the identity and protection of liberty are intrinsically matters of universal human rights and a fundamental right subject to enhanced constitutional protection. Therefore, the main source of control originates in and is continuously optimized based on the constitutional principles of humanization.

In this regard, the Inter-American Court of Human Rights⁶, the Constitutional Court of Colombia⁷, and the Supreme Court of Justice of Colombia⁸ all emphatically agree that preventive detention should not be treated as anticipated punishment but as a non-punitive precautionary measure. Given the fundamental nature of the right to liberty, any precautionary measure (including those that restrict or deprive liberty) must be approached with care during the procedural resolution of the request for the measure. It should not be considered an early imposition of a sentence (Jaramillo, 2023), as the purposes of sentencing differ significantly from those of pre-trial detention measures. These latter are part of the range of precautionary actions designed to protect the effectiveness of the judicial process (Benavente, 2011).

Importantly, a detention measure requires material or physical evidence from which the existence of the act and the alleged responsibility of the defendant or accused can logically be inferred (Law 906 of 2004, Article 308). Additionally, a strict constitutional balancing test must be carried out concerning the right in question. In contrast, a conviction requires evidence with a much higher level of probability of criminal responsibility (Law 906 of 2004, Article 372).

6 Inter-American Court of Human Rights. Case of Acosta Calderón. Judgment of June 24, 2005. Series C, No. 129, Legal basis 75.

7 Constitutional Court of Colombia, Judgment C-695 of 2013. Justice in charge: Nilson Pinilla Pinilla.

8 Supreme Court of Justice of Colombia. Interlocutory order AP7109-2016. Case No. 46148, dated October 12, 2016. Justice in charge: Patricia Salazar Cuéllar.

Opting for a conviction entails undertaking the commitment of a probability judgment with high evidentiary requirements and balancing it against a higher standard, namely, *beyond all reasonable doubt* (Law 906 of 2004, Article 381). The presumption of innocence is considered a rule of judgment (Fernández, 2005; Sanchis, 2007). This highlights the high evidentiary standard to shift the balance towards responsibility, despite the reinforced protection of the attribute of innocence and favorable doubt in the constitutional spectrum.

Regarding preventive measures, Méndez (2002) explains that judicial officers must justify and evaluate each case individually, considering all aspects of the accused's involvement in the process to determine whether, for example, the accused will appear at trial. He also analyzes Articles 308 to 312 of the Colombian CPC, which have constitutional standing, regarding the imposition of detention measures based on necessity, appropriateness, proportionality, and reasonableness.

For consistency with constitutional principles, pre-trial detention should not serve punitive purposes; instead, it should have procedural goals. This measure ensures the preservation of important evidence for uncovering the truth and securing the accused's appearance in court while also protecting the victim (goals that sometimes overlap). It should not be applied as punishment. In criminal proceedings and their interpretive methods, the general rule prioritizes the right to liberty and limits its restriction only to extraordinary circumstances due to supranational mandate, in accordance with the principle of minimal criminal law. Therefore, there must be a synergy between the evaluated data, which inform a subject's objective factual relationship with specific normative circumstances justifying a detention measure, and their level of interaction with the standard of reasonable inference as a subjective point of fairness in decision-making.

Pava (2009) notes that, in criminal proceedings, some jurisdictional acts may designate criminal responsibility or even impose precautionary measures on assets as a result of investigative actions, which can lead to the restriction of some fundamental rights and impair the presumption of innocence. Their purpose is to collect material evidence with evidentiary value. Additionally, there are verification acts also subject to the justice obligations required of a judge. Their impact on the presumption of innocence may be potential, seeking to determine whether the presumption should be reaffirmed or provisionally affected based on cognitive means supporting

the evidentiary standard of founded reasons or reasonable inference of perpetration or participation (Pava, 2009).

Reasoning about the imposition of pre-trial detention is a matter of great judicial importance. Focusing solely on the gravity of the offense, the accused's dangerousness, and prevention is not enough. The evidentiary findings supporting a detention measure must meet other crucial standards of evaluation and conviction. This begins with a protective presumption against imposing the measure, with strict adherence to constitutional reasonableness and proportionality, while considering the broad scope of constitutional principles. As Foucault (1996) rightly points out, it "is not a question of content, but rather a form of knowledge which is at the intersection of a type of power and a certain number of contents of knowledge"⁹ (p. 341).

In its landmark Judgment C-774 of 2001, the Constitutional Court of Colombia elevated the right to liberty to a protected status within the block of constitutionality¹⁰, with a broad spectrum between legality and constitutionality. The Court presented a detention measure as a delicate issue, considering the bounds of the presumption of innocence. It recognized that the right to personal liberty, although acknowledged as a fundamental and structural element of the rule of law, is not absolute or unlimited within the legal system (Constitutional Court of Colombia, 2001). Despite this, the court reaffirmed the importance of reasonableness and proportionality to avoid general and arbitrary stances when imposing pre-trial detention.

9 "The inquiry is precisely a political form, a form of management and exercising power which—through the judicial institution—has become a way in Western culture of authenticating truth, acquiring things which will be true, and transmitting those things. The inquiry is a form of power-knowledge. It is the analysis of these forms which must lead us to the strictest analysis of the relationships between the conflicts of knowledge and their politico-economic determination" (Foucault, 1996, p. 341).

10 The International Covenant on Civil and Political Rights establishes that the preventive detention of individuals awaiting trial shall not be the general rule but rather an exception. Moreover, their release may be conditional on legal procedures designed to ensure the accused's appearance at trial, among other considerations (International Covenant on Civil and Political Rights, December 16, 1966, Art. 9). Similarly, the American Convention on Human Rights supports this approach, stating in Article 7(5) that "any person detained shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to be released without prejudice to the continuation of the proceedings. His release may be subject to guarantees to assure his appearance for trial" (American Convention on Human Rights, November 22, 1969, Art. 7).

The reason for the foregoing is that the principle of the presumption of innocence is established as a right in the Colombian Constitution. This fundamental right cannot be overlooked; it states that every person is presumed innocent until proven guilty in a court of law, as specified in Article 29 of the Constitution and Article 7 of the CPC. Thus, it serves as a rule of judgment in criminal matters, as noted by Fernández (2005). According to this author, the presumption of innocence also acts as a decision-making tool in situations where the judge has not attained enough certainty to issue a verdict, either for acquittal or conviction—that is, in cases involving irresolvable doubt. In this sense, the presumption of innocence constitutes the legal rule to avoid *non liquet* (Fernández, 2005).

To supplement this, Bustamante and Palomo (2018) adopt the idea that the presumption of innocence as a rule of judgment¹¹ is linked to the interpretation of the *evidentiary presumption of innocence*. This raises the question of whether the presumption of innocence is part of the application of the evidentiary rule¹² or if it comes into play at a later stage. It is possible to argue that while both scenarios significantly impact the evidentiary aspect of the decision-making process, their underlying principles and timing of application differ.

On the one hand, the presumption of innocence as an evidentiary rule requires the existence of evidence with all necessary safeguards so that its absence compels the jurisdictional body to issue an acquittal. On the other hand, although the outcome is the same (declaration of innocence of the accused), its function as a rule of judgment plays a crucial role at a later stage. Specifically, this occurs when the evaluation of evidence conducted with all necessary safeguards (overcoming the presumption of innocence as an evidentiary rule) yields an inconclusive result, preventing the judicial body from ruling according to it. In such cases, doubts arising from insufficient evidence must be resolved in favor of the accused through the application of the presumption of innocence.

11 In this study, the rule of judgment refers to the standards for evaluating the facts of a case, whether at an intermediate or final stage, from the perspective of knowledge and conviction. This approach limits the judge's unjustified discretion.

12 The evidentiary rule is understood as the legal guideline to be followed in the collection and evaluation of evidence based on its type and overall impact.

THE MINIMUM STANDARD OF PROOF FOR REASONABLE INFERENCE OF PERPETRATION OR PARTICIPATION AND PRE-TRIAL DETENTION

From a historical and evolutionary hermeneutic perspective, Law 906 of 2004 (Criminal Procedure Code) in Colombia serves as the legislative framework that establishes the standard of proof for investigative acts, trials, judicial decisions, and proceedings free from the excessive formalism typical of traditional legal systems. This shift is particularly important when decisions carry the risk of infringing on rights and legal guarantees due to cognitive uncertainty and irrational subjectivism, especially in cases involving the fundamental right to liberty.

The right to liberty, due to its significance in the context of human dignity, holds the status of a fundamental right with reinforced protection. This protection is not only guaranteed through constitutional law but also through international and global human rights laws. In this context of liberty, pre-trial detention measures are legal institutions in the criminal justice system that should be used only in exceptional cases. This is based on the primacy of the principle of the presumption of liberty, implying that a competent judge should always prioritize considering liberty as the foremost factor in interpretation and judgment, with fundamental support as if the judge were strictly constitutional; hence, the importance and necessary implementation of the standard of reasonable inference of perpetration or participation, as outlined in the Colombian CPC (Law 906 of 2004, art. 308)¹³. This standard emphasizes the importance of ensuring judicial security rather than controlling decisions that precede or occur during earlier trial phases.

This approach reinforces the emergence and consolidation of other decision-making patterns or thresholds, which we may refer to as preliminary, minimum, or moderate standards, beyond the maximum or final standard that supports judgments, particularly in criminal convictions. In this regard, Ferrer (2007a) advocates for the potential existence of these standards, which differ from the well-known BARD standard. Similarly, when

13 The Gaceta No. 339 dated February 23, 2003, concerning the rationale of the CPC, does not provide clear guidance on how to apply or structure the concept of reasonable inference. Instead, it emphasizes that, beyond demonstrating a reasonable inference of perpetration or participation with evidence, it is crucial to justify the strict necessity of imposing a detention measure.

discussing the relative nature of the sufficiency of evidence for decision-making in judicial proceedings in relation to the standards of proof, De Vecchi and Cumiz (2019) state that possible standards may vary significantly from one context to another.

When considering the standard of proof related to the possibility of imposing any of the preventive measures provided for in the criminal process, it is clear that judges must identify the assumptions they need to use to assess the available information against the required standard for making a decision. This, in turn, involves the need to establish reasonable conviction and construct a sufficient argument, which may vary depending on whether a detention measure, such as imprisonment or home arrest, is imposed.

Such assumptions revolve around both objective and subjective considerations. On the objective side, for instance, the decision must take into account the severity of the crime, including those assigned to specialized circuit criminal judges or cases investigated *ex officio* where the penalty set by the legislator is four years or more. This also includes considering the thresholds for crimes against copyright, as well as the accused's conditions, such as the risk of obstructing justice, the accused's potential danger to the victim and society, and the risk of non-appearance. On the subjective side, regarding the potential perpetrator or participant, the standard specifically set as a threshold by the Colombian legislator is termed *reasonable inference of perpetration or participation*, which, in this study, is referred to as the *minimum or preliminary standard of proof*.

The minimum standard of proof encompasses criteria such as post-evaluation reasoning, which first involves evaluating the cognitive means of the investigation process and then transitioning to considering whether the level of inference satisfies the demands of justice. This assessment is based on the alignment between the individual identified as a potential perpetrator or participant in the crime under investigation and the reasonableness of treating them as such, given the sufficiency of the evidence. This reasoning forms the core aspect of belief and acceptance of the inferential outcome deemed reasonable by the judge with guarantee supervisory powers. It follows a sequence of conditional logic, meaning that there must be a valid relationship between the inductive antecedent and result in the procedure of determining the probability of reasonable perpetration or participation.

In addition to these assumptions, during the preliminary hearing on the imposition of detention measures¹⁴, the judge with guarantee supervisory powers must weigh and balance the principles of necessity, appropriateness, proportionality, and reasonableness of the measure taking into account all constitutional and conventional mandates. This involves a favorable interpretation of all sources of constitutional law¹⁵ and achieving a balance between human and social considerations.

Thus, arguments concerning these objective and subjective assumptions, as well as the technique of weighing constitutional and conventional mandates, must adhere to the principles of affirming liberty, logic, and sufficient reason. This should emphasize greater consistency and rigor in analyzing all determining factors, particularly when a detention measure leads to incarceration, as in the case of a stronger minimum or preliminary standard of reasonable inference of perpetration.

Importantly, compliance with the standard of reasonable inference of perpetration or participation is circumstantial. Due to the principle of procedural progressiveness and the dynamics of evidence, this reasonable inference may weaken over time. Consequently, revoking a pre-trial detention measure in ordinary jurisdiction or through constitutional actions such as habeas corpus is entirely feasible.

CONCLUSIONS

Figure 3 presents the conclusions of the cycle of assumptions necessary for the legal validity and stability of a pre-trial detention measure.

Figure 3 clearly demonstrates the importance of meeting the formal assumptions of the indictment to proceed with requesting pre-trial detention. Additionally, within the framework of such measure, there must be an objective assessment of the risk of obstruction of justice, danger to the victim or society, and non-appearance. It is also essential to determine whether the charged offense fits within a crime carrying a minimum prison sentence of four years.

14 The term is technically inaccurate and should be revised to “preliminary hearing for requesting and deciding on detention measures.”

15 Article 230 of the Colombian Constitution and Judgment C-284 of 2015 on the open-ended nature of legal sources.

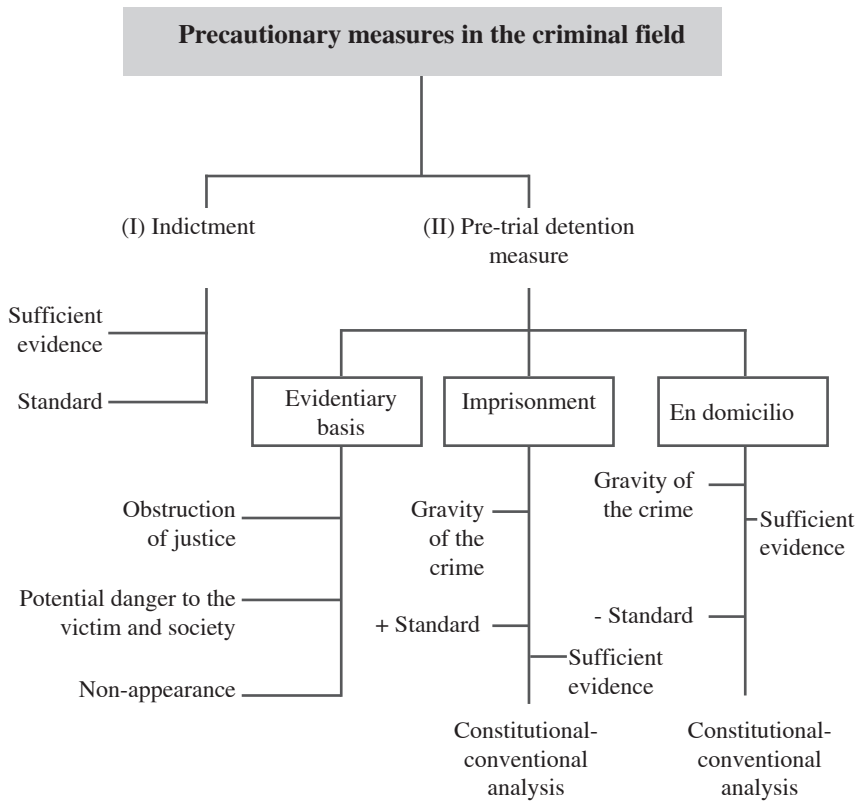


Figure 3. Objective and subjective assumptions for pre-trial detention.

Source: Own work.

In addition, following from the above, it is crucial to support, with a structured set of criteria, the alignment of the evidentiary outcome with the minimum standard of proof for a reasonable inference of perpetration or participation. This standard is particularly stricter when the restriction of liberty occurs in a prison setting. Moreover, the measure must undergo constitutional and conventional analysis to respect the human dignity of the perpetrator or participant in the crime, as shown in Figure 4.

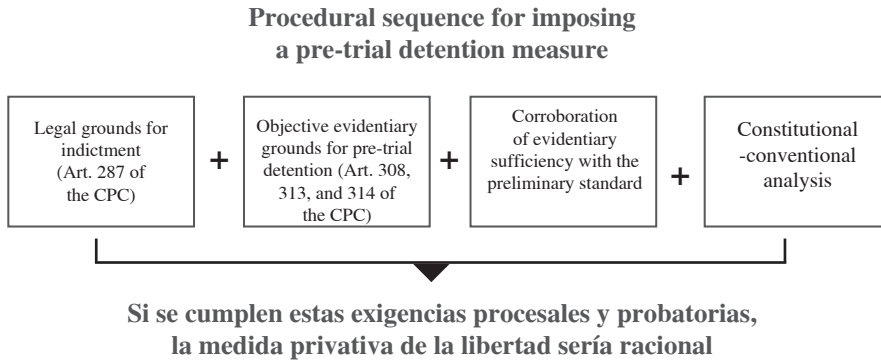


Figure 4. Identification of criteria for and against assessing reasonableness of perpetration or participation concerning pre-trial detention and the structure of the constitutional analysis for the imposition of such measure.

Source: Own work.

As illustrated in Figure 4, failure to comply with any of the objective or subjective assumptions outlined in the cycles would indicate that the appropriate constitutional and rational course of action is the protection of liberty, even over the prosecution's or victim's request for its restriction. It is also clear from the figure that the decision of the judge with guarantee supervisory powers to choose the restriction of liberty for the accused is a complex matter that requires constructing arguments, logical-legal reasoning, and providing sufficient justification to achieve jurisdictional functionality, social legitimacy, and, above all, legal certainty.

REFERENCES

Benavente Chorres, H. (2011). *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Bosch editor.

Bojczuk, W. (1993). *Evidence textbook*. 5th ed. HLT Publications.

Bustamante Rúa, M. & Palomo Velez, D. (2018). La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile. *Ius et Praxis*, vol. 24, issue 3.

Bustamante Rúa, M. & Toro Garzón, L. (2016). El Estándar de prueba en el proceso penal “El conocimiento más allá de toda duda razonable” algunas generalidades desde la legislación y la jurisprudencia colombiana. *El derecho probatorio y la decisión judicial*. Sello Editorial Universidad de Medellín.

Camargo, P. (2012). *Manual de enjuiciamiento penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*. Editorial Leyer.

Colombian Constitution (1991). Gaceta Constitucional, No. 114. <https://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

Congress of the Republic of Colombia (2003). Gazette number 339 of July 23. Proyecto de ley estatutaria número 001 del 20 de julio, Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Congress of the Republic of Colombia (September 1, 2004). Law 906 of 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial*, 45.658.

Constitutional Court of Colombia. (July 25, 2001). Judgment C-774/01. Reporting Judge Rodrigo Escobar Gil.

Constitutional Court of Colombia. (May 13, 2015). Judgment C-284/15. Reporting Judge Mauricio González Cuervo.

Constitutional Court of Colombia. (October 9, 2013). Judgment C-695/13. Reporting Judge Nilson Pinilla Pinilla.

Cooper, S., Murphy, P. & Beaumont, J. (1994). *Case and materials on evidence*. 2nd ed. Blackstone Press Limited.

De Paul Velasco, J. M. (1999). Instrucciones al Jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica. En *Problemas del juicio oral con jurado* (pp. 203-279). Manuales de Formación Continuada, No. 1.

De Vecchi, D. & Cumiz, J. (2019). *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.

Dennis, I. H. (2002). *The Law of Evidence*. 2nd ed. Sweet & Maxwell.

Fernández López, M. (2005). La presunción de inocencia como regla de juicio en el proceso penal. En *Prueba y presunción de inocencia* (pp. 157-279). Editorial Iustel.

Ferrer Beltrán, J. (2007a). Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (15). Dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo. <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>

Ferrer Beltrán, J. (2007b). *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pons.

Fierro Méndez, H. (2002). *Manual de derecho procesal penal acorde con el nuevo código de procedimiento penal*. 2nd ed. Editorial Leyer.

Foucalt, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa.

Guerra Bonet, J. (2020). *Derecho Probatorio. Desafíos y perspectivas. Estándares de prueba: Una mirada desde la probabilidad*. Universidad Externado de Colombia.

Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In M. del C. Vásquez Rojas (Coord.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 65-98). Editorial Marcial Pons.

Inter-American Court of Human Rights, Acosta Calderón Case. (June 24, 2005). Judgment, Series C. No. 129. F.J. 75.

Jaramillo Díaz, J. (2023). *Estructura básica de la actuación penal*. Ediciones Unaula.

Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 95-113. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.08>

Londoño Ayala, C. (2019). *Medidas de Aseguramiento. Análisis Constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.

Murphy, P. (1992). *A practical approach to evidence*. 4th ed. Blackstone Press Limited.

- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Editorial Marcial Pons.
- Organization of American States. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Official Gazette, No. 9460. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Pava Lugo, M. (2009). *La defensa en el sistema acusatorio*. 1st ed. Ediciones jurídicas.
- Peláez Hernández, R. (2013). *Manual para el manejo de la prueba*. 3rd ed. Ediciones Doctrina y ley.
- Pezo Jiménez, O. & Mamani Huaman, S. (2022). *La formación académica de los jueces supremos del Perú en 2022*. Revista: pedagogía universitaria y didáctica del derecho vol. 9 (2). 223-238• DOI 10.5354/0719-5885.2022.67769
- Prieto Sanchis, L. (2007). *El juicio de ponderación constitucional*. In *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, 2007, p. 130-131.
- Schum, D. (2016). *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Orión Vargas (translation by Orión Vargas V.).
- Stein, F. (2008). *El conocimiento privado del juez*. 3rd ed. Editorial Temis S. A.
- Supreme Court of Justice of Colombia. (October 12, 2016) Auto interlocutorio AP7109- 2016. Rad. 46148. Reporting Judge Patricia Salazar Cuéllar.
- Taruffo, M. (2005a). *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*. Editorial Universidad de Medellín.
- Taruffo, M. (2005b). Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28. pp.119.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Editorial Temis.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Editorial Marcial Pons.
- Toro Garzón, L. & Ocampo Henao, L. (2021). Estándares de prueba: realidad o ficción en la obra de Michele Taruffo. In M. M. Bustamante Rúa; A. Henao Ochoa & D. M. Ramírez Carvajal (Coords.), *Homenaje a Michele Taruffo un jurista del futuro: el legado de Taruffo para Latinoamérica* (pp. 405-422). Editorial Institución Universitaria de Envigado, Red para el Estudio del Proceso y la Justicia.

United Nations General Assembly. (1966). International Covenant on Civil and Political Rights. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Whitman, J. (2015). *Orígenes de la duda razonable. Raíces teológicas del proceso penal*. Universidad de Palermo (translation by Nicolas Schiavo).

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA IDEOLOGÍA POLÍTICA, LAS CREENCIAS SOCIALES
Y LA POLARIZACIÓN COMO OBSTÁCULOS
PSICOSOCIALES PARA LA DEMOCRACIA Y LA PAZ
EN COLOMBIA, 2016-2020*

POLITICAL IDEOLOGY, SOCIAL BELIEFS, AND POLARIZATION AS
PSYCHOSOCIAL BARRIERS TO DEMOCRACY
AND PEACE IN COLOMBIA 2016–2020

IDEOLOGIA POLÍTICA, CRENÇAS SOCIAIS E POLARIZAÇÃO
COMO OBSTÁCULOS PSICOSSOCIAIS PARA A
DEMOCRACIA E A PAZ NA COLÔMBIA, 2016-2020

JUAN DAVID VILLA-GÓMEZ**
IVONNE LEADITH DÍAZ-PÉREZ***
TATIANA SAAVEDRA-FLÓREZ****
CARLOS ANDRÉS SÁNCHEZ-JARAMILLO*****
ALFONSO INSUASTY RODRÍGUEZ*****

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a7

* El estudio presentado en este artículo se sitúa en la intersección de dos proyectos de investigación, uno previo: “Barreras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia”, y uno que inició en el año 2023: “Subjetividades políticas en contextos de crisis de la democracia” (código interno: 65622949). Estos proyectos han sido desarrollados desde la Universidad Pontificia Bolivariana, en red con otras universidades. En el presente caso, con grupos de investigación de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali y la Universidad de San Buenaventura de Medellín y Cali.

Resumen

El estudio presentado en este artículo tiene como objetivo comprender las creencias sociales en tanto se configuran como ideología y están asociadas a la polarización política y su impacto, de tal manera que se constituyen en obstáculos psicosociales para la paz y la democracia en Colombia entre 2016 y 2020. Se emplea un método cualitativo desde una perspectiva hermenéutica, mediante el cual se realizan doscientas cincuenta y seis entrevistas fenomenológicas y en profundidad a participantes de nueve ciudades del país. Los resultados revelan creencias arraigadas sobre la polarización y las convicciones radicales en torno a temas como la seguridad, la justicia, la equidad y la libertad, así como la deslegitimación y la descalificación del adversario político. En este marco, más que una lógica de polarización ideológica, se constituyen escenarios de polarización afectiva. Por eso, se concluye que la polarización no se limita a una contraposición ideológica, sino que implica la descalificación del otro como enemigo absoluto, alimentando un escenario de confrontación antagónica arraigado en la historia violenta del país.

-
- ** Docente asociado de la Facultad de Psicología de la Universidad Pontificia Bolivariana. Integrante del Grupo de Investigación en Psicología: Sujeto, Sociedad y Trabajo (GIP). CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001486362, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=hUy2wG0AAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9715-5281>, correo electrónico: juan.villag@upb.edu.co
- *** Docente investigadora de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Integrante del Grupo de Investigación Bienestar, Trabajo, Cultura y Sociedad (BITACUS) de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Google Scholar: <http://scholar.google.es/citations?user=4R9V6MAAAAAJ&hl=es>, ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6084-2136?lang=es>, correo electrónico: idiiaz@javerianacali.edu.co
- **** Docente investigadora de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Integrante del Grupo de Investigación De Humanitate. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=On2CO5IAAAAJ&hl=en&oi=ao>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7875-1785>, correo electrónico: tsaavedra@javerianacali.edu.co
- ***** Investigador de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Google Scholar <https://scholar.google.es/citations?user=Wwpw-8IAAAAJ&hl=es>, ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1711-0068>, correo electrónico: casanchezj@usbcali.edu.co
- ***** Docente asociado del Centro Interdisciplinario de Estudios Humanísticos (CIDEH) e investigador del Grupo Interdisciplinario para el Desarrollo del Pensamiento y la Acción Dialógica (GIDPAD), de la Universidad de San Buenaventura de Medellín. Docente investigador de la Maestría en Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación, del Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM). Integrante de la Red Interuniversitaria por la Paz (REDIPAZ). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2880-1371>, correo electrónico: Alfonso.insuasty@gmail.com

Palabras clave: Barreras psicosociales para la paz, creencias sociales, *ethos* del conflicto, ideología, polarización, conflicto armado, construcción de paz, crisis de la democracia.

Abstract

The study presented in this article aims to understand social beliefs as they configure themselves as ideology and are associated with political polarization and its impact, thus constituting psychosocial obstacles to peace and democracy in Colombia between 2016 and 2020. A qualitative method was employed from a hermeneutic perspective, through which 256 phenomenological and in-depth interviews were conducted with participants from 9 cities in the country. The results revealed entrenched beliefs about polarization and radical convictions regarding issues such as security, justice, equity, and freedom, as well as delegitimization and disqualification of the political adversary. In this framework, more than a logic of ideological polarization, scenarios of affective polarization are constituted. Therefore, it is concluded that polarization is not limited to ideological opposition, but implies the disqualification of the other as an absolute enemy, fueling a scenario of antagonistic confrontation rooted in the violent history of the country.

Keywords: Psychosocial barriers to peace, social beliefs, conflict ethos, ideology, polarization, armed conflict, peacebuilding, democracy crisis.

Resumo

O estudo apresentado neste artigo tem como objetivo compreender as crenças sociais na medida em que se configuram como ideologia e estão associadas à polarização política e seu impacto, de modo que se constituem em obstáculos psicossociais para a paz e a democracia na Colômbia entre 2016 e 2020. Foi utilizado um método qualitativo a partir de uma perspectiva hermenêutica, através do qual foram realizadas 256 entrevistas fenomenológicas e em profundidade com participantes de 9 cidades do país. Os resultados revelaram crenças arraigadas sobre a polarização e convicções radicais em torno de temas

como segurança, justiça, equidade e liberdade, bem como deslegitimação e desqualificação do adversário político. Neste contexto, mais do que uma lógica de polarização ideológica, são constituídos cenários de polarização afetiva. Portanto, conclui-se que a polarização não se limita a uma oposição ideológica, mas implica a desqualificação do outro como inimigo absoluto, alimentando um cenário de confronto antagônico enraizado na história violenta do país.

Palavras-chave: Barreiras psicossociais para a paz, crenças sociais, ethos do conflito, ideologia, polarização, conflito armado, construção da paz, crise da democracia.

INTRODUCCIÓN

La psicología social, la politología, las ciencias sociales y la psicología política se han venido preguntando en los últimos años acerca del impacto de la polarización en el debate democrático y de los límites que genera para realizar acuerdos en relación con las políticas públicas y la acción estatal. En el marco de la investigación “Barreras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia”, realizada en nueve ciudades del país (Neiva, Bucaramanga, Medellín, Cali, Palmira, Pereira, Armenia, Quibdó y Bogotá) entre el segundo semestre de 2018 y el primero de 2020, emergió un interrogante sobre las relaciones políticas y sociales entre los colectivos y los grupos que pertenecen a una sociedad, y sobre la forma como se establecen debates, vínculos, rupturas, discusiones e interacciones respecto a los diversos problemas que afectan al país.

Esta pregunta se retoma en la investigación “Subjetividades políticas en contextos de crisis de la democracia”, que en el marco disciplinar de la psicología social y política se ha propuesto describir y analizar procesos de polarización y fanatismo blando, entre otras categorías, con el propósito de comprender las creencias sociales asociadas a la ideología, que se han constituido en repertorios psicosociales que obstruyen la construcción de una paz estable y duradera, además de que acrecientan la crisis de la democracia en Colombia. El período analizado es el comprendido entre 2016 y 2020.

Antes de este período, según Roncallo *et al.* (2019), el país se había visto inmerso en un proceso de polarización en el marco de la contienda electoral para elegir presidente de la república en el año 2014. Este escenario fue una especie de primer plebiscito sobre la negociación política del conflicto entre el Estado y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), en el cual se puso en juego el proceso iniciado por el entonces candidato presidencial Juan Manuel Santos, en contraposición al candidato del partido Centro Democrático, Óscar Iván Zuluaga. En este contexto ambos contendientes movilizaron las emociones del electorado mediante diversos métodos y estrategias que dividieron a la ciudadanía en torno a este tema (Nasi y Hurtado, 2018).

Posteriormente, Colombia experimentó dos situaciones que generaron una división en la dinámica social y política del país. La primera fue el plebiscito por la paz, que convocó a decidir sobre la aprobación o la desaprobación de los acuerdos firmados entre las FARC-EP y el gobierno de

Santos. La votación por el “No” ganó por un estrecho margen, 49,78 % por el “Sí” y 50,21 % por el “No”, lo cual pareció ratificar el clima emocional de polarización en el país (Estrada *et al.*, 2019; Rico y Barreto, 2021; Basset, 2018; Pulido *et al.*, 2020), a pesar de que hubo una abstención cercana al 60 %, que también indicaba una cierta apatía en sectores de la población que no participaban. En el proceso del plebiscito la posverdad, las *fake news* y otras estrategias de manipulación se difundieron en las redes sociales, la prensa, la radio y la televisión, e influyeron en el electorado (Basset, 2018; López de la Roche, 2019). Esta investigación se centra en las creencias compartidas y las construcciones ideológicas de quienes participaron en esa contienda electoral.

La división de la sociedad en relación con la salida negociada estuvo presente durante todo el segundo período presidencial de Santos, y se intensificó nuevamente durante la campaña presidencial de 2018. En esta elección, Iván Duque Márquez, del partido Centro Democrático, con 10.373.080 votos (53,98 %) y una propuesta de hacer trizas el acuerdo de paz, venció al candidato Gustavo Petro, del partido de izquierda Colombia Humana, quien propendía por fortalecer la implementación del acuerdo y obtuvo 8.034.189 votos (41,81 %) (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2018). En efecto, el gobierno de Iván Duque ralentizó la implementación del acuerdo de paz y este tema se mantuvo en la opinión pública como fuente de discrepancias profundas; también dificultó la comprensión y la apropiación por parte de las comunidades y de la población en general de lo que implicaba para el país este proceso de construcción de paz (Rettberg y Quiroga, 2018).

Las barreras sociopsicológicas o psicosociales para la paz se asocian con una serie de repertorios cognitivos, narrativos y afectivos que mantienen los conflictos y obstaculizan la construcción de paz. Estos repertorios generan un *ethos* del conflicto conformado por creencias sociales radicales, sesgadas y distorsionadas que favorecen su continuidad en el tiempo (Bar-Tal y Halperin, 2011; 2014; Bar-Tal *et al.*, 2010; Barrera y Villa, 2018; Rosler *et al.*, 2020; Villa *et al.*, 2021).

Estas creencias sociales son parte de las representaciones cognitivas que, junto con la autocategorización del yo, definen la identidad social de los integrantes de un grupo, generan pertenencia y guían la acción. Implican normas, valores, metas y una ideología grupal que motivan el proceso de diferenciación y de favoritismo endogrupal. Algunas de estas creencias,

asumidas como verdad, tienen origen en los estereotipos y prejuicios sociales contruidos por el grupo (Bar-Tal, 1996; 2013; Tajfel, 1984).

El conjunto de creencias compartidas por un grupo social forma parte de la ideología y no está justificado ni es completamente objetivo, pero sirve para cumplir una función social asociada al poder político. La enunciación de sus elementos permite cumplir con una meta determinada, ya sea favoreciendo un logro o manteniendo el poder de dicho grupo. Estas creencias están condicionadas por la situación social y por las relaciones de producción en un contexto particular, y reflejan los lazos de unión de los sujetos con los grupos de pertenencia. Por tal razón, la ideología tiene una función social, implica aceptación colectiva y juega un papel en los procesos de dominación (Villoro, 2007).

La ideología, como sistema ordenado de ideas y concepciones compartidas por un grupo, determina las relaciones sociales, organiza el mundo y explica y justifica los objetivos de la acción (Bar-Tal, 1996; 2013; Villoro, 2007). En contextos de conflicto, según Blanco (2005), esta puede llegar a constituir creencias que hagan que el propio grupo (endogrupo) se sienta superior, hasta considerar que sus valores son mejores que los del adversario (exogrupo), que es categorizado como amenaza y frente al cual se experimenta vulnerabilidad. Además, al exogrupo se le culpabiliza por agravios pasados o presentes, devaluándolo, descalificándolo y deshumanizándolo.

La tradición familiar, la escuela-universidad, el grupo de amigos, las redes sociales y los medios masivos de comunicación tienen un rol fundamental en la generación de marcos de comprensión de la realidad que configuran procesos ideológicos, ya que distribuyen valores, creencias e idearios políticos que afectan las emociones, las acciones personales y las relaciones cotidianas (Avendaño y Villa, 2021; González, 2015; Morales *et al.*, 2018; Romero *et al.*, 2018; Velásquez *et al.*, 2020; 2021; Villa *et al.*, 2020).

La ideología opera en compañía de la puesta en circulación de un saber organizado en torno al poder y desde un ejercicio concreto de dominación. Puede manifestarse en la cotidianidad, en las relaciones sociales, en el escenario político y hasta en la ciencia, aunque siempre se relaciona con sus prácticas (Foucault, 2008; 2010). Se observa entonces el hilo conductor para el surgimiento de representaciones y conocimientos, expresados en un discurso continuo, lo que implica que siempre se le opone una noción de verdad, que no puede desligarse del saber-poder. Aquello

considerado “verdad” solo lo es en el marco de discursos concretos, que no necesariamente son verdaderos o falsos, pero que se encuentran establecidos. Por tanto, la ideología se vincula con un contexto específico, en relación con discursos y sujetos particulares, delimitados por micro o macroestructuras (Foucault, 2019).

La polarización, en tanto ideológica, se enmarca como una distancia en concepciones sobre el Estado, la sociedad y la economía, en las disputas democráticas entre candidatos, partidos y votantes. Aunque considerada normal y parte integral del sistema político de un Estado de derecho, la polarización se ha convertido en un desafío contemporáneo para la democracia debido al aumento de dinámicas de radicalización política, como lo señalan Kessler y Vommaro (2023), y Waisbord (2020). Estos autores plantean que, en tanto se van generando escenarios de disputas emocionales y negación de la contraparte, se instaura una lógica binaria y radical que niega al otro aumentando las dinámicas del sectarismo político que amenaza a la tolerancia y anula la diversidad de las perspectivas.

Algunas investigaciones encontraron que la polarización incluye contenidos afectivos relacionados con la ideología que admiten la diferencia entre grupos, favoreciendo divisiones severas entre “nosotros” y “ellos”, puesto que se van generando vínculos personalistas con los candidatos electorales que conllevan una consideración del otro como enemigo. Así, la polarización tiene una dimensión emocional y afectiva que se despliega en la vida social y en las relaciones cotidianas, y va más allá de la contraposición ideológica. Para diversos autores se trata más de una polarización afectiva, asociada a las creencias sociales y a la configuración del otro como enemigo/adversario, que se manifiesta como descalificación moral del oponente, sobresimplificación de su postura, exacerbación de disputas en las relaciones cotidianas y personalización de eventos políticos, que terminan derivando en la exclusión, formas de violencia simbólica y lógicas de un fanatismo que los autores califican como “blando” (Aguirre *et al.*, 2021; Alonso, 2018; Iyengar y Westwood, 2015; Moreno, 2020; Murillo, 2020; Silva, 2014; Suárez, 2021; Velásquez *et al.*, 2021; Villa *et al.*, 2019; Villa y Sarmiento, 2023).

Otros investigadores complementan este punto de vista afirmando que la exacerbación de algunas emociones políticas (indignación, odio, rabia, resentimiento, ira, miedo, entre otras) está asociada con procesos de polarización, puesto que generan distanciamiento entre las personas, al

guiar el pensamiento y la acción de una forma irreflexiva que promueve el fanatismo blando, tanto en los periodos electorales como en la vida diaria, lo cual fragmenta aún más a la sociedad y, en algunos casos, puede ser un catalizador o una justificación para formas de violencia simbólica o física (Aguirre *et al.*, 2021; Falla, 2020; Hernández y Echeverri, 2018; Manfredi *et al.*, 2021; Moreno, 2020; Murillo, 2020; Prada y Romero, 2018; Velásquez *et al.*, 2020; 2021).

En el ámbito político la polarización se manifiesta claramente, ya que es donde se intensifican las actitudes y las creencias que los colectivos profesan. Para Beristain (2021), la polarización es un proceso en el que las posturas ante un tema o una situación tienden a reducirse a esquemas opuestos, que se excluyen mutuamente, en tanto el acercamiento a un polo implica el alejamiento y el rechazo del otro; por eso, la polarización implica que el propio pensamiento quede subsumido por el marco ideológico del grupo con el que se identifica, lo que lleva a rechazar las posturas opuestas y a las personas que las adoptan. Según este autor (Beristain, 2021), existen tres formas de la polarización que pueden reforzarse mutuamente: la polarización como parte de la agudización del conflicto armado, la polarización como resultado de una violencia que penetra y rompe el tejido social, y la polarización como pretensión de forzar el posicionamiento de la sociedad en extremos opuestos, a manera de estrategia para prevalecer en un conflicto en el que el adversario es identificado como la “encarnación del mal”, lo que tiende a deshumanizarlo y divide aún más a la sociedad; a esto último Beristain (2021) lo denomina “polarización intencional”.

En este último fenómeno se produce la construcción del adversario político como un enemigo que debe ser eliminado, ya sea simbólicamente, mediante la descalificación y la negación de su humanidad, o de manera real, como ha ocurrido en la larga historia de violencia política bipartidista durante los siglos XIX y XX, y en el marco del conflicto armado contemporáneo en Colombia. Según Angarita *et al.* (2015), cuando el oponente se convierte en un enemigo que debe ser erradicado, el conflicto se degenera.

En este proceso de construcción del enemigo, Angarita *et al.* (2015) distinguen entre el enemigo político y el enemigo absoluto. El primero está relacionado con la confrontación y la competencia por el poder en el ámbito político, donde el disenso y la negociación de las diferencias son parte fundamental de las democracias modernas, y constituyen un proceso agonista en vez de uno que implique antagonismo (Mouffe, 2011; 2014). No

existe una relación amigo-enemigo, y se introduce la noción de adversario, pues izquierda y derecha comparten principios democráticos de libertad e igualdad, asunto que permite que los partidos traten con respeto las reivindicaciones del otro (Mouffe, 2011; 2014; Mouffe y Laclau, 2004).

Por otro lado, el enemigo absoluto es aquel que se considera desligado de toda humanidad, lo que justifica su aniquilación y lleva a una gestión violenta de la contradicción política. Según Angarita *et al.* (2015), el conflicto se degrada cuando el oponente es considerado un enemigo que se debe eliminar, cuando se busca su negación como ser humano y se promueve o se favorece su exterminio sin importar la manera en que se lleve a cabo. Por tanto, no hay límite moral ni racional que impida su aniquilación (Angarita *et al.*, 2015; Schmidt, 1998), lo cual deriva en una gestión violenta de la contradicción política (Villa *et al.*, 2022; Villa y Sarmiento, 2023). Diversos sectores políticos suelen apelar al *enemigo absoluto* para afirmar identidades endogrupales en relación con ese otro, que funge como externo y ajeno a la construcción identitaria que se quiere fortalecer, y a los sentidos de pertenencia que se están desarrollando entre los miembros de este endogrupo (Tajfel, 1984).

Angarita *et al.* (2015) consideran que se trata de una maniobra discursiva que lleva a conferir al enemigo una identidad animal, para diferenciarlo de los humanos y propiciar la posibilidad de criminalizarlo, cazarlo, capturarlo, torturarlo o matarlo, sin remordimiento alguno, eliminando cualquier forma de compasión o consideración, por lo que no se le reconoce ningún derecho ni se acepta que se está haciendo este proceso de negación de la humanidad del otro.

Autores como Amossy (2014), Charaudeau (2005) y Mouffe (2011; 2014) han descrito esta estrategia de descalificación del adversario o construcción del enemigo como uno de los principales polos constitutivos de la crisis actual de la democracia en el mundo, lo que implica que el debate agonista en el marco de una contraposición ideológica pase a otro plano y convierta al contendiente en un antagonista cuya postura, junto a él mismo, debe ser excluida, en una lógica de suma cero, en la que solamente debe imponerse el propio punto de vista, mientras que el del adversario es totalmente descalificado, deslegitimado y borrado. Angarita *et al.* (2015), Blair (1995), Villa (2019) y Villa *et al.* (2022) han planteado que esta problemática puede estar en la base del conflicto colombiano, haciendo parte del repertorio psicosocial que dificulta alcanzar la paz y consolidar la democracia.

Amossy (2014) liga la polarización política con el discurso polémico, caracterizado por tres modos de gestión violenta del conflicto: la dicotomización, la polarización y la descalificación al otro. Desde esta perspectiva, la dicotomización concierne al choque de opiniones contrarias, irreconciliables y excluyentes, que radicalizan el debate, al punto de volverlo tan difícil que suele ser imposible de resolver. Para la autora, la polémica genera un escenario discursivo de dos polos, reducido a dos categorías semánticas que son distribuidas en una oposición binaria; lo que permite mostrar que los discursos confrontados existen si y solo si se relacionan con ese contrincante que los delimita y los enmarca. Así, en cada debate cada parte hace suyo el discurso del otro, lo integra al propio, invirtiendo su sentido y su significado, con la particularidad de que se emplea y se referencia al adversario solo para transformarlo en una versión negativa y en la némesis del discurso propio.

La polarización es un proceso por medio del cual un público que tiene posturas diferentes, que puede manifestarse a través de diversas texturas del discurso, termina agrupándose y fusionándose, generalmente en dos colectivos contrastados y excluyentes, con puntos de vista y valores que cada quien asume como fundamentales y que cada grupo comparte solidariamente (Amossy, 2014). Así se establecen campos enemigos, más como un fenómeno relacional que como una división abstracta de tesis antagónicas. En este reagrupamiento por identificación se descalifica al adversario para fortalecer la identidad del grupo, se invalida al oponente o se presenta peyorativamente, se utilizan maniobras de denigración que lo desacreditan, encasillándolo como parcializado (sesgado) y con malas intenciones.

Charaudeau (2005) propone la descalificación del adversario como una de las principales estrategias de algunos discursos políticos, que se concentran en la estigmatización del otro como fuente del mal y señalan las consecuencias negativas de sus ideas para el pueblo o para su imagen; es decir, apuntan a la configuración de su *ethos*. Esta estrategia emplea recursos como la ironía, la ridiculización, el señalamiento de contradicciones y la manipulación de la ciudadanía.

Según Spillmann y Spilhminn (1991), la imagen del enemigo se construye sobre la desconfianza, porque a este se le percibe como malo y sus razones serían inmorales o fraudulentas. Se le adjudica una actitud negativa, puesto que siempre tendría la intención de perjudicar al propio

grupo, razón por la que se le culpa de lo negativo que ha sucedido en el pasado, de lo que está sucediendo en el presente y de lo que vendrá. Por eso, se le identifica con un mal objetivo que es necesario destruir, en un proceso de simplificación negativa en el que se suspende la empatía o identificación, negando su ser. Así se termina justificando su eliminación, tanto simbólica como real.

Apoyada en esta descripción, Blair (1995) señala que la sociedad colombiana parece haber hecho de “la representación del enemigo” un elemento que da sentido a la forma como se comprende la realidad política, configurándose como un elemento de su subjetivación política. Alrededor del enemigo se construyen significados, referentes y escenarios comunes entre diversos grupos sociales. Así, la polarización política y la construcción del enemigo convergen en la radicalización de pensamientos extremos que han terminado por bloquear la construcción de la paz y la democracia en nuestro país.

En Colombia podríamos encontrar una suma de intencionalidades descritas en este artículo, puesto que es un país que viene de firmar importantes acuerdos con los grupos paramilitares en el 2005, luego pactó un acuerdo de paz con la insurgencia de las FARC-EP (2016) y ahora avanza en la formalización de una política de Estado denominada Paz Total, bajo la cual se adelantan procesos de negociación con la insurgencia del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y procesos exploratorios con fines de acogimiento o sometimiento a la justicia con grupos armados organizados, anclados a la dinámica de las rentas ilegales y el control territorial. Algunos autores advierten que estos grupos son en realidad un legado del paramilitarismo que, en algunos casos, tiene vasos comunicantes con sectores políticos, empresariales y militares. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) ha permitido develar estas relaciones en sus procesos de aplicación de justicia, lo que han reforzado los informes del Centro Nacional de Memoria y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV, 2022).

La polarización y la guerra van de la mano, son momentos que se entrelazan y se mueven más o menos según el interés de los actores.

Es importante resaltar que los actores no visibles reciben, en últimas, importantes beneficios, tanto económicos como políticos, de estos fenómenos provocados, anclajes que alimentan grandes y potentes negocios tanto nacionales como internacionales.

MÉTODO

Tipo de estudio

La investigación, mediante el método cualitativo, empleó entrevistas fenomenológicas y en profundidad, con una mirada transdisciplinar basada en la psicología política, la psicología social crítica y el realismo crítico (Blanco y Gaborit, 2016). Además, se desplegó una perspectiva hermenéutica para buscar la comprensión de las creencias sociales transformadas en obstáculos para la construcción de paz.

Participantes

El muestreo fue intencional, teórico, tipológico y propositivo (Hernández *et al.*, 2014). El proceso implicó escoger a los participantes según su posición con respecto al acuerdo de paz. Las entrevistas se desarrollaron en cada ciudad hasta saturar cada una de las categorías. Los participantes debían tener las siguientes características: ser adultos sin distinción de género, que pertenecieran a estratos socioeconómicos diferentes y habitaran en zonas urbanas, y que tuvieran diversos niveles de escolaridad y profesiones distintas. Una condición importante era haber votado en el plebiscito de 2016 y en las elecciones presidenciales de 2018. Como criterio de exclusión, se tuvo en cuenta que los y las participantes no fueran militantes de partidos políticos, no hicieran parte de ONG, no participaran en organizaciones de víctimas, ni de derechos humanos, ni en movimientos sociales. Finalmente, que no fueran funcionarios del Estado expertos en estos temas ni académicos dedicados al conflicto armado. Los participantes (N = 256) se pueden identificar en la siguiente tabla:

Tabla 6.1 Participantes del estudio

Ciudad	Hombres	Mujeres	Total
Bogotá	15	15	30
Medellín	19	25	44
Cali	25	11	36
Neiva	17	13	30
Bucaramanga	12	20	32
Pereira	4	6	10
Armenia	18	10	28
Quibdó	13	18	31
Palmira	6	9	15
Total	129	127	256

Nota: datos de los participantes por ciudad.

Fuente: elaboración propia para esta investigación.

La categorización de los participantes según su posición en relación con el acuerdo de paz (acuerdo – A, desacuerdo – D, ambivalente – Amb.) fue determinada tanto por su voto en el plebiscito como por sus propios relatos, los cuales daban cuenta de su posición ideológica y de sus creencias con respecto a lo político.

Técnica de recolección de información

Se realizaron entrevistas de tipo fenomenológico y en profundidad. Si bien se desplegó una guía semiestructurada, lo fundamental del método se centraba en la conversación con el participante, lo que permitía la generación de contrapreguntas y la profundización en sus puntos de vista, sus sentires y su marco de creencias, para lograr una apertura que permitiera

desplegar sus posiciones ideológicas, sus convicciones y sus disposiciones emocionales en relación con los temas abordados. La guía abordó preguntas y temas relativos al origen y el proceso del conflicto armado y sus actores. Se desarrollaron conversaciones en torno a sus concepciones sobre la paz y sus posiciones sobre la negociación política del conflicto armado. En este proceso conversacional emergió la categoría polarización, en su dimensión tanto ideológica como afectiva. Esta categoría es la que se aborda en el presente texto.

Procedimiento

Las entrevistas se grabaron, luego de la firma del consentimiento informado y la aquiescencia de cada participante. Posteriormente fueron transcritas por completo. A partir de los textos se avanzó, desde el enfoque hermenéutico, con un análisis de contenido. Para ello se procedió, con base en categorías teóricas, a sistematizar la información analizando lo expresado por cada uno de los participantes en un proceso intrasujeto, generando una matriz de coherencia, que implicaba un nuevo ordenamiento de la información, guiado por las categorías, de forma intratextual, en un ejercicio deductivo e inductivo que implicó la construcción de doscientas cincuenta y seis matrices, una correspondiente a cada participante.

A partir de entonces, se procedió a desarrollar el análisis intertextual para comparar lo expresado por los sujetos, en cada categoría, que en este caso y para el presente artículo fue la polarización. Esto constituye un nuevo orden textual, en el que se entrelazan los significantes y los relatos de todos los participantes. Desde ese momento, se siguieron algunos pasos de la teoría fundamentada (Gibbs, 2012): en primer lugar, se generaron códigos teóricos de primer nivel, es decir, descriptivos. Luego, a partir de los primeros, se construyeron códigos de segundo nivel que, de forma sintética e inductiva, permitieron la elaboración de un orden categorial y un ejercicio teórico para la presentación de los resultados. Para el siguiente paso, en diálogo con el marco teórico y los antecedentes, se pudo triangular toda la información correspondiente a la categoría *polarización* para construir la discusión y las conclusiones. En este proceso emergieron las siguientes categorías:

Tabla 6.2 Categorías emergentes

Categoría central	Categorías de análisis	Subcategorías
Polarización	Polarización y creencias sobre la izquierda y la derecha	Debate agonista y polarización ideológica
		Deslegitimación y descalificación del adversario devenido enemigo antagonista
		De la polarización a la violencia: satanización del otro

Fuente: elaboración propia.

RESULTADOS

La presente investigación condujo al análisis de creencias sociales y de la polarización en el marco del plebiscito por la paz de 2016 y la elección presidencial de 2018 en Colombia. Al profundizar en este escenario de división política y social, se encuentra que a la polarización entre quienes apoyaban el acuerdo y quienes se oponían al mismo subyace una oposición ideológica previa, sustentada en las creencias sociales. Esta se hizo significativa y permite plantear una reflexión sobre las formas en las cuales se constituyen el antagonismo y la construcción del enemigo en el escenario político, y las relaciones que se tejen alrededor de la política en contextos sociales. Los participantes que apoyaron la negociación con las FARC-EP tenían una posición política de centro, centroizquierda e izquierda. Quienes se opusieron al acuerdo y votaron “No” en el plebiscito tenían una posición política de derecha o extrema derecha. Los ambivalentes eran cercanos a posiciones de centroderecha y centro.

La clave del análisis no estribó tanto en la diferenciación ideológica, considerada parte constitutiva de los debates propios de una democracia (Mouffe, 2011; 2014), como en la forma en que las partes se perfilan entre sí como oponentes, distanciándose de la relación entre adversarios políticos y acercándose a la construcción de enemigos absolutos (Angarita *et al.*, 2015; Schmidt, 1998) o antagonistas (Mouffe, 2011; 2014). Debido a tal condición, se perciben unos a otros con miedo, desconfianza, indignación y odio; categorizan al otro de manera negativa, señalándolo como causa de los problemas, identificándolo con figuras malignas y diabólicas que justifican su exclusión y su eliminación. Esta construcción social de la polarización puede evidenciarse en el desarrollo de las categorías emergentes en el análisis.

Debate agonista y polarización ideológica

La primera categoría de análisis nos sitúa en el marco de los debates propios de la contienda democrática en un Estado de derecho. Implica el posicionamiento ideológico, la disputa por las ideas y las concepciones para la organización de una sociedad y un Estado, sobre las formas como debe orientarse un país, los estilos de gobernabilidad, las políticas públicas que se priorizan y la orientación de los valores, las creencias y las ideas que se privilegian. En el debate académico este tipo de polarización suele denominarse *polarización ideológica*, y no implica ni la descalificación del adversario, ni su deslegitimación, ni mucho menos su intento de eliminación (simbólica o real), sino la confrontación de marcos de comprensión sobre la realidad sociopolítica de un territorio, tal como se esbozó en la introducción (Amossy, 2014; Kessler y Vommaro, 2023; Mouffe 2011; 2014; Waisbord, 2020).

En ese sentido, de acuerdo con los participantes A, para la izquierda los motores fundamentales de su quehacer político son la justicia social y la equidad. En esto estriban sus sentidos y sus horizontes éticos. Más que una forma de pensar, son la base sobre la cual configuran su acción, que se relaciona con principios éticos basados en la búsqueda del bienestar general a través del apoyo mutuo y la solidaridad. En este horizonte incluyen el intento de transformación de problemáticas como la pobreza, el calentamiento global y la crisis climática, las violaciones a los derechos humanos, los vacíos en la participación popular y la exclusión de las comunidades indígenas y afrocolombianas, enfatizando en la necesidad de redistribuir la riqueza, para lo cual el Estado tiene un papel fundamental:

Me he recorrido casi todo el Chocó, he visto su extremada pobreza. Llegar a un barrio donde tú le preguntes a un niño de cinco años, a las tres de la tarde, ¿usted qué desayunó?, y te respondan: un agusal y mi mamá me mandó pa donde la vecina porque ya no había comida [...]. Si tuviéramos el socialismo, al menos, a esa casa le iba a llegar algo para comer. Yo prefiero eso y que al menos todos comamos algo [...], que lo que tenga el Estado se le dé al pobre (E8-Quibdó-A). El desarrollo humano no debería ser el tema de la productividad financiera, sino en términos del buen vivir, la dignidad humana [...], la mejor calidad de vida, los recursos naturales; yo creo que es una defensa de la educación y la salud como derechos, que tengamos un lugar donde quepamos todos y donde podamos deliberar. No donde seamos todos iguales, sino donde el bien común prime sobre el individual (E19-Medellín-A).

Para estos participantes quien debe garantizar la equidad y la justicia social es el Estado. Así pues, esto no se debe esperar de los dueños del capital ni de los empresarios que trabajan por su propio interés. En ese sentido, desean no un Estado benefactor o asistencial que le regale a la gente cosas, sino uno que, ateniéndose a la Constitución y al modelo social de derecho, regule los mercados y redistribuya la riqueza, de tal manera que asegure a los más vulnerables la satisfacción de sus necesidades básicas:

La equidad no se puede llegar a confundir con el comunismo, ¡no! Queremos un país donde la redistribución se pueda llevar a cabo. Sin que se afecte el bienestar de la población (E3-Bucaramanga-A). Creen que quiero que el Gobierno me regale, es que yo no estoy pidiendo que me regalen, es que estoy exigiendo mis derechos (E10-Bucaramanga-A).

Los participantes A reconocen dos visiones diferentes, dos ideologías, que pueden confrontarse de manera legítima y democrática en el escenario político, en un proceso de debate agonístico que constituye el juego político dentro de una democracia moderna (Mouffe, 2011; 2014). Para estos participantes la izquierda tiene un carácter progresista, es más abierta a las demandas de la población, a las diferencias: es incluyente con las mujeres, la población LGTBQ+, con las minorías en general. Mientras que la derecha es conservadora, legitima el *statu quo* y se preocupa más por la seguridad, el orden establecido y la estabilidad:

Yo creo que los conservadores estaban más por el lado de la protección de la familia, los valores, desde el punto de vista familiar. Y los liberales, por el progreso y otras cosas (E27-Cali). Y pues lastimosamente Colombia es un país muy conservador y muy de derecha, que no ha querido dar el paso a nuevos ideales (E17-Armenia-A). Entonces, creo yo, no sé si estoy bien, pero la mayoría de las personas que no están de acuerdo con el proceso de paz son muy conservadoras [...], se les salen otras ideas conservadoras y terminan discriminando gente o haciendo sentir mal a otros (E17-Bucaramanga-A).

Por su parte, los participantes D suelen identificarse más con tendencias políticas de derecha, pues afirman que los partidos afines son aquellos que han logrado “conservar” la democracia en Colombia y han logrado cuidar el capital, construir empresas y traer desarrollo. Fundamentan su postura en que solo a través del trabajo duro se consigue la riqueza:

Para mí, por peor que haya sido el gobierno de derecha, hay cierta libertad y uno puede hacer las cosas que desea; lógicamente pues habrá muchos impuestos, pero de alguna manera seguiremos en la democracia (E26-Bucaramanga-D). Me parece que es buenísimo para la economía, para la inversión. Me parece que todos nosotros, cuando salgamos a trabajar, vamos a tener muchas más oportunidades. Me parece que es mucho más viable el proyecto económico y social del uribismo (E2-Bogotá-D).

Así pues, en las creencias sociales de estos participantes se identifica una confrontación entre dos modelos del orden social moderno referido al Estado, la sociedad y el mercado. Mientras se plantee de esta forma, se está configurando un escenario de polarización ideológica que en el marco de un debate agonista (Mouffe, 2011; 2014) hace parte integral de un proceso democrático legítimo. Así pues, el problema no radica en que haya una confrontación de ideas, marcos de sentido, horizontes de políticas públicas, sino en que ese debate pase a la asignación de calificativos sobre estos marcos de sentido. Estos dos horizontes de comprensión y sentido sobre el ordenamiento del país y las relaciones sociales, políticas y económicas han permeado a la ciudadanía, en tal medida que pueden apuntalarse desde alguna de estas orillas, tal como se aprecia en la siguiente narración:

Lo que se conoce como derecha e izquierda, donde la derecha se centra en un ideal del capitalista y la izquierda en un ideal socialista, básicamente, son como dos frentes que siempre han estado en disputa... Pues lo poquito que medio recuerdo es que el comunismo es esa ideología en donde se busca que todo sea por igual, que no haya distinción en clases sociales ni que haya los llamados estratos [...]. Lo que el comunismo busca es que todos vivan bajo las mismas condiciones sociales. Mientras que el capitalista permite que la persona tenga de acuerdo con lo que haga o no haga (E9-Palmira-D).

Según el relato anterior, el problema comienza cuando una de las partes utiliza el apelativo *comunista* para descalificar las ideas y los proyectos de la izquierda democrática: ¿por qué se plantea esta descalificación? ¿Si se mira a ambos lados, desde dónde emerge una configuración binaria, extrema y polarizante de sus puntos de vista?

Los participantes A afirman, en su gran mayoría, que ellos no son comunistas, y cuestionan, al igual que los participantes D y Amb., los

regímenes en los que en nombre de la igualdad se restringe la libertad, como en los casos de Cuba, Nicaragua y Venezuela. Para los participantes A la lucha por la justicia social, la equidad, los derechos y la defensa del medioambiente no puede “llegar a confundirse con el comunismo, [porque las reformas sociales] se pueden llevar a cabo sin que se afecte el bienestar de la población” (E3-Bucaramanga-A).

Por su parte, los participantes D afirman que querer el progreso económico, una economía de mercado, promover las libertades individuales, defender la configuración tradicional de la familia, valorar la generación de capital, oponerse a unos acuerdos de paz que, en su concepto, no favorecían al Estado colombiano ni al resto de la sociedad, querer que haya seguridad y que haya mano dura contra los delincuentes no los convierte en generadores de desigualdad, pobreza y violencia. Que sus intenciones también son las del progreso y el desarrollo del país, y que no entienden por qué desde la izquierda se les atribuyen intenciones perversas. Por ello han apoyado a los gobiernos de este tipo, usando como parangón el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez:

Cuando Uribe fue presidente, él era muy admirado por todo su pueblo porque él hizo cosas muy buenas [...]. Él nunca hablaba directamente de la paz, él mostraba al pueblo que así era que se guerreaba. Entonces para mucha gente el gobierno de Uribe fue uno de los buenos, porque todo mundo pensaba que era un “verraco”, no le daba miedo de nada (E30-Medellín-D). Nosotros aquí, en Colombia, vivíamos más tranquilos cuando Álvaro Uribe dirigió esto, aquí se podía salir [...]. Vivimos tranquilos en ese entonces [...], hoy en día a la juventud le quieren meter que el doctor Álvaro Uribe es un asesino [...]. Entonces, se vivía muy tranquilo, uno se sentía acompañado por las fuerzas armadas (E7-Quibdó-D).

Deslegitimación y descalificación del adversario devenido enemigo antagonista

Puede afirmarse, desde la argumentación que se está construyendo, que la polarización, tal como la hemos esbozado en la introducción, comienza en este punto. La descalificación de la postura de izquierda (democrática), de sus aspiraciones políticas, sociales y económicas, señalándolas como comunistas para comparar su proyecto político con lo sucedido en Cuba y Venezuela,

se sale de los límites del debate agonista de una democracia (Mouffe, 2011; 2014) y pasa al campo de la desvalorización y la deslegitimación del punto de vista opuesto. Y viceversa, cuando se califican las posturas de derecha desde una maldad moral, desde una perversidad inherente, se agotan las posibilidades del debate agonista y se pasa a la configuración del antagonista, del enemigo absoluto que debe ser excluido real o simbólicamente, por lo que termina aceptándose la legitimidad de su eliminación.

En primer lugar, a los participantes D la gente de izquierda les parece idealista, pues busca un cambio del poder, pero no tiene los pies en la tierra, critica todo lo establecido, pero no ofrece soluciones, con lo cual se convierte en un obstáculo para el desarrollo y la gobernabilidad. Además, cuando accede al poder, se comporta de forma irresponsable, no sabe gobernar:

Ellos quieren buscar un deterioro del gobierno y de la imagen de lo que es ahorita las instituciones [...], eso es lo que están haciendo. Pero fíjese que nos exponen aquí al pueblo, a ver qué nos dicen realmente, qué es lo que buscan ellos. ¿Cuál es su objetivo real? No lo exponen, porque ellos tienen como objetivo desestabilizar las instituciones y no más (E5-Bucaramanga-D).

Además, califican las ideas progresistas, de centroizquierda y de la izquierda democrática como comunistas, y les atribuyen la generación de caos y destrucción, la pérdida de libertades individuales, la crisis económica y el desastre. Afirman que los gobiernos de izquierda en cualquier parte del mundo son desastrosos. Según estos participantes, las personas de izquierda quieren implantar una dictadura comunista que acabaría con la empresa privada y la prosperidad; se les atribuye la intención de desestabilizar la democracia. Así se descalifica absolutamente esta perspectiva:

No tienen libertad, no se puede opinar, en Cuba tampoco, Nicaragua tampoco, son gobiernos de izquierda que quieren permanecer en el poder y no hay quien los detenga. ¿Cuántos años lleva Ortega? Bolivia también (E8-Pereira-D). Muy peligroso porque va viendo uno cómo se va desinstitucionalizando el país, cómo van cambiando la Constitución, cómo se va perdiendo la separación de poderes y se va configurando y se va abriendo el camino para una dictadura comunista [...]. Me da mucho miedo, me da mucho susto, porque vamos por un camino igualito al de Venezuela (E1-Medellín-D).

La cuestión es que no nombran procesos autoritarios de derecha, en otros contextos, como posible riesgo para la democracia. Además, para estos participantes, la izquierda moviliza la lucha de clases contra los ricos; afirman que promueve el odio contra las clases dirigentes y contra quienes tienen poder y riqueza, sin considerar que pueden ser los motores del desarrollo de un país. Por esta razón, consideran que los discursos de la izquierda tienen un carácter populista:

Ellos asumen una actitud de manipulación o una estrategia manipuladora [...]. Por el odio de clases sociales, por ejemplo, si yo voy a hablar del conflicto armado en Facebook, automáticamente amigos míos, que se supone son amigos, que pertenecen a la Universidad Nacional, que pertenecen a la UIS, automáticamente caen encima de mí y que yo no tengo derecho a opinar, por el simple hecho de pertenecer a una universidad privada y que nunca me ha tocado trabajar para estudiar. A eso es a lo que yo voy con el odio de clases sociales. Sí, yo no he tenido que trabajar, eso es verdad, pero eso no significa que yo no me esfuerce [...]. Y que no pueda opinar, ¿sí? Porque todos tenemos esa libertad. Entonces ellos se encargan de alimentar, de nutrir ese odio, que tienen en muchos casos las personas que tienen escasos recursos, pues no han podido tener oportunidades, lo que les genera odio hacia otras personas (E6-Bucaramanga-D).

Estos participantes D se autodesignan “gente de bien”, una atribución que tiene implicaciones religiosas y una connotación excluyente, pues las características, los principios, las tradiciones y los valores asociados al signifiicante “bien” dejan por fuera a quienes no los profesan. Desde este lugar de enunciación las personas de izquierda serían la “gente de mal”. En efecto, se atribuye a los militantes de izquierda actitudes, comportamientos e intenciones malignas, en las que subyace esa oposición entre “gente de bien” y gente que no tendría la “integridad” moral suficiente para conservar el orden y los valores de la sociedad:

Siento que el uribismo defiende a la gente de bien [...]. Es que para mí la gente bien no es la gente que tenga dinero [...], es personas correctas, éticas, que no se aprovecharon de otros para lograr lo que tienen, ¿cierto? [...]. Porque es que pareciera, del otro lado, que aquel que ha salido adelante se encontró la plata en el camino, ¿sí? [...]. Yo creo que allí se camufla mucha gente que le gusta la vida fácil,

que dice defender y toma las armas para defender, pero luego no se levantan para trabajar, viven del otro, quieren que el Estado les dé todo (E32-Bucaramanga-D). Uno ve a más de un mamerto que tiene cara de rata: puede tener corbata, lo que sea, y haber estudiado en cualquier parte, pero uno dice “tiene cara de pícaro”, y cuando vas a ver, han robado un montón (E23-Cali-D).

Por ello, son los partidos de derecha y la gente de derecha los que deberían gobernar y dirigir los destinos de una nación. Porque para estos participantes los gobiernos deberían estar en manos de quien defienda los valores del bien y preserve el orden:

Nos gusta la democracia, la libertad de poder, tener riqueza y sacar adelante un país con exportaciones, importaciones, con empleo, con futuro. Sabemos que una vez se instale un socialismo, las grandes compañías se van a retirar, y los primeros que van a pagar los platos rotos son los pobres [...]. Sería más pobreza y empieza a desestabilizarse desde abajo hacia arriba. El que tiene con qué, sale y se va, y el que no tiene, le toca resignarse. ¿Y qué va a pasar? Lo que está pasando en Venezuela (E4-Medellín-D).

Sin embargo, los participantes A también tienen aseveraciones sobre las personas de derecha que manifiestan distancia social y discriminación. Las consideran personas interesadas solo en el dinero, conservadoras, apegadas a la religión, cerradas e intransigentes, incapaces de dialogar, autoritarias y carentes de empatía. Asumen una lógica de calificación, en la que el adversario no se asume como legítimo otro en la confrontación política. Según estos participantes, “la gente de derecha”, además de conservadora, se aferra a su creencia, discrimina a otros, es intolerante y violenta:

Este país cada vez me da luces de que somos muy conservadores, yo no entiendo de dónde, pero sigue teniendo ínfulas de lo tradicional. Y el Centro Democrático ofrece eso, algo tradicional, algo que ya está establecido, que no altere mucho el ordenamiento social [...]. No quieren soltar el poder, ni la economía, ni perder el control, ni nada (E22-Bogotá-A). Hoy día podemos decir que el gobierno actual [refiriéndose al gobierno de Iván Duque] es uno netamente conservador que apunta a la ultraderecha. Vemos cómo las ideas de la ultraderecha son poco censuradas por los medios y alabadas por las redes sociales (E7-Pereira-A).

Perfilan a quienes han votado por el partido Centro Democrático como personas corruptas, apegadas al dinero, paramilitares y amantes de los sistemas dictatoriales, lo que las hace indiferentes frente al dolor de las víctimas y las lleva a justificar violaciones de los derechos humanos; estarían a favor de la guerra, por eso votaron “No” en el plebiscito por la paz y votaron por Duque, promoviendo el odio para su propio beneficio:

Estamos en una dictadura disfrazada de democracia; acá el “man” hace lo que se le da la gana con el país y nosotros lo permitimos, que es lo peor. Y tiene seguidores, la gran mayoría del país muere por Uribe (E1-Neiva-A). Yo las entiendo. O sea, si Uribe entre comillas les llevó paz, ¿por qué no votar por Uribe? Aunque no sé, tampoco sé qué pensamientos tendrán ellos de decir “sí, a ti te dio paz, pero mató a estos”; supongo que estarán pensando solo en su bienestar [...], pero la paz no es para poquitos, la paz es para todos, no solo para estos (E23-Bogotá- A).

Consideran que la derecha gobierna solo para sus propios intereses, promoviendo un capitalismo salvaje sin importar la miseria que genera, privilegiando la agenda de las élites y de los Estados Unidos. Afirman que sus seguidores son conformistas con gobiernos injustos y corruptos, además de egoístas, arribistas, indolentes y ventajosos; los califican de racistas, clasistas y misóginos. Creen que las personas de derecha solo se interesan por los negocios, la rentabilidad y el lucro; solo se preocupan por su seguridad, no conocen la realidad, viven en una burbuja.

Son gente con unos ideales de ultraderecha, lo mismo que todos los anteriores quieren solamente plata [...]. Yo creo que el uribismo, más que un partido político, es una religión (E1-Neiva-A). Están de acuerdo en que eso siga igual, que todo lo que ellos están haciendo y todo lo que ellos prometen es una maravilla (E23-Neiva-A). Pero uno todavía ve cómo por ejemplo la ultraderecha aquí se ha beneficiado de eso, de simplemente incentivar el odio como bandera política. El término castrochavismo, que les cayó como anillo al dedo, porque genera más odio y miedo a convertirnos en Venezuela, y ellos se aprovechan de todo eso para generar adeptos, pero no con la esperanza de que todos mejoren, sino con la seguridad de que vamos a seguir iguales (E6-Medellín-A).

Algunos participantes A identifican la dificultad que implica la polarización, ya que impide un debate sobre lo público como proceso de construcción de la democracia y obtura canales de diálogo que conducen a una aporía, en la que cada parte parece cerrarse sobre sí misma, interpretando a la contraparte de forma paranoide (Martín-Baró, 1989):

Igual yo no te digo que yo tenga la verdad revelada y lo que piense es lo ideal. Para mí es lo que pienso; por eso, como la postura mía es tan radical con lo del uribismo, prefiero no hablar con esas personas que son uribistas porque eso es para discusiones que no van a llegar a ningún punto. Ellos tratando de convencerme a mí y yo tratando de convencerlos de que están equivocados, y no llegamos a ninguna parte; que no sé si soy más radical yo o ellos, pero prefiero no hablar con ese tipo de personas (E12-Cali-A).

De la polarización a la violencia: satanización del otro

Cuando opera este perfilamiento de la contraparte, movilizado por creencias y orientaciones emocionales negativas que posibilitan que el otro deje de ser visto como adversario para configurarse en enemigo absoluto, la polarización termina obstruyendo los procesos de construcción de paz y afecta los procesos democráticos. Según Blanco (2007), los primeros pasos en este proceso son la categorización y la distancia social, que se acompañan de dispositivos emocionales que movilizan la indignación, la rabia, el miedo y el odio para facilitar el distanciamiento y los calificativos morales para el otro, que comienza a mirarse desde la sospecha, la desconfianza y el temor, iniciando un proceso de discriminación que descalifica sus ideas, actitudes, intenciones y acciones.

Así, los participantes D atribuyen a las personas y los puntos de vista de la izquierda una especie de maldad, puesto que consideran que sus ideas, propuestas y perspectivas son productoras de deterioro social, caos, pobreza, desorden e inmoralidad, o fuente de destrucción, por lo que les adjudican intereses ocultos que afectarían a la nación. En una lógica excluyente no se reconocen ni se legitiman los objetivos de quienes militan en la izquierda:

Son gente resentida con la sociedad, pues les faltó amor, les faltó afecto, les faltó acompañamiento, entonces se volvieron así (E13-Medellín-D). Yo lo que veo son unas personas soberbias. Yo lo que veo es gente con odio, con resentimiento [...]. Resentidos, resentidos sociales, y uno no puede sembrar odio. Es que no todo el mundo podemos ser igual (E29-Bogotá-D).

- El siguiente diálogo ejemplifica esta situación:
- I: ¿Cuál será el interés que ellos [las personas de izquierda] tienen?
- E4: Desestabilizar el Estado de derecho que tenemos actualmente.
- I: ¿Y con qué fin?
- E4: Con el fin de ellos entrar a tomarse el poder, eso es lo que quieren, imponer sus ideales, imponer todas sus ideas de izquierda [...]. Es que vemos aquí en Sudamérica cómo fue [...]. Claro, gracias a Dios, gracias a Dios la gente se está dando cuenta de que eso fue un sofisma de distracción donde la gente les dijo que iban a vivir una mejor vida y mire [...]. Mire cómo está Venezuela [...]. Después de ser un país tan rico, pero mal administrado (E4-Bucaramanga-D).

Esta calificación de las opciones políticas de izquierda, según algunos de los participantes A, suscita una forma de estigmatización que en Colombia ha sido histórica y que en muchos momentos cerró las puertas de acceso a los lugares de poder y a las transformaciones sociales, políticas y económicas profundas, propias de un Estado social de derecho como el que propone la Constitución de 1991. También, la identificación de posturas progresistas y de centroizquierda con el comunismo es parte de una lógica de polarización histórica, que ha sido causa y al mismo tiempo efecto del conflicto armado (Beristain, 2021; CEV, 2022):

Digamos que una exclusión completa a todo lo que oliera a izquierda, a política que tuviera ese tinte izquierdoso; todo eso estaba tildado de comunismo [...]. Eso es algo muy único en la política colombiana, toda esta historia y este panorama de violencia y de guerrilla han dejado una huella impresionante: un daño muy fuerte en la política. Porque la izquierda en nuestro país no se ha podido desenvolver de manera adecuada, porque ha tenido el estigma, y yo creo que lo va a tener por mucho tiempo, el estigma del tema comunista (E10-Bogotá-A).

Desde este lugar se llega a afirmar, por ejemplo, que “nuestra Constitución, desde que la cambiaron en el 91, fue hecha por narcotraficantes y por gente corrupta” (E23-Cali-D). En el caso de esta investigación puede afirmarse que los participantes D ponen de manifiesto una satanización de las personas, los movimientos y las organizaciones sociales, los partidos políticos y los líderes de izquierda, pues los identifican con todo aquello que se opone a lo que está bien y con la ilegalidad, descalificando absolutamente su postura:

La izquierda es lo contrario, la gente que intenta atacar todo el tiempo a los demás, llevar la contraria; la izquierda es llevar la contraria, ¿sí me entendés? La izquierda es el otro lado, el lado opuesto y también la parte de la ilegalidad [...], son como la revolución, pero la revolución mal entendida, como atacando a los otros, ¿sí? (E20-Medellín-D).

En esta lógica discursiva, la izquierda se parangona con la insurgencia armada y el terrorismo; por tanto, la construcción ideológica avala su exclusión política o su eliminación. Se legitima una perspectiva de seguridad y defensa que, invocando la protección propia y la prevención, justifica el ataque violento, la eliminación y el exterminio de quienes profesan esta “ideología perversa”. Las personas de izquierda serían antisociales que no se pueden tolerar, puesto que transmiten odio y van en contra de la sociedad:

Son incendiarios peligrosísimos. Porque fíjate que ellos no están trabajando por el bien del país [...]. Yo lo que veo es que son unas personas soberbias. Yo lo que veo es gente con odio, con resentimiento, son peligrosísimos. Aquí hay mucha ignorancia, resentidos sociales, y uno no puede sembrar odio. Son peligrosos por lo que te estoy diciendo, por los intereses políticos (E4-Bogotá-D).

Según la CEV (2022), la creencia que vincula cualquier referente de izquierda con el comunismo, sinónimo de dictadura, caos y destrucción, hace parte de la construcción del enemigo interno según las lógicas de seguridad desarrolladas por el Estado colombiano y las élites que estuvieron en el poder a lo largo de la Guerra Fría y que se han mantenido hasta la actualidad. Este sigue siendo un discurso que ofrece réditos electorales a los partidos de derecha, ya que una parte de la población lo asimila y lo repite de forma irreflexiva y sistemática: “Y la verdad el temor es ese, que la guerrilla

coja nuestro país y se vuelva un Venezuela” (E18-Armenia-D). “Uno ya sin comida, sin trabajo, o un Cuba, que allá todo lo pagan dizque con un volante como ‘con esto merca, con esto compra’. ¡No, muy horrible!” (E16-Armenia-D).

Por otra parte, muchos participantes A también manifiestan una disposición a la violencia que hunde sus raíces en la forma como la historia del conflicto armado ha permeado la vida cotidiana y las relaciones políticas: “Entonces, yo soy uno que digo: ‘si a mí me pagaran un billete largo, yo me lleno de dinamita, voy y vuelo a Uribe Vélez y a todos esos hijueputas’, a ver si esto cambia” (E11-Cali-A). Esta forma de comprender el punto de vista adverso limita con la incapacidad de considerar a ese otro como legítimo otro. Se rompe la posibilidad de construir una democracia abierta al debate agonista, deviene un escenario de confrontación antagónica que está en la raíz y también es consecuencia de la militarización de la vida cotidiana que ha generado el conflicto sociopolítico en Colombia (Beristain, 2021; García, 2020). Una lógica de polarización conduce a una interpretación paranoide del otro y a un deseo de eliminarlo antes de que “me haga daño”.

DISCUSIÓN

A partir del análisis de las entrevistas se pueden identificar varios aspectos derivados de las creencias sociales que radicalizan la polarización política, y se bloquean, desde los repertorios psicosociales, los procesos que apuntan a construir paz y democracia. El primero de ellos estriba en que la polarización adquiere matices afectivos y emocionales, no está centrada en disputas ni debates entre marcos ideológicos, sino en el hecho de descalificar y excluir a la contraparte hasta convertirla en antagonista mediante una movilización emocional de indignación, rabia, miedo y odio, articulada desde lugares de poder. Con ello, se abren camino la legitimación de la eliminación, simbólica o real, del adversario, devenido enemigo absoluto, y su posible exterminio. El conflicto sociopolítico colombiano, desde la violencia bipartidista de los siglos XIX y XX, y las lógicas del conflicto armado contemporáneo están ligados a estas formas de interacción polar en el juego político (Angarita *et al.*, 2015; García, 2020; Villa, 2019).

El escenario político se simplifica al traducirse en el enfrentamiento entre “gente de bien” (asociada a la derecha) y “gente de mal” (asociada a la izquierda). Esta reducción negativa del conflicto (Spillmann y Spilhminn,

1991) se expresa a nivel discursivo en la dicotomización (Amossy, 2014), es decir, en el empleo de categorías semánticas antagónicas que radicalizan y dividen la sociedad en polos irreconciliables. Esta es una de las principales características discursivas de las creencias sobre la izquierda y la derecha.

Según los entrevistados, la izquierda, que se autoidentificó a favor del acuerdo de paz, es asociada, en términos positivos, con la búsqueda de equidad y justicia social, una mirada abierta y progresista frente a temas como la redistribución de la riqueza por parte del Estado, la preocupación por los más vulnerables y la inclusión de las minorías (Haidt, 2019). Mientras que, en términos negativos, se relacionó con personas idealistas, que no ofrecen soluciones, no saben gobernar y apoyan ideas o gobiernos comunistas. Al respecto, se destaca la creencia que señala que si la izquierda gobernara, el país se convertiría en una réplica de Cuba o Venezuela. En Colombia, desde una perspectiva histórica, subyace una identificación de la izquierda con la insurgencia armada, a través de un *leitmotiv* discursivo que vincula narcotráfico, terrorismo, guerrilla (búsqueda del poder de forma inmisericorde, avara y codiciosa) y comunismo/izquierda (generación de caos y destrucción) (Villa *et al.*, 2022). De esta manera, se descalifica y se le cierran las puertas para acceder al poder o para contar con suficiente gobernabilidad en caso de acceder a él.

La derecha se asocia principalmente con la legitimación del *statu quo*, la defensa del orden y la seguridad, así como con la búsqueda de estabilidad y la generación de capital (riqueza para beneficio particular) (Haidt, 2019). En términos negativos, la derecha se asocia con un modelo conservador, exacerbado por aspectos como la discriminación, el autoritarismo y el aumento de la brecha entre ricos y pobres, que acrecienta las brechas sociales y la defensa del capitalismo en su forma más salvaje. Puede verse cómo la retórica del conflicto en Colombia privilegia como estrategia discursiva la dicotomización, y como estrategia social la polarización.

En la dinámica de este conflicto se observa cómo se refuerzan mutuamente los tres tipos de polarización presentados por Beristain (2021). Se pueden identificar en el relato de los participantes escenarios de polarización resultado de la agudización del conflicto (primer tipo de polarización), así como de su penetración en el tejido social (segundo tipo de polarización) y las diferentes afectaciones a la población civil. Sin embargo, es preciso señalar que se destaca el enfoque de la polarización intencional, que busca dividir el terreno político entre aquellos que “quieren

la guerra” y aquellos que “están a favor de la paz”; los que “quieren la justicia social” y los que “solo se ocupan de sus intereses egoístas”; los que “traerían caos, destrucción y miseria” y los que “generan estabilidad, orden y libertad”. Esto delimita claramente dos polos del conflicto antagónicos y exclusivos, en los que unos se identifican como el eje del mal y los otros como portadores del bien y la salvación, en un marco de creencias que se asimila a la convicción religiosa.

Este panorama remite a creencias sociales y a normas, valores, metas e ideologías grupales que potencian la diferenciación y el favoritismo endogrupal (Bar-Tal, 1996; Tajfel, 1984), movilizados por dispositivos emocionales que promueven aparentemente un fanatismo blando (Aguirre *et al.*, 2021; Alonso, 2018; Iyengar y Westwood, 2015; Moreno, 2020; Silva, 2014; Suárez, 2021; Velásquez *et al.*, 2021; Villa *et al.*, 2019; Villa y Sarmiento, 2023), pero que, en el caso colombiano, han derivado en diversas formas de violencia simbólica y directa, resultado de la división histórica partidista que no ha posibilitado la construcción de una democracia incluyente.

En las entrevistas puede verse que los procesos de diferenciación en el país llevan, en su gran mayoría, a la exclusión del otro (García, 2020). Todo inicia con el rechazo, el desconocimiento de las ideas y la anulación de las posturas, propiciando la expulsión y, en algunos momentos, la aniquilación. También muestran un alto contenido ideológico, pues los participantes, independientemente de si se definen como de izquierda o de derecha, manifiestan la superioridad del endogrupo, asumiendo que sus valores son preponderantes frente a los del otro grupo (Blanco, 2007). Se encuentra una noción del exogrupo intimidante, que no solo amenaza al endogrupo, sino también al país y a la democracia. Se devalúa al exogrupo y se culpabiliza (Blanco, 2005), pues se asume que el otro grupo es el responsable de llevar al país al fracaso. Se estigmatizan todas las alternativas diferentes a las propias, dando cuenta de un conjunto de creencias compartidas, no necesariamente objetivas, pero que son justificadas internamente (García, 2020; Villorio, 2007).

Según Foucault (2010; 2008), la ideología circula discursivamente en la medida en que se establecen relaciones de saber-poder y se asumen como verdaderas todas sus afirmaciones. Los entrevistados consideran que tienen la razón en cuanto a la importancia de su grupo y a la relevancia de su ideario político en pro del bienestar del país. Por el contrario, sin verificación, asumen que quienes no comparten sus ideas políticas son los

culpables de los problemas pasados, presentes y futuros. Así, toman como válidas y verdaderas las formas en las que ven al endogrupo y al exogrupo, independientemente de cuáles sean estas valoraciones; por ello, distribuyen discursivamente tales creencias (Foucault, 2019).

Esto refleja un conjunto de representaciones sobre sí mismos y los demás que se ha construido, mantenido y difundido en torno a lo político, y que impide un acercamiento entre diversas visiones de Estado y gobierno. Esta dinámica se manifiesta en las relaciones cotidianas, cuando interactúan personas de perspectivas políticas diferentes, asumidas como opuestas y entendidas narrativamente como antagónicas, que pasan del debate a la agresión, la burla, la descalificación, los pactos de silencio, el borramiento y la clausura del otro (Velásquez *et al.*, 2020; 2021; Avendaño y Villa, 2021).

En ese orden de ideas, los resultados, por lo menos desde la perspectiva de estos participantes, permitieron evidenciar la existencia de una retórica del conflicto en la que el enemigo político (Angarita *et al.*, 2015) o adversario agonista (Mouffe, 2014) no existe, pues no hay un interés por gestionar el conflicto de manera democrática y negociada, sino que se busca incrementar la división social, como estrategia. Se presenta, entonces, la construcción de un adversario que tiende a derivar en enemigo absoluto (Schmidt, 1998), configurado para justificar la gestión violenta del conflicto.

Estos enemigos absolutos son cuestionados por sus ideas, por las consecuencias negativas de sus acciones para el pueblo y por su imagen (Charaudeau, 2005). Se resalta en la estrategia de descalificación la alusión al *ethos* contrario como moralmente maligno, y la utilización de recursos retóricos de ridiculización, los ataques *ad hominem* y la movilización de emociones negativas se convierten en formas naturalizadas de ejercer lo político, con lo cual se cierran los caminos para una auténtica democracia, mientras se fortalecen las lógicas de exclusión y violencia que han estado en la base del conflicto armado colombiano. Estos repertorios psicosociales se han empleado en todo el mundo para fortalecer sistemas ideológicos extremistas basados en una realidad mediáticamente distorsionada, que permite confundir, desinformar y polarizar a la opinión pública (Rojas *et al.*, 2020).

En la historia del país, este perfilamiento deslegitimador, que descalifica y propugna por borrar las ideas y el ser del otro, ha conducido a la exclusión política y a la eliminación física del adversario (García, 2020; Villa y Sarmiento, 2023). Al identificar a la contraparte con el mal y señalarla como el origen de este, deja de ser digna de confianza y de empatía, se cierra

así la posibilidad de un acercamiento crítico y colaborativo en pro de la construcción de paz y democracia.

En conclusión, las creencias sociales asociadas a la izquierda y la derecha en Colombia están marcadas por una fuerte polarización política, más que ideológica, de carácter emocional y social, que tiene como elemento central la configuración de los actores como enemigos absolutos. Dicha condición deriva en una gestión violenta del conflicto, pues autoriza no solo la descalificación y la deslegitimación, sino, ante todo, la eliminación real o simbólica del otro. Estas dinámicas han contribuido a ralentizar y bloquear la construcción de paz, democracia y reconciliación.

Vale la pena resaltar que en Colombia existe, a pesar de los diferentes acuerdos de paz firmados, una continuidad del conflicto armado y la violencia armada asociada al control territorial por rentas criminales. Esto sugiere que la firma de acuerdos no ha sido suficiente para eliminar completamente la violencia y la confrontación en el país, que más bien se agudizan. Es necesario identificar qué actores se han beneficiado y se siguen beneficiando tanto de la guerra como de la polarización como continuidad de la confrontación violenta.

En ese sentido, es clave anotar que en Colombia la violencia de los últimos treinta años ha estado anclada a asuntos económicos e intereses criminales articulados con los intereses de las grandes empresas. Así las cosas, la persistencia del conflicto armado y la violencia armada está vinculada a rentas criminales diversas, como el control de la riqueza de los territorios desde una lógica extractivista. Esta conexión entre la violencia y la economía destaca la complejidad del conflicto y la influencia de intereses económicos en su mantenimiento.

La polarización podría leerse entonces como una estrategia de control, puesto que es evidente que está estrechamente relacionada con las estrategias de manipulación y posicionamiento de un solo actor, que es definido como héroe, y de señalamiento y construcción de un enemigo absoluto. Esta polarización se utiliza como una herramienta para mantener y consolidar el poder económico-político, alimentando la confrontación y la división entre diferentes sectores de la sociedad. Los actores invisibles en el escenario del conflicto obtienen importantes beneficios económicos y políticos de la persistencia de la violencia y la polarización. Esta situación plantea interrogantes sobre los intereses que están en juego y las motivaciones detrás de la prolongación del conflicto.

En Colombia, el análisis se hace aún más complejo y multifacético, e involucra una interacción de factores políticos, económicos y sociales. La continuidad del conflicto armado, la polarización política y la influencia de actores invisibles plantean desafíos significativos para la construcción de la paz y la estabilidad de la democracia en el país.

CONCLUSIONES

Los resultados revelaron creencias arraigadas sobre la polarización y convicciones radicales en torno a temas como la seguridad, la justicia, la equidad y la libertad, así como la deslegitimación y la descalificación del adversario político. La polarización no se limita a debates ideológicos, sino que implica la descalificación del otro como enemigo absoluto, alimentando un escenario de confrontación antagónica arraigado en la historia violenta del país.

Se evidencia una clara polarización emocional, de la mano de una exclusión social arraigada. Este fenómeno se caracteriza en Colombia por una intensa movilización emocional que lleva a la descalificación y la exclusión de la contraparte, y que la convierte en un enemigo absoluto. Este fenómeno obstaculiza la construcción de paz y democracia al legitimar la violencia simbólica y directa, pero es importante anotar que esta realidad es fruto de un trabajo mediático intencionado. La dicotomización entre izquierda y derecha simplifica el conflicto político, reduciéndolo a una confrontación entre el bien y el mal. Esta simplificación impide el diálogo constructivo y promueve la confrontación en lugar de la negociación y el consenso.

Las dinámicas de construcción sesgada de la historia juegan un papel crucial en la exacerbación de la polarización política en Colombia. Se busca convencer a la población de que ciertos actores están actuando con principios altruistas, incluso cuando cometen crímenes de lesa humanidad, violan los derechos humanos y pasan por encima de normas constitucionales. La polarización política se alimenta del conflicto armado y viceversa, creando un ciclo que refuerza la confrontación y la división en la sociedad colombiana. Esta dinámica dificulta la construcción de una democracia participativa que sea estable e integral.

Esta investigación amplía la comprensión de cómo la manipulación de la información y la distorsión mediática contribuyen a la polarización, al confundir y desinformar a la opinión pública. Además, se permite entrever

la existencia de fuerzas que se benefician de esta polarización, promoviendo sistemas ideológicos radicales y extremistas que alimentan la confrontación y la división en la sociedad colombiana. Esta situación plantea interrogantes sobre los intereses que están en juego y las motivaciones detrás de la prolongación del conflicto.

Esta línea de investigación es de vital importancia para que nos demos cuenta de nuestras condiciones subjetivas, nuestras creencias prefabricadas. Por ello es importante seguir profundizando en ejes de investigación que puedan dar cuenta de los impactos de la polarización en la democracia y la construcción de paz, y que permitan estudiar cómo la polarización política afecta la calidad de la democracia en Colombia, analizando su influencia en la participación ciudadana, la toma de decisiones y la legitimidad de las instituciones.

Además, se hace necesario explorar estrategias para promover narrativas de reconciliación y construcción de paz en Colombia, que contrarresten la polarización y fomenten el diálogo intersectorial y la inclusión política, así como desarrollar intervenciones psicosociales colectivas para abordar las barreras emocionales y sociales que contribuyen a la polarización política en Colombia, promoviendo la empatía, el entendimiento y la cohesión social. Finalmente, es importante indagar por estrategias mediáticas para desanclar la polarización, acudiendo más a los medios alternativos, pues parecería que los medios masivos insisten en una acción polarizante y sesgada. De esta manera, sería posible abordar no solo las divisiones políticas evidentes, sino también las narrativas distorsionadas que perpetúan la polarización y socavan los esfuerzos por construir la paz y la reconciliación en el país. Además, se fortalecerían las propuestas de investigación al enfocarse en la desarticulación de estas narrativas y la promoción de una información más equilibrada y objetiva como parte de los esfuerzos para superar la polarización.

REFERENCIAS

Aguirre, V., Caucil, E. y Villa, J. D. (2021). Polarización, creencias sociales y orientaciones emocionales movilizadas en facciones políticas: “petristas” y “uribistas” del Área Metropolitana del Valle de Aburrá. En J. D. Villa, V. Andrade y L. M. Quiceno (Eds.), *Orientaciones emocionales colectivas y polarización sociopolítica como barreras psicosociales para la paz, la reconciliación y la reintegración en Colombia* (pp. 279-321). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Alonso, D. (2018). Cultura política en un escenario electoral de polarización en Argentina. *Revista de Investigación Psicológica*, 19(7), 39-59. <http://hdl.handle.net/11336/104399>.

Amossy, R. (2014). *Apologie de la polémique*. Presses Universitaires de France (PUF).

Angarita, P. E., Gallo, H., Jiménez, B. I., Londoño, H., Londoño, D., Medina, G., Mesa, J. A., Ramírez, D., Ramírez, M. E y Ruiz, A. M. (2015). *La construcción del enemigo en el conflicto armado colombiano*. Universidad de Antioquia.

Avendaño, M. y Villa, J. D. (2021). Polarización política y relaciones familiares: Prácticas relacionales y mecanismos de configuración de la postura política como barreras psicosociales para la democracia y la paz en Medellín. *El Ágora USB*, 21(1), 34-60. <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Agora/article/view/5472>.

Bar-Tal, D. (1996). Las creencias grupales como expresión de la identidad social. En J. F. Morales, D. Páez, J. C. Deschamps y S. Worchel (Eds.), *Identidad social: Aproximaciones psicosociales a los grupos y a las relaciones entre grupos* (pp. 255-286). Promolibro.

Bar-Tal, D. (2013). *Intractable conflicts: Socio-psychological foundations and dynamics*. Cambridge University Press.

Bar-Tal, D. y Halperin, E. (2011). Socio-psychological barriers to conflict resolution. En D. Bar-Tal (Ed.), *Intergroup conflicts and their resolution: A social psychological perspective* (pp. 217-240). Psychology Press.

Bar-Tal, D. y Halperin, E. (2014). Barreras sociopsicológicas para la paz e ideas para superarlas. *Revista de Psicología Social*, 29(1), 15-30.

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.

Barrera, D. y Villa, J. D. (2018). Barreras psicosociales para la paz y la reconciliación: aproximación a un estado de la cuestión. *El Ágora USB*, 18(2), 459-478. <https://doi.org/10.21500/16578031.3828>.

Basset, Y. (2018). Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, 52(2), 241-265.

Beristain, C. (2021). *Diálogos con Ignacio Martín-Baró sobre conflicto y polarización social*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Blair, E. (1995). La imagen del enemigo: ¿un nuevo imaginario social? *Estudios Políticos*, 6, 47-71. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/15666>.

Blanco, A. (2005). Obediencia, desindividuación e ideología: el drama de la libertad. En A. Blanco, R. Águila y J. M. Sabucedo (Eds.), *Madrid 11-M. Un análisis del mal y sus consecuencias* (pp. 153-187). Trotta.

Blanco, A. (2007). La condición de enemigo. El ocaso de la inocencia. En M. Cancio y L. Pozuelo (Eds.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (pp. 259-305). Thomson, Civitas.

Blanco, A. y Gaborit, M. (2016). La racionalidad inmanente a la psicología como ciencia y como profesión. En I. Martín-Baró (Ed.), *El realismo crítico: fundamentos y aplicaciones* (pp. 3-75). UCA Editores.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV). (2022). *Informe final. Tomo I: Hallazgos y recomendaciones*. <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>.

Charaudeau, P. (2005). *Le discours politique. Les maques du pouvoir*. Vuibert.

Estrada, C., Oliveros, J. y Rentería, L. (2019). Emociones sociales que constituyen barreras psicosociales para el perdón y la reconciliación en Medellín. En J. Carmona y F. Moreno (Eds.), *Reconstrucción de subjetividades, identidades y del tejido social en contextos afectados por la guerra en Colombia. XIV Cátedra Mercedes Rodrigo* (pp. 388-406). Universidad de Manizales.

Falla, D. J. (2020). *El uso de la polarización en los discursos públicos de los candidatos a la presidencia de Colombia, 2018-2022*. [Tesis de grado]. Instituto de Psicología, Universidad del Valle, Cali, Colombia. <https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/server/api/core/bitstreams/76815f74-129c-4003-ada5-7ae4984e48df/content>. *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2010). *La arqueología del saber*. Siglo XXI.

Foucault, M. (2019). *Microfísica del poder*. Siglo XXI.

García, M. (2020). *El país de las emociones tristes: una explicación de los pesares de Colombia desde las emociones, las furias y los odios*. Ariel.

Gibbs, G. (2012). *El análisis de datos cualitativos en investigación cualitativa*. Ediciones Morata.

González, D. M. (2015). Estado del arte: La familia como texto y contexto para la socialización política de los niños y las niñas. *Katharsis*, (19), 99-134. <https://doi.org/10.25057/25005731.491>.

Haidt, J. (2019). *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata*. Ariel-Planeta.

Hernández, J. C. y Echeverri, L. M. (2018). Democracia electoral en Colombia desde una visión de competencia. *El Ágora USB*, 18(2), 496-511. <https://doi.org/10.21500/16578031.3829>.

Hernández, R., Fernández, C. y Sampieri, P. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.

Iyengar, S. y Westwood, S. (2015). Fear and loathing across party lines: New evidence on group polarization. *American Journal of Political Science*, 59(3), 690-707. <https://www.jstor.org/stable/24583091>.

Kessler, G. y Vommaro, G. (2023). Forms of discontent in Latin America: Polarization, generalized discontent and divisive leaderships. *Changing Societies and Political Discontent*, ILAS-Columbia University, 30-31 de marzo.

López de la Roche, F. E. (2019). Posverdad, ideología y odio en la movilización del Centro Democrático del 1 de abril de 2017 contra el presidente Santos y el proceso de paz: análisis del registro fotográfico del evento. En S. Roncallo-Dow, J. D. Cárdenas Ruiz y J. C. Gómez Giraldo (Eds.), *Nosotros, Colombia... Comunicación, paz y posconflicto* (pp. 41-80). Universidad de la Sabana y Editorial Eafit.

Manfredi, J. L., Amado, A. y Waisbor, S. (2021). Twitter presidencial ante la covid-19: entre el populismo y la política pop. *Comunicar*, 66(XXIX), 83-94. <https://doi.org/10.3916/C66-2021-07>.

Martín-Baró, I. (1989). La violencia política y la guerra como causas del trauma psicosocial en El Salvador. En I. Martín-Baró (Ed.), *Psicología social de la guerra: trauma y terapia* (pp. 66-87). UCA Editores.

Morales, Y., Villasmil, J. y Martínez, R. (2018). Contexto histórico-político de Colombia y su influencia en la socialización política familiar. *Revista de Ciencias Sociales*, XXIV(1), 57-66. <http://hdl.handle.net/20.500.12442/2357>.

Moreno, S. (2020). Polarización política y fanatismo “blando”: una hipótesis semiótica. *DeSignis*, 33, 143-158. <https://www.designisfels.net/capitulo/i33-11-polarizacion-politica-y-fanatismo-blando-una-hipotesis-semiotica/>.

Mouffe, C. (2011). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Fondo de Cultura Económica.

Mouffe, C. (2014). *Agonística: pensar el mundo políticamente*. Fondo de Cultura Económica.

Mouffe, C. y Laclau, E. (2004). *Hegemonía y estrategia socialista*. Fondo de Cultura Económica.

Murillo, F. (2020). *¿Votamos como lo dictan nuestras creencias políticas? Sincronías y diacronías entre las creencias políticas y las preferencias electorales en Medellín en torno a los candidatos Iván Duque, Sergio Fajardo y Gustavo Petro en el marco de las elecciones presidenciales del 2018*. [Tesis de maestría]. FLACSO. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/17040>.

Nasi, C. y Hurtado, M. (2018). Las elecciones presidenciales del 2014 y las negociaciones de paz con las FARC: cuando la estrategia de polarizar no basta para ganar. En F. Botero, M. García y L. Wills (Comps.), *Polarización y posconflicto: las elecciones nacionales y locales, 2014-2017* (pp. 229-267). Universidad de los Andes.

Prada, O. y Romero, L. M. (2018). Polarización y demonización en la campaña presidencial de Colombia de 2018: análisis del comportamiento comunicacional en el Twitter de Gustavo Petro e Iván Duque. *Revista Humanidades*, 9(1), 1-26. <https://doi.org/10.15517/h.v9i1.35343>.

Pulido, P., Rojas, L., Restrepo, H., Zambrano, S. y Barreto, I. (2020). Estilos lingüísticos y emociones intergrupales en el plebiscito: Un análisis en la red social digital Twitter. En D. Rico y I. Medina (eds.), *Construcción de paz en el postacuerdo: Avances, tensiones y desafíos* (pp. 17-37). Ediciones Uninorte.

Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia (2018). Resultado del preconteo, 2.^{da} vuelta. https://elecciones1.registraduria.gov.co/pre_pres_2018/resultados/2html/resultados.html.

Rettberg, A. y Quiroga, D. (2018). Más allá de la firma: las elecciones legislativas (2014) y locales (2015) y la implementación de la paz en Colombia. En F. Botero, M. García y L. Wills (Comps.), *Polarización y posconflicto: las elecciones nacionales y locales, 2014-2017* (pp. 177-207). Universidad de los Andes.

Rico, D. y Barreto, I. (2021). Unfreezing of the conflict due to the peace agreement with FARC-EP in Colombia: Signature (2016) and implementation (2018). *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*. <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000545>.

Rojas, O., Insuasty, A., Valencia, J. F., Mesa, N. y Zuluaga, H. (2020). Teoría social del falso positivo. *Kavilando*. <https://www.kavilando.org/lineas-kavilando/conflicto-social-y-paz/8171-teoria-social-del-falso-positivo>.

Romero, L., Chaves, A. y Torres, Á. (2018). Neopopulismo, poder y control social: las competencias mediáticas en ideología y valores como defensa de la ciudadanía. *Lumina*, 12(1), 40-54. <https://doi.org/10.34019/1981-4070.2018.v12.21492>.

Roncallo, S., Cárdenas, J. D. y Gómez, J. C. (2019). *Nosotros, Colombia... Comunicación, paz y posconflicto*. Universidad de la Sabana y Editorial Eafit.

Rosler, N., Hagage, H., y Bar-Tal, D. (2020). Rhetorical expressions of ethos of conflict and policymaking in intractable conflict by leaders: A comparative study of two israeli prime ministers. *Peace and Conflict Journal of Peace Psychology*, 27(3), 381-392. <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000491>.

Schmidt, C. (1998). *El concepto de lo político*. Alianza Editorial.

Silva, S. (2014). Polarización en Colombia: superar mitos y aceptar realidades. *El Eafitense*, 106, 122-139. <https://www.eafit.edu.co/medios/eleafitense/106/Paginas/polarizacion-en-colombia.aspx>.

Spillmann, K. y Spillhminn, K. (1991). L'Image de l'ennemi et l'escalade des conflits. Unesco (1991). *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, XLIII(1), 59-79. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000088109_fre.

Suárez, E. J. (2021). La polarización política como problema de salud pública durante la pandemia de covid-19. *Cuadernos Filosóficos / Segunda Época*, 18, 1-18. <https://doi.org/10.35305/cf2.vi18.130>.

Tajfel, H. (1984). *Grupos humanos y categorías sociales*. Herder.

Velásquez, Y. N., Barrera, D. y Villa, J. D. (2020). Polarización política, relaciones familiares y barreras psicosociales para la paz en Me-

dellín-Colombia. *Revista de Paz y Conflictos*, 13(1), 149-174. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/9529>.

Velásquez, Y. N., Barrera, D. y Villa, J. D. (2021). “Yo no sé si se pueda separar la postura política de lo que una persona es”. Construcción de identidad social y relación con la diferencia política en familias. En J. D. Villa, V. Andrade y L. M. Quiceno (Eds.), *Orientaciones emocionales colectivas y polarización sociopolítica como barreras psicosociales para la paz, la reconciliación y la reintegración en Colombia* (pp. 323-369). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

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. XIV Cátedra Colombiana de Psicología Mercedes Rodrigo* (pp. 365-387). Editorial Universidad de Manizales y ASCOFAPSI.

Villa, J. D., Díaz, I. L., Barrera, D., Velásquez, Y. 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. M. Quiceno (Eds.), *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (pp. 24-59). Universidad Pontificia Bolivariana. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/9575>.

Villa, J. D., Quiceno, L. M., Aguirre, V. y Causil, E. (2019). El fenómeno de polarización entre “petristas” y “uribistas” de la ciudad de Medellín: creencias y emociones movilizadas en los grupos frente al adversario y sus respectivas figuras políticas. *Kavilando*, 11(21), 266-287. <https://www.kavilando.org/revista/index.php/kavilando/article/view/345>.

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), 18-52. <https://doi.org/10.21500/16578031.4642>.

Villa, J. D., Velásquez, M., Piedrahíta, M., Barrera, D., Quiceno, L. e Insuasty, A. (2022). Los hilos invisibles de la memoria hegemónica: representaciones sociales de hechos históricos, olvidos convenientes y silencios instalados. *Ratio Juris*, 17(35), 1-26. <https://doi.org/10.24142/raju.v17n35a10>.

Villa, J. D. y Sarmiento, J. C. (2023). Polarización y creencias sociales en algunos militantes políticos antagónicos en el marco del posconflicto en Colombia. *Revista Guillermo de Ockham*, 21(2), 7-29. <https://doi.org/10.21500/22563202.5433>.

Villorio, L. (2007). *El concepto de ideología y otros ensayos*. Fondo de Cultura Económica.

Waisbord, S. (2020). ¿Es válido atribuir la polarización política a la comunicación digital?: sobre burbujas, plataformas y polarización afectiva. *Revista SAAP: Sociedad Argentina de Análisis Político*, 14(2), 249-279. <https://revista.saap.org.ar/contenido/revista-v14-n2/r AAP.14.2.A1.pdf>.

RESEARCH ARTICLE

POLITICAL IDEOLOGY, SOCIAL BELIEFS, AND
POLARIZATION AS PSYCHOSOCIAL BARRIERS TO
DEMOCRACY AND PEACE IN COLOMBIA 2016–2020*

IDEOLOGÍA POLÍTICA, CREENCIAS SOCIALES
Y POLARIZACIÓN COMO OBSTÁCULOS PSICOSOCIALES
PARA LA DEMOCRACIA Y LA PAZ EN COLOMBIA 2016–2020

IDEOLOGIA POLÍTICA, CRENÇAS SOCIAIS E POLARIZAÇÃO
COMO OBSTÁCULOS PSICOSSOCIAIS PARA
A DEMOCRACIA E A PAZ NA COLÔMBIA 2016–2020

JUAN DAVID VILLA-GÓMEZ**

IVONNE LEADITH DÍAZ-PÉREZ***

TATIANA SAAVEDRA-FLOREZ****

CARLOS ANDRÉS SANCHEZ-JARAMILLO*****

ALFONSO INSUASTY RODRÍGUEZ*****

Received: September 26, 2023 – Accepted: January 22, 2024 –

Published: June 29, 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a7

* The study described in this article is situated at the intersection of two research projects: *Barreiras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia* (Psychosocial Barriers to Peacebuilding and Reconciliation in Colombia) and *Subjetividades políticas en contextos de crisis de la democracia* (Political Subjectivities in Contexts of Democratic Crisis) (Internal Code: 65622949). These projects have been carried out by Universidad Pontificia Bolivariana in partnership with other universities. In the present study, research groups of Pontificia Universidad Javeriana (Cali) and Universidad de San Buenaventura (Medellín and Cali) were involved.

RESUMEN

El estudio presentado en este artículo tiene como **objetivo** comprender las creencias sociales en tanto se configuran como ideología y están asociadas a la polarización política y su impacto, de tal manera que se constituyen en obstáculos psicosociales para la paz y la democracia en Colombia entre 2016 y 2020. Se empleó un **método** cualitativo desde una perspectiva hermenéutica, a través del cual se realizaron o a 256 entrevistas fenomenológicas y en profundidad a participantes de 9 ciudades del país. **Los resultados** revelaron creencias arraigadas sobre la polarización y convicciones radicales en torno a temas como seguridad, justicia, equidad y libertad, así como deslegitimación y descalificación del adversario político. En este marco más que una lógica de polarización ideológica se constituyen escenarios de polarización afectiva. Por lo que, se **concluye** que la polarización no se limita a una contraposición ideológica, sino que implica la descalificación del otro como enemigo absoluto, alimentando un escenario de confrontación antagónica arraigado en la historia violenta del país.

-
- ** Associate Professor at the School of Psychology of Universidad Pontificia Bolivariana. Member of the research group in psychology: Sujeto, Sociedad y Trabajo (GIP). Email: juan.villag@upb.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9715-5281>. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=hUy2wG0AAAAJ>. CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001486362
- *** Research Professor at Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Member of the research group: Bienestar, Trabajo, Cultura y Sociedad (BITACUS) of Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Email: idadiaz@javerianacali.edu.co. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6084-2136?lang=es>. Google Scholar: <http://scholar.google.es/citations?user=4R9V6MAAAAAJ&hl=es>
- **** Research Professor at Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Member of the research group: De Humanitate. Email: tsaavedra@javerianacali.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7875-1785>. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=On2CO5IAAAAJ&hl=en&oi=ao>
- ***** Researcher at Universidad de San Buenaventura (Cali). Email: casanchezj@usbcali.edu.co. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1711-0068>. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=Wwpw-8IAAAAJ&hl=es>
- ***** Associate Professor at DICEH and member of the research group GIDPAD of Universidad de San Buenaventura (Medellín). Research Professor at the Master's Degree in Science, Technology, Society, and Innovation of Institución Universitaria ITM. Member of Red Interuniversitaria por la Paz (REDIPIAZ). Email: Alfonso.insuasty@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2880-1371>

Palabras clave: Barreras psicosociales para la paz, creencias sociales, ethos del conflicto, ideología, polarización, conflicto armado, construcción de paz, crisis de la democracia.

Abstract

The study presented in this article aims to understand social beliefs as they configure themselves into ideology and become associated with political polarization, thus constituting psychosocial barriers to peace and democracy in Colombia between 2016 and 2020. Employing a qualitative methodology from a hermeneutic perspective, 256 in-depth phenomenological interviews were conducted with participants from nine cities across the country. The results unveiled deeply entrenched beliefs concerning polarization and radical convictions regarding security, justice, equity, and freedom. Moreover, there was evidence of delegitimization and disqualification of the political adversary. In this context, rather than merely ideological divergence, affective polarization scenarios were constituted. Therefore, it can be asserted that polarization extends beyond ideological opposition, encompassing the demonization of the adversary, thereby perpetrating a scenario of antagonistic confrontation that is rooted in the violent history of the country.

Keywords: Psychosocial barriers to peace, social beliefs, ethos of conflict, ideology, polarization, armed conflict, peacebuilding, democracy crisis.

Resumo

O estudo apresentado neste artigo tem como objetivo compreender as crenças sociais na medida em que se configuram como ideologia e estão associadas à polarização política e seu impacto, de modo que se constituem em obstáculos psicossociais para a paz e a democracia na Colômbia entre 2016 e 2020. Foi utilizado um método qualitativo a partir de uma perspectiva hermenêutica, através do qual foram realizadas 256 entrevistas fenomenológicas e em profundidade com participantes de 9 cidades do país. Os resultados revelaram crenças arraigadas sobre a polarização e convicções radicais em torno de

temas como segurança, justiça, equidade e liberdade, bem como deslegitimação e desqualificação do adversário político. Neste contexto, mais do que uma lógica de polarização ideológica, são constituídos cenários de polarização afetiva. Portanto, conclui-se que a polarização não se limita a uma oposição ideológica, mas implica a desqualificação do outro como inimigo absoluto, alimentando um cenário de confronto antagônico enraizado na história violenta do país.

Palavras-chave: Barreiras psicossociais para a paz, crenças sociais, ethos do conflito, ideologia, polarização, conflito armado, construção da paz, crise da democracia.

INTRODUCTION

In recent years, social psychology, political science, social sciences, and political psychology have been analyzing the impact of polarization on democratic debate and the barriers it creates for reaching agreements on public policies and state action. As part of the research project *Barreras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia* (*Psychosocial Barriers to Peacebuilding and Reconciliation in Colombia*), conducted in nine cities in Colombia (Neiva, Bucaramanga, Medellín, Cali, Palmira, Pereira, Armenia, Quibdó, and Bogotá) between the second semester of 2018 and the first semester of 2020, a question emerged about the political and social relations between collectives and groups within a society and the way debates, links, ruptures, discussions, and interactions are established regarding the various problems affecting the country.

This question has been taken up in the research project *Subjetividades políticas en contextos de crisis de la democracia* (*Political Subjectivities in Contexts of Democratic Crisis*). Within the disciplinary framework of social and political psychology, this study has proposed to describe and analyze processes of polarization and soft fanaticism to comprehend the social beliefs that have become psychosocial repertoires, have obstructed the construction of a stable and lasting peace, and have exacerbated the crisis of democracy in Colombia. This analysis has been performed between 2016 and 2020.

Before this period, as outlined by Roncallo-Dow et al. (2019), the country was immersed in a process of polarization in the context of the 2014 presidential election. This scenario constituted a kind of first plebiscite on the political negotiation of the conflict between the state and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People’s Army (abbreviated FARC-EP in Spanish), in which the process initiated by the then-presidential candidate Juan Manuel Santos was at stake, as opposed to the candidate of the Centro Democrático party, Oscar Iván Zuluaga. In this context, both candidates employed various methods and strategies to mobilize the electorate’s emotions on this issue, thereby dividing the citizenry (Nasi & Hurtado, 2018).

Subsequently, Colombia experienced two situations that created division in the social and political dynamics of the country. The first was the peace plebiscite, which called for a decision on whether or not to approve the agreement signed between the FARC-EP and the Santos government.

The “No” vote won by a narrow margin (49.78% for “Yes” and 50.21% for “No”), which worsened the emotional climate of polarization in the country (Estrada et al., 2019; Rico-Revelo & Barreto, 2021; Basset, 2018; Pulido et al., 2020). Nevertheless, a nearly 60% abstention rate also indicated a certain degree of apathy among some segments of the population. During the plebiscite process, post-truth, fake news, and other manipulation strategies were disseminated in social networks, the press, radio, and television, influencing the electorate (Basset, 2018; López de la Roche, 2019). Therefore, this study focuses on the shared beliefs and ideological constructs of those who took part in this electoral contest.

The second situation took place throughout Santos’ second presidential term. There was a division in society regarding the negotiated end of the conflict, which broadened during the 2018 presidential campaign. In this election, Iván Duque, representing the Centro Democrático party, proposed the dissolution of the peace agreement and received 10,373,080 votes (53.98%). His opponent, Gustavo Petro, from the leftist Colombia Humana party, who advocated strengthening the implementation of the agreement, garnered 8,034,189 votes (41.81%) (National Registry of Civil Status of Colombia, 2018). Indeed, Duque’s government slowed down the implementation of the peace agreement, thereby spreading a profound societal discord. This also obstructed the communities’ and general population’s understanding of the implications of this peacebuilding process for the country (Rettberg & Quiroga Ángel, 2018).

Socio-psychological or psychosocial barriers to peace are associated with a series of cognitive, narrative, and affective repertoires that perpetuate conflicts and hinder peacebuilding. These repertoires engender an ethos of conflict shaped by radical, biased, and distorted social beliefs that favor its continuity over time (Bar-Tal & Halperin, 2011, 2014; Bar-Tal et al., 2010; Barrera & Villa, 2018; Rosler et al., 2020; Villa et al., 2021).

These social beliefs constitute a fundamental aspect of the cognitive representations that, together with the self-categorization of the self, define the social identity of the members of a group. They also serve to generate a sense of belonging and to guide actions. Moreover, they involve norms, values, goals, and group ideologies that motivate the process of differentiation and in-group favoritism. Some of these beliefs are assumed to be true and originate in social stereotypes and prejudices constructed by the group (Bar-Tal, 1996, 2013; Tajfel, 1984).

The set of beliefs shared by a social group is part of the ideology and is neither justified nor completely objective. Rather, it serves to fulfill a social function associated with political power. The enunciation of these beliefs makes it possible to accomplish a given goal, either by favoring an achievement or by maintaining the power of that group. These beliefs are shaped by the social situation and the position in the relations of production in a particular context. They also reflect the ties of union of the subjects with the groups to which they belong. For this reason, ideology has a social function, implies collective acceptance, and plays a role in processes of domination (Villorio, 2007).

Ideology, as an ordered system of ideas and conceptions shared by a group, determines social relations, organizes the world, and explains and justifies ends and objectives for action (Bar-Tal, 1996, 2013; Villorio, 2007). In contexts of conflict, according to Blanco (2005), it may constitute beliefs that make the group (in-group) feel superior and consider its values to be better than those of the adversary (out-group). This opposing group is categorized as a threat against which vulnerability is experienced and its members are blamed for past or present grievances, thereby devaluing, disqualifying, and dehumanizing them.

Family tradition, school, friends, social media, and mass media play a fundamental role in the development of frameworks for understanding reality that configure ideological processes, as they distribute values, beliefs, and political ideologies that affect emotions, personal actions, and daily relationships (Avendaño & Villa, 2021; González, 2015; Morales et al., 2018; Romero-Rodríguez et al., 2018; Velásquez et al., 2020, 2021; Villa et al., 2020).

Ideology is complemented by the circulation of knowledge around power and from a concrete exercise of domination. It can reveal itself in everyday life, social relations, the political arena, and even science, although it is always related to its practices (Foucault, 2008; 2010). This illustrates the underlying rationale behind the formation of representations and knowledge, expressed in a continuous discourse, which implies that it is always opposed to a notion of truth that cannot be separated from knowledge–power. The notion of truth is only applicable within the context of specific discourses that are not necessarily true or false. Consequently, ideology is contingent upon a specific context, related to particular discourses and subjects, and circumscribed by micro or macro structures (Foucault, 2019).

Polarization, in its ideological sense, is understood as a difference in conceptions about the state, the economy, and society in the democratic disputes between candidates, parties, and voters. Although considered normal and an integral part of the political system of the rule of law, polarization has become a contemporary challenge to democracy due to the escalation of political radicalization (Kessler & Vommario, 2023; Waisbord, 2020). These authors posit that as scenarios of emotional disputes and opposition are created, a binary and radical logic that denies the other is established, increasing the dynamics of political sectarianism that threatens tolerance and destroys the diversity of perspectives.

Some studies have found that polarization includes affective aspects related to ideology that foster the difference between groups, favoring severe divisions between *us* and *them*. This is because personalistic links are established with electoral candidates that lead to a consideration of the other as an enemy. Hence, polarization has an emotional and affective dimension that unfolds in social life and everyday relationships and goes beyond ideological opposition. For various authors, it is an affective polarization associated with social beliefs and the configuration of the other as an enemy or adversary. This results in moral disqualification of the opponent, oversimplification of their position, exacerbation of disputes in everyday interactions, and personalization of political events. These dynamics ultimately derive in the exclusion of individuals or groups, the use of symbolic violence, and the emergence of fanaticisms that the authors categorize as “soft” (Aguirre et al., 2021; Alonso, 2018; Iyengar & Westwood, 2015; Moreno-Barreneche, 2020; Murillo, 2020; Silva, 2014; Suárez-Ruiz, 2021; Velásquez et al., 2021; Villa et al., 2019; Villa & Sarmiento, 2023).

Other researchers concur with this perspective, stating that the intensification of certain political emotions (indignation, hatred, rage, resentment, anger, fear, among others) is associated with polarization processes. These emotions may cause distancing between individuals, influencing thought and action in an unreflective manner that may give rise to soft fanaticism, both during electoral periods and in daily life. This situation further fragments society and, in some cases, can be a catalyst or justification for forms of symbolic or physical violence (Aguirre et al., 2021; Falla Mera, 2020; Hernández Díaz & Echeverri Martínez, 2018; Manfredi-Sánchez et al., 2021; Moreno-Barreneche, 2020; Murillo, 2020; Prada & Romero, 2018; Velásquez et al., 2020, 2021).

In the political arena, polarization is clearly visible because it is where the attitudes and beliefs that collectives profess grow more intense. For Martín Beristain (2021), polarization is the process by which positions on an issue or situation are reduced to opposing schemes that are mutually exclusive, as the approach to one pole implies the distancing and rejection of the other. Polarization, therefore, entails that one's own thinking is subsumed by the ideological framework of the group with which one identifies, leading to the rejection of the opposing positions and the people who hold them. According to this same author, three phenomena can reinforce polarization: the aggravation of the armed conflict, the emergence of a form of violence that penetrates and breaks the social fabric, and the attempt to position society in opposite extremes as a strategy to prevail in a conflict. In the latter scenario, referred to as *intentional polarization*, adversaries are labeled as the “incarnation of evil,” which dehumanizes them and further divides society.

In this last form, political adversaries are constructed as enemies that must be eliminated, either symbolically, through the disqualification and denial of their humanity, or in a real manner, as in the long Colombian history of bipartisan political violence during the 19th and 20th centuries, or in the framework of the contemporary armed conflict. As Angarita et al. (2015) have observed, when the opponent becomes an enemy that must be eradicated, the conflict degenerates.

In this process of enemy construction, Angarita et al. (2015) distinguish between the political enemy and the absolute enemy. The political enemy engages in confrontation and competition for power in the political arena, where dissent and negotiation of differences are a fundamental part of modern democracies. As a result, this process constitutes an agonistic rather than an antagonistic process (Mouffe, 2011, 2014). The friend–enemy relationship does not exist, and the notion of adversary is introduced. This is because left and right share democratic principles of freedom and equality—a matter that allows parties to treat each other's claims with respect (Mouffe, 2011, 2014; Mouffe & Laclau, 2004).

On the other hand, the absolute enemy is considered to be detached from humanity, which justifies their annihilation. According to Angarita et al. (2015), conflict is degraded when the opponent is considered an enemy to be eliminated, denying their humanity and promoting their extermination regardless of how it is carried out. Consequently, there is no moral or ratio-

nal limit to the annihilation of the opponent (Angarita et al., 2015; Schmidt, 1998), which results in the violent management of the political contradiction (Villa et al., 2022; Villa & Sarmiento, 2023). Various political sectors appeal to the absolute enemy to affirm in-group identities about that other, who acts as an external and alien entity to the identity construction they wish to reinforce and to the senses of belonging that develop among the members of this group (Tajfel, 1984).

Angarita et al. (2015) consider this a discursive maneuver that leads to conferring enemies an animal identity to differentiate them from humans and justify their criminalization, hunting, capture, torture, or murder without any remorse. This process, they argue, eliminates any form of compassion or consideration and strips them of all rights. However, neither side acknowledges this process of dehumanization of the other.

Authors such as Amossy (2014), Charaudeau (2005), and Mouffe (2011, 2014) have described this strategy of disqualifying the adversary or constructing the enemy as one of the main causes of the current global crisis of democracy. This implies that the agonistic debate within the framework of an ideological opposition moves to another plane, where the contender is transformed into an antagonist whose position and existence is excluded. This is a zero-sum logic where only one's own point of view must be imposed, while that of the adversary must be disqualified, delegitimized, and erased. Angarita et al. (2015), Blair (1995), Villa (2019), and Villa et al. (2022) have proposed that this problem may be a contributing factor to the Colombian conflict and may constitute the psychosocial repertoire that makes it challenging to achieve peace and consolidate democracy.

Amossy (2014) links political polarization with polemical discourse, characterized by three modes of violent conflict management: dichotomization, polarization, and disqualification of the other. From this perspective, dichotomization refers to the clash of opposing, irreconcilable, and excluding opinions that radicalize the debate to the point of making it impossible to resolve. The author posits that controversy gives rise to a two-pole discursive scenario, which is reduced to two semantic categories distributed in a binary opposition. This demonstrates that conflicting discourses exist if and only if there is an opponent that delimits and frames them. Thus, in each debate, each party incorporates the opposing discourse into their own, inverting its sense and meaning. The adversary is used and referred to solely to transform them into a negative version and the nemesis of one's own discourse.

Polarization is a process by which an audience with divergent positions—which can express itself through various textures of discourse—ends up grouping and merging, typically into two contrasting and excluding collectives, with assumed fundamental points of view and values that each group shares in solidarity (Amossy, 2014). This is how enemy camps are established, more as a relational phenomenon than as an abstract division of antagonistic theses. In this regrouping by identification, adversaries are disqualified to strengthen the identity of the group; the opponent is invalidated or presented pejoratively; and denigration maneuvers are used to discredit them and pigeonhole them as biased and ill-intentioned.

Charaudeau (2005) proposes disqualifying the adversary as one of the main strategies employed in certain political discourses, which focus on stigmatizing the other as a source of evil. This is achieved by pointing out the negative consequences of their ideas for the people or for their image itself. In other words, the aim is to configure their ethos. This strategy employs resources such as irony, mockery, the pointing out of contradictions, and the manipulation of the citizenry.

Spillmann and Spillhminn (1991) posit that the image of enemies is constructed on mistrust due to the perception of their motives as immoral or fraudulent. They are attributed with a negative attitude due to the assumption that they would always have the intention of harming their own group. For this reason, they are held responsible for the negative things that have happened in the past, are happening in the present, and are to happen in the future. Consequently, they are labeled as an evil target that must be destroyed. This process of negative simplification involves the denial of the enemies' identity and the suspension of empathy. As a result, their elimination, both symbolic and real, is justified.

Based on this description, Blair (1995) points out that the “representation of the enemy” imbues the interpretation of political reality with meaning in the Colombian society. As a result, the enemy is configured as an element of the political subjectivation process. Around the enemy, meanings, references, and common scenarios are collectively constructed among diverse social groups. Thus, political polarization and enemy construction converge in the radicalization of extreme thoughts that have ultimately hindered peace and democracy in the country.

In Colombia, we can identify a sum of intentions, considering the signing of significant agreements with paramilitary groups in 2005, the

subsequent achievement of a peace agreement with the FARC-EP in 2016, and the current efforts to formalize a state policy called Total Peace. This policy involves negotiation processes with the National Liberation Army (abbreviated ELN in Spanish) and exploratory processes with organized armed groups anchored to the dynamics of illegal activities and territorial control. The objective of these processes is to submit these groups to justice. However, some authors have warned that these groups are a legacy of paramilitarism that, in some cases, have links with political, business, and military sectors. The Special Jurisdiction for Peace (abbreviated JEP in Spanish) has facilitated the uncovering of these connections in its justice administration processes, with the support of the reports of the National Center for Historical Memory and the Truth Commission (Commission for the Elucidation of Truth, 2022).

Polarization and war are inextricably linked. They are phenomena that intertwine and unfold according to the interests of the actors involved. It is crucial to keep in mind that non-visible actors ultimately reap significant economic and political benefits from these phenomena, which feed large and powerful national and international businesses.

METHODOLOGY

Type of study

This qualitative study employed a transdisciplinary approach, incorporating insights from political psychology, critical social psychology, and critical realism (Blanco & Gaborit, 2016). To gather information, a series of phenomenological and in-depth interviews were conducted. Additionally, a hermeneutic perspective was utilized to elucidate the social beliefs that have impeded peacebuilding efforts.

Participants

The sampling was intentional, theoretical, typological, and purposive (Hernández et al., 2014). The process involved selecting participants based on their position on the peace agreement. The interviews were conducted in each city until each of the categories was saturated. Participants had to meet the following criteria: being adults regardless of gender, having different

socioeconomic strata, living in urban areas, having different levels of schooling, and having different professions. A further criterion was having voted in the 2016 plebiscite and in the 2018 presidential elections. In addition, participants were required not to be part of political parties, NGOs, victims' organizations, human rights organizations, or social movements. Furthermore, they were not to be government officials with expertise in these issues or scholars dedicated to the armed conflict. The participants (N=256) are identified in the following table:

Table 1. *Participants of the study*

City	Men	Women	Total
Bogotá	15	15	30
Medellín	19	25	44
Cali	25	11	36
Neiva	17	13	30
Bucaramanga	12	20	32
Pereira	4	6	10
Armenia	18	10	28
Quibdó	13	18	31
Palmira	6	9	15
Total	129	127	256

Note. Number of participants per city. Source: Own work.

The categorization of the participants according to their position on the peace agreement (A: agreement, D: disagreement, Amb: ambivalent) was determined by two criteria: their vote in the plebiscite and their own testimony, which provided an account of their ideological position and their beliefs concerning politics.

Data collection technique

Data were collected through phenomenological and in-depth interviews. Although a semi-structured guide was employed, the method focused on the conversation with participants, which gave rise to in-depth questions on their points of view, feelings, and framework of beliefs. This opened the way to discover their ideological positions, convictions, and emotional dispositions regarding the issues discussed. The guide addressed questions and topics related to the origin and process of the armed conflict and its actors. Conversations were developed around their conceptions of peace and their positions on the political negotiation of the armed conflict. In this conversational process, the phenomenon of ideological and affective polarization emerged, which serves as the rationale for this manuscript.

Procedure

The interviews were recorded after the participants had signed the informed consent form. The interviews were then transcribed in full and the content was analyzed using a hermeneutic approach. The information was then organized according to theoretical categories through an intra-subject process, resulting in a coherence matrix. This matrix implied a new ordering of the information within the text, guided by the categories, in a deductive and inductive exercise. This process involved the construction of 256 matrices, one for each participant.

Subsequently, an intertextual analysis was performed to compare the participants' responses in the selected category, namely Polarization. This constituted a new textual structure in which the signifiers and narratives of all the participants were intertwined. From this point on, some steps of the Grounded Theory (Gibbs, 2012) were followed: initially, first-level or descriptive theoretical codes were generated. Subsequently, second-level codes were constructed, which, in a synthetic and inductive manner, gave rise to a categorical order and a theoretical framework for the presentation of the results. Finally, in dialogue with the theoretical framework and background, all the information corresponding to the Polarization category was triangulated to construct the discussion and conclusions. The following categories emerged during this process:

Table 2. *Emerging categories*

Central category	Analysis categories	Subcategories
Polarization	Polarization and beliefs about left and right	Agonistic debate and ideological polarization
		Delegitimization and disqualification of the adversary turned antagonistic enemy
		From polarization to violence: demonization of the other

Source: Own work.

RESULTS

The study analyzed social beliefs and polarization in the context of the 2016 peace plebiscite and the 2018 presidential election in Colombia. By examining this scenario of political and social division, it was found that the polarization between those who supported the peace agreement and those who opposed it was rooted in a previous ideological opposition, which was supported by social beliefs. This leads to a reflection on the ways antagonism and enemy construction occur in the political scenario and the relationships that are woven around politics in social contexts. The participants who supported the political negotiation with the FARC-EP were found to have a center, center-left, or left political position. Those who opposed the agreement and voted “No” in the plebiscite were found to have a right or extreme right political position. Those who were ambivalent were situated in the center-right and center positions.

The analysis did not focus on the ideological difference, which is considered a constitutive part of the debate inherent to a democracy (Mouffe, 2011, 2014), but rather on how the parties profile each other as opponents. They move from political adversaries to absolute enemies (Angarita et al., 2015; Schmidt, 1998) or antagonists (Mouffe, 2011, 2014). As a result, they perceive each other with fear, distrust, indignation, and hatred. They categorize opponents in a negative way, pointing them out as the cause of problems, identifying them with evil and diabolical figures, and justifying their exclusion and elimination. This social construction of polarization can be evidenced in the development of the emerging categories in the analysis.

Agonistic debate and ideological polarization

The first category of analysis places us within the context of the debates inherent to the democratic contest in a state governed by the rule of law. These debates encompass ideological positioning, the dispute over ideas and conceptions for the organization of a society and a state, the discussion about how a country should be run, the styles of governance, the preferred public policies, and the orientation of the values, beliefs, and ideas. In the academic debate, this type of polarization is usually referred to as *ideological polarization*. It does not imply the disqualification, delegitimization, or elimination (either symbolic or real) of the adversary. Rather, it involves the confrontation of frameworks of understanding about the socio-political reality of a territory, as outlined in the introduction (Amossy, 2014; Kessler & Vommaro, 2023; Mouffe 2011, 2014; Waisbord, 2020).

In this sense, according to participants A, the main drivers of the left's political work are social justice and equity. These are the pillars of their ethical purposes and horizons. Rather than a mere way of thinking, they are the grounds on which they configure their action, which is related to the search for general welfare through mutual support and solidarity. Within this horizon, they advocate for the addressing of issues such as poverty, global warming, climate change, human rights violations, gaps in popular participation, exclusion of indigenous and Afro-Colombian communities, and maldistribution of wealth—which they view as a fundamental responsibility of the state:

I have traveled almost all over Chocó. I have witnessed the region's extreme poverty. One day, at 3 p.m., I asked a five-year-old child: "What did you have for breakfast?" And he replied: "My mother sent me to the neighbor's house because we had no food ...". If we had socialism, that family would get, at least, something to eat. I would prefer that, at least, we all eat something ... I would prefer that the state give what it has to the poor (E8-Quibdó-A).

Human development should not be measured in terms of financial productivity but in terms of good living, human dignity ... quality of life, natural resources. I think we should fight for education and health as rights, for a place where we all fit and where we can deliberate, not where we are all equal, but where the common good prevails over the individual (E19-Medellín-A).

For these participants, it is the state that must guarantee equity and social justice. Therefore, this should not be expected from the owners of capital or from businesspeople who work for their own interests. Nevertheless, they do not want a welfare state that gives people things as handouts; rather, they desire a state that, in accordance with the constitution and the social model of law, regulates markets and redistributes wealth in such a way as to ensure that the most vulnerable are able to satisfy their basic needs:

Equity cannot be confused with communism. We want a country where redistribution can be carried out without affecting the welfare of the population (E3-Bucaramanga-A). They think I want the government to give me everything, but I am not asking for a handout. I am demanding my rights (E10-Bucaramanga-A).

Participants A recognize two distinct visions or ideologies that can legitimately and democratically confront each other in the political arena as part of a process of agonistic debate that constitutes the political game in a modern democracy (Mouffe, 2011, 2014). For these participants, the left is progressive and more open to the population's demands and diversity. It is inclusive of women, the LGTBQ+ community, and minorities in general. In contrast, the right is conservative, legitimizes the status quo, and is more concerned with security, established order, and stability:

I think conservatives were more concerned about protecting traditional family values, while liberals were more interested in progress and other things (E27-Cali). Unfortunately, Colombia is a very conservative and right-wing country that has not wanted to embrace new ideals (E17-Armenia-A).

I think—I do not know if I am right—most people who do not agree with the peace process are conservative ... They come up with other conservative ideas and end up discriminating against people or making others feel bad (E17-Bucaramanga-A).

Participants D, for their part, tend to identify with right-wing political tendencies and assert that the parties they support are those that have managed to “preserve” democracy in Colombia and have succeeded in protecting capital, building companies, and bringing development. Their position is based on the premise that only hard work can bring wealth:

For me, no matter how bad the right-wing government has been, there is still freedom to do what you want. Logically, there will be many taxes, but we will still be in democracy (E26-Bucaramanga-D).

I think it is good for the economy and investment. I believe that we will have more opportunities when we go out to work. It seems to me that the economic and social project of Uribism is much more viable (E2-Bogotá-D).

The social beliefs of these participants reveal a confrontation between two state models of the modern social order: society and market. As long as this confrontation is maintained, a scenario of ideological polarization is being configured, which, within the framework of an agonistic debate (Mouffe, 2011, 2014), is an integral part of a legitimate democratic process. Thus, the problem is not the clash of ideas, frameworks of meaning, and public policy horizons, but the ascription of qualifiers. These two horizons of understanding and meaning about the country's order and the social, political, and economic relations have permeated the citizenry, as evidenced by the following account:

Basically, left and right are two fronts that have always been in dispute. The right focuses on a capitalist ideal and the left on a socialist ideal. What I remember is that communism seeks that everything is equally distributed; that there is no distinction in social classes or socioeconomic strata ... Communism seeks that everyone live under the same social conditions. In contrast, in capitalism, everyone receives according to what they do (E9-Palmira-D).

Following the above account, the problem begins when one of the parties employs the epithet "communist" to discredit the ideas and projects of the democratic left: Why does this disqualification arise? Upon examination of both sides, where does a binary, extreme, and polarizing configuration of their points of view emerge from?

The majority of participants A affirm that they are not communists and question, as do participants D and Amb, the legitimacy of regimes that restrict freedom in the name of equality, as in the case of Cuba, Nicaragua, and Venezuela. For participants A, the pursuit of social justice, equity, and rights, as well as the defense of the environment cannot, "be confused with

communism [because social reforms] can be implemented without compromising the welfare of the population” (E3-Bucaramanga-A).

For their part, participants D assert that desiring economic progress and a market economy, promoting individual liberties, defending the traditional family structure, valuing capital generation, opposing a peace agreement that, in their opinion, did not favor the Colombian state, and demanding for security and an iron fist against criminals, does not make them perpetrators of inequality, poverty, and violence. They maintain that their intentions are also for the progress and development of the country and that they do not understand why the left attributes perverse intentions to them. This is why they have supported right-wing governments, as is the case of former President Álvaro Uribe Vélez:

When Uribe was president, his people admired him because he did very good things ... he never spoke of peace directly, but he showed people how war was fought. So, for many people, Uribe’s government was one of the good ones because everyone thought he was brave. He was not afraid of anything. (E30-Medellín-D)

In Colombia, we had it better when Álvaro Uribe was in charge. You could go out ... It was a calm time ... Now they are telling young people that Dr. Álvaro Uribe is a murderer ... Then, we lived very calmly; we felt accompanied by the armed forces (E7-Quibdo-D).

Delegitimization and disqualification of the adversary turned antagonistic enemy

The argumentation presented thus far leads to the conclusion that polarization, as outlined in the introduction, begins at this juncture. The disqualification of the (democratic) left political, social, and economic aspirations, pointing them out as communist to compare their project with what happened in Cuba and Venezuela, goes beyond the limits of agonistic debate in a democracy (Mouffe, 2011, 2014) and moves into the field of devaluation and delegitimization of the opposing point of view. Likewise, when right-wing positions are qualified as morally evil and inherently perverse, the possibilities of agonistic debate are exhausted, which results in the configuration of an antagonist, an absolute enemy that must be physically or symbolically excluded in order for the legitimacy of its elimination to be accepted.

Participants D perceive leftists as idealistic because they seek a change in power but lack a realistic understanding of the context and criticize established structures but do not offer constructive solutions. Moreover, they consider leftists an obstacle to governance and development because, when they assume power, they often behave irresponsibly and lack the requisite skills to govern effectively:

They want to damage the government and the image of what the institutions are now ... That is what they are doing. But let's see what they show to the people; let's see what they tell us; let's see what they are looking for. What do they really want? They do not tell us because they want to destabilize the institutions (E5-Bucaramanga-D).

Furthermore, they categorize progressive center-left and democratic left ideas as communist and ascribe to them the generation of chaos, destruction, loss of individual freedoms, economic crisis, and disaster. They claim that leftist governments anywhere in the world have been disastrous. For these participants, leftists seek to establish a communist dictatorship that would put an end to private enterprise and prosperity. They are also attributed with the intention of destabilizing democracy. This perspective is, therefore, absolutely disqualifying:

There is no freedom. You cannot even have an opinion. It is the same story in Cuba, Nicaragua, and even Bolivia. These are leftist governments that want to stay in power, and there is no one to stop them. How many years has Ortega been in power? (E8-Pereira-D).

It is dangerous because you can see how the country is being de-institutionalized, how the constitution is being modified, how the separation of powers is being lost, and how a communist dictatorship is being configured ... It scares me a lot because we are on the same path as Venezuela (E1-Medellín-D).

It is important to note that these participants do not identify right-wing authoritarian processes as a potential threat to democracy. In addition, they argue that the left mobilizes the class struggle against the rich, claiming that it promotes hatred towards the ruling classes and those who hold power and wealth. However, they fail to recognize that these individuals can also be

the driving forces behind a country's economic growth. Consequently, they perceive this type of discourse as populist in nature:

They adopt a manipulative stance or strategy ... Because of the hatred of social classes, for example, if I were to discuss the armed conflict on Facebook, my friends—who are supposed to be friends—who study at the Universidad Nacional or at the Universidad Industrial de Santander, would immediately jump on me and say that I have no right to express my opinion, simply because I study at a private university and I have never had to work to study. That is where I am going with the hatred of social classes. It is true that I have not had to work, but that does not mean I do not make an effort ... and I cannot give my opinion, right? Because we are all free to express our opinions. So, they are feeding and nurturing that hatred of low-income people who have not had opportunities (E6-Bucaramanga-D).

These participants D self-designate themselves as “good people,” an attribution with religious implications that connotes an excluding meaning. The characteristics, principles, traditions, and values associated with the signifier *good* leave out those who do not adhere to them. From this place of enunciation, leftists would be the “evil people.” In essence, they ascribe to leftist militants malevolent attitudes, behaviors, and intentions, which underlie this opposition between the “good people” and those who lack the moral “integrity” to maintain the order and values of society:

I believe that Uribeism champions the cause of the good people ... For me, good people are not those who have money ... They are ethical individuals who have not taken advantage of others to achieve their goals ... Because it seems like those on the other side think that those who have come out ahead have found the money along the way ... I think there are a lot of people who like the easy life. They say they are defending and taking up arms to defend, but then they do not get up to work. They live off others. They want the state to give them everything (E32-Bucaramanga-D).

More than one Commie has a rogue face. They can wear a suit and tie or have studied anywhere, but when you see them, you say: “He has a rogue face.” Then you find out that they have been stealing a lot (E23-Cali-D).

Therefore, it is the right-wing parties and right-wing individuals who should govern and direct the destinies of the nation. For these participants, governments should be in the hands of those who defend good values and preserve order:

We like democracy. We like the freedom to create wealth and to take our country forward with exports, imports, jobs, and opportunities. We know that once socialism is established, the big companies will leave, and the first to pay the price will be the poor ... There will be more poverty, and instability will start from the bottom up. Those who can afford it will leave the country, and those who cannot will have to make do. And what is going to happen? What is going on in Venezuela (E4-Medellín-D).

However, participants A also hold opinions about right-wing individuals that evidence social distance and discrimination. They consider them to be people interested only in money, conservative, attached to religion, close-minded, intransigent, unwilling to engage in dialogue, authoritarian, and lacking empathy. They assume a logic of qualification in which the adversary is not assumed as a legitimate other in the political confrontation. In addition to being conservative, right-wing individuals are perceived by these participants as clinging to their beliefs, engaging in discriminatory practices, and exhibiting intolerance and violence:

This country every day demonstrates that it is very conservative. I do not understand why, but it is still stuck in its traditional ways. And that is precisely what Centro Democrático offers: something traditional, something that is already established, something that does not alter the social order ... They do not want to give up power, nor the economy, nor control, nor anything (E22-Bogotá-A).

We can say that the current government [that of Iván Duque] is purely conservative and leans towards the ultra-right. We see how ultra-right ideas are hardly censored by the media and praised by the social networks (E7-Pereira-A).

They profile the people who voted the Centro Democrático party as corrupt, attached to money, paramilitaries, and supporters of dictatorial systems, which makes them indifferent to the pain of the victims and leads them

to justify human rights violations. They would be in favor of war and that is why they voted “No” in the plebiscite for peace and elected Duque, promoting hatred for their own benefit:

We are in a dictatorship masquerading as democracy. Here, this man does whatever he wants with the country, and we let him. He has many followers because most of the country is behind Uribe (E1-Neiva-A).

I understand them. I mean, if Uribe supposedly brought them peace, why not vote for him? I do not know what they think about the fact that he brought peace to some, but killed others. I suppose they are only thinking about their own well-being ... but peace is not just for a few; it is for everyone (E23-Bogotá- A).

They posit that the right governs solely for its own benefit, promoting savage capitalism regardless of the misery it causes and prioritizing the agendas of the elite and the United States. They argue that its followers are conformists with unjust and corrupt governments, as well as selfish, self-serving, indolent, and opportunistic. They also qualify right-wing people as racists, classists, and misogynists. They say that their only interests are business, profits, and their own security. They are thought to lack an understanding of reality and live in a bubble:

They are people with ultra-right ideals. Just like the others, they are only interested in money ... I think Uribism is more than just a political party; it is a religion (E1-Neiva-A).

They agree that things should stay the same. They think everything they are doing and everything they promise is wonderful (E23-Neiva-A).

But it is evident that the ultra-right has benefited from encouraging hatred as a political banner. The term “castrochavismo” suited them down to the ground because it stirs up more hatred and fear of repeating the story of Venezuela. They take advantage of that to attract followers, but not with the hope that everything will get better, but with the certainty that we will stay the same (E6-Medellín-A).

Some participants A recognize that polarization represents an obstacle to public debate as a process of democracy-building and blocks channels of dialogue, thus leading to an aporia where each party closes itself and interprets the other in a paranoid manner (Martín-Baró, 1989):

I am not saying I have the revealed truth. This is just what I think. As my position on Uribism is radical, I prefer not to talk to Uribists. They are not going to change their minds and I am not going to change my mind, so we are not going to get anywhere. I do not know if I am more radical than they are, but I would rather not talk to that kind of people (E12-Cali-A).

From polarization to violence: demonization of the other

This profiling of the counterpart is driven by negative emotional orientations and beliefs that cause the other to be seen as an absolute enemy rather than an adversary. This polarization ends up obstructing peacebuilding efforts and affecting democratic processes. According to Blanco (2007), the first step in this process is categorization and social distance. These processes involve the use of emotional devices that mobilize indignation, rage, fear, and hatred to facilitate distancing and moral qualifiers towards the other. This results in the other being read with suspicion, distrust, and fear, which in turn initiates a process of discrimination that disqualifies their ideas, attitudes, intentions, and actions.

Thus, participants D ascribe a kind of malevolence to leftist individuals and perspectives, considering their ideas, proposals, and perspectives to be sources of social deterioration, chaos, poverty, disorder, immorality, and even destruction. Therefore, they ascribe to them hidden interests that would affect the nation. In an exclusive logic, the objectives of those who militate on the left are not recognized or legitimized:

They are people who resent society because they lacked love, affection, and support, so they became like that (E13-Medellín-D).

What I see is arrogant people. What I see is people with hatred and resentment ... They are resentful, but one should not sow hatred. It is just that not everyone thinks alike (E29-Bogotá-D).

The following dialogue illustrates this situation:

I: What do they [leftists] want?

E4: To destabilize the rule of law that we currently have.

I: And to what end?

E4: They want to take power and impose their ideals, impose their leftist ideas ... We have seen this in South America ... Thank God, people are realizing that this was a distraction. They told people they would live better lives ... But look at Venezuela ... It was once a rich country, but it is poorly managed (E4-Bucaramanga-D).

This qualification of leftist political positions, according to some participants A, has historically led to stigmatization in Colombia and has impeded access to places of power and social, political, and economic transformation proper of a social rule of law, as proposed by the 1991 constitution. The identification of progressive and center-left positions with communism is also part of a logic of historical polarization, which has been both a cause and an effect of the armed conflict (Martín Beristain, 2021; Commission for the Elucidation of Truth, 2022):

Let's say that it was a complete exclusion of everything that smelled left, of politics that had that leftist tinge. All this was branded as communism ... That is something peculiar in Colombian politics. This history and this panorama of violence and guerrilla have left a permanent mark, a very strong damage in politics. The left in our country has not been able to develop properly because they have had a stigma, and I think they will have it for a long time, the stigma of communism (E10-Bogotá-A).

From this point, participants assert the following, for example:

Our constitution, since it was modified in 1991, was made by drug traffickers and corrupt people (E23-Cali-D).

In the context of this study, it can be posited that participants D demonize leftist individuals, leaders, political parties, and social movements and organizations. They associate the left with all that is wrong and illegitimate, absolutely disqualifying this position:

The left is the opposite. They try to attack others all the time; they always take the opposite side. You know? The left is the other side, the opposite side, and also the illegal side ... They are the revolution, but a revolution to attack others (E20-Medellín-D).

In this discursive logic, the left is equated with armed insurgency and terrorism. Consequently, the ideological construction endorses its political exclusion or elimination. A security and defense perspective is legitimized, invoking self-protection and prevention to justify the violent attack, elimination, and extermination of those who profess this “perverse ideology.” Leftists would then be antisocial individuals who cannot be tolerated, as they transmit hatred and go against society:

They are dangerous and incendiary. They are not working for the country ... What I see is that they are arrogant people. What I see is people with a lot of hatred and resentment. They are very dangerous. There is a lot of ignorance and social resentment here. They are dangerous because of what I am saying, because of political interests (E4-Bogotá-D).

According to the Truth Commission (Commission for the Elucidation of Truth, 2022), the belief that links any leftist referent with communism, dictatorship, chaos, and destruction is part of the internal enemy construction within the security dynamics developed by the Colombian state and the elites in power throughout the Cold War, which have been maintained to the present day. This discourse continues to offer electoral benefits to the right-wing parties, as a significant portion of the population assimilates and repeats it in an unreflective and systematic manner:

The real fear is that the guerrilla will take over our country and it will become like Venezuela (E18-Armenia-D).

Without food, without a job. Or like Cuba, where people have to pay for everything with a voucher. No! That is horrible!” (E16-Armenia-D).

Many participants A also exhibit a disposition to violence that is rooted in the way the history of the armed conflict has permeated daily life and political relations:

So, I say that, if they would pay me a lot of money, I would fill myself with dynamite; I would go and blow up Uribe Vélez and all those bastards. I would do it just to make things change (E11-Cali-A).

This mode of understanding the adversarial point of view borders on the inability to recognize the legitimacy of the opposing party. The possibility of building a democracy open to agonistic debate is broken, and a scenario of antagonistic confrontation has materialized, which is both a cause and a consequence of the militarization of daily life resulting from the socio-political conflict in Colombia (Martín Beristain, 2021; García Villegas, 2020). The dynamics of polarization can lead to a paranoid interpretation of the other and a desire to eliminate them before they can “cause harm.”

DISCUSSION

From the analysis of the interviews, it is possible to identify several aspects derived from social beliefs that radicalize political polarization and obstruct, from psychosocial repertoires, the processes aimed at building peace and democracy. Firstly, polarization is imbued with affective and emotional nuances. In other words, it is not grounded on disputes and debates between ideological frameworks but on the desire to disqualify and exclude the opponent to the extent that they become an antagonist. Such desire is driven by indignation, rage, fear, and hatred and articulated from positions of power. This results in the legitimization of the symbolic or real elimination of the adversary turned absolute enemy and their possible extermination. The Colombian socio-political conflict, which has its roots in the bipartisan violence of the 19th and 20th centuries, as well as the dynamics of the contemporary armed conflict, are linked to these forms of polar interaction in the political game (Angarita et al., 2015; García Villegas, 2020; Villa, 2019).

The political scenario is simplified by translating it into the confrontation between the “good people” (right) and the “evil people” (left), and vice versa. This negative reduction of conflict (Spillmann & Spillhminn, 1991) is expressed at the discursive level in dichotomization (Amossy, 2014), that is, in the use of antagonistic semantic categories that radicalize and divide society into irreconcilable poles. This is one of the main discursive characteristics of the beliefs about the left and the right.

According to the interviewees, the left, which proclaimed itself in favor of the peace agreement, is associated in positive terms with the search for equity and social justice, an open and progressive approach to issues such as wealth redistribution by the state, concern for the most vulnerable, and the inclusion of minorities (cf. Haidt, 2019). In contrast, in negative

terms, it is related to idealistic individuals who do not offer solutions, lack the capacity to govern efficiently, and support communist ideologies or governments. This perception is exemplified by the belief that if the left were to govern, the country would become a replica of Cuba or Venezuela. In Colombia, from a historical perspective, there is an underlying association of the left with the armed insurgency. This is evidenced by a discursive leitmotiv that links drug trafficking, terrorism, and guerrilla (pursuit of power in a merciless, greedy, and avaricious manner) to communism of the left (generation of chaos and destruction) (Villa et al., 2022). Consequently, it is disqualified and excluded from access to power or from having sufficient governability in case of gaining access to it.

The right is mainly associated with the legitimization of the status quo, the defense of order and security, and the search for stability and accumulation of capital (wealth for private benefit) (cf. Haidt, 2019). In negative terms, the right is related to a conservative model, exacerbated by aspects such as discrimination, authoritarianism, the gap between rich and poor, and the defense of capitalism in its most savage form. Notably, the rhetoric of the conflict in Colombia privileges dichotomization as a discursive strategy and polarization as a social strategy.

The dynamics of this conflict illustrate how the three types of polarization described by Martín Beristain (2021) reinforce each other. In the narrative of the participants, scenarios of polarization resulting from the escalation of the conflict (first type of polarization) can be identified, as well as its permeation into the social fabric (second type of polarization) and its various impacts on the civilian population (third type of polarization). However, intentional polarization emerges prominently, aiming to divide the political landscape into those who “want war” and those who “advocate for peace”; those who “prioritize social justice” and those who “prioritize selfish interests”; those who “would bringing chaos, destruction, and misery” and those who “bring stability, order, and freedom.” This delineates two opposing and mutually exclusive poles of the conflict, where some are labeled as the “axis of evil” and others as the “bearers of good and salvation,” within a framework of beliefs that resembles religious conviction.

This scenario refers to social beliefs and group norms, values, goals, and ideologies that foster differentiation and in-group favoritism (Bar Tal, 1996; Tajfel, 1984). These beliefs are mobilized by emotional devices that seemingly promote soft fanaticism (Aguirre et al., 2021; Alonso, 2018; Iyen-

gar & Westwood, 2015; Moreno-Barreneche, 2020; Silva, 2014; Suárez-Ruiz, 2021; Velásquez et al., 2021; Villa et al., 2019; Villa & Sarmiento, 2023). However, in the Colombian context, this has been manifested in various forms of symbolic and direct violence as a consequence of the historical partisan division that has hindered the construction of an inclusive democracy.

The interviews demonstrate that the processes of differentiation in the country tend to result in the exclusion of the other (García Villegas, 2020). These processes typically commence with rejection, disregard of ideas, and the annulment of positions, which can ultimately lead to expulsion and, in some cases, annihilation. Additionally, the interviews indicate a high ideological content. Regardless of whether the participants identify as leftist or rightist, they express a superiority of the in-group and assume that their values are superior to those of the other group (Blanco, 2007). Furthermore, there is a notion of the intimidating out-group, which not only threatens the in-group but also the country and democracy. The out-group is devalued and blamed (Blanco, 2005), as it is assumed responsible for leading the country to failure. All alternatives other than one's own are stigmatized, reflecting a set of shared beliefs that are not necessarily objective but are nonetheless internally justified (García Villegas, 2020; Villorio, 2007).

According to Foucault (2010, 2008), ideology circulates as a discourse insofar as knowledge–power relations are established and their assertions are assumed as true. The interviewees consider that they are right when it comes to the significance of their group and the relevance of their political notion for the sake of the country. Conversely, they assume, without verifying, that individuals with different political ideas are to blame for the past, present, and future problems. Therefore, since they consider that their value statements—irrespective of their nature—regarding the in-group and the out-group are valid and true, they disseminate them as discourses (Foucault, 2019).

These representations of themselves and others have been built, kept, and spread around political aspects, preventing an approach between different perspectives of the state and the government. This dynamic is evidenced in daily interactions between individuals with different political views that are assumed as opposed and narratively understood as antagonistic. They go from discussing to ignoring the subject or to attacking, mocking, discrediting, removing, and cancelling each other (Velásquez et al., 2020, 2021; Avendaño & Villa, 2021).

In this sense, the results, at least from the perspective of the participants, proved the existence of a rhetoric of conflict in which the political enemy (Angarita et al., 2015) or agonistic adversary (Mouffe, 2014) is non-existent. There is no interest in dealing with conflicts by means of democracy and negotiation but in strategically increasing social division. Thus, the construction and configuration of an adversary susceptible to becoming an absolute enemy take place (Schmidt, 1998) in order to justify the violent resolution of conflicts.

These absolute enemies are criticized for their ideas, the negative social consequences of their actions, and their image (Charaudeau, 2005). Notably, the disqualification strategy alludes to the opponent ethos as morally harmful. Additionally, rhetoric resources of mockery, ad hominem attacks, and promotion of negative emotions become naturalized political practices, blocking paths to authentic democracy and reinforcing logics of exclusion and violence, which have been foundational of the Colombian armed conflict. These psychosocial repertoires have been employed across the globe to strengthen extremist ideological systems based on a reality distorted by the media, leading to confusion, disinformation, and polarization of the public opinion (Rojas Bolaños et al., 2020).

During the history of Colombia, this profiling has aimed at delegitimizing, disqualifying, and eradicating the ideas and essence of each other, resulting in political exclusion and physical elimination of adversaries (García Villegas, 2020; Villa & Sarmiento, 2023). By relating opponents to evil and by finger-pointing them as its origin, they cease to be worthy of trust and empathy, ruling out the possibility of a critical and collaborative approach for peacebuilding and democracy.

In conclusion, social beliefs associated with the left and the right in Colombia are marked by a strong political polarization of an emotional and social—rather than ideological—nature whose core element is the configuration of actors as absolute enemies. Such condition leads to a violent conflict resolution, as it authorizes not only disqualifying and delegitimizing practices but, above all, the actual or symbolic elimination of each other, hindering and obstructing peacebuilding, democracy, and reconciliation.

It is worth highlighting that armed conflict and violence associated with territorial control for illegal activities persist in Colombia despite different peace agreements, suggesting that their signing has been insufficient to fully eradicate violence and confrontation in the country. Thus, identifying

the actors that have taken advantage of both war and polarization as continuity of violent confrontation becomes necessary.

In this regard, it is key to mention that, over the last 30 years, violence in Colombia has been mainly rooted in criminal economic matters associated with large corporations' interests. Accordingly, persisting armed conflict and violence are linked to various illegal activities including the control of extractivism in territories. This violence–economy relation emphasizes the complexity of conflict and the influence of economic interests on perpetuating it.

Consequently, polarization can be understood as a control strategy insofar as it is evidently and closely related to manipulation strategies and the positioning of only one actor, who is seen as a hero, and the finger-pointing and construction of an absolute enemy. This polarization is used as a tool to preserve and consolidate economic and political power, encouraging confrontation and division between different sectors in society. Invisible actors draw many economic and political benefits from lingering violence and polarization in the conflict scenario, which questions the interests at risk and the reasons behind the continuity of conflict.

In Colombia, the analysis is more complex and multifaceted, as it involves the interaction of political, economic, and social factors. Perpetuation of the armed conflict, political polarization, and influence of invisible actors pose significant challenges to peacebuilding and democratic stability in the country.

CONCLUSIONS

The results revealed deep-seated beliefs about polarization and radical convictions around topics such as security, justice, equity, and liberty, as well as delegitimization and disqualification of political adversaries. Not only is polarization limited to ideological discussions, but it entails the configuration of the opponent as absolute enemy, bolstering a landscape of antagonistic confrontation that has taken root throughout the violent history of Colombia.

As a result, there is a clear emotional polarization aligned with an ingrained social exclusion. In Colombia, this phenomenon is characterized by an intense emotional mobilization leading to disqualification and exclusion of opponents and turning them into absolute enemies. This hinders

peacebuilding and democracy, as it legitimizes symbolic and direct violence. However, this reality is the product of a deliberate media effort. The left–right dichotomization simplifies the political conflict by reducing it to a confrontation between good and evil. In turn, this simplification prevents a constructive dialogue to take place and fosters dispute instead of negotiation and consensus.

The dynamics of biased construction throughout history play a pivotal role in the worsening of political polarization in the country. Their aim is to convince people that the motives of certain actors are altruistic, even when crimes against humanity are committed, when human rights are infringed, and when constitutional rules are disregarded. Political polarization feeds on armed conflict and vice versa, creating a cycle that perpetuates confrontation and division within Colombian society and obstructs the construction of stable and comprehensive participatory democracy.

This study offers a deep understanding of how manipulation and distortion of information by the media contribute to polarization, as they confuse and disinform the public opinion. In addition, it shows the existence of forces that benefit from this polarization, fostering radical and extremist ideological systems that fuel confrontation and division within society. This situation questions the interests at stake and the reasons behind the perpetuation of conflict.

This line of research is vital to “realize” our subjective conditions and our biased beliefs. Therefore, studies should focus on theses that lead to analyzing in depth the impacts of polarization on democracy and peacebuilding. Likewise, they should aim to understand how political polarization affects the quality of Colombian democracy, analyzing its influence on citizen participation, decision-making, and institutional legitimacy.

Furthermore, exploring strategies to encourage reconciliation and peacebuilding narratives in Colombia becomes paramount, as they counteract polarization and foster intersectoral dialogue and political inclusion. Similarly, conducting collective psychosocial interventions that promote empathy, understanding, and social cohesion is essential to addressing emotional and social barriers that are partially responsible for political polarization in Colombia. Finally, inquiring about media strategies and increasingly turning to alternative media are necessary actions to dispel polarization, since massive media seem to insist on biased information. In that way, research could address not only evident political divisions, but also distorted

narratives perpetuating polarization and undermining peacebuilding and reconciliation efforts. Research proposals would be strengthened by focusing on the disarticulation of such narratives and the promotion of more balanced and objective information as part of the endeavors to overcome polarization.

REFERENCES

Aguirre, V., Caucil, E., & Villa, J.D. (2021). Polarización, creencias sociales y orientaciones emocionales movilizadas en facciones políticas, “petristas” y “uribistas” del Área Metropolitana del Valle de Aburrá. En, J.D. Villa, V. Andrade y L.M. Quiceno, *Orientaciones emocionales colectivas y polarización sociopolítica como barreras psicosociales para la paz, la reconciliación y la reintegración en Colombia*, (pp. 279 – 321). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Alonso, D. (2018). Cultura política en un escenario electoral de polarización en Argentina. *Revista de Investigación Psicológica*; 19(7), 39-59. <http://hdl.handle.net/11336/104399>

Amossy, R. (2014). *Apologie de la polémique*. Presses Universitaires de France, PUF.

Angarita, P.E., Gallo, H., Jiménez, B.I., Londoño, H., Londoño, Medina, D, Mesa, J.A., Ramírez, D., Ramírez, M.E, & Ruíz, A.M. (2015). *La construcción del enemigo en el conflicto armado colombiano*. Universidad de Antioquia.

Avendaño, M. & Villa, J.D. (2021). Polarización Política y Relaciones Familiares: Prácticas relacionales y mecanismos de configuración de la postura política como barreras psicosociales para la democracia y la paz en Medellín. *El Agora USB*, 21(1): 34-60.

Bar-Tal, D. & Halperin, E. (2011). Socio-psychological barriers to conflict resolution. In D. Bar-Tal (Ed.). *Intergroup conflicts and their resolution: Social psychological perspective* (pp. 217–240). NY: Psychology Press.

Bar-Tal, D. & Halperin, E. (2014). Barreras sociopsicológicas para la paz e ideas para superarlas. *Revista de Psicología Social*, 29(1): 15-30.

Bar-Tal, D. (1996). Las creencias grupales como expresión de la identidad social. In Morales, J. F., Paéz, D., Deschamp, J. C., Worchel, S. (1996). *Identidad social: aproximaciones psicosociales a los grupos y a las relaciones entre grupos*. (pp. 255-286). Promolibro.

Bar-Tal, D. (2013). *Intractable Conflicts: Socio-Psychological foundations and Dynamics*. Cambridge: University Press.

Bar-Tal, D., Halperin, E., & 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.

Basset, Y. (2018). Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, 52(2): 241-265.

Blair, E. (1995). La imagen del enemigo: ¿un nuevo imaginario social? *Estudios Políticos*, 6, 47–71. Retrieved from <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/15666>

Blanco, A. & Gaborit, M. (2016). La racionalidad inmanente a la psicología como ciencia y como profesión. In I. Martín-Baró, *El Realismo Crítico: fundamentos y aplicaciones* (pp. 3-75). UCA Editores.

Blanco, A. (2005). Obediencia, desindividuación e ideología: el drama de la libertad. In Blanco, Aguila, R. & Sabucedo, JM. (Ed.), *Madrid 11-M un análisis del mal y sus consecuencias* (pp. 153-187). Editorial Trotta.

Blanco, A. (2007). La condición de enemigo. El ocaso de la inocencia. In M. Cancio & L. Pozuelo, *Política criminal en vanguardia* (pp. 259-305). Thompson/Civitas.

Charaudeau (2005). *Le discours politique, les maques du pouvoir*. París, Vuibert.

Commission for the Elucidation of Truth (2022). Final report, Volume I: Hallazgos y Recomendaciones. In: <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>

Estrada, C. Oliveros, J., & Rentería, L. (2019). Emociones sociales que constituyen barreras psicosociales para el perdón y la reconciliación en Medellín. In: Carmona, J. y Moreno, F. (2019) *Reconstrucción de subjetividades, identidades y del tejido social en contextos afectados por la guerra en Colombia*. XIV Cátedra Mercedes Rodrigo, (pp. 388-406). Universidad de Manizales.

Falla Mera, D.J. (2020). El uso de la polarización en los discursos públicos de los candidatos a la presidencia de Colombia, 2018–2022. Bachelor of Psychology's Graduation Project. Institute of Psychology, Universidad del Valle. Retrieved from: <https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/handle/10893/20070/Uso-Polarizaci%C3%B3n-Discursos-Falla-David-3461-F194.pdf?sequence=1>

Foucault, M. (2008). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica

Foucault, M. (2010). *La arqueología del saber*. Siglo XXI Editores

Foucault, M. (2019). *Microfísica del poder*. Siglo XXI Editores

García Villegas, M. (2020). *El país de las emociones tristes: una explicación de los pesares de Colombia desde las emociones, las furias y los odios*. Ariel.

Gibbs, G. (2012). *El análisis de datos cualitativos en investigación cualitativa*. Ediciones Morata.

González, D. M. (2015). Estado del arte: La familia como texto y contexto para la socialización política de los niños y las niñas. *Katharsis*, (19), 99–134. <https://doi.org/10.25057/25005731.491>

Haidt, J. (2019). *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata*. Ariel-Planeta.

Hernández Díaz, J. C. & Echeverri Martínez, L. M. (2018). Democracia electoral en Colombia desde una visión de competencia. *El Ágora USB*, 18(2), 496–511. <https://doi.org/10.21500/16578031.3829>

Hernández, R., Fernández, C. & Sampieri, P. (2014). Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill.

Iyengar, S. & Westwood, S. (2015). Fear and loathing across party lines: New evidence on group polarization. *American Journal of Political Science* 59(3), 690–707. <https://www.jstor.org/stable/24583091>

Kessler, G. & Vommaro, G. (2023). Forms of discontent in Latin America: Polarization, generalized discontent and divisive leaderships. Paper submitted to the Changing Societies and Political Discontent Conference, ILAS-Columbia University, March 30–31.

Manfredi-Sánchez, J.L., Amado-Suárez, A. & Waisbor, S. (2021). Twitter presidencial ante la COVID-19: entre el populismo y la política pop. *Comunicar*, 66(XXXIV), 83-94. DOI <https://doi.org/10.3916/C66-2021-07>

Martín Beristain, C. (2021). Diálogos con Ignacio Martín Baró sobre conflicto y polarización social. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Martín-Baró, I. (1989). La violencia política y la guerra como causas de trauma y psicosocial en El Salvador. In Martín Baró, I. (ed.) *Psicología social de la guerra: trauma y terapia en el Salvador*, (pp. 66 – 87). UCA Editores.

Morales, Y., Villasmil, J., & Martínez, R. (2018). Contexto histórico - político de Colombia y su influencia en la socialización política familiar. *Revista de Ciencias Sociales*, XXIV(1), 57-66. <http://hdl.handle.net/20.500.12442/2357>

Moreno-Barreneche, S. (2020), Polarización política y fanatismo ‘blando’: una hipótesis semiótica. *DeSignis* 33, 143-158. <http://dx.doi.org/10.35659/designis.i33p143-158>

Mouffe, C. & Laclau, E. (2004). Hegemonía y estrategia socialista. Fondo de Cultura Económica de Madrid.

Mouffe, C. (2011). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Mouffe, C. (2014). *Agonística: pensar el mundo políticamente*. Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Murillo, F. (2020). ¿Votamos como lo dictan nuestras creencias políticas? Sincronías y diacronías entre las creencias políticas y las preferencias electorales en Medellín en torno a los candidatos Iván Duque, Sergio Fajardo y Gustavo Petro en el marco de las elecciones presidenciales del 2018. Master's thesis. FLACSO. Sede Académica Argentina, Buenos Aires. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/17040>

Nasi, C. & Hurtado, M. (2018). Las elecciones presidenciales del 2014 y las negociaciones de paz con las FARC: cuando la estrategia de polarizar no basta para ganar. In: Botero, F.; García Sánchez, M. & Wills-Otero, L. (Comps.). *Polarización y posconflicto: las elecciones nacionales y locales, 2014 – 2017*, (pp. 229 - 267). Universidad de Los Andes.

National Registry of Civil Status of Colombia. (2018). Second round pre-count results. https://elecciones1.registraduria.gov.co/pre_pres_2018/resultados/2html/resultados.html

Prada, O. & Romero, L.M. (2018). Polarización y demonización en la campaña presidencial de Colombia de 2018: análisis del comportamiento comunicacional en el Twitter de Gustavo Petro e Iván Duque. *Revista de la Escuela de Estudios Generales*, 9(1), 1-26. DOI: <https://doi.org/10.15517/h.v9i1.35343>

Pulido, P., Rojas, L., Restrepo, H., Zambrano, S., & Barreto, I. (2020). Estilos lingüísticos y emociones intergrupales en el plebiscito: Un análisis en la red social digital Twitter. In D. Rico & I. Medina-Arboleda (Eds.). *Construcción de Paz en el Postacuerdo: Avances, Tensiones y Desafíos*. (pp. 17–37). Ediciones Uninorte.

Rettberg, A. & Quiroga Ángel, D. (2018). Más allá de la firma: las elecciones legislativas (2014) y locales (2015) y la implementación de la paz en Colombia. In: Botero, F.; García Sánchez, M. & Wills-Otero, L. (Comps.). *Polarización y posconflicto: las elecciones nacionales y locales, 2014 – 2017*, (pp. 177 – 207). Universidad de Los Andes.

Rico-Revelo, D. & Barreto, I. (2021). Unfreezing of the Conflict Due to the Peace Agreement With FARC–EP in Colombia: Signature (2016) and Implementation (2018). *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*.

Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000545>.

Rojas Bolaños, O., Insuasty Rodriguez, A., Valencia Grajales, J. F., Mesa Duque, N., & Zuluaga Cometa, H. (December 2020). Teoría social del falso positivo. Obtenido de Kavilando: <https://www.kavilando.org/lineas-kavilando/conflicto-social-y-paz/8171-teoria-social-del-falso-positivo>

Romero-Rodríguez, L., Chaves-Montero, A., & Torres-Toukourmidis, Á. (2018). Neopopulismo, poder y control social: las competencias mediáticas en ideología y valores como defensa de la ciudadanía. *Lumina*, 12(1), 40–54. <https://doi.org/10.34019/1981-4070.2018.v12.21492>

Roncallo-Dow, S.; Cárdenas Ruiz, J.D. y Gómez Giraldo, J.C. (2019). Introducción: mover las almas. In: Roncallo-Dow, S.; Cárdenas Ruiz, J.D. y Gómez Giraldo, J.C. (Eds.) *Nosotros, Colombia... Comunicación, paz y posconflicto*. (pp. 11 – 2020). Universidad de la Sabana and Editorial Eafit.

Rosler, N., Hagage, H., & Bar-Tal, D. (2020). Rhetorical expressions of ethos of conflict and policymaking in intractable conflict by leaders: A comparative study of two Israeli prime ministers. *Peace and Conflict Journal of Peace Psychology*, 27(3), 381-392. <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000491>

Schmidt, C. (1998). *El concepto de lo político*. Alianza Editorial.

Silva, S. (2014). Polarización política: superando mitos y aceptando realidades. El Eafitense. 122-139. <https://www.eafit.edu.co/medios/eleafitense/106/Paginas/polarizacion-en-colombia.aspx>

Spillmann, K. & Spilhmmin, K. (1991). L'Image de l'ennemi et l'escalade des conflits. UNESCO (1991). *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, XLIII(1), 59-79. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000088109_fre

Suárez-Ruiz, E. J. (2021). La polarización política como problema de salud pública durante la pandemia de COVID-19. *Cuadernos Filosóficos / Segunda Época*, (18). <https://doi.org/10.35305/cf2.vi18.130>

Tajfel, H. (1984). *Grupos humanos y categorías sociales*. Herder.

Velásquez, N., Barrera, D., & Villa, J.D. (2020). Polarización política, relaciones familiares y barreras psicosociales para la paz en Medellín – Colombia. *Revista Paz y Conflictos*, 13(1): 149 – 174. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/9529>

Velásquez, Y.N., Barrera, D., & Villa, J.D. (2021). “Yo no sé si se pueda separar la postura política de lo que una persona es”. Construcción de identidad social y relación con la diferencia política en familias. In J.D. Villa Gómez, V. Andrade, & L.M. Quiceno, *Orientaciones emocionales colectivas y polarización sociopolítica como barreras psicosociales para la paz*,

la reconciliación y la reintegración en Colombia, (pp. 323 - 369). Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Villa, J.D & Sarmiento, J.C. (2023). Polarización y creencias sociales en algunos militantes políticos antagónicos en el marco del posconflicto en Colombia. *Revista Guillermo de Ockham*, 21(2), en prensa.

Villa, J.D. (2019). Representaciones sociales del enemigo como barreras psicosociales para la construcción de la paz y la reconciliación en Colombia. In J. Carmona y F. Moreno (Eds.), *Reconstrucción de subjetividades e identidades en contextos de guerra y posguerra* (pp. 365 – 387). XIV Cátedra Colombiana de Psicología Mercedes Rodrigo. Editorial Universidad de Manizales y ASCOFAPSI

Villa, J.D., Díaz Pérez, I.L., Barrera Machado, D., Velásquez Cuartas, Y.N., & Avendaño Ramírez, M. (2021). ¿Por qué hablar de barreras psicosociales para la paz en el contexto colombiano? En J.D. Villa, V. Andrade, & L.M. Quiceno. (Eds.), *Ethos del conflicto y creencias sociales como barreras psicosociales para la paz y la reconciliación en Colombia* (pp. 24-59). Universidad Bolivariana Pontificia. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/9575>

Villa, J.D., Quiceno, LM, Aguirre, V., & Causil, E. (2019). El fenómeno de polarización entre ‘Petristas’ y ‘Uribistas’ de la ciudad de Medellín: creencias y emociones movilizadas en los grupos frente al adversario y sus respectivas figuras políticas, *Revista Kavilando*, 11 (21), 266-287 <https://www.kavilando.org/revista/index.php/kavilando/article/view/345>

Villa, J.D., Velásquez, M., Piedrahita, M., Barrera, D., Quiceno, L., & Insuasty, A. (2022). Los hilos invisibles de la memoria hegemónica: representaciones sociales de hechos históricos, olvidos convenientes y silencios instalados. *Ratio Juris*, 17(35), 1 – 26.

Villa, J.D., Velásquez, N., Barrera, D., & 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). 18-52.

Villorio, L. (2007). El concepto de ideología y otros ensayos. México: Fondo de Cultura Económico.

Waisbord, S. (2020). ¿Es válido atribuir la polarización política a la comunicación digital?: sobre burbujas, plataformas y polarización afectiva. *Revista SAAP: Sociedad Argentina de Análisis Político*, 14(2), 249–279. Retrieved from: <https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7791273.pdf>

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

IMPEACHMENT, PARLAMENTARIZAÇÃO E
DESTITUIÇÃO PRESIDENCIAL ABUSIVA NA AMÉRICA
LATINA: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A INSTABILIDADE
PRESIDENCIAL NA AMÉRICA LATINA

JUICIO POLÍTICO, PARLAMENTARIZACIÓN Y DESTITUCIÓN
PRESIDENCIAL ABUSIVA EN AMÉRICA LATINA:
UNA INVESTIGACIÓN SOBRE INESTABILIDAD
PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA

IMPEACHMENT, PARLIAMENTARIZATION AND ABUSIVE
PRESIDENTIAL IMPEACHED IN LATIN AMERICA:
AN INVESTIGATION INTO PRESIDENTIAL
INSTABILITY IN LATIN AMERICA

MAGNUS HENRY DA SILVA MARQUES*
ALEXANDRE BERNARDINO-COSTA**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a8

* Professor da Universidade Federal de Jataí (UFJ), Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) com área de concentração em Direito, Estado e Constituição. Graduado em Direito pela Universidade Federal

Resumo

O tema da instabilidade política é recorrente em diversos estudos sobre a América Latina. O objetivo deste artigo é responder as seguintes perguntas: como a instabilidade presidencial tem se manifestado nos países da América Latina, no pós-redemocratização? A literatura sobre o tema é capaz de identificar os casos abusivos de destituição presidencial? Ela é capaz de identificar quando os mecanismos de destituição presidencial são usados para dar aparência de legalidade a um golpe? Essas questões serão respondidas por meio de um levantamento dos estudos de caso acerca das quedas presidenciais na América Latina. Será verificado se esses estudos de caso auxiliam a identificar os usos abusivos e equivalentes às ferramentas clássicas de golpes de Estado da destituição presidencial no pós-redemocratização. Conclui que a tese institucionalista, predominante na literatura, auxilia a entender as mudanças dos mecanismos de deposição presidencial, mas ajuda pouco a identificar o uso abusivo e equivalente às vias clássicas de golpe de Estado.

Palavras-chave: Instabilidade política, constitucionalismo na América Latina, impeachment e constitucionalismo abusivo, presidencialismo.

Resumen

El tema de la inestabilidad política es recurrente en varios estudios sobre América Latina. El objetivo de este artículo es responder a las siguientes preguntas: ¿cómo se ha manifestado la inestabilidad presidencial en los países latinoamericanos, post-redemocratización? ¿La literatura sobre el tema es capaz de identificar casos abusivos de

do Rio Grande do Norte (UFRN), Orcid. <https://orcid.org/0000-0001-5550-3711>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=ptBR&user=1T8XIZEAAAAJ> Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9656994355956999>, e-mail: magnushmarques@gmail.com

** Professor da Universidade Federal de Jataí (UFJ), Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) com área de concentração em Direito, Estado e Constituição. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Orcid. <https://orcid.org/0000-0001-5550-3711>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=ptBR&user=1T8XIZEAAAAJ> Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9656994355956999>, e-mail: magnushmarques@gmail.com

destitución presidencial? ¿Es capaz de identificar cuándo se utilizan mecanismos de juicio político del presidente para darle apariencia de legalidad a un golpe de Estado? Estas preguntas serán respondidas a través de una encuesta de estudios de caso sobre caídas presidenciales en América Latina. Se verificará si estos estudios de caso ayudan a identificar usos abusivos y equivalentes a las clásicas herramientas golpistas de destitución presidencial en el período posterior a la redemocratización. Se concluye que la tesis institucionalista, predominante en la literatura, ayuda a comprender los cambios en los mecanismos de deposición presidencial, pero poco ayuda a identificar el uso abusivo y equivalente a las rutas clásicas del golpe de Estado.

Palabras clave: inestabilidad política, constitucionalismo en América Latina, juicio político y constitucionalismo abusivo, presidencialismo.

Abstract

The theme of political instability is recurrent in several studies on Latin America. The objective of this article is to answer the following questions: how has presidential instability manifested itself in Latin American countries, post-redemocratization? Is the literature on the subject capable of identifying abusive cases of presidential dismissal? Is it capable of identifying when presidential impeachment mechanisms are used to give the appearance of legality to a coup? These questions will be answered through a survey of case studies about presidential falls in Latin America. It will be verified whether these case studies help to identify abusive uses and equivalents to the classic coup d'état tools of presidential dismissal in the post-redemocratization period. It concludes that the institutionalist thesis, predominant in the literature, helps to understand the changes in the mechanisms of presidential deposition, but does little to identify the abusive use and equivalent to the classic routes of coup d'état.

Keywords: political instability, constitutionalism in Latin America, impeachment and abusive constitutionalism, presidentialism.

INTRODUÇÃO

O tema da instabilidade política é recorrente em diversos estudos sobre a América Latina, em distintas vertentes teóricas. Dessa forma, a literatura sobre a política e sobre a arquitetura institucional latino-americanas, tanto aquela anterior à onda democratizante que tomou a região (Fernandes, 1973, 2008; Fossum, 1967; Jaguaribe, 1969; Marini, 2014) quanto aquela produzida a partir da década de 1990 (Hochstetler, 2007; Hochstetler y Edwards, 2009; Katz, 2016; Linz, 1990; Marsteintredet, 2013; Marsteintredet e Berntzen, 2008; Martínez, 2017; Polga-Hecimovich, 2023; Saad Filho e Morais, 2018; Souza, 2016; Valenzuela, 2004), demonstra, em menor ou maior grau, uma preocupação com a instabilidade política nessa região.

Se reduzirmos a instabilidade política a apenas uma de suas facetas, a instabilidade presidencial, e buscarmos dados empíricos sobre o cumprimento dos mandatos presidenciais a partir de 1990, facilmente perceberemos que mandatos presidenciais interrompidos prematuramente não são algo excepcional nessa região. André Souza (2016) indica que, entre os anos de 1990 e 2012, dos 32 casos de crises presidenciais identificados pelo pesquisador, 13 resultaram na deposição do chefe do governo. A maior parte deles, contudo, em torno de 57,5 %, não resultou na estabilização como desfecho da efervescência política gerada por essas crises.

Desde o último ano investigado pelo autor (Souza, 2016), 2012, até 2016, é possível, ainda, acrescentar outras três crises presidenciais, são as ocorridas: na Venezuela (2015), na Guatemala (2015) e no Brasil (2016), dentre as quais duas delas resultaram na interrupção do mandato do chefe do Executivo – Brasil e Guatemala. Da mesma forma, outros eventos críticos também ocorreram após 2016, como evidencia o caso da queda de Evo Morales, em 2019, na Bolívia, e o de Martín Vizcarra, em 2020, no Peru.

Um número expressivo dessas destituições presidenciais se deu com o acionamento do procedimento do *impeachment*. Entre 1990 e 2004, ocorreram quatro casos em que um procedimento desse tipo foi determinante para ou destituir o presidente ou levá-lo à renúncia (Pérez-Liñán, 2004).

Após 2004, podemos, ainda, incluir o caso do Paraguai, ocorrido em 2012; o da Bolívia, em 2005; o da Guatemala, em 2015 (Souza, 2016); e o do Brasil, em 2016. Por sua vez, poucas foram as interrupções de mandatos presidenciais que se deram por meio de alguma movimentação parecida

com um golpe militar clássico, como os que ocorreram em Honduras, em 2009 (Farr, 2010), e na Bolívia, em 2019, quando houve uma movimentação de militares para retirada dos chefes de governo da presidência (Wolff, 2020). Esse dado indica que, em que pese esses eventos demonstrarem a permanência de um mesmo fenômeno, a instabilidade presidencial, está se desenvolvendo um novo padrão no presidencialismo latino-americano no pós-redemocratização. E é como esse padrão é encarado pela literatura contemporânea que será verificado neste artigo.

Assim sendo, o objetivo deste artigo é responder as seguintes perguntas: como a instabilidade presidencial tem se manifestado nos países da América Latina, no pós-redemocratização? A literatura sobre o tema é capaz de identificar os casos abusivos de destituição presidencial? Ela é capaz de identificar quando os mecanismos de destituição presidencial são usados para dar aparência de legalidade a um golpe? Como a literatura contemporânea tem interpretado esses casos de destituição presidencial ocorridos após a consolidação do regime democrático na maioria dos países da região?

A busca pelas respostas a essas perguntas auxiliará a identificar quais pontos ainda não foram suficientemente solucionados sobre o novo padrão de instabilidade presidencial na região. Assim, será possível verificar se as chaves teóricas trazidas pela literatura sobre o tema, predominantemente institucionalista, são suficientes para avaliar as consequências da persistência da instabilidade presidencial e do uso da destituição presidencial.

Essas questões serão respondidas por meio de um levantamento dos estudos de caso acerca das quedas presidenciais na América Latina, durante as décadas de 1990, 2000 e 2010, realizados por pesquisadores institucionalistas. Esse levantamento deu preferência a trabalhos de pesquisadores institucionalistas e foi realizado em duas etapas: a) busca nas plataformas ProQuest e Google acadêmico pelo termo “*impeachment* na América Latina” e seu correspondente em inglês; b) realização de um mapa de leitura com trabalhos acadêmicos usados nas referências dos trabalhos identificados na primeira etapa. Ao fim, será verificado se esses estudos de caso auxiliam a identificar os usos abusivos e equivalentes às ferramentas clássicas de golpes de Estado da destituição presidencial no pós-redemocratização.

PRESIDENCIALISMO E A ESCOLHA PELA INSTABILIDADE

Uma primeira explicação para a persistência das instabilidades presidencial e política na América Latina é a associação desses fenômenos com o presidencialismo. Essa chave de interpretação parte da tese de que o parlamentarismo é mais apropriado para criar regimes estáveis e que o presidencialismo carrega consigo características que tendem a gerar instabilidade. Ela é a empregada por Juan Linz (1990) ao formular a concepção de que o presidencialismo gera perigos inerentes à sua própria prática.

Essa noção defende que um dos fatores que geram a superioridade do parlamentarismo diante do presidencialismo é que, enquanto o primeiro conta com várias ferramentas capazes de assegurar a sua flexibilidade, o último tem características que o tornam exageradamente rígido. Uma vez que o segundo não conta com a flexibilidade compatível com o funcionamento ordinário da política, uma característica que se torna ainda mais crítica em países como os da América Latina, cuja desigualdade social gera forte polarização ideológica (Linz, 1990).

A inflexibilidade do presidencialismo é exemplificada pela destituição de presidente durante o mandato presidencial. O presidencialismo tem como elementos basilares: a previsão de um tempo fixo para os mandatos do chefe do Executivo, a titularidade das funções de chefia do governo e de representação do Estado em um mesmo agente e a legitimidade democrática e plebiscitária do chefe do Executivo.

O primeiro desses elementos já aponta que as instituições do regime presidencialista não contam com um mecanismo ágil que permita a destituição do chefe do Executivo diante de alguma mudança na composição da política nacional (Linz, 1990). Essa ausência tem, segundo Juan Linz (1990), duas consequências: a) por ser bastante custosa a destituição por meio de *impeachment*, é possível que um presidente cometa ilegalidades e, mesmo assim, continue no seu cargo até o fim do mandato; b) em um momento de embate entre o Executivo e o Parlamento, o país presidencialista tende a enfrentar rupturas de regime, por não contar com uma forma facilitada de forçar o Executivo a negociar com o Legislativo. O centro do argumento é que o parlamentarismo dispõe de uma forma fácil de mudar o chefe do governo e, por isso, não cria uma crise de regime, enquanto, o presidencialismo, por não possuir essa via facilitada, tende a gerar instabilidade.

Na raiz desse argumento, consta uma questão clássica bastante presente no debate e nas pesquisas em torno do presidencialismo e do parlamentarismo: a da legitimidade popular dos mandatos do Parlamento e do Executivo. Enquanto no parlamentarismo existe a legitimidade do chefe de governo mediada pelo Parlamento, sendo esse último o único legitimado diretamente pelo voto popular, no presidencialismo, há duas autoridades legitimadas diretamente pelo sufrágio. Esse dilema tem consequências práticas: diante de um conflito entre essas duas entidades, qual deve prevalecer? Aqueles que advogam pela correlação entre presidencialismo e instabilidade entendem que o desenho institucional do presidencialismo não aponta nenhum elemento para responder a essa questão. Ao não apresentar nenhuma resposta institucional para isso, segundo o argumento de Juan Linz (1990), esse sistema de governo faz com que o uso do *impeachment* contra um chefe de governo gere forte desconfiança de seus correligionários e apoiadores, já que ele não fornece nenhum critério democrático para solucionar a desavença entre Parlamento e Executivo.

Junto à noção de que o presidencialismo carrega perigos que lhe são intrínsecos, os quais, em geral, geram instabilidade, também é apontado, como catalisador de conflito, o fato de o vencedor do pleito, em uma eleição presidencialista, levar todo o governo (Linz, 1990). Por se guiar pelo princípio majoritário, o sistema de governo apresenta dois problemas: a) esse tipo de eleição provoca um governo com pouca representatividade, afinal não assegura a participação das minorias na formulação das políticas de governo; b) a oposição não tem nenhum incentivo a cooperar com o partido vencedor das eleições.

O mandato fixo do presidente coloca a oposição em uma situação em que ela estará fora do governo durante um tempo fixo, ou seja, interessará à oposição que o governo não consiga entregar o que prometeu, para que ela venha a ganhar o próximo pleito. Então, segundo esse argumento, a oposição, na verdade, tem incentivo para atrapalhar a execução da política de governo.

Essa situação também implica na falta de incentivo à moderação presidencial, ou seja, o caráter plebiscitário da eleição presidencial induz o chefe do governo a usar seu capital político para conter a oposição. Por sua vez, ainda como desdobramento do uso do princípio majoritário para instalação do governo, a pouca representatividade do governo pode gerar conflito regional, uma vez que o presidente tende a ser escolhido por áreas mais

urbanas de determinado país, devido a maior densidade populacional, o que pode induzir o governo a contrariar interesses de zonas rurais (Linz, 1990).

Outro gerador de instabilidade, segundo Juan Linz (Linz, 1990), está na necessária imposição de limites à reeleição no presidencialismo. Ela impõe, ao sistema político, os desafios de criar, com periodicidade regular, lideranças políticas capazes de chefiar o governo e de conter o capital político do presidente cujo mandato esteja no fim, o que deve ser feito para não gerar ofuscamento na legitimidade política do próximo chefe de governo. Caso o sistema político nacional seja incapaz de cumprir esses desafios, é possível que o país enfrente a situação crítica de ter uma liderança política que queira se perpetuar na presidência à revelia do limite à reeleição previsto no texto constitucional.

Essa concepção também defende que o presidencialismo tende a gerar conflito ao unir, em um mesmo cargo, o representante do Estado e o chefe de governo. Isso porque, ao ser eleito para chefe de governo, o presidente sustenta uma opção partidária e, ao mesmo tempo, ao chefiar o Estado, deveria representar toda a nação. A identidade dessas figuras, segundo essa tese, tende a fazer com que o presidente confunda todo o povo com seus eleitores e, por isso, o presidencialismo se vê destituído de um chefe de Estado como agente de moderação (Linz, 1990).

Esse diagnóstico, de que o presidencialismo tem características que induzem ao surgimento da instabilidade, é compartilhado por Arturo Valenzuela (2004). O autor, ao mesmo tempo que reconhece uma mudança no padrão de instabilidade presidencial na América Latina, utiliza a mesma chave explicativa para o fenômeno, ao atribuir, ao sistema de governo, a fonte das interrupções dos mandatos presidenciais. A transformação reconhecida pelo autor é evidenciada pela comparação entre as formas de trocas de governo na região, em dois períodos distintos.

Entre os anos de 1930 e 1980, 37,5 % dos governos da América Latina chegaram ao poder por meio de golpes militares, mas, entre os anos de 1980 e 1990, esse dado se alterou. Apenas sete das 37 mudanças de governo na região ocorreram por meio de alguma intervenção liderada por militares. Percebe-se, ainda, que, entre 1985 e 2004, apenas três casos de queda presidencial envolveram alguma ação golpista, enquanto os demais 13 casos se deram por reação à falta de solução por parte do governo a severas crises econômicas, sociais ou políticas (Valenzuela, 2004).

Em suma, antes do ciclo de democratização da região, os militares estavam no centro do fenômeno da instabilidade, e os golpes militares integravam as táticas possíveis a serem adotadas pelos atores da política. A diminuição da ocorrência de golpes militares na região é explicada pelo autor por meio da alteração na geopolítica mundial causada pelo fim da Guerra Fria. Ela fez com que as elites nacionais da América Latina e os militares não temessem a transformação dos movimentos reformistas em experiências com inspiração soviética, o que diminuiu o espaço político para intervenções militares na região (Valenzuela, 2004).

Porém essa transformação na dinâmica política da região, segundo Valenzuela (2004), não foi acompanhada pelo fim do fenômeno da constante queda de presidentes, porque há elementos inerentes ao presidencialismo que tendem a tornar a instabilidade uma característica dos países que o adotam como sistema de governo e a transformar crise de governo em crise de regime.

Segundo o autor, esses fatores são potencializados por duas características das crises presidenciais da região: a) os países latino-americanos convivem com profundos problemas estruturais capazes de mobilizar a sociedade civil a cobrar do Estado e, principalmente, do presidente, visto como principal responsável para tanto, ações que solucionem as iniquidades da região; b) os presidentes têm fraca capacidade de ação, apesar de ser comum contarem com muitos poderes formais, o que frustra a sociedade civil, que atribui ao presidente a tarefa de solucionar os grandes problemas da região (Valenzuela, 2004). A fraqueza da presidência, nessa visão, é, portanto, resultado de uma dinâmica do presidencialismo: ele gera uma lógica de confrontação, porque os parlamentares tendem a não colaborar com o Executivo, para que, diante do fracasso do governo, possam assumir o governo em outra eleição (Valenzuela, 2004).

O cerne da explicação de Valenzuela (2004) para o problema da instabilidade é o sistema de governo, por isso ele sugere como solução a adoção ou do parlamentarismo ou de um presidencialismo que incorpore algumas características típicas desse outro sistema de governo. Sem essa arquitetura institucional, o autor prognostica que os países latino-americanos continuariam reproduzindo o paradoxo da democracia da região, que reside no fato de presidentes democraticamente eleitos serem instigados a desafiar as instituições democráticas para superar as suas próprias fraquezas.

Essa concepção, além de sustentar o parlamentarismo como fornecedor de uma arquitetura institucional compatível com a democracia, por conta de sua flexibilidade, encontra no presidencialismo, simultaneamente, diversas características que seriam geradoras de instabilidade. Em suma, ao optarem pelo presidencialismo, os países latino-americanos estariam escolhendo a permanência da instabilidade como uma característica fundamental de seus sistemas políticos.

Com os dados disponíveis até 1990, quando a região ainda iniciava a consolidação da democracia, essa era uma conclusão provável, visto que a América Latina não tinha vivido ainda a era dos *impeachments*, cujo resultado foi a demonstração de que é possível a convivência de instabilidade de governos com a estabilidade de regime. Contudo, como será visto adiante, o diagnóstico feito por Juan Linz (1990) e por Arturo Valenzuela (2004) não se manteve compatível com a experiência latino-americana da década de 1990, em que pese a instabilidade política ter continuado. Outro diagnóstico que parece não ter se confirmado, pelo menos quando se considera a realidade brasileira, é a tendência de o presidencialismo não induzir nem à negociação nem à formação de governos com representantes de diversos partidos políticos presentes no Parlamento. É o que aponta a necessidade da formulação de uma categoria como a do presidencialismo de coalizão para explicar o sistema político brasileiro erguido a partir da Constituição de 1988.

A categoria presidencialismo de coalizão foi elaborada por Sérgio Abranches (1988) para reconhecer a tendência de o chefe do Executivo ser eleito com mais votos do que o seu partido obtém na disputa legislativa, o que cria uma característica para o sistema político forjado pela Constituição de 1988: ele obrigou que os partidos eleitos para o Executivo formassem governos de coalizão para assegurar a governabilidade. Alguns cientistas políticos, como Leonardo Avritzer (2016) e Fernando Limongi (2006), encontraram nessa característica um dos elementos estabilizadores do sistema político brasileiro, para outros (Olivares *et al.*, 2022), a capacidade de o Executivo manejar seus poderes institucionais para forjar coalisões explica o relativo sucesso do presidencialismo na América Latina. Independentemente das críticas que existem sobre essa tática de estabilização, diferentemente da tendência indicada por Juan Linz (1990), a experiência institucional brasileira acabou encontrando formas de formar governos de coalizão para assegurar a governabilidade, ou seja, o sistema brasileiro produziu arranjos

institucionais capazes de superar ao menos um dos supostos perigos do presidencialismo.

Essa possibilidade de as realidades nacionais conseguirem construir desenhos institucionais capazes de neutralizar esses supostos perigos do presidencialismo foi constatada por Scott Mainwaring e Matthew Shugart (1997). Os autores apontam que o parlamentarismo não é capaz de, por si só, blindar o sistema político de problemas presentes do presidencialismo, como a coexistência de duas instâncias com legitimidade popular, afinal, em países nos quais o Parlamento é composto por duas casas, é possível que o parlamentarismo enfrente crises geradas por conta dessa dualidade de legitimados. Além disso, eles indicam, ainda, que o sistema de freios e contrapesos comumente presente em países presidencialistas acaba neutralizando a tendência do presidencialismo de isolar a oposição.

Ademais, outros dados empíricos parecem contradizer a tese de superioridade do parlamentarismo para assegurar estabilidade de regime. A experiência da Hungria após 2010 (Landau, 2013) parece, ao menos, desmentir a tese de que as válvulas de segurança do parlamentarismo são capazes de afugentar o espectro da ruptura com o regime democrático. Esse argumento é reforçado com a conclusão de Taeko Hiroi e Sawa Omori (2009) de que, em países que já passaram por rupturas democráticas, o parlamentarismo não parece criar barreira excepcional contra caminhos que violem a ordem constitucional. Ao contrário, nesses países, a tendência a ocorrer rupturas é potencializada, porque os agentes políticos encontram dificuldades em diferenciar crises de governo e de regime e, com isso, as ferramentas fora da ordem constitucional se apresentam como caminho viável para solucionar problemas de governo.

Um dos pressupostos para a defesa de Juan Linz (1990) de que o presidencialismo é um dos principais fatores explicativos da instabilidade de regime é a constatação por parte do autor de que, entre as democracias mais longevas, o sistema presidencialista é uma exceção. Porém esse cenário fático, apesar de verdadeiro, desconsidera que o presidencialismo é mais comumente adotado em países da África e da América Latina, regiões que contam com maiores e mais profundos obstáculos para a consolidação da democracia do que a adoção de determinado sistema de governo (Mainwaring e Shugart, 1997).

Perceba, com todo esse espectro de teorias, que há uma evidente deficiência na correlação de causa e efeito entre a adoção de determinado

sistema de governo e a ocorrência do fenômeno de instabilidade política, especialmente quando se considera que o parlamentarismo tem sido escolhido em regiões com fatores não institucionais mais favoráveis à manutenção da democracia, como a maioria de países europeus (Mainwaring e Shugart, 1997), ou seja, do centro do capitalismo global, a impossibilidade de realizar esse tipo de correlação se torna ainda mais evidente.

O surgimento do parlamentarismo está bastante associado às disputas pelo controle do poder político em países monarquistas (Bercovici, 2013). A saída institucional do parlamentarismo foi uma solução para que os setores representados no Parlamento tomassem as rédeas do poder político e impusessem limites ao representante das monarquias nacionais.

Isso explica por que esse sistema de governo é predominante na Europa. O arranjo institucional do parlamentarismo se tornou possível nesses países quando houve a ascensão de uma classe social contestadora da ordem vigente, cujo resultado foi a concentração do poder político nas mãos de uma aristocracia. A contestação feita por essa classe social só foi possível após o desenvolvimento das forças produtivas, a ponto de se permitir a superação do modo de produção feudal (Poulantzas, 2019). Sendo assim, é bem provável que a longevidade do regime democrático nesses países esteja mais relacionada ao grau de desenvolvimento do capitalismo nacional do que com a adoção de determinado sistema de governo.

Essa probabilidade é reforçada quando levamos em consideração que, entre os países presidencialistas, constam os Estados com maior Produto Interno Bruto (PIB) que enfrentam menor número de queda presidencial e, até mesmo, de tentativas de impedimento presidencial, conforme estudos de Kathryn Hochstetler e Margaret Edwards (2009). Por isso, é possível afirmar que a predominância do parlamentarismo entre os países de democracias mais duradouras é mais um acidente da história do que um indicativo de que esse sistema de governo seja uma condição institucional necessária ou indutora da estabilidade da democracia.

Na verdade, o que parece indicar essas incongruências presentes na tese dos perigos inerentes do presidencialismo é que o fator institucional, apesar de importar para o fenômeno político, parece ser insuficiente para explicar as instabilidades de regime e política. Contudo a recepção do diagnóstico de Linz (1990) e de Valenzuela (2004) explica o entusiasmo com o qual foi interpretada a era dos *impeachments* por trabalhos acadêmicos, como veremos a seguir.

DESTITUIÇÃO PRESIDENCIAL E PARLAMENTARIZAÇÃO

O padrão iniciado pela década de 1990 de instabilidade presidencial na América Latina se contrapõe ao prognóstico de que os perigos inerentes ao presidencialismo tendem a fazer com que as quedas de governos levem a situações de ruptura democrática. A hipótese de que o presidencialismo carrega consigo motores de instabilidade, especialmente por conta de sua falta de flexibilidade para adequar o governo às transformações cotidianas das conjunturas políticas, torna a produção acadêmica menos preocupada com o fenômeno das quedas presidenciais por meio de procedimentos como o *impeachment*, quando, ao menos em uma visão menos detalhada, há a permanência do regime democrático.

Em que pese tenha havido uma grande produção acadêmica para investigar as razões de tantas quedas presidenciais na região latino-americana (Hinojosa e Pérez-Liñán, 2006; Hochstetler, 2006; Hochstetler e Edwards, 2009; Marsteintredet e Berntzen, 2008; Martínez, 2017; Pérez-Liñán, 2000; Pérez-Liñán, 2007; Valenzuela, 2004), é um diagnóstico comum a essas pesquisas que os eventos ocorridos a partir da década de 1990 não causaram qualquer risco à saúde do regime democrático.

Mesmo diante do dado trazido por Kathryn Hochstetler e Margaret Edwards (2009) de que, quando comparados com outros países presidencialistas, o presidencialismo latino-americano apresenta maior taxa de interrupção de mandatos presidenciais, as avaliações constantes nessa literatura sobre o novo padrão de queda presidencial costumam ser bastante positivas. É verdade que interrupções de mandatos presidenciais não se apresentam como um fenômeno tipicamente latino-americano, porém as altas taxas de efetivas quedas presidenciais e de tentativas de impedimento de presidentes indicam que esse fenômeno apresenta uma anomalia na região (Hochstetler e Edwards, 2009; Pérez-Liñán, 2007; Souza, 2016). Este tópico é dedicado a identificar como a instabilidade presidencial na América Latina é percebida pela literatura e quais as chaves explicativas costumam ser empregadas para entendê-la.

Em um estudo comparado entre as presidências interrompidas dos anos de 1978 a 2005, Kathryn Hochstetler e Margaret Edwards (2009) identificaram uma alta taxa de interrupção presidencial na América do Sul, o que levou as autoras a concluir que, ao menos nessa região, o presidencialismo tem se mostrando menos rígido quanto ao cumprimento

do tempo do mandato. Elas verificaram, ainda, que, no período estudado, os eventos de quedas presidenciais se tornaram mais frequentes entre os anos de 2000 e 2005. Nesse estudo, a discrepância entre a América do Sul e os demais países presidencialistas é grande: enquanto o índice global de tentativas de interrupção de presidências é de 3 %, nessa região é de 25 % (Hochstetler e Edwards, 2009).

Ao tentar identificar padrões na instabilidade presidencial da América do Sul, Kathryn Hochstetler (2006) constatou que, entre os casos ocorridos no período de 1978 a 2003, apesar de atores não civis terem tentado destituir presidentes, nenhuma dessas empreitadas tiveram êxito. Apenas as tentativas de interrupção de mandatos presidenciais oriundas de movimentações de civis conseguiram efetivamente fazê-lo. Esse dado é relevante porque é recorrente em outros estudos comparativos (Pérez-Liñán, 2007; Valenzuela, 2004), como será visto mais adiante, sendo determinante para que a literatura enxergue esse fenômeno como uma evolução institucional.

A participação da sociedade civil nas quedas presidenciais também é outro dado que costuma ser, além de ressaltado, percebido como uma evolução institucional. No estudo comparado entre os países da América do Sul, realizado por Kathryn Hochstetler (2006), os presidentes que foram efetivamente derrubados no período analisado enfrentaram a oposição mobilizada em manifestações massivas nas ruas, ou seja, elites políticas presentes no Parlamento só conseguiram derrubar presidentes quando promoveram uma espécie de coalizão com movimentos de rua, tendo fracassado todas as tentativas que tiveram apenas iniciativa no Legislativo. A recorrente presença de atos de rua associada aos episódios de quedas presidenciais é interpretada como um dado revelador de que a sociedade civil se tornou um poder moderador no presidencialismo da América do Sul (Hochstetler, 2006).

Nos casos estudados por Hochstetler (2006), a instabilidade presidencial foi particularmente perigosa para presidentes da região que adotaram uma agenda política de realização de reformas neoliberais. Dos 31 presidentes que, segundo a autora, vincularam-se a essa agenda, 14 enfrentaram alguma contestação em seu mandato e oito deles efetivamente foram retirados da presidência. O padrão identificado por ela de fatores que motivaram as quedas presidenciais ou as tentativas de deposição foram: a) a inconformidade com a agenda econômica adotada pelo governo ou com os resultados dela; b) as acusações de corrupção, quando envolviam elementos

que relacionavam o próprio presidente a grandes escândalos; c) o conflito entre Poderes, especialmente quando o presidente não conseguia formar uma maioria no Parlamento. No que se refere aos elementos causais de crises presidenciais, “os presidentes contestados compartilham um conjunto de fatores de risco probabilísticos: políticas neoliberais, implicação pessoal em escândalos e posição minoritária no Congresso” (tradução livre) (Hochstetler, 2006, p. 413).

Diante desses dados, segundo Kathryn Hochstetler (2006), o fenômeno da instabilidade presidencial é uma adaptação institucional. Ainda que não reconheça expressamente, essa avaliação parte do mesmo diagnóstico de que o presidencialismo traz riscos intrínsecos e que, na verdade, o presidencialismo sul-americano encontrou formas de adaptar suas instituições à flexibilidade da política, criando uma espécie de híbrido entre o presidencialismo e o parlamentarismo. Por isso, a autora sustenta que “as altas taxas dessa ‘nova instabilidade’ podem na verdade indicar novas capacidades de resolução de problemas” (tradução livre) (Hochstetler e Edwards, 2009, p. 52).

Desse modo, a instabilidade presidencial está sendo encarada como uma adaptação institucional para a falta de flexibilidade inerente ao presidencialismo. Essa leitura sobre a forma de deposição dos presidentes na América Latina indica a formação de novas maneiras de solucionar problemas e trata a nova instabilidade presidencial não como um problema, mas como solução, pois a encara como uma espécie de evolução institucional encontrada pelo presidencialismo latino-americano para tornar o sistema de governo mais flexível e, principalmente, para livrar a região do espectro da intervenção militar. De acordo com essa concepção, o novo padrão de instabilidade presidencial consegue superar os perigos do presidencialismo ao criar uma suavização na principal característica desse sistema de governo: o mandato fixo do chefe de governo.

Essa leitura relaciona os procedimentos de interrupção prematura de mandatos presidenciais com uma ferramenta de sucessão presidencial ordinária, e não com um mecanismo de responsabilização do chefe do Executivo, ou seja, incorpora o diagnóstico de Valenzuela (2004), que prescreve, para a América Latina, a adoção de um sistema de governo que incorpore características do parlamentarismo, para que se torne, assim, possível a consolidação da democracia na região.

Contudo, enquanto Valenzuela (2004) olha para as quedas presidenciais ocorridas após 1990 e enxerga a ocorrência de crises que colocaram

em risco o regime democrático na região, Kathryn Hochstetler e Margaret Edwards (2006, 2009) veem esses mesmos casos como indício de que o presidencialismo da região conseguiu construir soluções institucionais capazes de servir de válvulas de escape para as crises geradas pelo sistema de governo predominante na região. Portanto, esse novo padrão de quedas presidenciais se refere a um processo de parlamentarização.

A tese de que as quedas presidenciais na América Latina ocorridas após os anos de 1990 representam uma espécie de evolução institucional está mais claramente evidenciada no trabalho de Leiv Marsteintredet e Einar Berntzen (2008). Os referidos pesquisadores, ao compararem os casos de remoção de presidentes ocorridos na região, trataram de tentar encontrar padrões que aproximam os casos encontrados, para, com isso, descobrir os impactos desses casos nos sistemas de governo dos países da região e nos regimes democráticos. Eles também comparam os desenhos constitucionais adotados pelos países da região para regular a sucessão presidencial e o sistema de governo.

Com base nessa comparação, Marsteintredet e Berntzen (2008) constataam que, apesar de a maioria das nações latino-americanas adotarem em seus textos constitucionais sistemas de governo presidencialistas, rígidos, com uma sucessão presidencial regulada normativamente, a prática desses países acabou criando fissuras na rigidez presidencialista. Elas serviram de soluções institucionais para momentos de crise.

A rigidez é identificada pelos autores quando os sistemas constitucionais dos países preveem “um executivo e um legislativo eleitos independentemente, o tempo do mandato fixo, e a sucessão presidencial, em caso de ausência definitiva do chefe do executivo, é normativamente orientada” (tradução livre) (Marsteintredet e Berntzen, 2008, p. 85). Por sua vez, há flexibilidade quando o Congresso pode retirar o presidente por uma maioria absoluta ou quando algum dos poderes constituídos pode antecipar as eleições. Os países da América Latina, apesar das previsões dos textos constitucionais que prescrevem um roteiro fechado de sucessão presidencial, passaram a usar diversos mecanismos, entre eles o *impeachment*, para tornar menos drástica e mais frequente a interrupção de mandatos presidenciais, sem que fossem necessárias intervenções militares. Foram essas conformações institucionais criadas pela prática política dos países latino-americanos que permitiram que a região superasse os perigos do presidencialismo (Marsteintredet e Berntzen, 2008).

No que se refere ao desenho constitucional, a maioria dos países latino-americanos adota presidencialismos típicos, em que o presidente não depende de qualquer composição do Parlamento para ser eleito. Quanto à continuidade dos mandatos do Parlamento e do Executivo, há alguns casos nos quais a constituição prevê a possibilidade de o Parlamento declarar, de forma mais simplificada, que o presidente abandonou o cargo ou é incapaz de governar, como é o caso do Peru e do Chile, ou, em situações excepcionais, de o presidente dissolver o Congresso, como é o caso do Peru e do Uruguai (Marsteintredet e Berntzen, 2008).

Apesar dessas previsões nas constituições dos países da América Latina, Marsteintredet e Berntzen (2008) constataram que os casos de destituição presidencial ocorridos após o que eles chamam de terceira onda de democratização – iniciada em meados da década de 1980 – podem ser agrupados nas seguintes categorias, no que se refere aos procedimentos adotados: 1) golpe militar ou autogolpe, identificado quando há uma dissolução antidemocrática do Executivo ou do Parlamento; 2) *impeachment*, que se executa quando, por meio de uma maioria qualificada do Parlamento, com ou sem participação de decisão do Judiciário, destitui-se o presidente; 3) o *recall* popular ou a renúncia forçada, que ocorre quando manifestações populares forcem a renúncia do presidente ou a inauguração de um procedimento previsto na constituição para destituição antecipada do presidente; 4) o voto de censura ou seu equivalente funcional no sistema presidencialista, que se configura quando, por meio de uma decisão da maioria absoluta do Parlamento, o mandato do presidente é interrompido; 5) a antecipação das eleições, que pode ser vista quando quaisquer dos Poderes constituídos antecipam o calendário eleitoral. Como, nessa quadra da história, a primeira categoria foi uma exceção na região, segundo eles, em apenas três dos 20 casos identificados, os autores acabaram enxergando os episódios de quedas presidenciais como forma de adequação da prática constitucional latino-americana à necessária flexibilidade da política. Segundo os autores, as quedas dos presidentes tornam maleável o sistema de governo por atingir o cerne do sistema presidencialista: o mandato presidencial estabelecido em um tempo fixo (Marsteintredet e Berntzen, 2008).

Dos 20 casos de interrupção presidencial identificados por Marsteintredet e Berntzen (2008), entre os anos de 1984 e 2005, três se deram por meio antidemocráticos, três se deram por meio de *impeachment* e os outros 14 se deram por algumas das outras categorias identificadas por eles como

responsáveis por afetar a natureza do presidencialismo (*recall* popular ou renúncia; voto de censura ou seu equivalente funcional; antecipação das eleições). Ao usarem como critério para manutenção do regime democrático o ator responsável pela destituição presidencial (se militar ou civil), os pesquisadores acabam concluindo que a América Latina enfrenta um período de instabilidade de governos, mas de estabilidade de regime.

O fator explicativo para essa mudança também é encontrado no fim da Guerra Fria. A nova política externa estadunidense para a América Latina forçou os atores da política nacional dos países latino-americanos a encontrarem outras formas de solução para as crises presidenciais (Marsteintredet e Berntzen, 2008). Esses atores encontraram na parlamentarização, incorporação aos presidencialismos latino-americanos de características tipicamente parlamentaristas, como a de flexibilização das maneiras de remoção do presidente e de sucessão presidencial, a solução para as crises políticas da região.

Como se percebe, essa leitura sobre o fenômeno encara a ocorrência das quedas presidenciais não como um fator que indica instabilidade, mas, ao contrário, como garantidor da estabilidade da democracia na região. Isso porque, tendo sido incorporada, ainda que não explicitamente, a noção de que o presidencialismo é um fator desestabilizador ao não prever mecanismos flexíveis para remover governantes, ao se deparar com o fenômeno de países da América Latina interrompendo mandatos presidenciais sem que haja uma ostensiva ruptura com a democracia, não há como essa literatura reconhecer esse fenômeno como um problema. Porém esse entusiasmo parece desconsiderar que, ao mesmo tempo em que os atores políticos da região constroem alternativas aos golpes militares por meio de arranjos institucionais que permitem flexibilizar regras de sucessão, essas adaptações também podem usurpar da soberania popular as escolhas da chefia de governo e da agenda política adotada pelo Poder Executivo.

É fato que, se considerarmos o passado da região, em que predominavam intervenções militares e governos autoritários, a existência de mecanismos de trocas de governo aparentemente operados por atores civis não deixa de ser um ganho institucional. Mas é possível tratar como democrática uma sucessão presidencial apenas porque ela foi motivada por ação de civis? Apenas uma noção bastante reduzida de democracia pode permitir uma resposta positiva a essa questão. Ainda assim, essa leitura sobre o fenômeno da instabilidade presidencial ajuda a jogar luz sobre como o predomínio e

o processo de consolidação da democracia na América Latina parecem ter modificado consideravelmente o padrão de quedas de presidentes na região.

DESTITUIÇÃO PRESIDENCIAL E ESTABILIZAÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

Como se vê até aqui, a atribuição ao presidencialismo de características que induzem à ruptura constitucional fez com que a prática constante da destituição presidencial e, principalmente, a forma pela qual ela passou a se realizar na América Latina, a partir de meados da década de 1990, transformassem a instabilidade presidencial de um problema a uma condição para a estabilização do regime democrático na região. Crises presidenciais costumam ocorrer quando há uma forte erosão da autoridade do presidente. O reconhecimento de que, no passado, ela era respondida por golpes mirando a destituição do presidente e a reconfiguração do sistema político, mas que, atualmente, passou a ser respondida pelo acionamento de algum procedimento de *impeachment* (Pérez-Liñán, 2000; Pérez-Liñán e Polga-Hecimovich, 2017), induz a esse novo padrão de instabilidade ser recepcionado com certo entusiasmo pela literatura competente.

Em que pese a partir de meados da década de 1980 já ser possível identificar a baixa ocorrência de soluções ostensivamente golpistas (Hochstetler, 2006; Hochstetler e Edwards, 2009; Marsteintredet e Berntzen, 2008), o procedimento do *impeachment* se consolidou como a principal ferramenta para a solução das crises entre o Legislativo e o Executivo na América Latina a partir dos anos de 1990 (Pérez-Liñán, 2000; Pérez-Liñán, 2007; Polga-Hecimovich, 2023).

De acordo com a tese de que o sistema de governo predominantemente adotado na região precisaria adotar características parlamentaristas, o ganho institucional desse fenômeno não está presente apenas na flexibilização dos mecanismos de sucessão presidencial e de interrupção de governos, mas também na elevação do poder do Legislativo sobre o sistema político, pois a sobrevivência do mandato presidencial passou a ser condicionada por uma decisão dessa instância institucional.

O empoderamento do Legislativo está na raiz dessa mudança do caminho para o solucionamento das crises presidenciais. Se, no passado, o Legislativo se via incapaz de interromper, sozinho, o mandato presidencial, como foi o caso da fracassada iniciativa do Legislativo para destituir

Salvador Allende no Chile, a partir dos anos de 1990 o Parlamento passou a desempenhar um papel de protagonista nas respostas às crises políticas (Pérez-Liñán, 2000). Esse empoderamento do Legislativo e a transformação do mecanismo do *impeachment* como principal veículo para interromper mandatos presidenciais estão relacionados com transformações profundas no sistema político latino-americano, as quais foram evidenciadas por Aníbal Pérez-Liñán (2007) em sua análise comparativa sobre os casos de quedas de presidentes entre os anos de 1992 e 2004.

O mencionado pesquisador identificou, no período estudado, 11 casos de destituição presidencial nos países latino-americanos – no Brasil, em 1992; na Venezuela, em 1993; na Colômbia, em 1996; no Equador, em 1997 e 2000; no Peru, em 1999, 2000 e 2004; na Argentina, em 2001; na Guatemala, em 1993; e na Bolívia, em 2003. A minoria desses casos se deu por meio de uma renúncia forçada, sem qualquer acionamento de mecanismos de *impeachment*. Mas, até nesses casos minoritários, estão presentes os mesmos fatores causadores das crises de *impeachment*, o que revela que eles poderiam ter se desenvolvido para o mesmo desfecho se o colapso do governo não tivesse se antecipado à formalização da deposição presidencial por esse meio (Pérez-Liñán, 2007).

Ao identificar os eventos que levaram à deposição dos presidentes, o autor identifica algumas condições para que os *impeachments* ocorram e que os casos de renúncia forçada se materializem: a) a exposição de escândalos envolvendo o presidente ou seus familiares; b) a incapacidade de o presidente manter o controle sobre o Congresso, esvaziando o escudo legislativo que garante a sobrevivência do mandato presidencial; c) a formação de uma coalizão de mobilizações da sociedade civil exigindo a deposição do chefe do governo (Pérez-Liñán, 2007). Cada uma dessas variáveis condicionantes do desfecho da crise presidencial está diretamente relacionada às transformações do sistema político latino-americano produzidas pelo processo de democratização da região. No cerne dessa modificação da prática política da região, consta a aceitabilidade do golpe militar como uma tática dos atores da política da região.

O dado apresentado por Pérez-Liñán (2007) que indica que houve o abandono da prática de golpes militares como tática ordinária da política da região é o da variação do número de países da região que usaram esse mecanismo para instalar regimes autoritários. No final da década de 1950, houve um aumento do número de regimes democráticos, contudo o medo

das elites nacionais a uma possível onda de revolução comunista, causado pelo contexto da Guerra Fria, reverteu essa tendência à adoção de regimes democráticos na região. Entre os anos de 1960 e 1970, a região passou por diversos eventos de intervenção militar sobre os governos civis. Essa tendência autoritária foi desfeita no fim dos anos de 1970, quando uma onda democratizante se espalhou pelos países da América Latina e, mesmo com esses países enfrentando crises presidenciais, a continuidade do regime democrático não foi colocada em risco.

A chave teórica empregada pelo pesquisador para entender essa mudança é o papel dos militares. A partir do que ele chama de terceira onda de democratização, os militares foram forçados a sair da política ordinária e, com isso, os políticos civis foram forçados a encontrar uma maneira alternativa de solucionar os momentos críticos (Pérez-Liñán, 2000; Pérez-Liñán, 2007). Para ele, essa retirada dos militares da política está associada ao aprendizado dos atores políticos da região, que presenciaram o caráter violento dos regimes militares do período anterior; à mudança do cenário internacional produzida com o fim da Guerra Fria; e à legitimidade que o regime democrático passou a ganhar no interior das realidades nacionais, o que resultou na delegação às instituições de novas atribuições, como a de mediar as crises políticas (Pérez-Liñán, 2007).

Ao forjar um caminho institucional para depor presidentes, os atores civis da política nacional fortaleceram o Legislativo em relação ao Executivo, uma vez que a via encontrada para mediação das crises políticas foi uma ferramenta por meio da qual o Legislativo decide sobre a continuidade do mandato presidencial. Isso só foi possível porque a oposição parlamentar ao governo não permaneceu ameaçada por medidas de perseguição típicas do passado autoritário da região, ou seja, a liberdade partidária instituída com a consolidação da democracia permite, sob certas condições, que o Parlamento utilize o *impeachment* como forma de interromper mandatos presidenciais, devido à dissolução do escudo legislativo do chefe de governo.

Já as mobilizações da sociedade civil reivindicando nas ruas a destituição de um presidente formam um outro fato que está diretamente relacionado à liberdade de organização e de reunião inerentes à ordem democrática. O autor encontra na perda de apoio popular e nas mobilizações de rua as variáveis determinantes para a sobrevivência ou não dos mandatos presidenciais, uma vez que as mobilizações de rua contra o presidente estiveram presentes em todas as crises presidenciais cujo resultado foi a

destituição do chefe de governo, a partir da década de 1990 (Pérez-Liñán, 2007). É comum a todos os casos comparados por Pérez-Liñán (2007) a perda de popularidade causada pela adoção de reformas neoliberais e pelo mau desempenho macroeconômico dos presidentes destituídos. Esse fator tende a gerar um ciclo vicioso na crise presidencial, estimulando a ocorrência de novos escândalos midiáticos, tanto pela disposição da mídia para divulgar informações sobre o chefe de governo quanto pelo incentivo a políticos, inclusive antigos aliados, a vazarem informações contra o presidente.

O diagnóstico de Pérez-Liñán (2007) é de que o *impeachment* se transformou não só em uma ferramenta de destituição presidencial diante do cometimento de crimes graves, mas uma medida disponível para o uso de um Legislativo que enfrente algum conflito contra o chefe do Executivo, o que, para ele, representa um ganho institucional por dois fatores: a) torna o Legislativo mais forte; b) garante que as crises presidenciais ocorram com estabilização do regime. Eles são complementares na tese defendida pelo autor: só foi possível que presidentes caíssem sem colocar em risco o regime democrático porque essas quedas presidenciais ocorreram por meio da ação do Legislativo. Mesmo que a ferramenta do *impeachment* possa cumprir a mesma função dos golpes militares de derrubada de um Presidente por uma oposição radicalizada (Pérez-Liñán e Polga-Hecimovich, 2017), o aspecto formal da deposição parece ser suficiente para a literatura institucionalista para reconhecer a sua legitimidade. É visível como essa leitura sobre o fenômeno dos *impeachments* na América Latina supervaloriza o ator responsável pela destituição presidencial para definir o seu caráter democrático. Ela também ajuda a entender como a consolidação da democracia alterou o fenômeno da instabilidade presidencial, mas serve pouco para auxiliar a identificar o uso abusivo e equivalentes às vias clássicas de golpes de Estado das ferramentas constitucionais de destituição presidencial.

A possibilidade de essa prática se transformar em um desvio no processo de consolidação da democracia na América Latina já era ventilada por Pérez-Liñán (2000) ao reconhecer que, se os *impeachments* comessem a usar provas que não seriam aceitas em um processo judicial ou se o uso dessa ferramenta se desse de forma tão flexível que o transformasse em uma forma constitucional de golpe legislativo, ele perderia legitimidade. Por sua vez, a noção de armadilha do *impeachment*, utilizada por John Polga-Hecimovich (2023) para descrever a tendência de o procedimento de *impeachment* não solucionar a crise que lhe deu causa e, por consequência,

de perpetuar a instabilidade política, indica em partes os riscos da presença constante desse procedimento para o desenho institucional latino-americano.

Também não parece ter sido bem solucionada a questão da legitimidade do governo nascido por uma destituição presidencial. O fato de protestos terem sido variáveis necessárias para ocorrerem os *impeachments* e as renúncias forçadas não impedem que o poder de decisão sobre a agenda do governo seja retirado das mãos da soberania popular para um corpo de políticos profissionais

O entusiasmo com o qual foi recebida a redução dos perigos do presidencialismo pelos autores tratados até aqui pouco nos indica a como identificar quando ocorre o uso abusivo da destituição presidencial. Principalmente porque, em que pese ser realmente um ganho institucional ter atores civis como responsáveis pela decisão pela continuidade ou não do mandato presidencial, usar apenas o caráter civil da iniciativa como critério desconsidera a capacidade de o autoritarismo diversificar o seu vetor. Na história das democracias no Ocidente, sequer é possível atribuir aos golpes militares o título de única via de instalação de regimes autoritários. Isso porque, como evidencia Eric Hobsbawm (2017), ao tratar sobre a derrubada dos regimes liberais no Ocidente, há exemplos de regimes de exceção que foram instalados após uma sucessão de governo regulada por ritos previstos na Constituição, como o nascido da derrubada da República de Weimer na Alemanha (Landau, 2013). Então, é possível que o uso abusivo do *impeachment*, na verdade, seja uma forma de as formas tradicionais de golpe de Estado, como quarteladas, sejam transmutadas em vias furtivas e de legalidade duvidosa, mas, ainda assim, golpistas.

OS RISCOS DO USO ABUSIVO DA DESTITUIÇÃO PRESIDENCIAL

Na análise comparativa feita por Pérez-Liñán (2000, 2007) o abuso é uma possibilidade remota, mas, no diagnóstico feito por André Luiz Coelho Farias de Souza (2016) sobre as destituições presidenciais ocorridas ou tentadas em Honduras (2009) contra Emanuel Zelaya; no Equador (2010) contra Rafael Correa; e no Paraguai (2012) contra Fernando Lugo, o abuso é constatado. O autor sustenta que esses casos foram iniciativas que reagiram à perda de espaço da centro-direita nacional que dominava a política local antes da presidência desses mandatários (Souza, 2016). Um principal diferenciador entre esses casos e os estudados pelo mesmo autor

em pesquisa anterior (Coelho, 2012) e por Pérez-Liñán (2000, 2007) é que os três eventos ocorreram sem que houvesse protestos de movimentos sociais exigindo a deposição dos presidentes.

Outro diferenciador importante é que, na tentativa de deposição de Rafael Correa e na destituição de Emanuel Zelaya, não foi completamente possível dizer que não houve iniciativa militar. Em que pese em nenhum dos dois casos o resultado ter sido a instalação de um governo militar, em ambos, o braço do Estado que detém o monopólio da força esteve longe de cumprir um papel de expectador. No caso de Rafael Correa, o fato que causou a tentativa de interrupção do mandato foi um motim de policiais. Por sua vez, no caso de Emanuel Zelaya, as Forças Armadas hondurenhas cumpriram o papel de poder moderador e chegaram a deportar o presidente deposto (Souza, 2016).

O caso de Fernando Lugo chama atenção devido ao cerceamento do direito de defesa do presidente, provocado pela criação improvisada de um rito, chancelado pelo Judiciário, ao rejeitar a análise do pedido de revisão do procedimento contra o mandatário deposto, o que permitiu que, do início do processo de *impeachment* até o seu desfecho, passassem-se apenas 48 horas (Souza, 2016). As características peculiares a esses eventos levaram Souza (2016, p. 47-48) a afirmar que eles ocorreram porque “as elites conservadoras da região atuaram de maneira objetiva para retirar os presidentes identificados com valores de esquerda, visando o reequilíbrio das forças políticas inscritas nas quedas dos mandatários”. Em suma, os eventos foram uma reação à onda de governos com inspirações progressistas que chegaram ao poder em vários países da América Latina.

O diagnóstico de Souza (2016) sobre esses três casos revela que é possível que os mecanismos de destituição presidencial sejam usados para impor um veto a uma agenda política decidida pela soberania popular. Ainda que isso se dê por meio de mecanismos previstos na constituição, a interrupção de mandatos presidenciais pode ser uma reação oligárquica a uma decisão manifestada em eleições, o que pode representar uma usurpação de uma atribuição da soberania popular. E é nesse fato que pode ser observada a possibilidade de as ferramentas constitucionais de destituição cumprirem a função equivalente às vias clássicas de golpe de Estado quando são usadas para escamotear tentativas de promoção de uma cisão entre agenda de governo e soberania popular. Afinal, a promoção de um veto a uma agenda política por caminhos extralegais, o que inclui a utilização de ferramentas

constitucionais de modo incompatível com a natureza jurídica delas, é uma forma de executar um golpe de Estado, ainda que não utilize vias ostensivamente autoritárias.

Esse risco não é diminuído ou evitado por ser utilizado um mecanismo da constituição para interromper um mandato presidencial. Afinal, a noção de constitucionalismo abusivo (Landau, 2013) indica que o autoritarismo contemporâneo passou a usar ferramentas do constitucionalismo para implantar uma agenda autoritária, com o objetivo de atacar as bases da ordem constitucional e, simultaneamente, evitar medidas ostensivamente antidemocráticas. Isso ocorre inclusive se estivermos diante da transformação de uma ferramenta de responsabilização de chefes de governo em um instrumento de sucessão presidencial. Também não há nenhuma garantia de que a existências de protestos populares amortecem a possibilidade de usurpação do poder de escolher a agenda do governo, uma vez que, inicialmente, mobilização de rua não é uma variável necessária para ocorrer a interrupção de mandatos presidenciais, como revelam os casos mencionados neste tópico, e, principalmente, a substituição do momento solene das eleições pela capacidade de mobilização de protestos de ruas ou pelas sondagens de popularidade de presidentes feitos por institutos de pesquisa não parece ser um bom método para aferição da escolha da maioria do eleitorado.

A experiência da América Latina nos anos 2010 indica que há uma tendência de o procedimento do *impeachment* ser usado não como uma ferramenta de punir um Presidente que comete ilegalidades, mas sim como um caminho para a oposição política destituir adversários, mesmo quando há um padrão frágil de legalidade nas acusações (Llanos e Marsteintredet, 2023). Ao perceber o *impeachment* como um evento ordinário da política latino-americana, a literatura institucionalista atribui um papel de mera sucessão presidencial a esse instituto. Contudo, isso pode se dar com certo desvio institucional e, além disso, esconde a possibilidade de essa ferramenta ser usada como meio para aplicar um veto a uma agenda política.

A transformação do instituto em um mecanismo de simples alternância do chefe do Executivo é feita por meio de uma leitura pragmática do instituto do *impeachment*, que trata de associar esse mecanismo a um processo de apuração sobre a popularidade presidencial e de cálculos eleitorais realizados pelos responsáveis pelo julgamento do presidente (Gerhardt, 2000). O tratamento pragmático do instituto do *impeachment* reduz a previsão normativa sobre ele a mero roteiro procedimental para promoção de uma sucessão

presidencial tal qual um pleito eleitoral, contudo sem a participação daqueles que asseguram a legitimidade do Poder Executivo no presidencialismo: os eleitores e as eleitoras.

A adoção de uma leitura pragmática sobre esse instituto tende a atribuir ao parlamento ampla liberdade para definir as condutas do presidente sujeitas a um procedimento de destituição presidencial. Para essa literatura (Ginsburg *et al.*, 2021; Klarman, 1999; Pérez-Liñán, 2018), a melhor arquitetura institucional para o *impeachment* é aquela que prevê apenas amarras procedimentais e que libera o parlamento para deliberar com discricionariedade sobre o uso da destituição presidencial. Entre os que fazem a leitura pragmática, predomina o diagnóstico de que a prática político-institucional do *impeachment* transformou esse instituto em um mecanismo para solucionar crises presidenciais (Ginsburg *et al.*, 2021). Ao mesmo tempo que ela exalta a capacidade desse instituto de apresentar saídas para um conflito entre o Legislativo e o Executivo, ela também constata que é comum esse procedimento de *impeachment*, quando bem-sucedido, ter como resultado desconfianças quanto à legitimidade dos processos de destituição (Ginsburg *et al.*, 2021; Pérez-Liñán, 2018; Pérez-Liñán, 2007). Ou seja, se for realizada uma avaliação pragmática sobre esse instituto, e esse fato for inserido na análise, não é possível considerá-lo como meio adequado para promover um rito ordinário de sucessão presidencial, pois ele costuma gerar divergência sobre a legitimidade da mudança da chefia do poder Executivo.

Essa divergência corriqueira sobre a legitimidade dos procedimentos está relacionada a uma querela em torno do caráter normativo dos limites substanciais previstos na legislação reguladora do *impeachment* nas respectivas realidades nacionais. Não por outra razão, a literatura jurídica sobre o procedimento de destituição presidencial costuma se debruçar sobre o escopo do *impeachment* (Brown, 2010; Fagbadebo, 2020; Galindo, 2016; Gerhardt, 1999, 2000, 2019; Kinkopf, 2000; Mafei, 2021; Pinto, 1964). A definição teórica das condutas presidenciais sujeitas à destituição presidencial exige uma resposta sobre a natureza do procedimento do *impeachment*: se é orientado normativamente no que se refere ao seu conteúdo ou se é um mecanismo de mera sucessão presidencial.

A leitura pragmática, predominante na literatura institucionalista, faz uma opção pela segunda tese, orientada pelos supostos ganhos decorrentes da disponibilização para os agentes políticos de uma saída institucional

para depor presidentes em um momento de crise presidencial. A defesa da liberdade do parlamento para decidir de forma quase discricionária sobre a destituição presidencial nesse procedimento perpassa a tese de que, comparativamente a países que não adotam uma via facilitada de retirada do presidente pelo parlamento, a existência de um instrumento de *impeachment* que deve satisfação apenas à política traz melhores resultados (Ginsburg *et al.*, 2021; Klarman, 1999; Pinto, 1964). Essa noção, contudo, não parece superar um obstáculo importante: há uma estrutura normativa que faz do procedimento do *impeachment* uma decisão limitada no mérito, cujas balizas são definidas pelo ordenamento jurídico nacional.

A tese defendida por quem defende que o *impeachment* se submete apenas a limitações procedimentais (Ginsburg *et al.*, 2021; Pinto, 1964) – como regras sobre quórum para deliberação, prazos para prática de atos, oportunidade de manifestação dos atores processuais envolvidos, ordenação de etapas de julgamento – e que o seu uso abusivo só se manifesta quando elas são desrespeitadas, não é compatível com a natureza do instrumento no presidencialismo, tampouco é adequada à arquitetura normativa prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

A exigência de que seja seguido um procedimento capaz de assegurar um rito apropriado à natureza de julgamento existe por ele ser efetivamente um julgamento com propósito sancionatório e não um simulacro de processo. Aceitar que apenas regras procedimentais incidem sobre o instituto de *impeachment*, além de subverter a sua natureza, significaria transformar as balizas normativas em mero subterfúgio de projeção de aparência de legitimidade ao processo de derrubada da Presidência da República. Com isso, seria reconhecida como legítima a operação constatada por Lusmarina Campos Garcia (2022, p. 644) de que o sistema da política utiliza o sistema do direito para “[...] encobrir de aparência de legalidade e a sua [do sistema da política] decisão inconstitucional de destituir [...]”.

CONCLUSÃO

Ao verificar como o fenômeno da instabilidade presidencial na América Latina vem sendo interpretado pela literatura especializada, é possível perceber que, em um primeiro momento, ele foi encarado como um problema inerente ao presidencialismo. Essa leitura sobre o fenômeno partiu de uma concepção de que esse sistema de governo carrega consigo

fatores que são geradores de instabilidade. O principal deles é a falta de flexibilidade causada pela previsão de um mandato fixo para o chefe do governo. Segundo essa leitura, a rigidez estabelecida por essa característica basilar do presidencialismo impede que o governo possa se adaptar às vicissitudes da conjuntura. Os que partilham desse diagnóstico defendem que o parlamentarismo é um regime comparativamente mais capaz de tornar o regime democrático longo.

No entanto, foram apresentadas pesquisas empíricas que demonstram que nem mesmo o parlamentarismo, por si só, é capaz de blindar o regime democrático de instabilidade, e que, da mesma forma, o presidencialismo não está fadado a viver crises que colocam em risco a continuidade democrática, o que reforça a insuficiência de uma leitura institucionalista para entender esse problema de modo empírico e sistemático. Além disso, a tese de que o parlamentarismo consegue estabilizar de forma mais exitosa o Estado parte de um pressuposto que contém uma distorção de causalidade: entre as democracias mais longevas, o parlamentarismo é o sistema de governo da maioria dessas nações. O presidencialismo é mais comum em regiões que enfrentam problemas que dificultam a consolidação da democracia. Dessa forma, é provável que existam fatores alheios às instituições que sejam mais determinantes para a instabilidade política e presidencial na América Latina do que simplesmente seu sistema de governo predominante.

Outra leitura sobre o fenômeno da instabilidade presidencial, feita a partir de estudos de caso das quedas presidenciais ocorridas entre meados de 1980 e início dos anos 2000, acabou enxergando esses fatos com certo entusiasmo. Isso porque, nesse período, mesmo tendo se mantido o padrão de altas taxas de presidências interrompidas, o regime democrático se manteve estável na maior parte dos países da região.

Apesar de ser um efetivo ganho institucional a redução do número de intervenções militares, a supervalorização do critério da iniciativa civil para caracterizar uma destituição como democrática desconsidera a possibilidade de o autoritarismo ser implantado por variadas formas, incluindo-se, nesses casos, o uso abusivo de medidas constitucionais. Também está presente nessa tese a avaliação positiva do fenômeno, porque os presidentes passaram a ser retirados de seus cargos por iniciativa de atores civis. Essa leitura auxilia a entender as mudanças dos mecanismos de interrupção de mandatos presidenciais, mas ajuda pouco a identificar o uso abusivo e equivalente às vias clássicas de golpe de Estado das ferramentas constitucionais de destituição

presidencial, porque desconsidera a possibilidade de o mecanismo ser usado por uma oligarquia como veto à decisão tomada pela soberania popular, por levar em conta os riscos de transformar um mecanismo de responsabilização de presidentes em meros instrumentos de sucessão presidencial.

REFERÊNCIAS

Abranches, S. H. H. de (1988). Presidencialismo de coalizão: O dilema institucional brasileiro. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, 31(44), 5-34.

Almeida, E. M. de (2019). O papel do Supremo Tribunal Federal no Impeachment da presidente Dilma Rousseff. *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, 2(1), 52-75. <https://doi.org/10.33389/desc.v2n1.2019>.

Avritzer, L. (2016). *Impasses da democracia no Brasil*. Civilização Brasileira.

Bercovici, G. (2013). *Soberania e constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. Quartier Latin.

Brown, H. L. (2010). *High crimes and misdemeanors in presidential impeachment*. Palgrave Macmillan.

Coelho, A. (2012). Inestabilidad política y caídas presidenciales en Sudamérica: causas y consecuencias. *Revista de Ciência Política*, 50(1), 167-194.

Fagbadebo, O. (2020). *Impeachment in the nigerian presidential system: Challenges, successes and the way forwards*. Palgrave Macmillan.

Farr, A. (2010). Honduras: A democracy gone awry the forceful ouster of a president. *Law and Business Review of the Americas*, 16(2), 311-322.

Fernandes, F. (1973). Classes sociais na América Latina. Em F. Fernandes (Ed.), *Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina* (pp. 33-122). Zahar.

Fernandes, F. (2008). Crescimento econômico e instabilidade política no Brasil. Em F. Fernandes (Ed.), *Sociedade de classes e subdesenvolvimento* (pp. 119-144). Global.

Fossum, E. (1967). Factors influencing the occurrence of military coups d'Etat in Latin America. *Journal of Peace Research*, 4(3), 228-251. <http://www.jstor.org/stable/422668>.

Galindo, B. (2016). *Impeachment: À luz do constitucionalismo contemporâneo incluindo análises dos casos Collor e Dilma*. Juruá.

Garcia, L. C. (2022). *A complexa relação entre direito e política: Uma análise do impeachment da Presidenta Dilma Rousseff* [Tese doutorado]. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.

Gerhardt, M. J. (1999). The lessons of impeachment history. *The George Washington Law Review*, 67(3), 603-625.

Gerhardt, M. J. (2000). The Special Constitutional Structure of the Federal Impeachment Process. *Law and Contemporary Problems*, 63(1/2), 245-256.

Gerhardt, M. J. (2019). *The federal impeachment process*. The University of Chicago pPress.

Ginsburg, T., Huq, A. y Landau, D. (2021). The Comparative Constitutional Law of Presidential Impeachment. *The University of Chicago Law Review*, 88(81), 81-164. https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/GinsburgHuqLandau_ComparativeImpeachment_88UCLR81.pdf.

Hinojosa, V. J. y Pérez-Liñán, A. S. (2006). Presidential survival and the impeachment process: The United States and Colombia. *Political Science Quarterly*, 121(4), 653-675. <https://doi.org/10.1002/j.1538-165X.2006.tb00585.x>.

Hiroi, T. y Omori, S. (2009). Perils of parliamentarism? Political systems and the stability of democracy revisited. *Democratization*, 16(3), 485-507. <https://doi.org/10.1080/13510340902884598>.

Hobsbawm, E. (2017). *Era dos extremos*. Companhia das Letras.

Hochstetler, K. (2006). Rethinking presidentialism: Challenges and presidential falls in South America. *Comparative Politics*, 38(4), 401-418. <https://doi.org/10.2307/20434009>.

Hochstetler, K. (2007). Repensando o presidencialismo: Contensões e quedas de presidentes na américa do sul. *Lua Nova*, 72, 9-46.

Hochstetler, K. y Edwards, M. E. (2009). Failed presidencies: Identifying and explaining a South American anomaly. *Journal of Politics in Latin America*, 1(2), 31-57.

Jaguaribe, H. (1969). *Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político*. Paz e Terra.

Katz, C. (2016). *Neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, socialismo*. Expressão Popular; Perseu Abramo.

Kinkopf, N. (2000). The scope of “high crimes and misdemeanors” after the impeachment of president Clinton. *Law and Contemporary Problems*, 63(1/2), 201-221. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=lcp>.

Klarman, M. J. (1999). Constitutional fetichism and the Clinton impeachment debate. *Virginia Law Review*, 85(4), 631-659. <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/99070725.pdf?abstractid=169257&mirid=1>.

Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, 47, 189-260. <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

Limongi, F. (2006). A democracia no Brasil: Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos - CEBRAP*, 76, 17-41. <https://doi.org/10.1590/s0101-33002006000300002>.

Linz, J. J. (1990). The perils of presidentialism. *Journal of Democracy*, 1(1), 51-69. <https://doi.org/10.1353/jod.1990.0011>.

Llanos, M. y Marsteintredet, L. (2023). The limits of presidential impeachment: Lessons from Latin America. Em M. Llanos y L. Marsteintredet (Eds.), *Latin America in times of turbulence* (pp. 17-35). Routledge.

Mafei, R. (2021). *Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. Zahar.

Mainwaring, S. y Shugart, M. S. (1997). Juan Linz, presidentialism, and democracy: A critical appraisal. *Comparative Politics*, 29(4), 449-471. <http://www.jstor.org/stable/422014>.

Marini, R. M. (2014). A dialética do desenvolvimento capitalista no Brasil. Em R. M. Marini (Ed.), *Subdesenvolvimento e revolução* (pp. 73-161). Insular.

Marsteintredet, L. (2013). Explaining variation of executive instability in presidential regimes: Presidential interruptions in Latin America. *International Political Science Review*, 35(2), 173-194. <https://doi.org/10.1177/0192512112459548>.

Marsteintredet, L. y Berntzen, E. (2008). Reducing the perils of presidentialism in Latin America through presidential interruptions. *Comparative Politics*, 41(1), 83-101. <https://doi.org/10.5129/001041508x12911362383714>.

Martínez, C. A. (2017). Presidential survival in South America: Rethinking the role of democracy. *International Political Science Review*, 38(1), 40-55. <https://doi.org/10.1177/0192512115604904>.

Megali Neto, A. (2021). *O impeachment de Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal*. Expert.

Olivares, L. A., Martínez, C. A., Arellano, J. C., Soto, S. C., Ramos, M. C., Pérez, P. M. y Lopes, A. V. (2022). Presidentialism in Latin America considerations for the debate. *Iberoamericana*, 22(79), 211-242. <https://doi.org/10.18441/ibam.22.2022.79.211-242>.

Pérez-Liñán, A. (2000). ¿Juicio político o golpe legislativo?: sobre las crisis constitucionales en los años noventa. *América Latina Hoy*, 26, 67-74. <https://doi.org/10.14201/alh.2702>.

Pérez-Liñán, A. (2018). Impeachment or backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 33(98), 1-15. <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/5fNc9G8V36HhP8c4NQYj-txK/?lang=en>.

Pérez-Liñán, A. y Polga-Hecimovich, J. (2017). Explaining military coups and impeachments in Latin America. *Democratization*, 24(5), 839-858. <https://doi.org/10.1080/13510347.2016.1251905>.

Pérez-Liñán, A. (2004). As consequências políticas e econômicas das crises entre Executivo e Legislativo. *Opinião Pública*, 10(1), 112-138. <https://doi.org/10.1590/S0104-62762004000100005>.

Pérez-Liñán, A. (2007). *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. Cambridge University Press.

Pinto, P. B. de S. (1964). *O impeachment: Aspectos da responsabilidade política do presidente da república*. Oficinas Gráficas da Livraria do Globo.

Polga-Hecimovich, J. (2023). Latin America. En *Impeachment in a Global Context* (pp. 100-115). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003256007-8>.

Poulantzas, N. (2019). *Poder político e classes sociais*. Editora da UNICAMP.

Saad Filho, A. y Morais, L. (2018). *Brasil: neoliberalismo versus democracia*. Boitempo.

Souza, A. L. C. F. de (2016). Um novo modelo de destituição de mandatários ou a releitura de velhas práticas? Reflexões sobre a instabilidade presidencial contemporânea na América. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 113, 11-50. <https://doi.org/10.9732/P.0034-7191.2016V113P11>.

Valenzuela, A. (2004). Latin American presidencies interrupted. *Journal of Democracy*, 15(4), 5-19. <https://doi.org/10.1353/jod.2004.0075>.

Wolff, J. (2020). The turbulent end of an era in Bolivia: Contested elections, the ouster of Evo Morales, and the beginning of a transition towards an uncertain future. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 40(2), 163-186. <https://doi.org/10.4067/S0718-090X2020005000105>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA FASE INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL
COLOMBIANO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN
DEL PRINCIPIO ACUSATORIO: UNA NECESIDAD CON
MOTIVO DE LA CONMEMORACIÓN DE LAS DOS
DÉCADAS DE LA LEY 906 DE 2004*

THE INTERMEDIATE PHASE IN THE COLOMBIAN CRIMINAL
PROCESS, AS A MECHANISM TO PROTECT THE ACCUSATORIAL
PRINCIPLE: A NECESSITY ON THE OCCASION OF
COMMEMORATING THE TWO DECADES OF LAW 906 OF 2004

A FASE INTERMEDIÁRIA NO PROCESSO PENAL COLOMBIANO,
COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO:
UMA NECESSIDADE POR OCASIÃO DA COMEMORAÇÃO DAS
DUAS DÉCADAS DA LEI 906 DE 2004

MATEO LEDESMA CANO**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a9

* El presente artículo de reflexión es un aparte de la investigación “Alcances y variaciones procedimentales para la implementación de la fase intermedia en el proceso penal colombiano como mecanismo de protección al principio acusatorio”, que se adelantó para optar al título de magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana, el cual fue sustentado el 30 de junio de 2023, aprobado de manera unánime y consignado en el acta de evaluación de trabajo de grados n° 2 de 2023.

Resumen

El presente artículo expone una aproximación a la transformación que se generaría al adoptar la fase intermedia en la estructura procedimental del sistema de enjuiciamiento criminal colombiano, con motivo del cumplimiento de uno de los fundamentos del sistema con tendencia acusatoria: el principio acusatorio. Ello, con la firme intención de realizar un análisis e incentivar a la reflexión crítica sobre las dificultades prácticas que se presentan en momentos previos a la audiencia de juicio oral, las cuales debe resolver el juez de decisión. El lector encontrará una propuesta sobre las variaciones y un estándar probatorio para ese momento procesal y las facultades que revestirán al juez instructor que lo presidirá.

Palabras clave: constitución política, fase intermedia, estándar probatorio, Fiscalía General de la Nación, juez instructor, principio acusatorio, sistema acusatorio.

Abstract

This article seeks to demonstrate an approach to the transformation that would be generated by adopting the intermediate phase in the procedural structure of the Colombian criminal prosecution system, due to compliance with one of the foundations of the system with an accusatory tendency: accusatory principle. This, with the firm intention of carrying out an analysis and encouraging critical reflection on the practical difficulties that arise in moments prior to the oral trial

** Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Abogado litigante y asesor del Área Penal del Consultorio Jurídico Jorge Eliécer Gaitán de la Universidad Autónoma Latinoamericana. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002165170, ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0481-792X>, correo electrónico: m.ledesma8146@gmail.com

hearing, which must be resolved by the “decision judge.” The reader will find a proposal on the variations, in addition to the fact that an evidentiary standard will be proposed for that procedural moment and the powers that will vest in the investigating judge who will preside over it.

Keywords: political constitution, intermediate phase, evidentiary standard, attorney general of the nation, investigating judge, accusatory principle, adversarial system.

Resumo

Este artigo busca evidenciar uma abordagem sobre a transformação que seria gerada pela adoção da fase intermediária na estrutura procedimental do sistema de justiça criminal colombiano, em cumprimento a um dos fundamentos do sistema com tendência acusatória: o princípio acusatório. Isso, com a firme intenção de realizar uma análise e incentivar a reflexão crítica sobre as dificuldades práticas que surgem nos momentos anteriores à audiência de julgamento oral, as quais devem ser resolvidas pelo “juiz de decisão”. O leitor encontrará uma proposta sobre as variações, somada à proposição de um padrão probatório para esse momento processual e as atribuições que serão conferidas ao juiz instrutor que o presidirá.

Palavras-chave: constituição política, fase intermediária, padrão probatório, procuradoria-geral da nação, juiz instrutor, princípio acusatório, sistema acusatório.

INTRODUCCIÓN

Gran parte de los sistemas penales del mundo, en especial los latinoamericanos, cuenta con una etapa o fase denominada intermedia; por ejemplo, los de Chile, Costa Rica, Honduras, Panamá y Perú, por mencionar algunos. Ese momento es utilizado para que un juez de ese escenario procedimental adelante las acciones necesarias para inmacular la actuación, verificando que las intervenciones que la anteceden se hayan adelantado con respeto por los postulados constitucionales y legales, y sondeando el cumplimiento del estándar probatorio, para emitir así la decisión sobre la necesidad del sometimiento del investigado a un juicio oral, público, con inmediación de las pruebas que fueron debidamente recolectadas, solicitadas y decretadas. Lo anterior, para efectos de que el juez penal con función de conocimiento —en quien se encuentra la discrecionalidad de decidir sobre la responsabilidad penal del procesado— no vea atrofiada su función con situaciones que vayan nublando su imparcialidad, y para evitar, además, un juzgamiento prematuro. Es menester resaltar que el proceso penal ordinario colombiano no contempla la fase intermedia, lo que suscita una especie de conjetura por parte del juez que preside la audiencia de juicio oral, toda vez que el operador judicial ha visualizado el panorama sobre lo que ha de ocurrir en la práctica probatoria.

La problemática que agobia al sistema judicial, en general, es que estadísticamente —según la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ, 2020)— de los diez casos adelantados por la Fiscalía General de la Nación que llegan a la etapa del juicio oral, seis terminan en absolución. Surgen de allí múltiples interrogantes por la desalentadora cifra: ¿puede una persona llegar a ser acusada sin suficientes evidencias y llegar a debatir sobre su responsabilidad en un juicio oral y público?, ¿el estándar probatorio cumple realmente su función en el proceso penal colombiano? Sea entonces la conmemoración de las dos décadas de la implementación de la Ley 906 de 2004 un motivo para reflexionar sobre los aciertos y los desaciertos de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal.

La metodología se materializa desde un enfoque cualitativo, con el que se aborda un problema jurídico que se presenta en la práctica judicial, y la respuesta a la problemática se desprende de la doctrina —nacional y extranjera— y la jurisprudencia, para determinar la fase intermedia, el estándar probatorio aplicable y el juez que la presidirá.

SISTEMA ACUSATORIO

Esta forma de enjuiciamiento criminal, aunque en la mayoría de los países del mundo se ejerce, no es tan novedosa. Desde la época antigua, específicamente en el derecho germano, griego y romano, se dieron las primeras pinceladas para que en la actualidad se materializara la obra que se conoce como sistema acusatorio: el proceso penal constitucionalizado. Julio Maier (2002) manifiesta que el sistema acusatorio se ha materializado “como en todos los pueblos antiguos, el juicio era oral, público y contradictorio” (p. 269). Estas instituciones se suman hoy al plexo de garantías que fundamentan las bases del proceso penal colombiano, en el que las partes y los intervinientes son sus beneficiarios. En nuestro país se intentó en 1979, por medio de una reforma constitucional, poner en funcionamiento la sistemática acusatoria, la cual no tuvo un buen desenlace por su pronta declaratoria de inconstitucionalidad. Por eso, se continuó con el que para ese momento de la historia era la panacea: el reprochable y alejado del garantismo penal sistema inquisitivo. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 —aunque para la época regía el Decreto 2700 de 1991, con visión inquisitoria del proceso penal—, y con ayuda, por supuesto, de la Corte Constitucional, se fueron encausando y matizando los postulados garantistas vigentes en el mundo, y fue entonces por medio del Acto Legislativo 03 de 2002 y su materialización en la Ley 906 de 2004 como se puso en marcha un sistema que se “trata sin duda de una nueva estructura procesal penal, con tendencia acusatoria, sin antecedentes en la historia del país” (Jaramillo, 2008, p. 27), es decir, la idea precursora de que Colombia “adopte un perfil de tendencia acusatoria, sin que ello signifique haber adoptado un esquema acusatorio puro” (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Nuestro sistema de enjuiciamiento tiene falencias que requieren de unas reformas paliativas, pero no podemos perder el horizonte que nos han trazado la historia y las conquistas logradas, cegándonos con miedos sobre la intervención que pudiese tener el juez —para el presente artículo, instructor en la fase intermedia—, ya que la realiza con el único propósito de proteger los derechos y las garantías del procesado, al igual que los de las alegadas víctimas.

PRINCIPIO ACUSATORIO

En gran medida la doctrina —tanto nacional como extranjera— asimila el sistema acusatorio con el principio acusatorio, para referirse de forma idéntica a la manera de enjuiciamiento criminal que se encuentra dotada del cúmulo de garantías que beben de la constitucionalización del proceso penal. Luigi Ferrajoli (2018) manifiesta, desde su perspectiva, que “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de los demás. Esta separación, requerida por nuestro axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione* [nulo es el juicio sin acusación], es la base de las garantías orgánicas estipuladas en nuestro modelo teórico” (p. 567). Claus Roxin (2019) señala que, “conservando el principio de oficialidad, como proceso acusatorio, o sea, conectar las ventajas de la persecución penal estatal con aquellas ventajas del proceso de acusación, que consiste en que juez y acusador no son la misma persona” (p. 15). De manera más sencilla, el principio acusatorio es uno de los presupuestos del proceso debido, específicamente cuando se pone de presente que toda persona puede ser judicializada conforme a las normas preexistentes al acto que se le endilga, sumado a predominante independencia de quién juzga y quien investiga. Teresa Armenta Deu (2003) soporta lo señalado en la idea de que “el derecho a conocer de la acusación formulada constituye un requisito elemental del proceso de partes, configuración a la que responde el proceso acusatorio en contraposición del inquisitivo” (p. 70). En ese orden de ideas, como se acaba de evidenciar, el principio acusatorio hace parte de una gama de principios que soportan la estructura del sistema acusatorio, entre los que se encuentran la oralidad, la contradicción, la concentración y la inmediación.

Para abordar uno de los ejes centrales de esta investigación, cabe anotar que este principio no solo reconoce de quién acusa y quién juzga, sino que también enfatiza que el juez debe ser ajeno a las discusiones previas o posteriores sobre la pretensión punitiva estatal que se pudieren presentar, para que su conocimiento no se vea atrofiado con funciones que comprometan considerablemente su imparcialidad. Por lo tanto, la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos —en sede de tutela, de constitucionalidad y de unificación—, ha manifestado que el principio de imparcialidad se integra también con el principio del debido proceso, en el que el juzgador no puede ser juez y parte o juez de su propia causa

(Corte Constitucional de Colombia, 2006; 2009; 2016a; 2016b; 2017; 2021). Así pues, en nuestra idiosincrasia el juez solo tiene la facultad de realizar el control formal —en algunos casos— sobre los actos de las partes y los intervinientes, y eventualmente, un control material sobre los acuerdos que se presentan entre la fiscalía y la defensa, cuando haya una vulneración latente de los derechos y las garantías del procesado o de la víctima (Corte Constitucional de Colombia, 2019).

Por esta razón, otorgarle un control material al juez sobre todos los actos o postulaciones que tengan las partes dentro del proceso penal sería regresar —como advierten voces de parte de la doctrina y la Sala Penal de la Corte Suprema— a un sistema inquisitivo, ya que el juzgador se convertiría en parte. Con respecto a esta postura se presenta un distanciamiento, ya que en ocasiones se adoptan reflexiones tenues sobre instituciones que tienen peso en el proceso penal, sobre todo, en las que se fundamenta el respeto de garantías fundamentales que acercan a la consecución de la verdad,¹ como uno de los fines estructurales del proceso penal.

ESTRUCTURA Y VARIACIONES PROCEDIMENTALES

Nuestro actual sistema de enjuiciamiento criminal tiene una tendencia acusatoria, pues la idiosincrasia de nuestro país hizo que no fuera posible la implementación de un sistema acusatorio puro. Esto se debe a los fenómenos sociales, políticos y religiosos que han influido en gran medida en las formas de comportamiento humano y sus diversas maneras de delinquir; por lo tanto, el proceso penal debe ir evolucionando en la medida en que se presentan estos cambios coyunturales, por lo que es a la rama legislativa a la

1 La definición de verdad en el proceso penal ha generado una discusión filosófica de alto calibre, en razón a su vaguedad. Algunos manifiestan que la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, ya que la sentencia debe consagrar exactamente lo que ocurrió en el hecho delictivo. Otros manifiestan que la concepción de verdad es la que se logra construir exclusivamente dentro del proceso jurisdiccional —verdad formal—, debido a la imposibilidad, por el paso del tiempo, de que se realice una reconstrucción idéntica del hecho. Finalmente, la concepción que se toma es la de la verdad como correspondencia, que en principio es una teoría de Tarski: “la nieve es blanca, si y solo si la nieve es blanca”, es decir, parafraseando al profesor Michele Taruffo (2010; 2011; 2020), lo único que nos puede llevar a la verdad son las pruebas que se tengan disponibles, contando con que estas, al ser valoradas para sustentar la decisión, tengan un alto grado de confirmación con los hechos, de tal manera que permitan identificar la verdad o la falsedad de la hipótesis delictiva.

que le corresponde determinar qué derecho, garantía o valor va a brindarle mayor preponderancia, y darle el respaldo con su protección en la carta política. Esto se traduce en lo que indican Roxin y Schünemann (2019): “el proceso penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado” (p. 55).

FASE INTERMEDIA

José Joaquín Urbano (2021) señala que “los instrumentos internacionales de derechos humanos no hacen alusión expresa a la existencia de una fase intermedia entre la investigación y el juicio” (p. 150). En el proceso penal chileno —al que se suman también Costa Rica, Honduras, Panamá, Perú, entre otros países— se establece un momento procesal especial para que el juez realice el control sobre la fase preliminar y que se pueda depurar el procedimiento descartando los elementos materiales con vocación probatoria que no cumplan con los lineamientos legales o que carezcan de la pertinencia necesaria para aducirlos y practicarlos, esto es, que la relevancia de este momento procesal sirva, como indica Vera (2017), “de eslabón entre la fase de investigación del procedimiento y la fase de JO [juicio oral]” (p. 146). Similitud que también se encuentra en Estados Unidos, donde esta etapa se conoce como *the preliminary hearing*, la cual se sostiene por el estándar probatorio de causa probable, donde el juez debe determinar si existe la suficiencia probatoria para darle continuidad al procesamiento del implicado por la comisión de una conducta delictiva o, en su defecto, decretar un sobreseimiento de la acción penal dado a que la evidencia aportada no involucra a la persona con los hechos de relevancia jurídica que se investiga, además, también, tiene la facultad para indicarle al ente acusador que debe robustecer los actos investigativos con fundamento de que se pueda continuar con el procedimiento y superar el umbral del estándar probatorio para ese momento. Se podría estar indagando momentáneamente sobre ¿el juez se está inmiscuyendo directamente sobre la pretensión punitiva, realizando un control material sobre los actos de las partes?, ¿está contrariando los ideales del principio acusatorio? La respuesta momentáneamente es no, adquiriendo el compromiso de responder el interrogante, toda vez que es un tema estructural y será desarrollado con posterioridad.

La Ley 906 de 2004 no contempla la fase intermedia. El pesimismo no es absoluto. La luz nos la brinda la Corte Constitucional en la Sentencia C-920 de 2007, que genera la motivación de su posible ubicación

—identificación—, dando sustento a la idea de que su implementación es posible y sus beneficios pueden materializarse. El alto tribunal manifestó que

la etapa intermedia se caracteriza porque una vez que las partes y los intervinientes se encuentran preparados, se presentan ante el juez con el propósito de buscar una aproximación al objeto del debate y una definición del marco en el que habrá de desenvolverse el juicio oral. Proceden al descubrimiento de los elementos de convicción recaudados en la investigación, a la definición de la aptitud legal y la pertinencia de los mismos para ser llevados a juicio, y a establecer acuerdos acerca de tópicos comúnmente aceptados y que por lo tanto no serán objeto del debate, a la vez que constituye un espacio para eventuales negociaciones entre fiscal y acusado (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

En otras palabras, se indica que la etapa intermedia está contenida por la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria; momento procesal que sería perfecto para realizar la respectiva depuración, delimitar las anomalías en el procedimiento y evitar que continúen llegando a juicio oral investigaciones superfluas, con la vigilancia del juez instructor y su verificación de los requisitos de cada audiencia y del cumplimiento del estándar probatorio de la probabilidad prevalente, para que se constate la progresividad probatoria y no se quede en la mera verbalización por parte del ente acusador, que en principio y por no tener control jurisdiccional es quien determina su autocontrol (Muñoz, 2023, p. 554; Urbano, 2021, pp. 390-391), por lo que entonces será este el escenario procesal elegido para el desarrollo de esta fase.

Identificada la ubicación de la fase intermedia, debemos pronunciarnos sobre algunos sus beneficios. Uno de ellos es abordar el análisis de la preclusión y sus causales que se encuentran consagradas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en especial la imposibilidad de iniciar o continuar la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, dado que el párrafo de la misma disposición normativa faculta tanto a la fiscalía, la defensa, el ministerio público o la alegada víctima, para que se alegue desde el inicio de la etapa de juzgamiento que, como se esbozó en líneas anteriores, haría parte la audiencia de formulación de la acusación y se extendería hasta la culminación de la audiencia preparatoria. De esa manera, no se genera ninguna preocupación sobre si se precluye o no, pues al ser positiva la respuesta, el

proceso termina en ese momento; de lo contrario, el juez de la fase intermedia no estaría impedido para continuar el trámite de las audiencias, toda vez que el juez de decisión estaría distante y esta discusión previa no atrofiaría su conocimiento al punto de generar un impedimento posterior, ya que no sería el juez quien tomaría la decisión sobre la responsabilidad penal. El otro beneficio —que se analiza a continuación— es la verificación de la suficiencia probatoria para el cumplimiento del estándar probatorio —probabilidad prevalente—, que será intersubjetivamente controlable, con miras a que las investigaciones que naveguen con destino al juicio oral sean verdaderamente ricas en el peso probatorio y puedan, de ser el caso, sustentar el convencimiento más allá de la duda razonable del juez de conocimiento —juez de decisión— y emitir una sentencia que se llegue a la verdad de los hechos y estos correspondan a la realidad (Taruffo, 2011).

ESTÁNDAR PROBATORIO

Para Marina Gascón, el estándar probatorio es el entendimiento que sostiene cuando un hecho ha quedado probado, es decir, cuando se puede tomar que ese hecho tiene una justificación con la prueba que se presenta en el proceso (Gascón, 2012); igualmente, se entiende como un umbral o exigencia que se establece para que el operador judicial determine si para el momento procedimental en que se encuentran se cumple con la evidencia suficiente que apoye la hipótesis —sea acudir a la siguiente fase del procedimiento o a la sentencia—, y para dotar de confirmación la motivación sobre su exigencia. Esta institución viene implementada desde la Ley 906 de 2004, y en la actualidad se encuentra en auge en el ámbito internacional, donde se ha intensificado su estudio. En Colombia, doctrinal y jurisprudencialmente, es un tema —aunque reglado— poco explorado, pues no se ha estudiado lo suficiente qué es ni cuándo ni cómo se cumple, toda vez que no se tiene control sobre su verificación por parte del juez penal.

Profundizando, Jordi Ferrer (2021) señala que para que se pueda hablar de estándar de prueba, “se debe cumplir con tres requisitos: 1) apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto; 2) ser capaz de determinar el umbral a partir del cual una hipótesis se considerará probada y 3) utilizar criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática” (p. 29). Autores, como, por ejemplo, Daniel González (2020) y Larry Laudan (2005) se circunscriben a

la idea de que un estándar de conocimiento debe ser determinado de forma objetiva-matemática, pues les preocupa lo complejo y lo indeterminado que puede ser un estándar probatorio probabilístico-inductivo, ya que se hace casi imposible verificar su cumplimiento, debido a las valoraciones discrecionales —subjetivismo— que pueda realizar el juez, las cuales estarían enmarcadas de acuerdo con su estado de ánimo, lo que acarrea una falsa condena o una falsa absolución.

De acuerdo con la filosofía racionalista de la prueba, que nos ilumina para la determinación de nuestro estándar y su enfoque, este, debe ceñirse al respaldo que corresponda con las evidencias que se tienen para ese momento procedimental y la hipótesis que desea sustentar, lo que permite identificar el umbral de suficiencia probatoria conforme a la probabilidad inductiva – no matemática – que determine su cumplimiento, conforme a la progresividad del estándar probatorio en nuestro sistema de enjuiciamiento.

Para la fase intermedia se propone el estándar de prueba que se denominará probabilidad prevalente, en el sentido de que racionalmente permite al juez instructor fundamentar un criterio de decisión para evidenciar el cumplimiento del umbral probatorio, es decir, que si bien se opta por una probabilidad inductiva —no matemática—, el operador judicial determinará si la hipótesis acusatoria prevalece por su peso probatorio o no. Por lo tanto, esta determinación se encuadra en el estándar de prueba número 5, señalado por Jordi Ferrer (2021), el cual indica que:

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes condiciones: a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluido de las pruebas redundantes) (p. 210).

En este momento procesal, el grado de conocimiento solo debe permitirse que las evidencias sean “más probable qué”, es decir, si trajéramos la determinación de un porcentaje —dando claridad que nuestra probabilidad no es matemática, solo se utiliza para efectos ilustrativos— sería el del 50,01 %. El peso probatorio al que se hace referencia no es en cantidad, sino que

da cuenta de la probabilidad de acierto de la decisión, en la función de la riqueza de los elementos de juicio tomados en consideración para decidir. Es en ese sentido que puede decirse que, a mayor información disponible, mayor probabilidad de acierto (pero no necesariamente mayor probabilidad de hipótesis) (Ferrer, 2021, p. 231),

por lo que debe entenderse que es prevaleciente la probabilidad acusatoria sobre la defensiva, sin indicar que esta hipótesis tenga la connotación de verdad, ya que será en el juicio oral donde se determinará lo pertinente. En otras palabras, frente a “esas dos hipótesis el juez debe escoger aquella que, sobre la base de las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica superior a la otra” (González, 2013, p. 987).

Siguiendo la línea de debate que se plantea, puede generarse un interrogante: ¿por qué no continuar con la probabilidad de verdad? Se fundamenta en que este es un estándar mayor que el del conocimiento más allá de duda razonable, en relación con los términos lingüísticos. Si nos centramos en la duda, esta “no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis” (Nieva, 2013, p. 19). Frente a la verdad, Luigi Ferrajoli (2018) ha sostenido que

en el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la “verdad” precisamente en el sentido de “correspondencia” lo más aproximada posible de la motivación de las normas aplicadas y los hechos juzgados (p. 68).

En ese orden de ideas, la probabilidad de verdad sería la consecuencia de haber refutado todas las hipótesis alternativas plausibles² del hecho delictivo, y la decisión tomada es la que corresponde a la verdad de los hechos investigados. Por lo tanto, se está dando un calificativo afirmativo

2 La hipótesis alternativa plausible ha sido tratada por la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, la cual la ha entendido de la siguiente manera: “El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como verdaderamente plausible” (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016; 2017; 2019; 2020; 2021a; 2021b; 2023a; 2023b; 2023c; entre otras sentencias).

a la hipótesis acusatoria desde un momento procedimental en el que no corresponde determinar lo falso o lo verdadero de la misma; si bien uno de los requisitos del estándar propuesto señala que sea probablemente verdadera, aún no tiene la connotación de verdad, ya que es prevalente sobre la o las que puedan presentarse en ese escenario de la actuación penal. En ese sentido, la probabilidad prevalente es la hipótesis fáctica y probatoria más plausible, entendiendo que no es una probabilidad estadística o cuantitativa, como se ha sostenido, sino que se debe entender como una probabilidad lógica o un razonamiento abductivo que permite elaborar hipótesis (Ferrer, 2007).

Para sustentar estos planteamientos, en cuanto a la probabilidad prevaleciente, Miguel Ángel Muñoz (2023) señala que “una hipótesis es más probable si cuenta con un grado de confirmación lógica superior sobre la base de las pruebas disponibles, siempre y cuando el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio sea tendencialmente completo” (p. 556).³

El estándar probatorio ingresaría al listado de los requisitos formales de la formulación de acusación y la audiencia preparatoria, en el sentido de que el juez instructor tendría la posibilidad de verificar si se cumple o no (Ferrer, 2021).⁴ Esto sería de gran utilidad, ya que si en la fase intermedia se genera un incumplimiento de la suficiencia probatoria —a petición de parte—, podrá emitirse un auto interlocutorio que inste al ente acusador a continuar con la actividad investigativa para cumplir con la carga de superar el estándar de prueba.⁵ Puede ocurrir que, entre los elementos aportados

3 El profesor utiliza el estándar de la probabilidad prevaleciente para sustentar el grado de conocimiento para la formulación de la imputación, situación que se distancia de lo que se está defendiendo en el presente artículo, sumado a que sustenta su verificación del estándar número 4 de los ejemplos que propone el profesor Jordi Ferrer Beltrán en su obra *Prueba sin convicción* (2021). Un estándar sumamente alto para un momento procedimental inicial, en el que el ente de persecución penal debe adelantar la recolección de evidencias para sustentar la inferencia razonable de autoría o participación, el grado de conocimiento que sostiene la formulación de imputación y la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento; se le extiende el término para continuar con los actos investigativos —artículos 175 y 294 de la Ley 906 de 2004— y sustentar el estándar probatorio de probabilidad prevalente —en la actualidad probabilidad de verdad—. Ello, de acuerdo con el principio de progresividad.

4 “El juez deberá valorar la prueba y determinar el grado de corroboración que las pruebas aportan a las distintas hipótesis sobre los hechos. Solo después de esa labor, proceder a la aplicación del estándar de prueba para determinar si el grado de corroboración alcanzado es suficiente para considerar probada alguna de las hipótesis” (Ferrer, 2021, p. 110).

5 Esto se puede evidenciar de manera más natural en la audiencia de formulación de acusación, dado que es el momento procesal en el que la Fiscalía General de la Nación descubre y exhibe los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida de los actos

nuevamente, no exista una vinculación directa o indirecta del procesado con las conductas delictivas que se investiguen o, en su defecto, que no se satisfaga el estándar probatorio, por lo que el juez instructor realizará un control material sobre el estándar y tendrá la facultad de precluir la investigación por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (Congreso de la República de Colombia, 2004). Esto con el propósito de realizar verdaderas investigaciones que transiten en el proceso penal sin ningún inconveniente hasta el juicio oral, sumado a que será un incentivo para el cumplimiento de los derroteros de la justicia premial, ya que se intensificarán los acuerdos y las demás formas de terminación anticipada. De lo contrario, se estaría violentando flagrantemente uno de los postulados del principio acusatorio, que se encuadra en el axioma 8.º del garantismo: *nullum indicium sine accusatione* —nulo es el juicio sin acusación—, y se generaría una controversia con respecto a si existe o no causa suficiente para que el procesado sea llamado a juicio; en ese sentido, la fase intermedia sería utilizada como un mecanismo de contención y garante del plexo de garantías que soportan la estructura del sistema acusatorio.

Finalmente, se debe señalar que es una propuesta sobre la consecución de la determinación del estándar de prueba para la fase intermedia, y que, como se ha evidenciado sobre su cumplimiento, también puede ser intersubjetivamente controlable, lo que lo aleja un poco de la vaguedad. La problemática que se asume con la estructuración de un estándar muy exigente es la creación de un riesgo de error: “menos inocentes condenados habrá, pero más culpables absueltos” (Laudan, 2013, p. 19).⁶ Por lo tanto, es una decisión político-moral sobre qué riesgo como sociedad estamos dispuestos a aceptar, entendiendo que se encuentran en medio derechos fundamentales en disputa, los del procesado y los de las alegadas víctimas.

de investigación realizados. Por lo tanto, de emitirse un auto interlocutorio sobre el incumplimiento del estándar, la parte o el interviniente pueden interponer el recurso de reposición y el subsidio de apelación —el cual sería resuelto por el superior funcional—. Una vez el *ad quem* indica que se debe continuar con los actos de investigación, siguen contando los términos procedimentales contenidos en el artículo 175 y el artículo 294 de la Ley 906 de 2004, como garantía del procesado; por supuesto, haciendo especial énfasis en que no se cuenta de nuevo, es decir, en ese momento se continúa descontando los términos que se quedaron en suspenso cuando se presentó el escrito de acusación.

- 6 Por su parte, Ferrer (2021) señala que “cuanto más exigente sea el estándar de prueba, mayor será el riesgo de absolución falsa y, a la inversa, cuanto menos exigente sea, mayor será el riesgo de condena falsa” (p. 53).

JUEZ INSTRUCTOR

Se ha ahondado ya en el tema del sistema penal con tendencia acusatoria en el que se encuentra estructurado nuestro proceso de enjuiciamiento criminal; también, se sentó una postura sobre la ubicación de la fase intermedia —con sus beneficios, alcances, variaciones, entre otros aspectos— y el estándar probatorio aplicable, con las vicisitudes antes señaladas, lo que da lugar a los siguientes interrogantes: ¿cuál es la función del juez instructor?, ¿qué categoría tendrá el juez de la fase intermedia?, ¿es posible que realice un control formal y material de los actos de las partes?

La crítica que se realiza al operador judicial en la sede de conocimiento se debe a su cercanía directa con el tema de prueba, que incluso se presenta desde el mismo instante en que llega a su despacho el escrito de acusación; además, gracias a esta oportunidad puede tener un raciocinio sobre los hechos jurídicamente relevantes que sustentan la investigación. Hechos con relevancia jurídica que trazarán todo el procedimiento y ayudarán a soportar la carga argumentativa de pertinencia, conducencia y utilidad de la evidencia que se solicita que se practique en el juicio oral. Por otro lado, resuelve problemas jurídicos que generan álgidos debates sobre la admisibilidad de la evidencia, es decir, si sobre ella recae o no la exclusión por haberse obtenido de manera ilegal o ilícita. Esto resulta catastrófico y sumamente perjudicial, ya que el juez se encuentra contaminado para determinar una decisión objetiva que permita acercarse a la verdad, como uno de los fines del procedimiento penal, es decir, el sesgo le puede determinar su percepción sobre los hechos, antes de decidir sobre estos. Se constata entonces la necesidad de custodiar y distanciar al juez penal con función de conocimiento de todos los debates anteriores al juicio oral que se pudieren presentar, para que solo centre su atención en la práctica probatoria y su debida valoración, y tome su decisión debidamente motivada, de acuerdo con el conocimiento más allá de duda razonable al que pudo llegar (Congreso de la República de Colombia, 2004).

La fase intermedia estará precedida entonces por el juez instructor, que será el encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos formales de este momento, sanear el procedimiento, depurar la práctica probatoria, verificar la suficiencia del estándar probatorio, decidir sobre las evidencias que ingresarán al juicio oral y decidir sobre la preclusión de la investigación independientemente de las causales, es decir, se le permitirá inmacular el procedimiento para que se adelante en juicio oral sin ningún contratiempo.

Para identificar la calidad del juez instructor y sus facultades, debemos beber del sistema penal chileno, que ayudará a sustentar nuestra postura, en el cual Mauricio J. Duce (2020) señala que

el legislador de Chile escogió como modelo de control de admisibilidad previa de la prueba a juicio que se realiza en una etapa anterior y a cargo de un juez diferente al tribunal que conocerá la audiencia como ya he señalado (pp. 110-111).

Por lo tanto, en Colombia el operador judicial de la fase intermedia debe ser el juez penal con función de control de garantías,⁷ quien se encuentra ajeno a los intereses que tienen las partes y los intervinientes en la actuación, y cuya preocupación tiene que ver con que los derechos y las garantías se mantengan incólumes; considerando que próximamente se cumplirán las dos décadas de la implementación de la Ley 906 de 2004, no puede tenerse recelo o miedo de que este juez funja como instructor de la fase intermedia, trayendo a colación a los aterradores jueces de instrucción criminal que fueron moldeados con una visión inquisitiva del procedimiento. Se puede estar pensando ¿es el mismo juez de garantías ante quien se adelantó la etapa de indagación e investigación? La respuesta es no. Una vez se dé inicio a la fase intermedia, se someterá a reparto el escrito de acusación para la elección del juez de garantías que fungirá como juez instructor. A este juez se le brindará el control formal y, excepcionalmente,⁸ material de los actos desplegados por las partes y los intervinientes, y si bien este es exclusivamente para los preacuerdos, puede interpretarse también de manera

7 Se requiere un juez imparcial e imparcial, además de que —si bien todos los jueces son constitucionales— el juez con función de control de garantías tiene una visión procesalista del proceso penal que, en últimas, es lo que nos orienta para que se dé cumplimiento al plexo de derechos y garantías fundamentales de las partes y quienes intervienen en la actuación, y no un juez que actúe como un mero operador del cumplimiento de los requisitos legales.

8 Se dota de un control material excepcional, en razón a que el juez instructor restrictivamente lo va ejecutar cuando “objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales” de las partes, argumento que se desprende de la Sentencia SP14191 de 2016, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya, y se reitera, entre otras, en SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049, 1 de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842, 28 de octubre de 2015, casación 43436. Esta postura la acoge también la Corte Constitucional en la Sentencia SU-479 de 2019, en la que se puntualiza que, “por esta razón, los jueces de conocimiento sí deben realizar un control material de los preacuerdos que celebra la FGN”.

general para todas las actuaciones de las partes en todas las etapas o fases del procedimiento penal ordinario, ya que en ellas también se evidencian actos que pueden vulnerar derechos o garantías fundamentales.

De esa manera, la postura poco garantista y que no permite el control material de otros actos, diferentes a los preacuerdos, que tiene la Corte Suprema sobre la Sala de Casación Penal (República de Colombia, 2014) y que cita Nelson Saray Botero (2017), permitiría dicho quebrantamiento, ya que señala que

los jueces no pueden instruir a la fiscalía sobre la forma en que debe presentar la acusación en un caso concreto, como si fuese su superior funcional; ni puede el juez realizar el ejercicio de adecuación típica como si se tratara de la sentencia condenatoria, pues se vulnera la garantía de imparcialidad que son titulares las partes (p. 393).

El control formal que hará el juez instructor deberá ceñirse a los lineamientos establecidos en la norma, es decir, el operador judicial puede efectuar una verificación sobre los requisitos del escrito de acusación que están consagrados en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, donde, por ejemplo, evidencia que hay carencia de hechos jurídicamente relevantes, que son anfibológicos, que no encuadran en ningún tipo penal; además, que no se cumple con la técnica planteada en los reiterados pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para la construcción de los mismos, con lo cual se vulneran flagrantemente el debido proceso y el principio de legalidad; por lo tanto, hará el control formal de este y ordenará el rechazo del escrito de acusación, donde el ente acusador tendrá que sanear dicha falencia y se continúan contando los términos procesales —los cuales no se suspenden por la radicación del escrito de acusación—, hasta su nueva presentación. De incurrir en el mismo error, el juez instructor hará el control material y por medio de auto interlocutorio decretará la nulidad de lo actuado hasta la audiencia de formulación de imputación —artículo 457 de la Ley 904 de 2004— por la vulneración de las garantías fundamentales —el debido proceso—, tanto para el imputado como para la víctima. Los actos que no son indicativos de la labor que se debe realizar son invasivos en las funciones del ente acusador o corregidor de estas falencias, y sencillamente al garantizar una debida concreción de los hechos con relevancia jurídica para las partes y los intervinientes, luego de dos décadas de la implementación

de la Ley 906 de 2004, los delegados de la Fiscalía General de la Nación los deben conocer a cabalidad.

Frente al cumplimiento del estándar probatorio, el juez instructor también deberá verificar si las evidencias sustentan el estándar de probabilidad prevalente, y en caso de que esto no se cumpla, podrá ordenar, por solicitud de una parte o por medio de un control formal, a la Fiscalía General de la Nación mediante un auto interlocutorio —si es escasa la evidencia y sustenta solo la inferencia razonable de autoría o participación—, y deberá adelantar más actos de investigación para que soporten la suficiencia probatoria de la fase intermedia, poniendo de presente que continúa con la carga de que siguen contando los términos de los artículos 175 y 294 de la Ley 906 de 2004, para que solicite de nuevo el inicio de la fase intermedia; de lo contrario, deberá solicitar la preclusión de la acción penal por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (Congreso de la República de Colombia, 2004, artículo 332, numeral 6) o, en su defecto, si en el transcurso de la audiencia de formulación de acusación el juez instructor aduce que la hipótesis prevalente de la fiscalía no se soporta con ninguna evidencia y que, incluso intentando recolectar nuevos medios cognoscitivos, tampoco lo logrará, lo que llevará a que prevalezcan hipótesis alternas defensivas que fundamentarían una duda razonable, con lo cual el operador judicial hará un control material y por medio de un auto interlocutorio precluirá la investigación por la causal 6.^a del artículo 332 de la Ley 906 de 2004,⁹ como se había indicado con antelación.

Con lo que se propone no se ve comprometida la imparcialidad del juez instructor, toda vez que solo efectuará el control material excepcional de los actos procesales cuando estos evidentemente vulneren derechos o garantías fundamentales, o realmente distorsionen el problema jurídico que se debe resolver. Luigi Ferrajoli (2018) indica sobre este tópico

llamaré *imparcialidad* (*terzietà*) a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa; *independencia*, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; *naturalidad*, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio (p. 580).

9 “Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia” (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Finalmente, también habría un respeto del principio acusatorio en razón a que el juez instructor no va a tener la facultad de solicitar ingreso de evidencia, ni de practicar, modificar, corregir, adicionar o aclarar actos desplegados por las partes, ya que así se estaría regresando al sistema mixto con tendencia inquisitiva, por lo que los controles no servirían para indicar, enseñar, ilustrar, recomendar o, en pocas palabras, realizar la labor de la Fiscalía General de la Nación. La intención es que los jueces puedan ejercer su rol con el debido respeto a la Constitución y la ley, no con la idea longeva de que el juez debe estar distante, al interior de una camisa de fuerza, verificando los numerales que trae una disposición normativa. Más bien debe garantizarse que las partes y los intervinientes desplieguen en debida forma su rol y adquieran un verdadero insumo para hacerlo.

CONCLUSIÓN

Algo quijotesco ocurre cuando nos aventuramos a escribir y a plasmar líneas que representen lo que sucede en nuestra siquis y nos embarga la predisposición a ver gigantes donde verdaderamente hay molinos de viento.

La creación de este artículo investigativo se sustenta por la dificultad que se presenta en los momentos que anteceden al juicio oral, especialmente con respecto al juez de decisión. Como se explicó con anterioridad, a este juez se le atrofia el conocimiento desde el momento en que conoce acerca de los hechos jurídicamente relevantes sobre los que va a versar toda la etapa de juzgamiento que él mismo va a presidir. Hechos con relevancia jurídica que sustentan el tema de prueba y su práctica en juicio oral, por lo que es el mismo operador judicial quien debe resolver los problemas de admisibilidad probatoria y presenciar la práctica probatoria, al igual que decidir.

El juez instructor —con las calidades enunciadas— es el llamado a presidir la fase intermedia, con todas las eventualidades que puedan surgir; incluso, continuará realizando el control formal de los requisitos de la audiencia de formulación de la acusación y la audiencia preparatoria, en la que ingresará el cumplimiento del estándar probatorio de probabilidad prevalente.¹⁰ La observancia de estos pormenores se encuentra actualmente

10 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (APP2880 del 20 de septiembre de 2023, Rad. 62296. M. P. Carlos Roberto Solórzano Garavito) señaló que “el Código de Procedimiento Penal no prevé control previo que le permita al juez determinar si existe un estándar

circunscribida a la concepción de un control material por parte del juez, y como se expuso en líneas anteriores, este se efectuará de manera excepcional. De no ser así, se evidenciaría un libertinaje procedimental que haría que el juez estuviera llamado solo a decidir si absuelve o condena a la persona investigada, es decir, a ser un fedatario que dé legalidad a la sentencia, y su reflexión se convertiría en un silogismo. El juez representa la majestad de la justicia y su labor debe verse enmarcada en cada una de las audiencias, por lo que, de encontrar el incumplimiento total o parcial de los requisitos establecidos para cada una de ellas, podría formular, por medio de una orden o un auto interlocutorio, su determinación. Cuando al operador judicial se le señalan con claridad sus funciones para que despliegue de forma idónea su rol, se avizora esto como un sacrificio que atenta contra la imparcialidad del juez. Este pensamiento ha generado permisiones en el tránsito de investigaciones inocuas en el proceso penal que, en la mayoría de los casos, terminan en absolución. La situación también genera efervescencia en el común de las personas, y así surge el cuestionamiento: ¿para qué los derechos del acusado? ¡Que se haga justicia y se sepa la verdad! En ese sentido, Larry Laudan (2013) plantea que “ciertos derechos, especialmente los derechos del acusado en un proceso penal, ponen serios obstáculos a la averiguación de la verdad” (p. 19). Al garantizarle al acusado el derecho a que se realice un proceso justo, también se estaría haciendo lo propio con la víctima. Dei Malatesta (1973) lo explica muy claramente cuando señala que

lo que infundiría terror aun a los más resueltos sería que la ley misma consumara agresiones contra nuestros derechos, pues todos sentirían que la sociedad entera, bajo el falso nombre o bajo el falso emblema de justicia pública, podría de un momento a otro dejar caer su peso sobre el individuo y triturarlo, a la manera del trigo bajo la acción del poderoso engranaje de un molino. El símbolo adecuado de la justicia hoy no sería una matrona con la frente olímpicamente serena y con su balanza para pesar las acciones humanas, sino que aparecería a los ojos de los hombres, buenos o malos, como una diosa terrible, monstruosamente ciega y sorda a la verdad (pp. 5-6).

mínimo de causa probable o mérito para habilitar el adelantamiento del juicio”. Pronunciamento que le da fortaleza al argumento que se viene defendiendo a lo largo del presente artículo.

La imparcialidad interna y externa no se ve comprometida con la inclusión del nuevo juez, ya que su función de depuración probatoria producirá un nuevo aire en la determinación y la exigencia para afrontar con objetividad las investigaciones del ente acusador (Congreso de la República de Colombia, 2004). Este juez instructor no tendrá rasgos del juez de instrucción criminal que fuere adoptado por el sistema inquisitivo. No. Este se encuentra determinado con la función del control de garantías, lo que genera en las partes y los intervinientes la tranquilidad de que un operador de esta categoría presida uno de los momentos procesales más importantes del sistema de enjuiciamiento criminal, en razón a que velará fielmente porque los derechos y las garantías de los participantes sean garantizados a cabalidad. ¿Por qué no la preside el mismo juez de control de garantías, que desde audiencias preliminares tiene un acercamiento con el proceso, y ya que se somete a reparto el escrito de acusación? Por la sencilla razón de que se está buscando separar al juez de conocimiento de la fase intermedia, toda vez que en sedes preliminares también se discuten temas neurálgicos que comprometerían la imparcialidad de este juez en la siguiente fase, por lo que se estarían contradiciendo los postulados que se están defendiendo en este artículo investigativo.

El principio acusatorio tampoco sería vulnerado —se fortalecería— con las facultades formales y excepcionalmente materiales que tendría el juez instructor. El hecho de que se le indique a una parte que debe precisar los hechos jurídicamente relevantes o que debe dar cumplimiento al estándar probatorio aplicable a la fase intermedia no es una intromisión del juez en la pretensión punitiva del Estado, que en últimas es lo que ocurre con el control material que sería facultativo para cuando el acto de la parte vulnere flagrantemente derechos o garantías fundamentales de su contraparte. En ese orden de ideas, debemos despojarnos del ideario de que toda decisión del juez es una trasgresión al principio de imparcialidad. No. Puede estarse pensando ¿entonces por qué se necesita otro juez en la fase intermedia? Porque las decisiones que está facultado para tomar le impiden tomar una decisión racional y con objetividad, puesto que ya se encuentra permeado. Así, se hace necesario un juez diferente que depure la fase intermedia, y que el juez de conocimiento decida sin sesgos adquiridos con antelación, para fortalecer esa garantía procesal que se viene mencionando.

En relación con el estándar probatorio, el umbral de suficiencia probatoria —sea para la fase inicial, la intermedia o la final del proceso penal—

debe atender a una decisión político-moral sobre lo que la sociedad aceptará, en razón al riesgo de error frente a la posibilidad de que más inocentes sean condenados o más culpables sean absueltos. Por lo pronto, en este artículo de reflexión se propone un estándar de prueba apto para la fase preparativa del juicio oral, con una capacidad justificativa sobre su cumplimiento. Esta propuesta puede generar malestar, debido a que se está realizando un debate propio de un juicio oral en momentos previos, vulnerando el principio de inmediación,¹¹ concentración¹² y contradicción.¹³ Pero no se comparte esta apreciación, toda vez que los principios referenciados se encuentran garantizados, ya que no se está “practicando” la prueba, simplemente se está realizando una medición del peso probatorio para verificar el umbral de la probabilidad prevalente, es decir que la hipótesis acusatoria de todos los elementos que hacen parte del caudal probatorio —retirando los redundantes— es la más plausible de las que hacen parte del debate —en caso de que la defensa sea propositiva, con evidencias propias o de las que fueron descubiertas por la Fiscalía, dado que no tiene la carga de probar—. De lo contrario, si la defensa presenta evidencias de que su hipótesis es más plausible y fuerte que la de la acusación, se debe aplicar el parágrafo 6.º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, a petición de una parte o de manera oficiosa por parte del juez instructor, ya que es imposible continuar con la etapa de juzgamiento por la duda¹⁴ razonable; ¿por qué?, por la sencilla razón —como se explica en el acápite sobre el estándar probatorio— de que el ente acusador ya ha recolectado los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente, para sustentar su teoría del caso, pero esta no es suficientemente rica para soportar, de acuerdo al principio de progresividad, el estándar de conocimiento más allá de duda razonable, dado

11 Ley 906 de 2004, artículo 16: “En el juicio oral únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante audiencia ante el juez de control de garantías”.

12 Ley 906 de 2004, artículo 17.

13 Ley 906 de 2004, artículo 15.

14 “La duda no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis” (Nieva, 2013, p. 19). “Y hemos partido de la base de que la persistencia de esa duda conduce a la inocencia” (Nieva, 2013, p. 78).

que la duda ya fue, desde ese momento, planteada por una hipótesis más plausible, más fuerte y verificable por parte de la defensa, lo que sostiene la presunción de inocencia. En ese orden de ideas, el estándar probatorio que se propone es una contención, y garantiza —como se evidencia anteriormente— el principio acusatorio en su “no hay juicio sin acusación”.

Cabe concluir que es posible su implementación en el sistema penal colombiano, y que en el cumplimiento de las dos décadas de la Ley 906 de 2004 se adelantan las reflexiones sobre sus aciertos y desaciertos, atendiendo a que en nuestro sistema de justicia confluya una mayor objetividad en los procesos que pudiesen llegar a juicio oral, para inyectarles de esta manera una mayor exigencia a las investigaciones, en las que se puede fortalecer enormemente la justicia premial. Debemos seguir navegando por las aguas que permitan estructurar un proceso penal acorde con nuestra idiosincrasia, pero que también que cumpla con los postulados y los idearios del Estado social, democrático y de derecho.

REFERENCIAS

Armenta, T. (2003). *Principio acusatorio y derecho penal*. J. M. Bosch.

Congreso de la República de Colombia (2004). Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787#:~:text=Nadie%20podr%C3%A1%20ser%20molestado%20en%20su%20vida%20privada.,previamente%20definidos%20en%20este%20c%C3%B3digo>.

Copi, I. M. y Cohen, C. (2021). *Introducción a la lógica*. Limusa.

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-873 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-873-03.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia T-1034 de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1034-06.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-920 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-920-07.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-762 de 2009. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2016a). Sentencia C-496 de 2016. M. P. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-496-16.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2016b). Sentencia C-538 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-538-16.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T-305 de 2017. M. P. Aquiles Arrieta Gómez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-305-17.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia SU-479 de 2019. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm#:~:text=Esta%20sentencia%20conden%C3%B3%20al%20se%C3%B1or,al%20de%20la%20pena%20principal>.

Corte Constitucional de Colombia (2021). Sentencia SU-174 de 2021. M. P. José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>.

Dei, N. F. (1973). *Lógica de las pruebas en materia criminal. Volumen 1*. Temis.

Duce, J. M. (2020). La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 103-132. <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22365/26150>.

En 2019, Fiscalía perdió casi 6 de cada 10 casos que llegaron a juicio (2020). *Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ)*. <https://cej.org.co/sala-de-prensa/en-2019-fiscalia-perdio-casi-6-de-cada-10-casos-que-llegaron-a-juicio/#:~:text=Seminarios-,En%202019%2C%20Fiscal%C3%A- Da%20perdi%C3%B3%20casi%206%20de%20cada,casos%20que%20 llegaron%20a%20juicio&text=Sumado%20al%20problema%20de%20un,- Cr%C3%A9dito%3A%20Tomada%20de%20El%20Tiempo>.

Ferrajoli, L. (1988). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Ferrer, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Gascón, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Universidad Externado de Colombia.

González, A. (2013). *La acusación en el sistema penal acusatorio*. Leyer.

González, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (23), 79-97. <http://www.rtfdes/numero23/04-23.pdf>.

Jaramillo, J. G., Uribe, R. A. y Posada, J. J. (2008). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*. Librería Jurídica Sánchez R.

Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 95-113. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10003/1/Doxa_28_08.pdf.

Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre la epistemología jurídica*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Maier, J. B. (2002). *Derecho procesal penal. Tomo 1, Fundamentos*. Editores del Puerto.

Muñoz, M. A. (2019). *El estándar probatorio penal y su motivación. Una propuesta de interpretación a partir de la concepción racionalista de la prueba*. Grupo Editorial Ibáñez.

Muñoz, M. A. (2023). *El conocimiento más allá de duda razonable del dolo en la intervención delictiva. Dogmática penal y estándares de prueba*. Grupo Editorial Ibáñez.

Nieva, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

Roxin, C. y Schünemann, B. (2019). *Derecho procesal penal*. Didot.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2014). Sentencia SP-9853, Rad. 40.871 del 16 de julio de 2014. M. P. José Leónidas Bustos Martínez. [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2014/SP9853-2014\(40871\).doc](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2014/SP9853-2014(40871).doc).

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2016). Sentencia SP-1467 del 12 de octubre de 2016, Rad. 37175. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP1467-2016\(37175\).docx](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2016/SP1467-2016(37175).docx).

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2017). Sentencia SP-19617 del 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/FORMULACION%20DE%20LA%20ACUSACION/ESCRITO%20DE%20ACUSACION/REQUISITOS/SP19617-2017\(45899\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/FORMULACION%20DE%20LA%20ACUSACION/ESCRITO%20DE%20ACUSACION/REQUISITOS/SP19617-2017(45899).doc)

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2019). Sentencia SP-5295 del 4 de diciembre de 2019, Rad. 55651. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_a7c7d46ae-63f48528669cdc635c97b5c.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2020). Sentencia SP-4289 del 1 de noviembre de 2020, Rad. 55906. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2020/SP4289-2020\(55906\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2020/SP4289-2020(55906).pdf).

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2021a). Sentencia SP-3221 del 28 de julio de 2021, Rad. 58687. M. P. Pa-

tricia Salazar Cuéllar. <https://lijursanchez.com/wp-content/uploads/2022/02/SP3221-202158687.docx>.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2021b). Sentencia SP-5462 del 1 de diciembre de 2021, Rad. 55659. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/not/penal21/avisos/55659casacion16122021.pdf>.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2023a). Auto AP-2880 del 20 de septiembre de 2023, Rad. 62296. M. P. Carlos Roberto Solórzano Garavito. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_79ea473bfd2a46599bfc1841fde60f2f.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2023b). Sentencia SP-148 del 26 de abril de 2023, Rad. 60022. M. P. Myriam Ávila Roldán. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_74c27dd864724c7f-b0e64bac4ce4b2a9.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2023c). Sentencia SP-382 del 13 de septiembre de 2023, Rad. 54937.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2023d). Sentencia SP-441 del 1 de noviembre de 2023, Rad. 54837. M. P. Diego Eugenio Corredor Beltrán. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2023/SP441-2023\(54837\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1nov2023/SP441-2023(54837).pdf).

Saray, N. (2017). *Procedimiento penal acusatorio (imputación, acusación, preparatoria, juicio oral, procedimiento especial abreviado y acusador privado)*. Leyer.

Suárez, J. L. (2016). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano*. Grupo Editorial Ibáñez.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Trotta.

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Zela Grupo Editorial.

Urbano, J. J. (2013). El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el estado constitucional de derecho. Universidad Externado de Colombia.

Urbano, J. J. (2021). *¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

Valencia, C. (2022). *Control judicial de los hechos de la acusación. Fundamento convencional. ¿Cómo apartarse del precedente judicial que impide el control de la acusación?* Leyer.

Vásquez, C. (Ed.). (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Vera, J. S. (2017). Naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (49), 141-184. <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n49/0718-6851-rdpucv-49-00141.pdf>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA LECTURA Y LA ESCRITURA A PARTIR DE
LOS MANUSCRITOS DE REVISTAS JURÍDICAS
LATINOAMERICANAS INDIZADAS EN SCOPUS Y WOS

READING AND WRITING FROM MANUSCRIPTS OF LATIN AMERICAN
LAW JOURNALS INDEXED IN SCOPUS AND WOS

A LEITURA E ESCRITA A PARTIR DOS MANUSCRITOS
DE REVISTAS JURÍDICAS LATINO-AMERICANAS
INDEXADAS NO SCOPUS E WOS

HUGO GONZÁLEZ AGUILAR*

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a10

Resumen

El presente estudio propone la enseñanza de los diversos manuscritos que se publican en algunas revistas jurídicas indizadas en Scopus y Wos, desde los primeros ciclos de las escuelas de derecho, con el fin de que los estudiantes se familiaricen con la lectura y la escritura de

* Docente investigador de la Universidad Autónoma del Perú. Licenciado en Derecho de la Universidad Señor de Sipán. Magíster en Educación Superior e Investigación Educativa de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Doctor en Psicología Educacional y Tutorial de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7050-5774>, Concytec: https://dina.concytec.gob.pe/appDirectorioCTI/VerDatosInvestigador.do?id_investigador=19415 correo electrónico: hugo_augencio@hotmail.com

estos textos. Los tipos de contenidos que difunden las revistas analizadas son artículos científicos, artículos de comentario o jurisprudencia; y reseñas. Se propone comprender el proceso de producción de los distintos manuscritos y valorarlos con el propósito de promover el desarrollo de las competencias comunicativas y la adquisición de conocimientos científicos.

Palabras clave: lectura, escritura, texto científico, habilidades comunicativas, formación profesional, evaluación.

Abstract

This study proposes the teaching of the various manuscripts published in some law journals indexed in Scopus and Wos from the first semesters of law schools in order to familiarize students with their reading and writing. The types of texts disseminated by the analyzed journals are scientific articles, commentary or jurisprudence articles, reviews. The development of comprehension and production of the different manuscripts and their evaluation is proposed in order to promote the development of communicative competences and the acquisition of scientific knowledge.

Keywords: reading, writing, scientific text, communicative skills, professional training, evaluation.

Resumo

O presente estudo propõe o ensino dos diversos manuscritos, que se encontram publicados em algumas revistas jurídicas indexadas na Scopus e na Wos, desde os primeiros ciclos das faculdades de Direito de modo a que os alunos se familiarizem com a sua leitura e escrita. Os tipos de textos divulgados pelos periódicos analisados são artigos científicos, artigos de comentário ou jurisprudência, resenhas. Propõe-se o desenvolvimento da compreensão e produção dos diferentes manuscritos e a sua avaliação com o objetivo de promover o desenvolvimento das competências de comunicação e a aquisição de conhecimentos científicos.

Palavras-chave: leitura, escrita, texto científico, habilidades de comunicação, formação profissional, avaliação.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo proponer la enseñanza de los diversos manuscritos de las revistas jurídicas, indizadas en las bases de Scopus y Vos, que se les debe ofrecer a los estudiantes desde los primeros ciclos de las escuelas de derecho para que se familiaricen con la literatura y la comunicación científica mediante la comprensión y la producción de textos que les sirvan de base para su formación profesional, así como la consolidación de los aprendizajes y la adquisición de los conocimientos sobre las ciencias jurídicas, teniendo en cuenta que los estudiantes de los primeros ciclos no tienen el dominio de las habilidades de lectura y escritura de textos disciplinares (Poblete *et al.*, 2020). Por lo tanto, se requiere la implementación de estrategias y talleres para desarrollar estas habilidades a través de los textos jurídicos. Asimismo, para que se adapten a este tipo de revistas, hay que tener en cuenta que las investigaciones científicas que se publican en estas cumplen con determinados criterios de calidad (Andrés, 2017) y se deben consultar por ser fuentes confiables.

De manera específica, se propone el desarrollo del comentario y de la lectura crítica con base en los manuscritos de las revistas científicas: estudios o artículos, comentarios de jurisprudencia y recensiones; además, se propone el desarrollo de la lectura y la escritura, y la valoración (que incluye la disertación por grupos) de los manuscritos jurídicos (artículos, comentarios y recensiones), con el propósito de que los estudiantes desarrollen sus habilidades comunicativas y adquieran conocimientos o aprendizajes de las ciencias jurídicas.

La práctica de la lectura y la escritura, en la formación profesional, se realiza a través de textos alejados de la ciencia o de las revistas científicas y de la especialidad. Los cursos de Lenguaje y Comunicación, Lectura y Escritura tienen un carácter remedial, y en algunos casos se imparten de manera aislada de la disciplina (Zambrano y Guerrero, 2015). Por ello, se requiere una reorientación en la enseñanza o el desarrollo de estas dos habilidades a través de los textos jurídicos, ya que el propósito principal de la universidad es la investigación, y para que esta se desarrolle debe practicarse desde los inicios de la formación universitaria. Se requiere un proceso gradual, que se inicie con la lectura de recensiones y comentarios de la norma o la jurisprudencia, y que continúe luego con artículos científicos originales, que incluyan un contenido y una estructura más complejos.

Desde el ámbito de la lectura y la escritura se han formulado diversas propuestas; en algunos casos solo se desarrolla la lectura de manera independiente, y en otros, de forma articulada con la escritura. En este contexto se deben enseñar o practicar las dos habilidades de manera integrada, ya que cualquier proceso de lectura está asociado a la escritura, porque cuando los estudiantes leen un texto transforman o reconstruyen las ideas de este relacionándolas con sus conocimientos previos. Además, porque en el proceso de enseñanza-aprendizaje se practican la lectura y la escritura para comprender o reconstruir el mundo de la cultura general, de la especialidad o de determinada área del conocimiento. Asimismo, se requiere valorar o evaluar estas habilidades para comprobar su desarrollo efectivo.

En los últimos años se han realizado investigaciones que promueven la práctica de la lectura y la escritura; por ejemplo, Pardo y Castelló (2016) analizan la relación entre la revisión colaborativa y la calidad final del texto escrito, considerado como una herramienta epistemológica. En este proceso los estudiantes asumieron roles de escritores y revisores, y la función del docente se centró en la formulación de las recomendaciones para la mejora de los textos, un aspecto que se logró significativamente. En esta línea, Rovira y López (2017) resaltan el proceso mediador del docente sobre el desarrollo de la competencia en comprensión de textos, que es relevante en la alfabetización académica.

La comprensión lectora es un instrumento para conocer las diversas materias, mejorar los procesos de aprendizaje y asegurar la calidad educativa (Cáceres *et al.*, 2018). Este estudio se relaciona con la propuesta de Pérez *et al.* (2018) quienes estudian la lectura profesional en las ciencias de la educación y demuestran la efectividad de la propuesta en el desarrollo de diversos tipos de saber: saber ser, saber conocer. En este mismo contexto, Cabrera *et al.* (2021) han diseñado y aplicado un instrumento para evaluar las habilidades comunicativas en una universidad chilena al iniciar los estudios superiores. Concluyen que es necesario implementar medidas que fomenten la lectura académica de los estudiantes que ingresan en la educación superior, específicamente que realicen una lectura inferencial, actividad que está vinculada con el aprendizaje y el conocimiento de los discursos disciplinares.

Otros investigadores han estudiado el impacto de las tecnologías en el declive de ciertas prácticas escriturales, como la producción epistolar (Nodals *et al.*, 2017), el cual implica que los intereses de los estudiantes vayan cambiando y también la escritura de los tipos de textos que producen.

Desde el ámbito jurídico, se han realizado estudios sobre los géneros académicos y las profesiones jurídicas (Londoño y Ramírez, 2020), en los que se establecen las coincidencias o relaciones que existen entre los tipos de textos que se enseñan en la universidad y los que usan los egresados: textos doctrinales, jurisprudenciales, códigos. En esta dirección, Poblete *et al.* (2020) investigan sobre la producción del discurso escrito en la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), específicamente sobre el informe en el derecho. Por su parte, Meza *et al.* (2020) proponen una taxonomía de las clases textuales y cubren un vacío en la enseñanza de la escritura jurídica. Asimismo, Legerén (2020) estudia la tutoría del trabajo de fin de carrera a partir de las reuniones o asesorías entre el tutor y el estudiante.

Otras propuestas inciden en la práctica de la lectura y la escritura de textos disciplinares, y en el aprendizaje colaborativo que realizan los estudiantes de ciclos más avanzados, quienes apoyan o dan asesoría a los de los ciclos iniciales para que consoliden sus procesos de comprensión y producción del discurso académico, y afiancen su formación profesional (Sologuren *et al.*, 2019).

El uso de la retórica también es una propuesta relevante sobre la formación del lenguaje profesional jurídico. Esta disciplina sirve de apoyo en la elaboración del discurso legal y las formas de persuasión de este; además, enriquece el uso del lenguaje en los juicios orales (Farfán, 2019).

Correcher (2019) investiga sobre la lectura de algunos textos académicos respecto a los libros *Vigilar y castigar*, de Michel Foucault, y *La sociedad de la transparencia* (que hace referencia al texto de Foucault), centrada en la discusión sobre las tesis que plantean. Además, desarrolla un proceso reflexivo y crítico respecto al estudio del control social que deben conocer quienes se forman como juristas.

Por último, otros estudios enfatizan la práctica de ciertas estrategias o metodologías, como el proyecto colaborativo sobre la intervención pedagógica que permite mejorar la escritura de los estudiantes, quienes previamente tienen dificultades y no cumplen con las expectativas de la escritura jurídica (Odom y Helfers, 2016); además, el desarrollo del seminario, con estudiantes de Criminología y Justicia Penal, el cual contribuye a mejorar la redacción del artículo científico (Hill *et al.*, 2018); las propuestas de estrategias, a través de un pretest y un posttest, en los que se proporcionan algunos modelos para leer e identificar términos difíciles;

y la comprensión de significados que mejoran la escritura y la ortografía (Majzoub, 2021).

A partir de los antecedentes se puede evidenciar que los estudiantes de los primeros ciclos tienen dificultades con la lectura, especialmente de los textos académicos; en ese sentido, desde el inicio se deben desarrollar estrategias o talleres que incentiven y promuevan la práctica de la lectura y la escritura de diversos manuscritos que se publican en las mismas revistas científicas; por ejemplo, en este caso se empieza por las revistas jurídicas latinoamericanas indizadas en Scopus y Wos, puesto que los niveles de la lectura y la escritura han ganado representatividad sobre la adquisición de conocimientos disciplinares (Londoño y Ramírez, 2020).

En este contexto todavía se requieren, en el ámbito iberoamericano, investigaciones que profundicen en la alfabetización académica y digital sobre la formación universitaria desde la escritura de los textos científicos, así como en el dominio de plataformas que permitan desarrollar la escritura, y que además promuevan la interacción y la autonomía de los estudiantes (Chaverra *et al.*, 2022).

DESARROLLO O FUNDAMENTACIÓN

Fundamentos de la lectura y la escritura

La enseñanza de la lectura y la escritura, en los primeros ciclos de la universidad, se practica alejada de los textos científicos. Son actividades que se desarrollan separadas. Además, los estudiantes no cuentan desde los inicios de su carrera con habilidades de lectoescritura de textos jurídicos disciplinares (Poblete *et al.*, 2020). En ese sentido, se debe tener en cuenta que la lectura juega un rol importante en la integración del conocimiento por parte de los estudiantes universitarios, la cual genera cierto impacto en su aprendizaje (Cáceres *et al.*, 2018), ya que les permite aprender para la vida y no solo para rendir un examen o cumplir con algún requisito para graduarse y titularse. De esta manera, el texto se convierte en el instrumento fundamental para tener acceso al conocimiento disciplinar en el ámbito universitario (Ramírez *et al.*, 2022). Por ello, la lectura y la escritura de los textos científicos se constituyen en medios o instrumentos que posibilitan la construcción del conocimiento disciplinar (Zambrano y Guerrero, 2015).

En este marco, primero se deben conocer los propósitos de la lectura y la escritura, desde el ámbito jurídico, en la formación profesional. La escritura o la alfabetización académica busca involucrar a los estudiantes universitarios de los primeros ciclos en la práctica de la escritura disciplinar o científica (Torres, 2017), con el fin de lograr una formación eficiente y eficaz para desempeñarse competitivamente en el ejercicio de su profesión. Asimismo, gracias a estas habilidades, identifican la información relevante de los textos, elaboran síntesis o resúmenes, y valoraciones o evaluaciones de lo analizado (Cabrera, 2017).

Por ello, la práctica de la lectura y la escritura, en la universidad, tiene relevancia en la investigación y en los procesos de enseñanza-aprendizaje (Canales, 2019) que les permiten a los estudiantes adquirir el conocimiento para consolidar su formación profesional e interactuar dentro de las comunidades científicas y disciplinares, como lo evidencian las experiencias anglosajonas y algunas latinoamericanas (Castro y Sánchez, 2015). Además, el desarrollo de las habilidades de lectura y escritura permite a los alumnos interpretar, argumentar, construir o reconstruir los conocimientos disciplinares, y practicar una comunicación científica eficaz en su formación universitaria (Chaverra *et al.*, 2022). Esto garantiza a los estudiantes su permanencia en la institución superior o universitaria (Chaverra *et al.*, 2022). Por ello, la comprensión y la producción de textos escritos tienen un valor epistemológico (Cabrera *et al.*, 2021) que les permite adquirir conocimientos disciplinares relacionados con su especialidad, y optimizar su formación profesional.

Asimismo, en la universidad se establece un vínculo entre la lectura, la escritura y el aprendizaje que promueve el acceso y la producción de conocimiento. Permite que los estudiantes realicen una serie de exigencias y consulten fuentes confiables para la elaboración de síntesis o resúmenes. También les sirve de soporte para desarrollar actividades de alfabetización avanzada (Sologuren *et al.*, 2019). En ese sentido, la alfabetización académica, en la universidad, desarrolla las capacidades de lectura, escritura y argumentación, y el debate dentro de una determinada disciplina o área científica (Carlino, 2013).

Para fortalecer las habilidades comunicativas, se toman en cuenta algunos ejes fundamentales: el primer eje es la alfabetización académica, que implica practicar la lectura y la escritura a través de diversas actividades

relacionadas con cada disciplina o área científica; el segundo eje es el ejercicio de la lectura crítica, que considera los niveles previos: el literal o el inferencial, los cuales sirven para identificar los aspectos ideológicos del texto; y por último, la escritura argumentativa, centrada en defender un punto de vista o una concepción determinada (Torres, 2017). Estas habilidades permiten adquirir los conocimientos jurídicos que ofrecen las revistas científicas de manera crítica, y gracias a ellas los estudiantes formulan sus acuerdos o desacuerdos con los argumentos leídos. Además, desarrollan el pensamiento crítico porque permiten formular juicios sobre lo leído.

Por otro lado, es necesario identificar y poner en práctica los procesos para la comprensión lectora (que se relaciona con la escritura): en primer lugar, la orientación, etapa en la que el docente guía al estudiante hacia el contenido del texto y le ofrece información general del mismo para que se interese por la lectura; en segundo lugar, la realización práctica de la lectura, etapa en la que se usan las estrategias cognitivas y metacognitivas, así como la administración de recursos para realizar una lectura efectiva gracias a la motivación, el control de acciones que permitan procesar la información relevante del texto y la reflexión o la crítica sobre lo que se lee, que permita construir inferencias, identificar el tema central del texto, las conclusiones, los resúmenes y los comentarios, y establecer relaciones entre las ideas centrales; y en tercer lugar, el seguimiento y la evaluación de la lectura, etapa en la que se debe reflexionar sobre lo comprendido, para lo cual los estudiantes deben elaborar comentarios críticos y esquemas que les permitan evidenciar su comprensión del texto (Cáceres *et al.*, 2018), lo que requiere la valoración o la evaluación de la actividad lectora. Esto se complementa con la escritura disciplinar, desde una enseñanza interdisciplinar que promueva el desarrollo de la comunicación en la formación profesional e incentive la lectura, la escritura y el lenguaje oral (Sologuren *et al.*, 2019).

En este marco, la escritura y la lectura implican la realización de una serie de actividades: aprender a escribir, escribir para aprender, escribir en las disciplinas (Sologuren *et al.*, 2019). La escritura en las disciplinas se realiza a partir de la lectura y la comprensión de artículos científicos que se difunden a través de las revistas científicas jurídicas. Estas habilidades (de escritura y lectura) se convierten en procesos interactivos que permiten construir significados a través de operaciones complejas que usan estrategias de procesamiento y producción del conocimiento científico que se difunde o circula mediante la comunicación científica (Poblete *et al.*, 2020).

Otro aspecto relevante es la interacción de las habilidades de comprensión, producción y oralidad con otras actividades, como el trabajo colaborativo, que lleva al logro de aprendizajes complejos, sumado al aporte de la pedagogía, que se basa en los géneros textuales e incluye el desarrollo de propuestas interdisciplinarias (Sologuren *et al.*, 2019).

Es importante que el estudiante conozca los géneros o tipos de textos jurídicos, que han sido estudiados o sistematizados a través de tres áreas (Aguilar, 2017): la escritura como destreza profesional (diversos escritos jurídicos), los procesos de investigación jurídica del estudiante (textos de nivel inicial, investigación jurídica formativa en la que el estudiante explica los problemas por escrito y además argumenta) y la creación de conocimiento jurídico (doctrina jurídica, reportes no jurídicos). Para la presente propuesta se considera el género discursivo de la doctrina jurídica, que abarca el libro, el manuscrito científico, la reseña y el comentario sobre la jurisprudencia, que son relevantes en la investigación jurídica y que se publican o se difunden a través de las revistas científicas.

Por último, se han establecido algunas propuestas didácticas para desarrollar la comprensión y la producción disciplinar o la alfabetización académica (Poblete *et al.*, 2020), que comprenden las siguientes actividades:

- Selección del género: Se eligen el tipo de texto o manuscrito, su estructura y los propósitos o la finalidad.
- Asignación de la tarea de escritura colaborativa: En grupo, se debe resolver un problema retórico.
- Propuesta didáctica: Se desarrolla el tipo de manuscrito en el que se demuestran las habilidades y las competencias en un contexto académico, con el monitoreo del docente o de ayudantes disciplinarios.
- Evaluación de la tarea de escritura: Los estudiantes conocen el instrumento y los criterios que se deben evaluar. Implica la evaluación del proceso y del producto. Entre los aspectos que se evalúan se encuentran (en el caso de un informe académico) la audiencia, el propósito, el tópico, la introducción, el desarrollo, el cierre del informe, la cohesión, la modalidad discursiva, la coherencia, la construcción de párrafos, las referencias, la ortografía y el formato o esquema de entrega.

Otra propuesta reciente es la de Meza *et al.* (2020) quienes formulan cuatro puntos centrales. Primero, establecen una clasificación de los textos y una planificación didáctica para educar o instruir sobre la construcción de textos. Luego, plantean la práctica de la interdisciplinariedad, en la que se incluyen varias disciplinas: la lingüística, la pedagogía y el derecho, con el propósito de mejorar la comprensión y la producción textual, y evitar un panorama restringido que solamente se refiera a lo lingüístico. Después, diseñan una propuesta poco compleja y transversal, que responda a la clasificación de los textos. Por último, proponen la comprensión y la redacción de textos, entre estos los ensayos. Este proceso didáctico permite que los estudiantes desarrollen el conocimiento científico y logren aprendizajes significativos.

Las propuestas didácticas se concatenan con la planificación de las sesiones de clase que enfatizan en la lectura y la escritura crítica de los artículos de las revistas científicas; asimismo, con la realización de comentarios críticos de los diversos manuscritos. La planificación debe incluir la evaluación formativa y sumativa de los procesos de lectura y escritura, y los comentarios críticos de los diversos manuscritos. También implica valorar la síntesis, la crítica, la comparación y la creatividad que se materializan a partir de la lectura y la escritura. Por otro lado, se deben generar hábitos en los estudiantes para que se inicien adecuadamente en los proyectos o en el desarrollo de la escritura, con el propósito de construir textos jurídicos eficientes y comunicativos (López, 2018).

Las revistas jurídicas y los manuscritos que publican

Las revistas indizadas en Scopus y WoS que se consultaron en esta investigación suman un total de dieciséis: *Revista Chilena de Derecho*, *Revista de Derecho Privado*, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *Revista de Investigaciones Constitucionales*, *Veredas do Direito*, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, *Revista de Estudos Constitucionais*, *Hermeneutica e Teoria do Direito*, *Revista de Direito Sanitario*, *Revista Direito GV*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *Revista Criminalidad*, *Derecho PUCP*, *Revista Republicana*, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (Scimago Journal & Country Rank, 2022). La mayoría de estas revistas aborda diversos temas jurídicos;

solamente algunas difunden artículos sobre áreas específicas: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* (Chile), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *Revista de Derecho Privado* (Colombia) y *Revista de Direito Sanitário*, entre otras.

Los procesos de lectura y reescritura sobre los conocimientos que difunden las revistas científicas proporcionan información confiable sobre distintas áreas jurídicas, permiten conocer el proceso de la escritura científica, sirven para consolidar la formación profesional y desarrollan una comunicación especializada o científica. Asimismo, consolidan las habilidades comunicativas de comprensión y de producción de textos, tan relevantes en la vida universitaria.

Los manuscritos que publican las revistas están constituidos por artículos originales (estudios), comentarios sobre jurisprudencia o normas, artículos teóricos, reseñas y editoriales. Es importante que los estudiantes se familiaricen con el tipo de artículos que se publican en estas revistas (indizadas en Scopus y WoS), ya que son fundamentales para el desarrollo y la consolidación del conocimiento (Pezo *et al.*, 2023) y la formación eficiente de los futuros profesionales en el derecho.

La estructura de los artículos científicos, según el estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA, 2020), consta de los siguientes elementos: introducción, método, resultados y discusión. A partir de esta base, las revistas han propuesto la estructura de los manuscritos según la naturaleza de estas o de los trabajos de investigación que publican.

MATERIAL Y MÉTODO

El presente trabajo de investigación es cualitativo porque propone y analiza la lectura y la escritura de manuscritos científicos con base en algunas revistas científicas de Latinoamérica indizadas en Scopus y WoS. Witker (2021) plantea que la metodología en la investigación científica consta de una secuencia de pasos que se deben seguir para cumplir con los objetivos preestablecidos en la investigación, según el fundamento epistemológico adoptado.

Asimismo, en otros estudios, Witker (2008) propone que en el ámbito jurídico se desarrolle o aplique una investigación con metodología holística que permita integrar diversas vertientes o posturas jurídicas; asimismo, que fundamente la teoría y se oriente socialmente hacia la búsqueda de la justicia,

para que de ese modo el derecho cumpla con su función transformadora. En ese sentido, propone superar los enfoques epistemológicos y metodológicos tradicionales con el propósito de desarrollar o consolidar el pensamiento complejo y su articulación con los métodos holísticos, y cumplir con las metas de la investigación jurídica (Witker, 2017).

Partiendo de este marco, la presente investigación, de naturaleza cualitativa-propositiva, toma en cuenta los postulados de Witker (2008; 2017; 2021) y se desarrolla en dos fases que articulan la lectura y la escritura de manuscritos jurídicos por parte de los estudiantes. En la primera etapa se realiza una selección de los tipos de manuscritos: artículos, comentarios, recensiones (como se aprecia en las tablas del siguiente apartado), con el propósito de comprender su estructura y su contenido, o el conocimiento que desarrollan, de tal manera que los estudiantes se familiaricen con los textos científicos jurídicos. Para ello, se inicia con el planteamiento de comentarios textuales y el desarrollo de la lectura crítica de los manuscritos. La segunda fase se basa en la propuesta para leer, redactar y valorar algunos tipos de manuscritos jurídicos, y que los estudiantes presenten y expongan las actividades realizadas en grupo. Estas dos fases permiten tener una visión integral de la lectura y la escritura de manuscritos jurídicos que deben desarrollar los estudiantes; es decir, los estudiantes deben consolidar sus habilidades comunicativas fundamentales: leer y escribir textos de su especialidad a partir de las revistas científicas, cuyos artículos han pasado por un proceso de evaluación por pares; significa que los estudiantes deben leer textos confiables, que a la vez les sirvan como modelos o guías, y que les proporcionen conocimientos recientes sobre las ciencias jurídicas.

Las revistas que se encuentran en las bases de Scopus y WoS hasta el 2022, en Latinoamérica, suman una cantidad de dieciséis. De estas se han seleccionado algunos manuscritos que sirven de referencia para consolidar nuestra propuesta de lectura y escritura con base en textos de revistas jurídicas, así como otros textos sobre comentario y lectura crítica. Específicamente se han seleccionado el estudio “El principio de inclusión de la prueba relevante en el código procesal penal chileno” de la *Revista Chilena de Derecho*; de la misma revista, el comentario de jurisprudencia “Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud” (vol. 8, núm.1, 2021); también, el artículo “Dimensiones que afectan la calidad de la democracia a nivel subnacional en Colombia”, de la *Revista Republicana*

(núm. 30, 2021); y el artículo “La técnica de modelamiento y el tratamiento penitenciario: el caso de los internos extranjeros de difícil readaptación por tráfico ilícito de drogas en el establecimiento penitenciario Ancón II, Lima, Perú”, de la *Revista Criminalidad* (vol. 62, núm. 3, 2020). Además, la recensión “Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del derecho: Identidad y transformaciones”, de la *Revista Chilena de Derecho* (vol. 48, núm. 1, 2021). Asimismo, se han considerado los “Comentarios de textos” de Vera *et al.* (2014); y “Lectura crítica” de Morales (2020).

ANÁLISIS DE ALGUNOS MANUSCRITOS PUBLICADOS EN REVISTAS

En la tabla 9.1 se aprecian manuscritos que bajo la denominación de estudios publican las revistas jurídicas *Revista Chilena de Derecho*, *Revista de Derecho Privado*, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* y *Revista de Derecho PUCP*; por otro lado, se detalla la estructura del manuscrito relativo al comentario de jurisprudencia. En este caso se aprecia la estructura de cada tipo de texto. Se presenta a manera de ejemplo la estructura del artículo “El principio de inclusión de la prueba relevante en el código procesal penal chileno”, publicado en la *Revista Chilena de Derecho* (2021, vol. 48, núm. 1). En el caso del comentario de jurisprudencia se toma en cuenta el texto “Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud”, también de la *Revista Chilena de Derecho* (2021, vol. 48, núm. 1).

Las revistas también publican manuscritos bajo la denominación de artículos que tienen estructuras específicas, como se aprecia en el artículo “Dimensiones que afectan la calidad de la democracia a nivel subnacional en Colombia”, de la *Revista Republicana* (2021, núm. 30), en la que se presentan algunas particularidades, como la inclusión del planteamiento del problema, que se menciona en el subtítulo de la introducción, y la inclusión del análisis en el mismo apartado de los resultados. Asimismo, se muestra la estructura que ha adaptado la *Revista Criminalidad* (2020, vol. 62, núm. 3) a través del texto “La técnica de modelamiento y el tratamiento penitenciario: el caso de los internos extranjeros de difícil readaptación por tráfico ilícito de drogas en el establecimiento penitenciario Ancón II, Lima, Perú”, que incluye la fundamentación teórica separada de la introducción (aunque en la propuesta de la APA se recomienda incluir la fundamentación teórica en la introducción); en cambio, los demás elementos coinciden con

la estructura clásica del artículo científico. También se evidencian algunos casos poco comunes relacionados con los títulos, pues estos sobrepasan las quince palabras, convirtiéndose en títulos muy extensos, como el que se ha publicado en la *Revista Criminalidad*.

Tabla 9.1 Estructura de un estudio y un comentario de jurisprudencia de la Revista *Chilena de Derecho* indizada en Scopus y WoS

Estudio	Comentario de jurisprudencia
Título: El principio de inclusión de la prueba relevante en el código procesal penal chileno. Resumen y palabras clave Introducción: Alcances del tema, justificación, partes del trabajo. Desarrollo: Criterios generales de depuración probatoria, otros intereses sobre la exclusión probatoria, el principio de la inclusión de la prueba. Conclusiones: Se presentan en un solo párrafo. Bibliografía citada	Título: Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud. Resumen y palabras clave Introducción: Proporciona algunos alcances del tema y presenta el objetivo: realizar el análisis crítico de una sentencia. El caso y la sentencia: Hechos relevantes y demanda, instancias, recurso de casación. Similitud entre casos y problemas: Aspectos comunes, prueba y evaluación del daño, problema del daño. Análisis del fallo: Incumplimiento contractual, herramientas para resolver el caso. Conclusiones Bibliografía citada

Fuente: elaboración propia con base en datos de la *Revista Chilena de Derecho*.

Tabla 9.2 Estructura de los artículos de la *Revista Republicana* y la *Revista Criminalidad*, indizadas en Scopus y Wos

Artículo (<i>Revista Republicana</i>)	Artículo (<i>Revista Criminalidad</i>)
Título: Dimensiones que afectan la calidad de la democracia a nivel subnacional en Colombia.	Título: La técnica de modelamiento y el tratamiento penitenciario: el caso de los internos extranjeros de difícil readaptación por tráfico ilícito de drogas en el establecimiento penitenciario Ancón II, Lima, Perú.
Resumen y palabras clave	Resumen y palabras clave
Introducción y planteamiento del problema: Fundamentos teóricos y explicación o reflexiones sobre cómo se presenta el problema.	Introducción: Algunos alcances del tema y estudios previos.
Metodología: Índice y base de diferentes tipos de datos; se incluyen algunas tablas sobre la democracia.	Fundamentación teórica: Programas de tratamiento, tráfico ilícito de drogas, tratamiento penitenciario del delincuente, perfil del interno.
Resultados y análisis: Se incluyen figuras con los resultados y la explicación de estos con base en la teoría.	Método: Diseño y unidad de análisis, técnica para la recolección de la información, procedimiento para la aplicación de la técnica del tratamiento.
Conclusiones: Se sintetiza con base en los datos estadísticos obtenidos y se incluye una figura con valores cuantitativos.	Resultados: Desarrolla el programa de entrenamiento en habilidades sociales e incluye cuestionarios.
Bibliografía	Discusión: Contraste entre los resultados y la teoría o los antecedentes.
	Referencias

Fuente: elaboración propia con base en datos de la *Revista Republicana* y la *Revista Criminalidad*.

Otro manuscrito recurrente en las revistas jurídicas de Latinoamérica es la recensión (tabla 9.3), que critica o comenta las obras de derecho que se han publicado recientemente. Es importante para que los estudiantes conozcan este proceso, ya que les permite asumir una actitud analítica y crítica; asimismo, para que redacten su punto de vista de manera precisa y clara. Por tanto, desarrolla la lectura y la escritura académicas o científicas. En la tabla 9.3 se presenta la estructura detallada de la recensión “Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del derecho: Identidad y transformaciones”, publicada en la *Revista Chilena de Derecho* (2021, vol. 48, núm. 1).

Tabla 9.3 Estructura de las recensiones publicadas en la *Revista Chilena de Derecho*, indizada en Scopus y Wos

Recensiones (<i>Revista Chilena de Derecho</i>)
Datos del autor del texto, año de publicación, título de la obra, lugar de publicación y número de la edición: Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del derecho: Identidad y transformaciones (Santiago, Ediciones UC), 320 pp
Algunos alcances del contenido del texto
Tesis
Comentario crítico de cada una de las tesis
Apreciación sobre la relevancia de la obra
Autor de la recensión e institución (universidad)

Fuente: elaboración propia con base en datos de la *Revista Chilena de Derecho*.

PROPUESTA PARA DESARROLLAR LA LECTURA Y LA ESCRITURA

Propuesta para elaborar comentarios y realizar la lectura crítica de manuscritos

La propuesta se realiza en tres momentos: primero, se aclara el propósito de la actividad, se explica cuál es el objetivo con el que se realiza la interpretación del artículo seleccionado; luego, se realiza el análisis con su respectiva elaboración por escrito, a partir del trabajo en grupo y monitoreada por el docente; por último, se lleva a cabo la revisión o la evaluación del proceso de análisis, entre los mismos estudiantes o entre el docente y los discentes. El desarrollo de la actividad de lectura o análisis permite innovar

en el proceso de aprendizaje a través del debate o la discusión (Correcher, 2019), y desarrollar el pensamiento crítico, según los planteamientos que se formulen en el texto.

A partir de la información previa sobre la estructura de los diversos manuscritos y los fundamentos de la lectura y la escritura, se proponen algunas pautas o criterios para la realización del comentario de textos, que implica seleccionar las ideas más relevantes, integrarlas en un resumen y emitir una postura crítica concordante o discordante con el fondo o la forma del texto, así como su respectiva valoración o evaluación. En esta propuesta se valora la información proporcionada y se articula con los conocimientos previos del lector, que de esta manera va formando su universo epistemológico. Se inicia con el comentario de textos para que los alumnos se familiaricen con la comprensión y la producción de textos científicos o académicos.

Tabla 9.4 El comentario de textos y su evaluación

Comentario de textos (Vera <i>et al.</i> , 2014)	Evaluación (criterios)
Elaborar o extraer la idea o el tema central	La idea central expresa el planteamiento del autor y contiene la esencia informativa del texto
Elaborar un resumen	El resumen incluye la idea central del texto, se limita solo a las ideas principales. La información presentada es breve, concisa y objetiva
Redactar una valoración crítica	Explica con claridad los argumentos propios. Aprovecha experiencias y conocimientos actuales. Las ideas planteadas son claras, coherentes y precisas. Corrección lingüística (para todos los apartados).

Fuente: elaboración propia con base en la información teórica analizada (Vera *et al.*, 2014).

Otra manera de adaptar a los estudiantes con la lectura y la escritura de textos académicos o científicos es practicar la lectura crítica (Morales,

2020) a partir de ciertas actividades que implican la deducción del propósito del texto, la inferencia de ideas principales, la elaboración de resúmenes, la redacción de conclusiones, la identificación del punto de vista del autor, y la relación de los conocimientos con otros textos o disciplinas; asimismo, se lleva a cabo la respectiva valoración de estas actividades (tabla 9.6) con el monitoreo del docente y el trabajo en equipo de los estudiantes.

Tabla 9.5 Lectura crítica y evaluación

Lectura crítica (Morales, 2020)	Evaluación (criterios)
Deducir el propósito del autor	Redacta con precisión y claridad la intención del autor
Identificar las ideas clave y las ideas secundarias	Redacta de manera clara y concisa las ideas principales y las ideas secundarias del manuscrito leído
Redactar resúmenes	Redacta o sistematiza las ideas principales del manuscrito de manera clara, coherente y breve, en un solo párrafo
Identificar las conclusiones	Redacta o sistematiza de manera clara y coherente las conclusiones del texto, basándose en las ideas relevantes
Identificar el punto de vista del autor	Identifica con claridad y precisión el punto de vista del autor (su posición epistemológica)
Relacionar la posición del autor con otras similares o con los conocimientos de otras disciplinas	Establece una relación coherente y clara con otras ideas o conocimientos de otras disciplinas.
Identificar las disciplinas que escoge el autor para analizar problemas, elaborar conclusiones y plantear soluciones	Identifica con precisión el enfoque epistemológico que asume el autor para elaborar o abordar su texto

Fuente: elaboración propia.

Propuesta de lectura y escritura a partir de los manuscritos de las revistas

Después de familiarizarse, mediante el comentario de textos y la lectura crítica, con los textos académicos o científicos, se realiza el análisis de la estructura de los estudios de las revistas jurídicas latinoamericanas indizadas en Scopus y WoS (tabla 9.6). Se debe comprender y desarrollar adecuadamente la redacción, teniendo en cuenta la claridad, la coherencia de las ideas que se plantean en los estudios jurídicos y la valoración o evaluación de cada elemento de la estructura de los manuscritos que publican las revistas (*Revista Chilena de Derecho*, *Revista de Derecho Privado*, *Revista Pedagogía Universitaria* y *Didáctica del Derecho*, *Revista de Derecho PUCP*). Estas revistas publican estudios jurídicos, y en este caso se realiza una valoración de los planteamientos que presentan en cada elemento o componente de la estructura.

Se sugiere que los estudiantes presenten en grupo un informe escrito y luego expongan en el aula el análisis realizado. De esta manera, debaten o socializan la información que han consolidado, con la orientación o el monitoreo del docente, con el fin de valorar si han cumplido con los criterios propuestos en la evaluación.

El comentario de la jurisprudencia desarrolla la comprensión y la crítica de los documentos que generan los administradores de justicia, en los que se pueden rastrear los fundamentos o la falta de estos en las decisiones o en la resolución que han publicado. A partir de este tipo de manuscritos los estudiantes desarrollan y plasman sus ideas, concordantes o discordantes con las decisiones que se plantean en la jurisprudencia.

También se sugiere que se realice en grupo, se presente el análisis por escrito, se exponga para verificar si cumple con los criterios de evaluación y se socialice la información analizada.

Tabla 9.6 Práctica de lectura, escritura y evaluación de los estudios científicos

Estudios	Evaluación
Título Resumen	Analizan si el título es claro y breve, y si refleja el desarrollo de la temática Analizan si el resumen consolida la información relevante del artículo, como el objetivo, el método y los resultados o conclusiones (según la naturaleza del artículo)
Palabras clave	Analizan si las palabras clave son representativas y están relacionadas con las variables o dimensiones de la investigación
Introducción	Analizan si la introducción presenta de manera clara y coherente los componentes o elementos, según la naturaleza del artículo
Desarrollo	Identifican y analizan los argumentos o planteamientos centrales que fundamentan el artículo o estudio; verifican si son claros, coherentes y mantienen una adecuada redacción
Conclusiones	Analizan si las conclusiones son claras, coherentes y reflejan lo más relevante que se ha desarrollado en el cuerpo del estudio
Bibliografía citada	Las referencias cumplen con los criterios establecidos por la revista o por el tipo de estilo que se ha adoptado

Fuente: elaboración propia.

**Tabla 9.7 Práctica de lectura, escritura
y evaluación del comentario de jurisprudencia**

Comentario de jurisprudencia	Evaluación
Título	Evalúan o reflexionan sobre el título: verifican si es breve y claro, y si refleja los argumentos que se plantean en el cuerpo o el análisis del manuscrito
Resumen y palabras clave	Analizan si el resumen es claro y coherente, y si está en un solo párrafo; asimismo, si las palabras clave son pertinentes
Introducción	Identifican si los alcances del tema y los objetivos que se plantean en el manuscrito evidencian claridad y coherencia
El caso y la sentencia	Identifican los argumentos de hecho más relevantes y los fundamentos de la demanda y de la sentencia (según la naturaleza del artículo o el contenido que desarrolla)
Similitud entre casos y problemas	Identifican y analizan si se fundamenta la similitud entre ciertos casos; si los argumentos son pertinentes en relación con los problemas o el daño
Análisis del fallo	Identifican los principales argumentos del fallo Formulan sus acuerdos o desacuerdos sobre el fallo. También depende de la naturaleza de la jurisprudencia, pero se debe analizar si los argumentos son coherentes y claros, y si responden al caso
Conclusiones	Analizan y explican si las conclusiones responden o son coherentes con los argumentos del caso y del fallo
Bibliografía citada	Analizan la redacción de las fuentes, según los criterios de la revista

Fuente: elaboración propia.

La lectura y la escritura del artículo científico (original) implica conocer los planteamientos relevantes de cada componente de su estructura: el título, el resumen, la introducción, la fundamentación teórica, el método, los resultados, la discusión y la conclusión (algunas revistas no consideran esta última porque se incluye en la discusión). Respecto al título, se debe analizar si es breve y si responde a la temática del manuscrito. En cuanto al resumen, se analiza si es coherente y si plasma el objetivo, la muestra, el instrumento, los resultados y las conclusiones. En el caso de la introducción, se analizan el propósito o los alcances del trabajo, la referencia a algunos estudios previos y la presentación de los problemas (también depende de la naturaleza del artículo y de los criterios de la revista). En la fundamentación teórica (que algunas revistas incluyen en su estructura) se deben identificar los argumentos principales del tema. Con respecto al método, se observa si se han precisado el tipo, el diseño, la población o muestra, el instrumento y el procedimiento para obtener los datos (también depende de los criterios que han establecido las revistas). Sobre los resultados, se analiza si se han sistematizado adecuadamente los datos obtenidos después de la aplicación del instrumento. En el caso de la discusión se evalúa si se ha realizado un contraste adecuado entre los resultados y los estudios previos o con respecto a la teoría; asimismo, si las implicancias del estudio son claras y coherentes.

Se recomienda que los estudiantes trabajen en grupo y presenten la actividad de manera escrita, y que luego la sustenten con el monitoreo del docente. También, que analicen si han cumplido con los criterios de evaluación.

El análisis de las recensiones permite desarrollar la comprensión, la escritura, la crítica y la capacidad de síntesis de los estudiantes universitarios. Por ello, se recomienda que los estudiantes analicen y redacten algunas recensiones.

También, se requiere que las redacten en grupo, las presenten por escrito y luego las sustenten ante sus compañeros y el docente. Asimismo, que realicen un análisis sobre el cumplimiento de los criterios de evaluación.

Tabla 9.8 Práctica de lectura, escritura y evaluación del artículo

Artículo (<i>Revista Criminalidad</i>)	Evaluación
Título	Analizan si el título es claro y breve, y si refleja el desarrollo de los argumentos del contenido
Resumen	Analizan si el resumen consolida la información relevante del artículo, como el objetivo, el método y los resultados o conclusiones (según la naturaleza del artículo)
Palabras clave	Analizan si las palabras clave son representativas y están relacionadas con las variables o las dimensiones de la investigación
Introducción	Analizan si se presentan con claridad y coherencia el propósito o los alcances del manuscrito, los estudios previos y la descripción o la explicación del problema
Fundamentación teórica	Analizan si los argumentos principales de la teoría son claros y coherentes, y si se citan o se recurre a otros estudios para consolidar este apartado
Método	Analizan si se han plasmado con claridad, coherencia y pertinencia los principales componentes metodológicos: el diseño, la muestra, los instrumentos, las técnicas o los procedimientos para recoger datos (depende del manuscrito y de los criterios de la revista)
Resultados	Analizan si se han sistematizado adecuadamente los resultados, mediante tablas o figuras
Discusión	Analizan si el contraste de los resultados con los antecedentes o la teoría es claro y coherente. Analizan si las implicancias formuladas en el estudio son precisas y coherentes

Fuente: elaboración propia.

**Tabla 9.9 Análisis de las reseñaciones publicadas
en las revistas indizadas en Scopus y Wos**

Reseñaciones (<i>Revista Chilena de Derecho</i>)	Evaluación
Datos del autor del texto, año de publicación, título de la obra, lugar de publicación, número de la edición y cantidad de páginas	Reflexionan sobre los datos iniciales de la reseñación (el título, el autor)
Alcances del contenido del texto	Analizan si los alcances del estudio que se presentan son claros y coherentes
Tesis	Analizan si las tesis identificadas en el texto son claras y coherentes
Comentario crítico de cada una de las tesis	Analizan si los argumentos críticos son claros, coherentes y pertinentes
Apreciación sobre la relevancia de la obra	Analizan si los argumentos de la apreciación sobre la relevancia del texto son coherentes, claros y pertinentes
Autor de la reseñación e institución (universidad)	

Fuente: elaboración propia.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

A manera de discusión, consideramos que la propuesta desarrolla un proceso sistemático, lógico y coherente, ya que se inicia con la familiarización de los estudiantes con las revistas científicas desde los primeros años de su formación, de tal manera que no estén alejados de la escritura científica jurídica, como lo han planteado Zambrano y Guerrero (2015), quienes han evidenciado que la lectura y la escritura se realizan a través de textos que no están relacionados con la ciencia o las revistas científicas de la especialidad, y que los cursos de Lenguaje y Comunicación o de Lectura y Escritura se desarrollan de manera aislada de la disciplina jurídica. Para remediar esta situación se requiere que los estudiantes aprendan para la vida y no solo para cumplir con algún requisito o resolver un examen (Cáceres *et al.*, 2018).

Asimismo, la propuesta permite que la lectura y la escritura se desarrollen de manera armónica e integral, porque en todos los procesos o actos de aprendizaje del conocimiento jurídico los estudiantes ponen en práctica sus habilidades de comprensión y de producción; por ejemplo, cuando elaboran un comentario o una lectura crítica, primero leen y luego redactan sus apreciaciones o valoraciones sobre lo leído; por tanto, no hay

lectura sin escritura, y viceversa. Estos aspectos se concatenan con las ideas desarrolladas por Pardo y Castelló (2016), quienes han propuesto para sus estudiantes determinados roles específicos como escritores y revisores, con la orientación de los docentes; es decir, paralelamente han desarrollado la lectura analítica-crítica y la escritura. En estos casos los docentes actúan como mediadores del proceso de lectura y escritura para consolidar la alfabetización académica de los estudiantes (Rovira y López, 2017). Con la lectura y la escritura se construye el pensamiento científico o disciplinar (Zambrano y Guerrero, 2015).

Esta propuesta también permite conocer y familiarizarse con los conocimientos de las ciencias jurídicas; no solo se limita a conocer la estructura o la escritura de los manuscritos, sino que también permite aprender sobre los últimos conocimientos de las ciencias jurídicas. Este punto es concordante con la argumentación de Cáceres *et al.* (2018), quienes consideran que la comprensión lectora permite conocer diversas disciplinas, mejora los procesos de aprendizaje y desarrolla o asegura la calidad educativa. En este caso, mejora la calidad de la formación de los futuros abogados, ya que si consolidan las habilidades de lectura y escritura pueden ampliar sus conocimientos o aprendizajes en las ciencias jurídicas. Otro punto importante es que, a través de la lectura y la escritura de revistas jurídicas, tienen acceso a información confiable, ya que esta ha sido previamente evaluada por especialistas o expertos y, por tanto, cumple con determinados criterios de calidad (Andrés, 2017).

Asimismo, desde su etapa formativa inicial, los estudiantes se familiarizan con los géneros académicos y las profesiones jurídicas (Londoño y Ramírez, 2020), y con el lenguaje profesional jurídico (Farfán, 2019); en ese sentido, deben conocer las clases de textos y aprender a reproducirlas adecuadamente (Meza *et al.*, 2020), a través de las asesorías o tutorías que reciban (Legerén, 2020). Otra propuesta fundamental es que los discentes desarrollen la lectura y la escritura de textos disciplinares, y el aprendizaje colaborativo con compañeros de ciclos avanzados, para que los orienten o guíen en su proceso formativo respecto a las habilidades comunicativas de comprensión y producción de textos (Sologuren *et al.*, 2019). Esto les va a permitir elaborar textos jurídicos eficientes (López, 2018).

En conclusión, la lectura y la escritura de diversos manuscritos científicos se deben practicar desde los primeros ciclos de la universidad,

ya que consolidan el aprendizaje y les permiten a los estudiantes adquirir conocimientos científicos del ámbito jurídico.

Las sesiones de aprendizaje deben tener en cuenta la planificación de la lectura, la escritura y los comentarios de los textos científicos de las revistas. Asimismo, se debe promover la evaluación formativa y sumativa de la lectura, la escritura y el comentario de los diversos textos científicos: estudios, comentarios de normas o jurisprudencia y recensiones.

La lectura y la escritura se complementan o se integran; por tanto, deben estar interrelacionadas en la práctica didáctica y promover la realización de los análisis a través de grupos o equipos de trabajo, luego de que presenten los análisis por escrito y los sustenten ante sus compañeros y el docente, con el propósito de analizar si cumplen con los criterios establecidos en la evaluación.

La lectura y la escritura de los textos científicos desarrollan las habilidades comunicativas y consolidan la formación profesional de los abogados; por ello, deben familiarizarse desde el inicio de su carrera con la lectura de los manuscritos que publican las revistas jurídicas; se debe empezar con los menos complejos (recensiones, comentarios de jurisprudencia o normas) y continuar luego con los de mayor complejidad (artículos científicos originales).

En este proceso el docente debe ser un planificador o guía del proceso, y el estudiante, el principal actor en el análisis de los manuscritos, que se deben realizar en grupo con el fin de socializar la información.

REFERENCIAS

Aguilar, P. (2017). Una propuesta de géneros discursivos escritos del ámbito universitario, jurídico y chileno, orientada a la alfabetización académica de estudiantes de derecho. *Perfiles educativos*, 39(155), 179-192. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982017000100179&lng=es&tlng=es.

Andrés, E. (2017). La evaluación de la actividad investigadora en ciencias jurídicas: hacia un impacto nacional y un impacto internacional en las ciencias jurídicas. *Revista de Educación y Derecho*, (16), 1-25. <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/22298>.

Cabrera, M. (2017). *Evaluación diagnóstica de Habilidades Comunicativas año 2017*. Facultad de Educación de la Universidad de las Américas.

Cabrera, M., Lara, F. y Puga, J. (2021). Evaluación de la lectura académica en estudiantes que ingresan a la educación superior. *Ocnos. Revista de Estudios sobre Lectura*, 20(3). https://doi.org/10.18239/ocnos_2021.20.3.2614.

Cáceres, M., Pérez, C. y Zúñiga, M. (2018). Reflexiones teórico-metodológicas que sustentan el papel de la lectura y su comprensión en la renovación de los procesos de enseñanza y aprendizaje en el currículo universitario. *Universidad y Sociedad*, 10(4), 110-119. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1014>.

Canales, A. (2019). ¿Aprender-enseñar a leer y escribir en la universidad? *Perfiles educativos*, 41(166), 3-6. <https://doi.org/10.22201/issue.24486167e.2019.166.59610>.

Carlino, P. (2013). Alfabetización académica diez años después. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 18(57), 355-381. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-66662013000200003&lng=es&tlng=es.

Castro, M. y Sánchez, M. (2015). Escribir en la universidad: la organización retórica del género tesina en el área de humanidades. *Perfiles Educativos*, 37(148), 50-67. <https://doi.org/10.22201/issue.24486167e.2015.148.49311>.

Chaverra, D., Calle, G., Hurtado, R. y Bolívar, W. (2022). Revisión de investigaciones sobre escritura académica para la construcción de un centro de escritura digital en educación superior. *Íkala, Revista de Lenguaje y Cultura*, 27(1), 224-247. <https://doi.org/10.17533/udea.ikala.v27n1a11>.

Correcher, J. (2019). El estudio del control social en Foucault: lectura y discusión en el aula desde la metodología participativa y la formación

reflexiva. *Revista de Educación y Derecho*, (19), 1-14. <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/28399>.

Farfán, E. (2019). La visión integral de la formación jurídica que surge de la retórica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 6(2), 5-20. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2019.36690>.

Hill, L., Maier, D., Ladny, R. y Kinsley, K. (2018). When in doubt, go to the library: The effect of a library-intensive freshman research and writing seminar on academic success. *Journal of Criminal Justice Education*, 29(1), 116-136. <https://doi.org/10.1080/10511253.2017.1372498>.

Legerén, A. (2020). Buenas prácticas en la dirección de trabajos de fin de grado. Especial referencia al área jurídica. *Revista de Educación y Derecho*, (22), 1-21. <https://doi.org/10.1344/REYD2020.22.32354>.

Londoño, D. y Ramírez, Á. (2020). Aproximación a los géneros académicos y profesionales usados en el ámbito jurídico. *Enunciación*, 25(2), 191-205. <https://doi.org/10.14483/22486798.16131>.

López, D. (2018). *Manual de escritura jurídica*. Legis.

Majzoub, I. (2021). Effect of categorizing EFL Shaqra University students' writing errors on writing improvement. *Technium Social Sciences Journal*, 26(1), 804-822. <https://doi.org/10.47577/tssj.v26i1.5227>.

Meza, P., González, F., Pastén, A. y Barahona, M. (2020). Clases textuales de la formación en derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 7(1), 63-90. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.56926>.

Morales, J. (2020). Lectura, pensamiento crítico y aprendizaje en educación superior. *Red de Investigación Educativa*, 12(2), 62-71. <https://revistas.uclave.org/index.php/redine/article/view/2811>.

Nodals, M., Quesada, L. y Suárez, M. (2017). Las cartas en la enseñanza de la construcción e interpretación textual. *Universidad y Sociedad*, 9(3), 168-172. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/625>.

Odom, S. y Helfers, R. (2016). Improving criminal justice students' writing outcomes through systematic writing instruction. *Journal of Criminal Justice Education*, 27(4), 549-566. <https://doi.org/10.1080/10511253.2016.1148749>.

Pardo, M. y Castelló, M. (2016). Enseñar a escribir para aprender en la universidad: una propuesta basada en la revisión colaborativa. *Infancia y Aprendizaje*, 39(3), 560-591. <https://doi.org/10.1080/02103702.2016.1196914>.

Pérez, D., Baute, D. y Espinoza de los Monteros, M. (2018). El hábito de la lectura: una necesidad impostergable en el estudiante de ciencias de la

educación. *Universidad y Sociedad*, 10(3), 180-189. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/926>.

Pezo, O., Alca, A. y Fura, D. (2023). Análisis comparativo de la producción científica jurídica de revistas indexadas en Scopus de Latinoamérica en 2022. *Revista de Educación y Derecho*, (28), 1-20. <https://doi.org/10.1344/REYD2023.28.42976>.

Poblete, C., Arenas, L. y Córdova, A. (2020). Alfabetización académica en derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 7(2), 23-50. <https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/60562>.

Ramírez, P., Pérez, C., Riffo, B. y Cerdán, R. (2022). Leer en contextos de distracción: el rol de la inhibición y el establecimiento de objetivos en la comprensión de textos académicos digitales. *Íkala, Revista de Lenguaje y Cultura*, 27(1), 66-83. <https://doi.org/10.17533/udea.ikala.v27n1a04>.

Rovira, M. y López, D. (2017). Formación universitaria y promoción de lectura. Componentes y relaciones esenciales. *Universidad y Sociedad*, 9(5), 82-89. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/715>.

Scimago Journal & Country Rank (2022). Journal Ranks. <https://www.scimagojr.com/journalrank.php?category=3308&country=Latin%20America&wos=true>.

Sologuren, E., Bonifaz, C. y Núñez, C. (2019). El curso basal de competencias comunicativas en derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 6(1), 131-154. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2019.53748>.

Torres, A. (2017). Leer y escribir en la universidad: una experiencia desde una concepción no instrumental. *Estudios Pedagógicos*, 43(1), 311-329. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estped/v43n1/art18.pdf>.

Vera, A., Andión, A., Deza, A., Estévez, A., Fernández, A., García, G., Guzmán, H. y Pedrero, R. (2014). *EL comentario de texto: teoría y práctica*. Editorial Universitaria Ramón Areces.

Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41(122), 943-964. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000200012&lng=es&tlng=es.

Witker, J. (2017). Los derechos humanos: nuevo escenario de la investigación jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,

50(149), 979-1005. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000200979&lng=es&tlng=es.

Witker, J. (2021). *Metodología de la investigación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6818/16.pdf>.

Zambrano, J. y Guerrero, R. (2015). Escribir en la universidad: una revisión de las investigaciones de la Universidad de los Andes, Venezuela. *Íkala, Revista de Lenguaje y Cultura*, 20(3), 385-389. <https://doi.org/10.17533/udea.ikala.v20n3a07>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

DE ESCENARIOS POLÍTICOS DE RECONOCIMIENTO A IDENTIDADES DE GÉNERO NO CONFORMES*

FROM POLITICAL SCENARIOS OF RECOGNITION TO NON-CONFORMING GENDER IDENTITIES

DE CENÁRIOS POLÍTICOS DE RECONHECIMENTO A IDENTIDADES DE GÊNERO NÃO CONFORMES

PAULA ANDREA RAMÍREZ MONSALVE**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a11

Resumen

Examinar las dinámicas jurídicas, políticas y académicas que amparan las vivencias y las expresiones del género en Colombia es la apuesta del presente artículo, el propósito es juzgar las luchas de re-

* El presente escrito da cuenta del proyecto “Mujeres trans: Tránsitos entre ciudadanías liminales y luchas por el reconocimiento”, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana (Unaula), modalidad 2: tesis doctorales o posdoctorales. Asesor, Dr. Gabriel Alexander Solorzano Hernández docente de humanidades de la Universidad Pontificia Bolivariana.

** Candidata a doctora en Filosofía de la Escuela de Teología, Filosofía y Humanidades de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Filosofía —con énfasis en filosofía moral y política— de la Universidad de Caldas. Licenciada en Filosofía y Letras de la Universidad de Caldas. Abogada de la Universidad de Manizales. Actualmente, docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Unaula, participante activa del grupo Ratio Juris. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4541-9027>, correo electrónico: paulaandrea.ramirez@unaula.edu.co

conocimiento que, desde la esfera del derecho y la praxis social, presente en la teoría del reconocimiento de Axel Honneth, se conectan con la inflación normativa que dentro del ordenamiento jurídico respalda lo LGBTQ+, en especial lo relacionado con las personas trans, sus expresiones identitarias y las protestas en defensa de su autorreconocimiento. Significativamente, se advierte un tipo de realidad en la que las condiciones de discriminación, daño físico o emocional de las personas trans prevalecen, aunque sean incluidas dentro del orden legal, pues siguen siendo excluidas de las prácticas institucionales debido a falsas ideologías de reconocimiento.

Palabras clave: Identidad de género, personas trans, normas de protección, reconocimiento y autonomía.

Abstract

Examining the legal, political and academic dynamics that support gender experiences and expressions in Colombia is the goal pursued with this article. It will be this way because it will help judge the recognition struggles that, from the sphere of law and social praxis, present in Axel Honneth's theory of recognition, connect with the normative inflation that within the legal system supports LGBTQ+, in particular, related to trans people, their expressions of identity and protests led in defense of their self-recognition. Significantly, there is a type of reality where the conditions of discrimination, physical or emotional harm of trans people prevail, even though they are included within the legal order, but are excluded from institutional practices due to false ideologies of recognition.

Keywords: Gender identity, trans people, protection standards, recognition and autonomy.

Resumo

Examinar as dinâmicas jurídicas, políticas e acadêmicas que amparam as vivências e expressões de gênero na Colômbia é o objetivo perseguido com o presente artigo. Será assim porque ajudará a julgar as lutas de reconhecimento que, desde a esfera do direito e prática social,

presente na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, conecta-se com a inflação normativa que dentro do ordenamento jurídico respalda o LGBTQI+, em especial, o relacionado com as pessoas trans, suas expressões identitárias e protestos liderados em defesa de seu auto-reconhecimento. Significativamente, percebe-se um tipo de realidade onde as condições de discriminação, dano físico ou emocional das pessoas trans prevalecem mesmo sendo incluídas dentro da ordem legal, mas excluídas das práticas institucionais por falsas ideologias de reconhecimento.

Palavras-chave: Identidade de gênero, pessoas trans, normas de proteção, reconhecimento e autonomia.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años he tenido la oportunidad de seguir de cerca el trabajo que viene realizando la protagonista de esta investigación: Alessandra Monsalve Valencia, una mujer trans, creadora y directora de la Fundación Arcobaleno. Para empezar, hablo de una mujer que ha jugado un papel significativo con respecto a las narrativas de la identidad de género, la diversidad sexual y las luchas por el reconocimiento en nuestra familia.

Alessandra es una manizaleña de edad madura que, desde que tenía doce años, en su búsqueda del espacio y las personas que consideraba acordes con la identidad a la que comenzaría a dar forma, enfrentó el asedio, el acoso y los señalamientos de una cultura machista y conservadora. Incluso, creció en medio de persecuciones, asesinatos y masacres contra sus pares diversas, diferentes, desiguales. Según ella, Manizales, la ciudad que la vio crecer, fue testigo de una transición que, al volver la vista atrás, da cuenta de encuentros y desencuentros, de algunas historias de rechazo, humillación y desprecio que normalizaron la discriminación, el destierro y la muerte de cuerpos estigmatizados por su identidad trans.

Los años y la experiencia la llevaron a trazar un horizonte, le causaron un anhelo de superación que hoy en día permite reconocerla como la primera mujer trans egresada de la Universidad de Caldas (2006), docente reconocida de varios colegios privados de Pereira (Risaralda), articuladora del proyecto de diversidad sexual de la Alcaldía de Pereira (2019), primera mujer trans nominada a Mujer Comfamiliar Risaralda (2021) y Mujer Progreso Risaralda (2022), vocera de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (2022-2023), entre otros roles de reconocimiento que le otorgan un especial protagonismo por la labor que hace con las personas trans de la región.

Su experiencia de vida y su proceso de transformación y superación son lo que en esencia concentra el espíritu y el surgimiento de la Fundación Arcobaleno, que desde el 2018 se estructuró y se consolidó bajo la iniciativa de quien, con su empuje, vocación, amor, solidaridad y empatía, convocó a un grupo interdisciplinario de profesionales para que formara a las personas trans de Pereira y Manizales, y atendiera los obstáculos que enfrentan, pues suelen ser excluidas, privadas de oportunidades y recursos, discriminadas, víctimas del conflicto, hostigadas, despreciadas y marcadas por la violencia física, psicológica y sexual. A través del folclor y de múltiples actividades que los reúnen, la Fundación da a conocer a un grupo de soñadoras y

soñadores que quieren desnaturalizar la imagen que se construye en torno a su existencia. Lo ha logrado en buena medida y, de hecho, como parte de ese proceso, el ejercicio escritural que se presenta a continuación da cuenta de ello.

Pues bien, en medio de una serie de charlas, realizadas en octubre de 2021 y que conmemoraban tres años de existencia de la Fundación Arcobaleno, se me encomendó la tarea de contar en qué consisten las dinámicas jurídicas, políticas y académicas que amparan las vivencias y expresiones de género dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Fue la oportunidad de platicar acerca del “reconocimiento”. Desde una perspectiva personal, venía depurando la idea y apuntaba, solo por mencionarlo, al razonamiento que se desarrolló en el idealismo germano a partir del pensamiento de Fichte, en *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia* (1994), y de Hegel, específicamente en el pasaje de la dialéctica entre el amo y el esclavo de su obra *Fenomenología del espíritu* (2017). Hegel enseña al respecto que son necesarios la confirmación del “yo” y el reconocimiento que los otros hagan de él, como sujeto activo, libre y autoconsciente. Ahora bien, tal percepción alcanzó fuerza narrativa con Axel Honneth y su teoría del reconocimiento.

Concentrar la atención en una teoría heredera del idealismo alemán, en la que Honneth se la juega por la naturaleza intersubjetiva del reconocimiento y la integración en la vida social de quienes han experimentado algún tipo de ofensa o trato injusto, fue la apuesta doctoral que perseguí y que conecté con la invitación que había recibido de parte de Alessandra. Por un lado, debido a las experiencias vivas del maltrato, el desprecio, la marginación, la falta de reconocimiento igualitario de derechos y las marcas de descrédito de determinadas formas de vida de las chicas y los chicos trans de la Fundación Arcobaleno. Y, por otro lado, debido a la exhortación que plantea el filósofo y sociólogo alemán en *Lucha por el reconocimiento. Por un paradigma moral de los conflictos sociales* (1997).

Para Honneth, tres aspectos que terminan siendo necesarios para el autorreconocimiento son el amor, el derecho y la valoración social. Este autor sostiene al respecto que estamos frente al reconocimiento de las múltiples relaciones que se dan entre los sujetos, en las que el amor, como reconocimiento afectivo, contribuye a que el sujeto sea consecuente con su capacidad de estar solo, experimente la autonomía de su cuerpo, de ser solo consigo, y manifieste sus sentimientos y necesidades en procura de su

propio cuidado y de la autoconfianza. En la esfera del derecho y la praxis social, todas las personas gozan efectivamente de las mismas concesiones y prerrogativas, lo que en últimas refuerza la noción de autoestima que Honneth relaciona con la materialización, en términos jurídicos, de la igualdad. Por su parte, la valoración o solidaridad social supone construir conjuntamente bienes colectivos, a saber, dinámicas culturales en las que distintas personas de la sociedad aceptan los valores, las cualidades, las experiencias y las expresiones identitarias de unos y otros como garantía de la sana convivencia. De ahí que la autorrealización sea consecuente con el reconocimiento intersubjetivo.

Aunque las tres esferas de reconocimiento son relevantes, la concerniente al derecho y la praxis social es la que más se aproxima a las políticas de reconocimiento de las personas trans dentro del Estado colombiano en el momento de materializar la igualdad jurídica. Cuando tuve la oportunidad de compartir con las chicas y los chicos de la Fundación Arcobaleno, en las charlas que conmemoraban su tercer aniversario, procuramos detallar ese procedimiento. De hecho, no solo me esforcé por presentar todo lo relacionado con la igualdad material que dispone el artículo 13 de la Constitución Política, sino que también presenté una serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional para dar a conocer las dinámicas de protección que amparan la diversidad sexual y de género en Colombia. Por supuesto, no dejaron de ser relevantes la mirada del derecho internacional y posturas que, desde la academia, desafortunadamente no en su totalidad, dieron forma a la presente deliberación.

Cabe señalar que en el encuentro de 2021 con las chicas y los chicos de la Fundación Arcobaleno no fue objeto de reflexión el reconocimiento tramposo que denuncia Honneth, el que se produce en el momento de dominar u oprimir a los grupos que tienden a ser funcionales para el sistema. Este reconocimiento tramposo permite concluir que, incluso con la inflación normativa dentro del sistema legal colombiano, persisten límites, no de la política de reconocimiento como tal, sino de su puesta en marcha, posiblemente porque tiende a ser ineficaz. Sin embargo, esta discusión no se desarrolla en el presente escrito, sino que será motivo de próximas reflexiones.

ECOS DISIDENTES E IDENTIDADES NO CONFORMES

En el año 2015, el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) publicó *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*, un informe que configuró la forma de ver las identidades de género no conformes y mostró que la población de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas alzaba su voz para denunciar las angustias experimentadas en el contexto de las confrontaciones armadas en Colombia. Víctimas de discriminación y violencia hicieron públicas las vivencias de quienes existen por fuera de la heterosexualidad, es más, cuya autodeterminación e identidad no se ajustan a las imposiciones heteronormativo-hegemónicas; de hecho, popularizaron una gran gama de identidades emergentes que experimentaron ecos de diversos y complejos tratos a la hora de dar cuenta de las expresiones y las vivencias de la sexualidad, la orientación sexual y la identidad de género. Expresiones, vivencias, orientaciones e identidades que determinan los escenarios de lucha y los espacios de reivindicación que celebran la diversidad y la diferencia. La Corte Constitucional los describe como escenarios “donde los deseos, las sensaciones y los cuerpos expresan el derecho a existir, manifestarse y realizarse como seres humanos” (Sentencia T-033 de 2022), con el respeto por los tránsitos de los géneros socialmente contruidos y que se encuentran lejos de presumir identidades fijas.

Se trata de una lucha que ha legitimado la pluralidad de las formas de vivir el género, mediante la apariencia, el comportamiento, las relaciones, los nombres y los pronombres de “quienes se niegan a identificarse con el sexo asignado al momento de nacer” (Ulises, 2020), o mejor, de las personas trans o no cisgénero (como prefieren llamarlas desde la Fundación Arcobaleno). No se reconocen como “hetero” y, a la vez, representan cierta disidencia frente a las estructuras heteronormativas hegemónicas, al destacar la importancia de los derechos que dignifican su existencia humana, como el “libre desarrollo de la personalidad y la construcción de un plan de vida autónomo, sin obstáculos que estropeen los pensamientos y anhelos del ser que se agencia como una persona diferente” (Sentencia T-033 de 2022), y da forma a la construcción identitaria que presentan en sociedad.

Al presentarse, al darse a conocer desde la identidad de género que experimentan, además de las cuestiones personalísimas que enfrentan, una en particular llama la atención en el momento de verbalizar, o más

bien de denunciar, el parcial alcance que suele acompañar las políticas de reconocimiento de las personas trans, tanto binarias como no binarias. Para las chicas y los chicos trans de la Fundación Arcobaleno, los derechos más humanos, los mínimos, los que dignifican su existencia sufren la desprotección, la invisibilidad y el olvido. Una realidad, afirman, que es innegable.

Es posible que se trate de una realidad propia de nuestra sociedad, del deterioro de nuestra confianza y el protagonismo de una violencia estructural que ha recaído en quienes muestran abiertamente las formas de ser, asumir y vivir la sexualidad, el género y la identidad. Incluso, en aquellos cuyo entendimiento de la marginalidad y la extrema vulnerabilidad es producto de las fracturas que se presentan dentro del Estado colombiano y las instituciones que lo representan. Sin embargo, no debemos olvidar que hay un antes y un después de la Constitución de 1991, y es importante abordar esa mirada en particular para dar claridad al respecto.

Hasta 1991, la desprotección, la invisibilidad y el olvido sistemático del Estado colombiano frente a las personas trans fueron hechos latentes. A partir de 1991 se han presentado cambios de gran relevancia. De hecho, el protagonismo lo tiene la Corte Constitucional, que mediante la jurisprudencia emitida da cuenta de precedentes que se traducen en cambios significativos dentro del campo normativo. Podría decirse que la lógica de la exclusividad y la exclusión, y sus representaciones dentro de un Estado que conceptúa las calidades que deben tener todos los ciudadanos al hacer parte de una comunidad política y ser titulares de derechos, oportunidades, deberes y obligaciones comienzan a mitigar la realidad trans.

Asumamos que la identidad hegemónica cisgénero dio el primer paso, se arrojó a la tarea de reconocer la orientación sexual y la identidad de género, dejando errores en el camino que suscitaron comportamientos discriminatorios y criterios sospechosos que violentaron la dignidad de quienes, con identidades diversas, no se adaptaron a los patrones de estandarización propuestos. Es así como la tan mencionada disforia de género, entendida como “la inconformidad que causa la falta de concordancia entre las características sexuales y la identidad de género asignadas al momento de nacer” (World Professional Association for Transgender Health, 2017), se percibió como un trastorno; como una enfermedad psiquiátrica. En efecto, esto fue lo que en su momento denunciaron las personas trans, así como la lectura de su realidad a partir de ideologías hegemónicas y heteronormativas.

Fue y es de vital importancia tomar distancia de tal afirmación, es decir, señalar lo trans como una enfermedad psiquiátrica o un fenómeno patologizado. Para hacerlo, el primer paso es dar fuerza al conjunto de sentencias emitidas por la Corte Constitucional, y a la vez entender que el común denominador entre las personas trans es la experiencia de inconformidad entre el sexo asignado en el momento de nacer y la identidad de género que no se ajusta a la dicotomía hombre/mujer y que fluye sin someter su existencia a un trastorno de identidad de género. En términos de la Corte Constitucional, la identidad de género obedece a la categorización biológica, social y cultural de lo femenino/masculino para adecuar la apariencia en busca de aceptación y reconocimiento (Sentencia T-562 de 2013). Con respecto a las experiencias y las expresiones de género, la Corporación indica que *mujer trans* es quien nace con sexo biológico de hombre, pero con identidad de género femenina; *hombre trans* es quien nace con sexo biológico de mujer, pero con identidad de género masculina; y *persona trans* (de género no binario, fluido, no conforme, incluso de género expansivo y *queer*) es quien se sale del binarismo de género (Sentencia T-033 de 2022).

Una vez se ha adquirido una perspectiva de reconocimiento acerca de la identidad de género, es necesario volver a la idea de la disforia de género. La sensación de ser mujer, hombre, no binaria o de otro género, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), causan ansiedad, depresión, aislamiento social, problemas de autoestima y pensamientos suicidas que pueden evitarse con el apoyo de un equipo de profesionales de la salud que se centren en las necesidades individuales de las personas trans. Por tanto, la disforia de género deja de ser vista como una patología o un trastorno psiquiátrico, pues la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS así lo dispuso desde 1992 hasta el 2008. A partir del 2008, la OMS habla en términos del acompañamiento integral. Es una forma de decir que no están ¡solas!, ¡solos!, ¡soles! Aun así, para muchas personas trans se trata de un patrón más de estandarización, y se resisten a aceptar esta propuesta. Alessandra, por ejemplo, considera que es de naturaleza peyorativa.

Por otro lado, la compleja tarea de teorizar acerca de lo que se vive y se construye en torno a las experiencias y las expresiones de género es, para la Corte Constitucional, un rasgo de los Estados que protegen la libertad que tienen las personas de elegir sus propias formas de vida (Sentencia T-033 de 2022). Lo anterior incluye una discusión que versa sobre la riqueza

que recoge el acrónimo LGBTQ+ (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales, *queer* y más). De ahí que se trate de un término legítimo y de gran relevancia constitucional, como todo lo relacionado con la orientación sexual (la atracción sexual, afectiva y emocional por otra persona) y las diversas manifestaciones de la heterosexualidad, la homosexualidad, la bisexualidad y la asexualidad (Corte Constitucional, Sentencia T-068 de 2021).

De hecho, las aproximaciones teóricas y políticas con las que se cuenta en el ámbito de la academia ayudan a comprender estas orientaciones e identidades. Para efectos de claridad, se toman como referencia la definición que se encuentra en el informe del CNMH (2015, pp. 21-22), los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la entrevista realizada a Alessandra Monsalve Valencia en noviembre de 2021.

DISCURSOS DE RECONOCIMIENTO E IDENTIDADES EN LUCHA

En *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano* (CNMH, 2015) se advierte que las

lesbianas son aquellas mujeres cuyos deseos y/o afectos se dirigen hacia otras mujeres; los gays son aquellos hombres cuyos deseos y/o afectos se dirigen hacia otros hombres; los bisexuales son aquellas personas cuyos deseos y/o afectos se orientan indistintamente hacia hombres o mujeres. Las personas trans son quienes realizan tránsitos por el género (p. 21).

Cabe anotar que el término trans es la versión abreviada de transgénero o transgenerista, es decir, una persona con genitales y características físicas masculinas o femeninas, cuya identidad es opuesta a la designada en el momento de nacer.

Es importante mencionar, siguiendo a Alessandra, que el término trans con asterisco (trans*) es un concepto paraguas o sombrilla, pues acoge diferentes identidades y expresiones de género al hacer referencia a quienes cuestionan el binarismo hombre/mujer como única opción de identidad (una afirmación que logra rastrearse en Davidson, 2007; y Becerra, 2009). De ahí que la palabra trans* aluda a lo transgénero, lo transexual, lo transformista

y lo travesti. De hecho, Alessandra explica que las personas transgénero se sienten del sexo contrario a aquel con el que nacieron, al punto de modificar su corporalidad para estar en sintonía con su identidad de género. Las personas transexuales, además de recibir tratamiento hormonal, como las personas transgénero, se someten a intervenciones quirúrgicas para modificar sus órganos sexuales y de esta manera sentirse acordes con su identidad. Los y las travestis solo usan indumentaria y adecúan su comportamiento, como si pertenecieran al género opuesto, en espectáculos en los que el esparcimiento y la diversión son el centro de atención.

Las personas intersexuales, por su parte, experimentan otras realidades, en las que el cuerpo “varía de acuerdo al *estándar* de corporalidad culturalmente vigente dentro del campo de lo femenino o masculino” (Cabral y Benzur, 2005, p. 3). Es más, están lejos de definirse y exteriorizar las singularidades de una morfología en concreto; más bien se relacionan con un amplio “conjunto de variaciones corporales de la feminidad y la masculinidad que se aleja del imaginario cultural de hermafrodita” (Cabral y Benzur, 2005, p. 3), lo que impide, según Alessandra (2021), que se les asigne un sexo en particular.

Lo *queer* simboliza la performatividad proveniente del lenguaje y del hacer. Permite “desplazar las categorías hombre/mujer y transgredirlas definitivamente. En su vertiente social, ser varón o ser mujer se reduciría al *doing gender*, esto es, a ‘decirse’ y ‘mostrarse’ como ‘varón’ o como ‘mujer’” (Burguete, 2019, p. 164). A decir verdad, lo *queer* poco o nada tiene que ver con la orientación sexual; más bien da cuenta de la importancia de vivir libremente, sin atisbos de discriminación o etiquetas de representación; conflictos que se exponen en la película documental *Paris is burning* (Livingston, 1990) y la serie televisiva *Pose* (Murphy, Falchuk y Canals, 2018).

El símbolo + describe géneros divergentes que, según Alessandra, amparan a otras minorías LGBTQ+. Entre ellas, las personas asexuales (con poco interés por el sexo), demisexuales (quienes se vinculan afectivamente antes de sentir atracción sexual) o pansexuales (que sienten atracción afectiva y sexual hacia personas de cualquier género, pero sin identificarse con un género en concreto).

A lo que se quiere llegar es a demostrar el conflicto que se genera al adherir el género al sexo en el momento de nacer. De ahí que el género sea independiente del cuerpo biológico (Sentencia T-033 de 2022). De hecho, si no se vinculara el género con el sexo en el momento de nacer, se rompería el

aparente equilibrio de una cultura falogocéntrica, patriarcal y cisnormativa, influenciada, según Alessandra, por el odio y la LGBTIQ+fobia.

ELOGIOS A UN ESTATUS DIFERENCIAL

En la estructura de todo ordenamiento jurídico se otorga un tipo de estatus al ciudadano. Un deber positivo que representa jurídicamente derechos imprescindibles para el desarrollo de una sociedad justa y democrática. Es más, por su naturaleza facultativa y potestativa, se traducen en derechos subjetivos gracias a las garantías positivas (escritas), que acompañan y proscriben, con la fuerza del caso, su inmediato reconocimiento y su protección (Ramírez, 2016). De ahí la naturalización civil y política de las dinámicas sociales y los matices dados a partir de las facultades concebidas sin importar las expresiones identitarias.

La Corte Constitucional asume, desde esta perspectiva, que negarse a reconocer las expresiones y las vivencias de la identidad puede conducir a la apatía y el aislamiento, lo que hace que sea más difícil conectar y contribuir con las dinámicas sociales (Sentencia T-033 de 2022). Lo anterior ha dado paso a demandas que velan por la autodeterminación y la igualdad material de quienes fueron aislados, olvidados, marginados y discriminados por esa vaga idea que concibe que, aunque todas las personas son iguales, algunas son más iguales que otras (Ramírez, 2014).

Es aquí donde podría afirmarse que lo heteronormativo hegemónico impide revelar lo social de las personas trans. La expresión heteronormativo hegemónico hace referencia a la creencia de que la norma que regula la heterosexualidad es la única forma de concebir las maneras de ser hombre y de ser mujer. Es más, esta norma impuso sanciones a quienes se apartaron de ella (CNMH, 2015). Incluso los movimientos activistas de los ochenta tomaron la iniciativa de batallar por un tipo de identidad no cisgénero, que acreditase, en términos de una política pluralista y democrática, la importancia de la liberación de hombres y mujeres más allá de la definición ontológica de género e identidad sexual dominante.

Tal iniciativa trajo consigo diversas implicaciones de lo femenino y lo masculino. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-336 de 2008, recuerda que la dignidad humana debería simbolizar el primer fundamento del Estado social y democrático de derecho, en especial si se trata del amparo por las diversas vivencias y experiencias del género. Lo anterior implica una serie

de razonamientos incorporados en los deberes positivos y de abstención del Estado. Pues bien, es deber del Estado velar por las condiciones materiales (bienes que permiten a las personas vivir según sus posibilidades y necesidades) e inmateriales (requerimientos éticos, morales, axiológicos, culturales y espirituales que representan las particulares maneras de concebir el mundo), para enaltecer el proyecto de vida que se decide vivir.

De ahí que la jurisprudencia emitida por la Corporación, en relación directa con el constitucionalismo contemporáneo, y el paulatino reconocimiento de los derechos de las personas trans enseñen que la autodeterminación, la dignidad humana, la diversidad humana, el respeto por los proyectos de vida individuales, entre otros aspectos, tienen tal peso que fijan su atención en la libertad que tenemos todos para concretar una de las tantas opciones que nos ofrece la vida, entre ellas, las variadas expresiones de la identidad de género (Sentencia T-314 de 2011). Esto significa que, por tratarse de un derecho fundamental, debe ser respetado por todas las leyes y las instituciones del Estado (Sentencia T-062 de 2011). Así las cosas, la materialización del derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación por la opción sexual que se profesa, el derecho a tener una identidad de género y una expresión de género, según la Sentencia T-143 de 2018, debería, en la práctica, minimizar las posibilidades de segregar o tratar de modo injusto a quien expone rasgos identitarios diversos, diferentes, desiguales.

Cabe decir dos cosas al respecto. La primera es que la Corte considera que el sexo, la identidad de género y la orientación sexual se entienden como criterios sospechosos de discriminación, en especial cuando se adoptan medidas que involucran grupos históricamente discriminados. En consecuencia, ratificó (en las sentencias C-336 de 2008, T-314 de 2011, T-248 de 2012 y T-476 de 2014) la materialización del derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación de las diversas expresiones y vivencias del género. Sin embargo, la sentencia emblemática es la T-478 de 2015, también conocida como sentencia Sergio Urrego, en la que se analiza un caso de discriminación, acoso y matoneo dentro de una institución educativa que llevó al joven Sergio a provocar su muerte. La segunda hace referencia a la identidad de género y la forma como se insta al Ministerio del Interior para que incluya una ley que dé cara a tal realidad (sentencias T-804 de 2014 y T-099 de 2015). A través del artículo 130 de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, el Gobierno nacional estableció

la necesidad de implementar una política pública nacional de los sectores sociales LGBTI, que impulsara la inclusión, reconociera y garantizara los derechos de quienes abrazan una identidad de género no conforme.

La defensa del matrimonio igualitario, en la Sentencia C-577 de 2011, es otro de los tantos escenarios de reconocimiento que, en el conjunto de normas jurídicas que rigen en Colombia, se asemeja a la esfera del derecho y la praxis social que plantea Honneth. Junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de las personas trans, la Sentencia T-562 de 2013 asume que es responsabilidad de los establecimientos educativos brindar apoyo y acompañamiento a los estudiantes que se identifican con géneros diferentes al que se les asignó al nacer. Incluso, capacitar al personal docente es una deuda latente. Así lo considera el magistrado Richard S. Ramírez en la aclaración de voto de la Sentencia T-443 de 2020. Según él, es necesario implementar políticas y estrategias con enfoque diferencial. Al hacerlo, se asegura una formación en espacios democráticos y pluralistas (véase sentencias T-804 de 2014 y T-478 de 2015), dispuestos a dialogar sobre las diversas formas de vivir y expresarnos, de tal forma que logremos transformaciones de las percepciones colectivas, la reducción de la discriminación y la prevención de la violencia.

Otros escenarios de reconocimiento que se deben resaltar surgen a partir de los siguientes precedentes jurisprudenciales: frente al régimen pensional, el derecho a la pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo (Sentencia T-357 de 2013; le antecede la Sentencia C-336 de 2008 y, a partir de la Sentencia T-357 de 2013, en el 2014, las sentencias T-151, T-327 y T-935 lo ratifican). Desde el enfoque de la integralidad y el derecho a recibir la mejor atención médica, la reasignación de sexo, según lo señala la Corte en la Sentencia T-552 de 2013, corre por cuenta de la EPS. Así mismo, lo afirma la Ley 100 de 1993, en el artículo 1. En otras palabras, “bajo el enfoque de integralidad, el bienestar físico o mental, adecuada interacción social y cualquier otro elemento que influya en la calidad de vida de las personas, con identidad diversa y en proceso de transición, es responsabilidad de la EPS” (Sentencia T-552 de 2013). Para la Corporación, en razón de la transición —de naturaleza emocional, cognitiva y física—, en el momento de autodeterminarse y autodefinirse por el bien de su propia realización personal, el sistema de salud debe velar por un acompañamiento oportuno, apropiado y sin límites arbitrarios por la identidad diversa que se profesa.

El derecho a la intimidad sexual de las personas privadas de la libertad es otro pronunciamiento icónico de la Corte (Sentencia T-372 de 2013). Pues bien, a pesar de su condición de reclusas, conservan una serie de derechos fundamentales que debe garantizar el Estado y que no se deben suspender como consecuencia de la pena impuesta (Sentencia T-062 de 2012).

Por otra parte, no se le debe exigir a una persona un registro identitario que dé cuenta del género con el cual no se identifica; por ejemplo, no se le debe requerir la libreta militar a una mujer trans cuando se encuentra en un proceso de contratación (Sentencia T-476 de 2014). Además, las personas tienen el derecho a expresar su identidad de género a través del nombre. En este caso, el derecho al nombre como atributo de la personalidad jurídica y al desarrollo de la personalidad conforme a los valores, las creencias y las aspiraciones propias (Constitución Política, artículo 16), fue, en términos de Alessandra (2021), “¡lo más y más esperado!”. En ese sentido, la Corte insiste en que el nombre y el sexo pueden ser una forma de violencia simbólica contra las personas con identidades de género diverso (Sentencia T-033 de 2022), pues determinan sus proyectos de vida, las manifestaciones de su personalidad y su autorreconocimiento (sentencias C-114 de 2017 y T-086 de 2014).

También se le ha dado vía libre al trámite de adopción por parte de parejas con orientación sexual diversa; de hecho, en palabras de la Corporación, la orientación sexual de los padres no es un factor que determine su capacidad de proporcionar un entorno seguro y saludable para un menor de edad (Sentencia C-683 de 2015).

La Sentencia T-363 de 2016, por su parte, asume la importancia del control de convencionalidad frente a la aplicación efectiva de los principios de Yogyakarta, que buscan prescindir de la condición de “sexo” y “género” al reconocer la personalidad jurídica de las personas no binarias. Esto significa que las personas con identidades de género no binarias —NB— deben tener una personalidad jurídica plena, lo que incluye la posibilidad de que el registro civil de nacimiento, la tarjeta de identidad y la cédula de ciudadanía expresen su identidad de género. En el caso de Colombia los documentos personales, a partir de la Sentencia T-033 de 2022, admiten una tercera categoría de sexo, que se reconoce con la sigla NB, para quienes no se asumen como personas femeninas ni masculinas (Sentencia T-033 de 2022). En últimas se trata de una forma autónoma de reconocimiento que

exalta la autoestima y que comenzó a regir en el momento en que la Corte les ordenó al Gobierno y a la Registraduría Nacional del Estado Civil incluir el marcador NB en el esquema de identificación ciudadana.

La Corporación también hace referencia a las medidas que se deben tener en cuenta para adoptar el “lenguaje inclusivo” y la “perspectiva de género”, a fin de enunciarse como se quiera. De ahí que la Sentencia T-447 de 2019 acoja el reconocimiento no binario en título profesional y se logre, por ejemplo, la denominación de “maestre” para Johnajohn Campo Betancourt.

Se destaca, en la misma línea argumental del reconocimiento en la esfera del derecho y la praxis social, el respeto a la autodeterminación del individuo en todos los ámbitos de su identidad, su expresión y su vida. En ese sentido, la aclaración de voto del magistrado Ramírez Giraldo a la Sentencia T-443 de 2020 evidencia que las expresiones del género encuentran plena acogida en la vivencia de la dignidad, la libertad y la autonomía (sentencias T-443 de 2020 y T-192 de 2020).

Hasta aquí un recorrido por los precedentes jurisprudenciales y las apuestas institucionales para dar cara al proceso de reconocimiento de las diversas identidades, que al apostarle a la igualdad jurídica y su relación directa con el sexo y el género hacen historia en Colombia.

Cabe agregar que, a partir de la reforma constituyente de 1991, Colombia es un país que reconoce gran variedad de identidades y busca proteger a partir de políticas públicas diferenciales las necesidades de sectores sociales concretos para superar las barreras de la estigmatización, la exclusión social, el reproche, el empobrecimiento, la represión y las agresiones sistemáticas padecidas cuando se intenta visibilizar una amplia gama de construcciones identitarias, realidades del cuerpo, experiencias de vida, construcciones de género y modos de enunciación fuera de lo común.

No obstante, son firmes las denuncias que realizan, a través de las organizaciones no gubernamentales, quienes se reconocen con orientaciones sexuales o identidades de género no hegemónicas, así como personas cisgénero que cuestionan las políticas de reconocimiento con relación al género y al sexo, pues terminan siendo ineficaces y ponen en evidencia que las personas no cisgénero “sortean múltiples obstáculos que entorpecen la realización de sus derechos” (Sentencia T-068 de 2021). Aún más, por tratarse de prácticas de reconocimiento irracionales, impiden la materialización del autorreconocimiento. Así las cosas, en términos de Honneth, estamos frente a un falso reconocimiento. Un reconocimiento que reproduce las relaciones

de dominio existentes y acaba siendo funcional para el sistema (Honneth, 2006) disminuyendo el carácter emancipador, igualitario y liberador que debería tener el arsenal normativo con el que se cuenta dentro del territorio colombiano.

Todo ello nos recuerda que deliberar acerca de la dignidad humana, la ausencia de discriminación, la inclusión y la igualdad, tanto formal como material, obliga a vencer los estereotipos de género que condenan la diferencia del otro, es decir, aquellas identidades que son diferentes a la heterosexualidad y el género binario no comparten los estereotipos heteronormativo-hegemónicos ni sus formas de control y dominación (Arcos *et al.*, 2015). Es más, solo se siguen articulando pseudoinclusiones amparadas por el velo del multiculturalismo y con atisbos de equidad, dentro de un marco legislativo que, en el momento de señalar la realidad de las minorías diversas de Colombia (Hurtado, 2010), no trasciende el discurso de las promesas por cumplir.

CONSTRUCCIÓN Y RECONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LO QUE SE ES

Hasta el momento contamos con elementos conceptuales que permiten afirmar que, dentro del sistema jurídico colombiano, las realidades trans les han abierto camino a los géneros socialmente contruidos, a las identidades que representan espacios donde los tránsitos son fluidos y reflejan cambios permanentes, dispuestos a revelar “la conciencia de lo que se es, se construye y reconfigura dentro de las dinámicas sociales” (Sentencia T-033 de 2022). Estas dinámicas les dan la razón a las voces que han hecho visible, desde su singularidad, la construcción de una idea de sí mismo, lo cual ayuda a posicionarse, ser percibido e interactuar, pero partiendo de una realidad que no es estática, sino que, más bien, permanece en movimiento, se confronta y se redefine por tratarse de expresiones que cambian de acuerdo al tiempo y el contexto.

Esta idea encuentra respaldo en el informe *Personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales* (2020), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Según la CIDH, coexisten muchas subcategorías: unas relacionadas con las personas que se identifican con un género fluido o no binario, es decir, diferente al femenino o el masculino; otras asociadas con quienes se denominan agénero,

de suerte que no sienten la necesidad de identificarse con ningún género; y finalmente, otras más, vinculadas con las personas de género fluido, que viven en un mundo sin límites de género (CIDH, 2020).

Es importante destacar ahora la entrevista realizada a Alessandra Monsalve Valencia (noviembre, 2021), pues sus palabras ayudan a juzgar que, en el contexto colombiano, las personas trans, a diferencia de los gays, las lesbianas y los bisexuales, son quienes sobrellevan el olvido sistemático de la institucionalidad, aunque gocen de la posibilidad de exigir el reconocimiento de sus derechos. Al parecer, la ley las protege desde el ámbito heteronormativo; sin embargo, parecería que todo lo que las identifica careciera de relevancia. Sus voces son escuchadas, pero no lo suficiente. La equidad, la justicia y la seguridad social parecen hablar de todo lo relacionado con su existencia y su reconocimiento, pero persiste el trato injusto por parte del Estado y de la sociedad.

Quizá por ello resulta relevante tener presente el compromiso adquirido con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), ratificado por Colombia el 26 de octubre de 1969; y la Convención sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1979), que incluye a las mujeres lesbianas, bisexuales y trans. En la misma línea, la Convención Interamericana Belém do Pará (1994), al sumar esfuerzos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al dar paso a los preparativos de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2001); la Carta Andina, al avivar la protección de los derechos humanos, censurar cualquier signo de discriminación relacionado con la orientación sexual y reiterar que las personas con orientación sexual no hegemónica merecen una protección especial (2002); la puesta en marcha de los Principios de Yogyakarta (2007), al instituir dentro del derecho colombiano el conjunto de lineamientos de la ONU para dar cara a las experiencias y expresiones de género que se afianzan a partir del autorreconocimiento; la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (2008); las ocho resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), entre el 2008 y el 2016, denominadas Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidades de Género. También, la opinión consultiva 24 sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(2017), que reconoce la existencia de otras identidades de género sin limitarlas a patrones binarios.

De hecho, para la CIDH es obligación del Estado colombiano, luego de revisar casos emblemáticos relacionados con la violencia de género, responder y “garantizar que las personas LGBTI¹ puedan ejercer efectivamente su derecho a una vida libre de discriminación y violencia” (CIDH, 2019), lo que circunscribe el diseño y la ejecución de políticas públicas que respalden campañas de inclusión y no discriminación, hasta generar transformaciones legales que se adecúen a los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

Muy a pesar de los logros alcanzados por el reconocimiento de las vivencias de género, las personas LGBTIQ+ aún enfrentan muchas barreras relacionadas con la igualdad material y la ausencia de discriminación. De acuerdo con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008), el camino hacia la igualdad, que busca superar los obstáculos que dificultan la implementación efectiva de las normas, por lo menos las conducentes a erigir un país respetuoso, incluyente y justo, es un desafío permanente.

No se puede negar que lo que se ha hecho hasta el momento es un esfuerzo titánico para un país como Colombia. Bien lo señalan Óscar Efrén Guerrero y Helena Alexandra Sutachán (2012, pp. 219-229), al hablar en términos de aceptación, justicia e inclusión, y de lo que se requiere cuando se intenta dar cuenta de los modos de subjetivación LGBT.² Desde esta perspectiva académica, los autores consideran que la historia de nuestro país concentra cinco grandes momentos.

El primer momento atiende a las demandas propias de la homosexualidad. En los años noventa el estudio de la homosexualidad se relacionó con las luchas feministas encargadas de dar cuenta de las transformaciones políticas que debieron asumir hombres y mujeres en medio de una sociedad discriminadora y excluyente. Es eje referencial el número 6 de la revista *Nó-madas* (1997), una pieza clave para abordar el reconocimiento LGBT. Desde allí se agrupa un catálogo de debates sobre perspectivas de género que muestran la necesidad de superar los estereotipos femenino/masculino e incluir otras representaciones, como la homosexualidad (Serrano, 1997, p. 220).

1 El informe no hace referencia a lo Q+.

2 El estudio de Guerrero y Sutachán (2012) no se refiere a lo IQ+.

Esta tendencia se reforzó con los planteamientos del investigador José Fernando Serrano en relación con los movimientos de liberación homosexual y feminista, pues estos recorrieron caminos similares al plantarse contra la visión heterosexista y acoger nuevas identidades no heterosexuales.

El segundo momento circunda la apuesta audiovisual Ciclo Rosa (2001) y la publicación de *Voces excluidas* (2005). En el año 2001 la Cinemateca de Bogotá, el Instituto Goethe, el Centro Colombo Americano de Medellín y la Universidad Javeriana le hacen un homenaje al cineasta alemán Rosa Von Praunheim y sacan a la luz el Ciclo Rosa, un espacio de reflexión institucional, cultural y académica que da cuenta de la diversidad sexual a través de elementos audiovisuales. En ese escenario la sexualidad, el cuerpo y el género coincidieron con el cine para fortalecer la idea de una sociedad diversa (Arcadia, 2022) e involucrar las luchas reivindicatorias y el requerimiento de derechos minoritarios con prácticas que, como el cine, pueden influir en la opinión pública gracias a su poder de convocatoria y su visibilidad (Guerrero y Sutachán, 2012, p. 223).

Por otra parte, en 2005, sale a la luz el informe de la ONG Colombia Diversa: *Voces excluidas*. Este informe es un símbolo oficial de la pluralidad de tendencias sexuales de la época, e inaugura, de paso, la sigla LGBT. Es más, denuncia la invisibilidad y el sometimiento que esconde la homosexualidad, lo que hace que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos alerte al Estado colombiano acerca de los rótulos impuestos en torno al género y al sexo; por tanto, recomienda implementar acciones que mitiguen la discriminación, la violencia física, sexual y psicológica, el aislamiento social y la marginación, que causan daño a la población no heterosexual (Guerrero y Sutachán, 2012, p. 224).

El tercer momento se fija entre el 2006 y el 2007, periodo en el que surge una serie de publicaciones acerca del género y la diversidad sexual con cierto componente crítico-reflexivo y con referentes concretos del plano estatal (Céspedes y Sarmiento, 2011). Es más, Mara Viveros Vigoya (2006) considera que la agenda sobre sexualidad y derechos humanos consolidó, en nuestro país, los siguientes tres aspectos: en primer lugar, los discursos de inclusión/exclusión de la diversidad sexual y la identidad de género; en segundo lugar, la normatización de las diversas manifestaciones de la sexualidad; y en tercer lugar, la formulación de políticas públicas —articulando la intervención social con la academia—, en el marco de los derechos fundamentales de quienes profesan una identidad de género diversa.

Por otra parte, el número 24 de la revista *Nómadas* (2006) reforzó las reflexiones sobre el género que, en un contexto neoliberal, involucran a América Latina y el Caribe. Así mismo, incluyó una serie de análisis refinados sobre la ciudadanía y su participación directa en el diseño, la ejecución y el seguimiento de las políticas públicas. No hay que pasar por alto los discursos afines a las masculinidades, la sexualidad, la equidad de género, la categoría *cuerpo* y la discriminación de las personas LGBT, que finalmente incluyen debates relacionados con la deconstrucción del género.

José Fernando Serrano Amaya, a su vez, recopila en *Otros cuerpos, otras sexualidades* (2007) una serie de deliberaciones del Ciclo Rosa, para 1) mostrar los avances socioculturales de la diversidad de género; 2) hacer un llamado a la institucionalidad y así crear espacios que ayuden a promover el respeto y el reconocimiento de los derechos de las personas cuya diversidad sexual y cuya identidad de género se alejan de las perspectivas dominantes; 3) visibilizar y combatir la violencia y la discriminación que sufren en Colombia los no cisgénero —ciñéndonos al texto, lo ideal sería decir no heterosexuales, pero, de acuerdo a los juegos del lenguaje de nuestros tiempos, se trata de un término en desuso por su carácter despectivo—.

La *Revista de Estudios Sociales*, en su número 28 de 2007, reúne trabajos próximos al examen crítico de las sexualidades y destaca, en palabras de Katharina Pewny (2007, pp. 96-103), el advenimiento de lo *queer* como campo de investigación que conceptualiza elementos propios de las ciencias sociales. Es decir, a partir de una epistemología de la diferencia, que indica que lo *otro* deja de subordinarse a las tradiciones, que han establecido el parámetro epistemológico dominante, lo *queer* fundamenta nuevas subjetividades y busca distanciarse de los trámites burocráticos que se ponen en marcha cuando de políticas públicas se trata.

Así entonces, entre el 2006 y el 2007, las luchas por el reconocimiento del sujeto no binario, el escenario de vulnerabilidad, el papel del Estado heteronormativo, la discriminación y la reivindicación del género, la memoria de estos tránsitos, la defensa institucional de sus derechos, sus logros y mucho más empiezan a gestionar el nacimiento de políticas de reconocimiento para dar paso a la cuarta y a la quinta etapa e impulsar los avances académicos que desde el 2008 se ocupan de las principales coyunturas dialógicas que han permitido construir conceptual y sistemáticamente la legitimación cultural y política de lo LGBTQ+. Bien lo hace notar la tesis de Andrea García Becerra, *Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al*

sistema sexo-género: feminismos y experiencias de transexuales y travestis (2009). También la formulación e implementación de políticas públicas, precedentes jurisprudenciales, diseño de propuestas legislativas y acciones jurídicas tendientes a reconocer los derechos y a volver lo LGBTIQ+ un objeto de conocimiento y de reflexión permanente.

Un fiel ejemplo de ello se encuentra en el informe *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia*, de la Oficina Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ordóñez, 1996). La comisión visibilizó que las comunidades trans son altamente vulnerables. Es así porque, en materia de integridad personal, tortura y uso excesivo de la fuerza, hay reportes de discriminación, maltrato y homicidios, la mayoría de ellos perpetrados por agentes del Estado en el marco de la aplicación de la fuerza pública en Bogotá, Medellín y Cali (Ordóñez, 1996), que han acarreado una crisis de desigualdad del grupo minoritario trans, que no solo ha sido víctima del Estado y de la sociedad, sino también del conflicto armado.

Por la misma línea se presentaron los relatos de vida de mujeres trans desplazadas forzosamente hacia Bogotá. La investigación *¡A mí me sacaron volada de allá!* lo confirma (Prada, Lozano y Ortiz, 2012), y aún más, el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica, *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano* (CNMH, 2015). Estas investigaciones demuestran que hay rupturas históricas con quienes han vivido por fuera de lo cisnormativo. En el encuentro entre la teoría y las experiencias de vida, Sylvia Cristina Prieto Dávila y su equipo de trabajo, en *Reflexiones sobre el género, el cuerpo y el poder. Cinco voces trans en diálogos con Judith Butler*, hacen visibles “las diferentes dimensiones del tránsito en el género” (Prieto, 2017, p. 127). El punto de partida de dicha investigación se da en el momento de preguntar “cómo se construye la identidad de género y la corporalidad de cinco personas trans que habitan en Bogotá” (Prieto, 2017, p. 13). A partir de lo expuesto, subrayan el esfuerzo por autorreconocerse y la posibilidad de transgredir la norma de género al posicionar la construcción identitaria y la corporalidad como una realidad más (Prieto, 2017, p. 186).

Hasta aquí se destacan la evolución de las políticas de reconocimiento tanto nacionales como internacionales, la mirada de la academia, el bloque de constitucionalidad y la protección jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana; en especial de la Corte, porque “da cuenta de un periodo de

transición importantísimo en términos normativos y culturales” (Sentencia T-363 de 2016). Sin embargo, cabe advertir sobre una “nueva forma de control social y un nuevo conformismo disponible para las manipulaciones de un mercado adulator que promete la satisfacción inmediata de deseos hedonistas” (Burguete, 2019, p. 62). Un constructo social que responde a lo que se puede llegar a ser o representar bajo la determinación de la identidad y los escenarios de desprotección que experimentan quienes se dejan llevar por los cambiantes juegos del mercado y los escenarios de dominación.

Al respecto, Axel Honneth, en *El reconocimiento como ideología* (2006), considera que existe un tipo de reconocimiento que es utilizado de manera tramposa para dominar u oprimir grupos; de hecho, hace alarde de mecanismos ideológicos que permiten al *statu quo* establecer acciones y conductas que involucran a esos grupos para que se vuelvan funcionales para el sistema. Al dialogar con Alessandra (2021), coincidimos en que no hay nada de emancipador, ni mucho menos de liberador, en hablar de formas de reconocimiento que se niegan a fortalecer la autonomía personal, pues se pierde la posibilidad de desentrañar los procesos de reconocimiento que desarticulan los estereotipos de discriminación o los prejuicios sociales que enfrentan actualmente las personas trans. Es más, cuando la institucionalidad manipula a su antojo haciendo alarde de inclusión “deja a la sociedad colgada en un vacío histórico que les obliga a reinventar algo tan obvio como las razones colectivas de la vida social” (Monedero, 2009, p. 193).

Entonces, reconocer a las personas trans para reproducir las dinámicas de dominio de la relación Estado-sociedad civil es dejarse llevar por falsas ideologías. Ahora bien, lo que se busca es que la irracionalidad de dichos procesos sucumba en el momento de materializar la autonomía. Todo un desafío moral y político que acompaña la idea de reconocimiento y las dimensiones tanto jurídica como simbólica que lo acompañan. Dimensión jurídica por ser directamente proporcional a la igualdad formal, es decir, ante la ley. Dimensión simbólica porque a partir de la igualdad material, dispuesta a exaltar un trato especial a quienes precisan un trato igualitario (Hurtado, 2010, pp. 110-115), empoderaría el lenguaje del reconocimiento de toda persona diversa-diferente-desigual. Por tanto, ambas dimensiones aportan al conocimiento que actualiza las realidades que circundan las regulaciones y las prácticas institucionales que enaltecen la dignidad humana bajo el velo de la autonomía personal.

Por supuesto, se trata de un debate que no es ajeno a las personas que, nacidas de la diferencia y su relación concreta con el mundo, visibilizan los oprobios de dinámicas cisnormativas a través de contundentes demandas morales que prevén experiencias que reivindican espacios alejados de la clandestinidad y las represalias. Así las cosas, la violencia físico-sexual, la discriminación, la situación de marginación y el estigma social son fenómenos que, a partir de impulsos de reconocimiento, ganan formas de inclusión que conceden pleno valor a las personas que dentro del territorio colombiano han sufrido los agravios resultantes de las patologías sociales durante décadas.

Son las personas trans quienes han visto truncado su reconocimiento afectivo y han sido maltratadas, excluidas y despojadas de sus derechos. Quienes han experimentado desigualdades jurídicas, humillaciones, ofensas, torturas y hasta la muerte por las expresiones y experiencias de género que presentan al mundo. De ahí que el reconocimiento otorgado desde la segunda esfera propuesta por Honneth, el derecho y la praxis social, represente la oportunidad de dialogar con el autorreconocimiento que deviene en el momento de otorgar en la vida social dinámicas que adecúen el ideal de igualdad material e inclusión a las personas diferenciadas, discriminadas, abusadas y violentadas por ser como son.

Este es el vínculo histórico que brota en el momento de mostrar que ciertas formas peculiares de existir, representadas por las personas trans, además de transformar el espacio social que suelen habitar y sus relaciones íntimas, con el ordenamiento jurídico y la sociedad, advierten sobre un tipo de realidad en el que las condiciones de discriminación, daño físico o emocional implican una lucha que no ha terminado, pues prevalecen aún en las prácticas institucionales.

Es en este contexto donde la vida, sus expresiones y sus comprensiones transgreden códigos y estrategias de universalización en pro de reivindicaciones morales, sociales, jurídicas y políticas de quienes han conocido sentimientos de rechazo e indignidad. La exclusión que, a nivel individual o colectivo, constituye un marcado acto de discriminación da paso al desarrollo de un presente vivido que abarca perspectivas que ponen de manifiesto las expresiones sociohistóricas del fenómeno específico que constituye actuar como una persona trans. Un horizonte viviente que permaneció oculto y que, como diría Husserl, presta “atención sobre la conciencia del mundo para así descubrir otro tipo de vida despierta [...] que fluye constantemente

y se vincula sistemáticamente” (Husserl, citado por Guerrero, 2019, p. 69) a las prácticas institucionales de las luchas por el reconocimiento.

CONSIDERACIONES FINALES

Siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional frente a las cuestiones de género, es importante entender que “la discusión no termina con el sexo asignado al momento de nacer, es una compleja interrelación entre el cuerpo y sus experiencias” (Sentencia T-675 de 2017), en la que la identidad, el sentir y el conocimiento de lo que se quiere ser a través de las diversas manifestaciones o expresiones del género no son realidades que puedan ser reguladas, sino que se trata de la manera en que cada persona expresa su género al mundo, a la sociedad, a su cultura, a su comunidad y a su familia. También se trata de la manera en que cada persona interactúa con su propio género y lo va moldeando a lo largo de la vida, puesto que este es un proceso en constante evolución.

Después de escuchar a las chicas y los chicos de la Fundación Arcobaleno, reitero la importancia de la autonomía por tratarse de una cuestión que, innegablemente, debe ser protegida. Es un derecho fundamental que permite a todas las personas ser libres, dignas y autodeterminadas, y que es aún más importante para las personas que forman parte de colectivos cuyas identidades son estereotipadas y que superan los modelos binarios de representación, son fluidas y cambiantes, trascienden los límites del género y suscitan espacios de libertad fuera de lo común.

Yendo un poco más lejos, el compromiso directo con la diversidad, la dignidad humana, la democracia y la participación es un legado que seguirá latente y que continuará revelando las luchas por el reconocimiento de las experiencias y las expresiones del género. Fiel ejemplo de ello es la apuesta por la Ley Integral Trans (radicada el 31 de julio de 2024). Si bien es indiscutible que dentro de la institucionalidad persisten actos de total negligencia contra quienes expresan una identidad fuera de lo cisnormativo, y todo aquello que define su género se fragmenta en el campo del derecho, también es cierto que están surgiendo fuerzas para seguir luchando contra la estigmatización de las vivencias trans.

La exposición a juicios, cuestionamientos e incómodas preguntas que llevan a las personas a evitar ciertos espacios para no tener que explicar aspectos íntimos de su ser, o a caer en la mercantilización de la vida, es

decir, comprar, usar y luego desechar sus cuerpos, porque todo su ser se convierte en mercancía de fácil acceso y desecho, o de falso reconocimiento, debería quedar por fuera de la vida humana, pues implica el arrebatamiento de la libertad.

Cabe concluir que la identidad de género es una construcción social compleja. Es un aspecto central de la identidad individual, pues expresa singularidades propias del ser humano. Reconocerla es una forma de empoderar y de dar voz a quienes expresan sus propias identidades y experiencias de género sin limitarlas a los estereotipos y prejuicios que han invisibilizado o excluido a sus pares en otros tiempos.

Podría decirse, finalmente, que la esfera del derecho y la praxis social de Axel Honneth cobra forma al superar, dentro del territorio colombiano, la lógica victimizante y polarizada de la identidad de género. Hablamos de un país más inclusivo y libre de discriminación en el momento de garantizar la dignidad y la integridad de las personas trans; sin embargo, aunque el reconocimiento de la diversidad de las identidades de género es un paso importante para fortalecer la autoestima, no es suficiente porque no se traduce en cambios reales en las políticas y las prácticas sociales. En definitiva, estos cambios son deficitarios e ineficaces a la hora de atender tal realidad.

REFERENCIAS

Arcos, S., Flórez, H., Montoya, M. y Palacios, D. (2015). *Los imaginarios de género configurados en la cultura escolar del Colegio OEA : una mirada desde el cuerpo, la subjetividad y el poder*. Universidad Pedagógica Nacional, Maestría en Desarrollo Educativo y Social, CINDE. <https://repository.cinde.org.co/handle/20.500.11907/1359>.

Becerra, A. (2009). *Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo-género: feminismos y experiencias de transexuales y travestis*. Universidad Nacional de Colombia.

Burguete, E. (2019). Revolución sexual y neovitalismo. Los servicios gestacionales en la reconfiguración social, como reproductoras, de las personas *queer*. *Cuadernos de Bioética*, 30(99), 159-179.

Cabral, M. y Benzur, G. (2005). Cuando digo intersex. Un diálogo introductorio a la intersexualidad. *Cadernos Pagu*, (24), 283-304. https://www.researchgate.net/publication/250045639_Cuando_digo_intersex_un_dialogo_introductorio_a_la_intersexualidad.

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2015). *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales, y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. CNMH, UARIV, USAID, OIM.

Céspedes, L. y Sarmiento, J. (2011). ¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 389-417. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1515>.

Colombia Diversa (2005). *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/51470>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2019). *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. REDESCA, CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>.

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-336 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30895>.

Corte Constitucional de Colombia (2011a). Sentencia T-062 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2011b). Sentencia T-314 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-314-11.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2011c). Sentencia C-577 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia T-248 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2013a). Sentencia T-357 de 2013, M. P. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-357-13.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2013b). Sentencia T-372 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-372-13.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2013c). Sentencia T-552 de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-552-13.htm#:~:text=T%2D552%2D13%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20t%C3%A9rmino%20transg%C3%A9nero%20constituye%20una,caracter%C3%ADsticas%20f%C3%ADsticas%20\(sexo%20biol%C3%B3gico\)](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-552-13.htm#:~:text=T%2D552%2D13%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20t%C3%A9rmino%20transg%C3%A9nero%20constituye%20una,caracter%C3%ADsticas%20f%C3%ADsticas%20(sexo%20biol%C3%B3gico)).

Corte Constitucional de Colombia (2013d). Sentencia T-562 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-562-13.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2014a). Sentencia T-086 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-086-14.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2014b). Sentencia T-151 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-151-14.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2014c). Sentencia T-327 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-327-14.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2014d). Sentencia T-476 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-476-14.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2014e). Sentencia T-804 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-804-14.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2014f). Sentencia T-935 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-935-14.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2015a). Sentencia T-099 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-099-15.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2015b). Sentencia T-478 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-478-15.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2015c). Sentencia C-683 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-683-15.htm#:~:text=La%20Corte%20Constitucional%20concluye%20que,su%20desarrollo%20arm%C3%B3nico%20e%20integral>.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-363 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-363-16.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2017a). Sentencia T-114 de 2017, M. S. Alejandro Linares Cantillo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-114-17.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2017b). Sentencia T-675 de 2017, M. S. Alejandro Linares Cantillo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-675-17.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia T-143 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-143-18.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia T-447 de 2019, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-447-19.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2020a). Sentencia T-192 de 2020, M. P. Alberto Rojas Ríos. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-192-20.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2020b). Sentencia T-236 de 2020, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-236-20.htm#:~:text=La%20Sentencia%20T%2D236%20de,configuraci%C3%B3n%20de%20un%20hecho%20sobreviniente>.

Corte Constitucional de Colombia (2020c). Sentencia T-443 de 2020, M. S. José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-443-20.htm#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20identidad,de%20ser%20due%C3%B1a%20de%20s%C3%AD>.

Corte Constitucional de Colombia (2021). Sentencia T-068 de 2021, M. P. Diana Fajardo Rivera. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-068-21.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (2022). Sentencia T-033 de 2022, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-033-22.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Opinión consultiva 24 sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2018/opinion-consultiva-sobre-identidad-genero-igualdad-y-no-discriminacion-parejas-del>.

Davidson, M. (2007). Seeking refuge under the umbrella: Inclusion, exclusion, and organizing within the category transgender. *Sexuality Research and Social Policy*, 4(4), 60-80.

El Ciclo Rosa (2022). *Arcadia*. <https://es-la.facebook.com/RevistaArcadia/>.

Fichthe, J. (1994). *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves. Centro de Estudios Constitucionales, Clásicos Políticos.

Guerrero, M. (2019). *El concepto de Lebenswelt en Husserl: Un análisis de la crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. [Tesis de licenciatura]. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Filosofía. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10590>.

Guerrero, O. y Sutachán, H. (2012) Indagaciones sobre la producción de lo LGBT desde la academia. *Nómadas*, (37), 219-229. http://nomadas.ucecentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_37/37_15GS_EnColombiasepuedeser.pdf.

Hegel, G. (2017). *Fenomenología del espíritu*. Fondo de Cultura Económica.

Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento. Por un paradigma moral de los conflictos sociales*. Traducción de Manuel Ballesteros. Crítica, Grijalbo, Mondadori.

Honneth, A. (2006). El reconocimiento como ideología. Traducción de José Manuel Moreno Cuevas. *Isegoría*, (35), 129-150. <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/33/33>.

Hurtado, C. (2010). *La marcha LGBT para ampliar el canon de la ciudadanía con las diversidades sexuales*. [Tesis de maestría]. Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/856/cso37.pdf;sequence=1>.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan con derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25753.pdf>.

Livingston, J. (1990). *Paris is Burning*. [Documental]. Miramax, Academy Entertainment, Prestige Productions. <https://www.youtube.com/watch?v=2xrwoYSNFbg>.

Monedero, J. (2009). *El gobierno de las palabras: Política para tiempos de confusión*. Fondo de Cultura Económica.

Murphy, R., Falchuk, B. y Canals S. (2018). *Pose*. [Serie de televisión]. Fox Premium y Netflix.

Nómadas (2006). *Género y políticas públicas: Desafíos de la equidad*, (24). <http://nomadas.ucentral.edu.co/index.php/inicio/8-articulos/31-genero-y-politicas-publicas-desafios-de-la-equidad-nomadas-24>.

Ordóñez, J. (1996). Ningún ser humano es desechable: Limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia. *Cuadernos África-América Latina: Serie Documentos, Volumen 3*. Comité de Derechos Humanos de Colombia, SODEPAZ.

Pewny, K. (2007). En un instante: la teoría de la representación como crítica queer/feminista de la violencia. *Revista de Estudios Sociales*, 1(28), 96-103. <https://doi.org/10.7440/res28.2007.06>.

Prada, N., Galvis, S., Lozano L. y Ortiz, A. (2012). *¡A mí me sacaron volada de allá! Relatos de vida de mujeres trans desplazadas forzosamente hacia Bogotá*. Gestión Pública, Alcaldía Mayor de Bogotá,

Universidad Nacional de Colombia. <https://es.scribd.com/document/229616940/A-Mi-Me-Sacaron-Volada-de-Alla>.

Prieto, S. (2017). *Reflexiones sobre el género, el cuerpo y el poder. Cinco voces trans en diálogos con Judith Butler*. Grupo de Investigación Teoría Política Contemporánea (Teopoco), Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá), Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales del Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molino (Unijus).

Principios de Yogyakarta (2007). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

Ramírez, P. (2014). *El trato preferente: una política de igualdad*. Ediciones Unaula.

Ramírez, P. (2016). Una hipótesis más de ciudadanía. *Apropiación social del conocimiento: fundamentos para la innovación y la investigación*. III Jornadas de Investigación Universidad Autónoma Latinoamericana, Ediciones Unaula.

República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Legis.

República de Colombia (1993). Ley 100. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia (2015). Ley 1753. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un nuevo país.

Revista de Estudios Sociales (2007). *Sexualidades*, (28). <https://revistas.uniandes.edu.co/toc/res/28>.

Serrano, J. (1997). Entre negación y reconocimiento. Estudios sobre homosexualidad en Colombia. *Nómadas, Género, Balances y Discursos*, (6). http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_6/06_5S_Entrenegacionyreconocimiento.pdf.

Serrano, J. (2007). *Otros cuerpos, otras sexualidades*. Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

Ulises, E. (2020). ¿Qué es la disforia de género en las personas trans? *Plataforma Homosensual*. <https://www.homosensual.com/lgbt/trans/disforia-genero-personas-trans/>.

Villacañás, J., Ramos, M. y Oncina, F. (1994). *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Clásicos Políticos.

Viveros, M. (2006). *Hacia una agenda sobre sexualidad y derechos humanos en Colombia. Saberes, cultura y derechos humanos*. Tercer Mundo Editores del Grupo TM, Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos, Centro de Estudios Sociales.

World Professional Association for Transgender Health (2017). *Standards of care for the health of transgender and gender diverse people, Version 8*. <https://www.wpath.org/>.

RESEARCH ARTICLE

FROM POLITICAL SCENARIOS OF RECOGNITION TO NON-CONFORMING GENDER IDENTITIES*

DE ESCENARIOS POLÍTICOS DE RECONOCIMIENTO
A IDENTIDADES DE GÉNERO NO CONFORMES

DE CENÁRIOS POLÍTICOS DE RECONHECIMENTO
A IDENTIDADES DE GÊNERO NÃO CONFORMES

PAULA ANDREA RAMÍREZ MONSALVE**

Received: September 26, 2023 – Accepted: January 22, 2024 –

Published: June 29, 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a11

* This article accounts for the project *Mujeres trans: Tránsitos entre ciudadanías liminales y luchas por el reconocimiento* (Transgender women: Transitions between liminal citizenships and struggles for recognition), an initiative financed by the Universidad Autónoma Latinoamericana in the modality of doctoral or postdoctoral dissertation.

** Paula Andrea Ramírez Monsalve is a PhD candidate in the School of Theology, Philosophy, and Humanities at the Universidad Pontificia Bolivariana. She holds a master's degree in Philosophy with an emphasis on Moral and Political Philosophy from the Universidad de Caldas and a bachelor's degree in Education in Philosophy and Arts from the same university. She also holds a bachelor's degree of Laws from the Universidad de Manizales. She is currently a researcher at the School of Law of the Universidad Autónoma Latinoamericana and an active member of the Ratio Juris team. Email: paulaandrea.ramirez@unaula.edu.co, ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4541-9027>

RESUMEN

Examinar las dinámicas jurídicas, políticas y académicas que amparan las vivencias y expresiones de género en Colombia es la apuesta que se persigue con el presente artículo. Así podrán juzgarse las luchas de reconocimiento que Axel Honneth plantea desde la esfera del derecho y la praxis social en su teoría del reconocimiento. Estas luchas se conectan con la inflación normativa que, dentro del ordenamiento jurídico, respalda lo LGBTIQ+, en especial las expresiones identitarias de las personas transgénero (Trans) y las protestas que estas lideran en defensa de su autorreconocimiento. Significativamente, se advierte un tipo de realidad donde prevalecen la discriminación y el daño físico o emocional de las personas transgénero, quienes, a pesar de estar incluidas en el orden legal, están excluidas de las prácticas institucionales a causa de falsas ideologías de reconocimiento.

Palabras claves: Identidad de género, personas *trans*, normas de protección, reconocimiento y autonomía.

Abstract

The aim of this article is to examine legal, political, and academic dynamics that protect gender experiences and expressions in Colombia. This will allow for an examination of the struggles for recognition pointed out by Axel Honneth within the sphere of legal respect and social praxis in his theory of recognition. These struggles are connected to the increasing number of regulations within the legal system that support LGBTIQ+ individuals, particularly transgender (Trans) people's identity expressions and protests in defense of their self-recognition. Significantly, discrimination and physical or emotional harm against transgender people prevail in a reality where, despite being included in the legal order, they are excluded from institutional practices due to disguised ideologies of recognition.

Keywords: Gender identity, transgender people, protection regulations, recognition and autonomy.

Resumo

Examinar as dinâmicas jurídicas, políticas e acadêmicas que amparam as vivências e expressões de gênero na Colômbia é o objetivo perseguido com o presente artigo. Será assim porque ajudará a julgar as lutas de reconhecimento que, desde a esfera do direito e prática social, presente na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, conecta-se com a inflação normativa que dentro do ordenamento jurídico respalda o LGBTQI+, em especial, o relacionado com as pessoas trans, suas expressões identitárias e protestos liderados em defesa de seu autoreconhecimento. Significativamente, percebe-se um tipo de realidade onde as condições de discriminação, dano físico ou emocional das pessoas trans prevalecem mesmo sendo incluídas dentro da ordem legal, mas excluídas das práticas institucionais por falsas ideologias de reconhecimento.

Palavras-chave: Identidade de gênero, pessoas trans, normas de proteção, reconhecimento e autonomia.

INTRODUCTION

For years I have had the opportunity to follow closely the work that has been carried out by the main character of this study: Alessandra Monsalve Valencia, a transgender woman and the founder and director of the Arcobaleno Foundation. First, I will discuss the woman who has played a significant role in narratives of gender identity, sexual diversity, and recognition struggles in our family.

Alessandra is a middle-aged Colombian woman born and raised in the city of Manizales. She says that since she was 12, in the midst of her search for the ideal place and people that would favor the shaping of her identity, she faced the besiegement, harassment, and finger-pointing of a sexist and conservative culture. She grew up amidst persecutions, murders, and massacres targeting her diverse, divergent, unequally treated peers. According to her, Manizales witnessed a transition that, looking back, was marked by agreements and disagreements, including stories of rejection, humiliation, and disdain. These experiences normalized discrimination, exile, and even death of bodies stigmatized due to their transgender identity.

Over the years and fueled by her experiences, she has strived to broaden her horizons and do better. Today, she stands as the first transgender woman to graduate from the Universidad de Caldas in 2006. She is a recognized teacher in private high schools across the city of Pereira, in the department of Risaralda, and a liaison for the sexual diversity project of the Office of the Mayor of Pereira in 2019. She was also the first transgender woman nominee for the Mujer Comfamiliar Risaralda award in 2021 and the Mujer Progreso Risaralda award in 2022. Additionally, she served as a spokeswoman for the Committee for Truth and Reconciliation from 2022 to 2023. Her dedicated work with transgender individuals in the region has earned her special and recurring recognition.

Her life experience and journey of transformation and self-improvement were the foundational elements that gave rise to the Arcobaleno Foundation. Thanks to her drive, dedication, love, solidarity, and empathy, she has been able to structure and consolidate this initiative since 2018. She assembled an interdisciplinary team of professionals to assist transgender people in Pereira and Manizales in overcoming the barriers that they encounter, such as exclusion, limited opportunities and resources, discrimination, the impact of armed conflict, harassment, disregard, and physical, psychologi-

cal, and sexual violence. Through folklore and other activities, she has made up a community of visionaries whose common dream is to denaturalize the perception surrounding transgender existence.

She has made it, and, in fact, the following paragraphs account for that. During a series of talks held in October 2021 to mark the third anniversary of the Arcobaleno Foundation, I was entrusted with the task of discussing the legal, political, and academic frameworks safeguarding gender experiences and expressions within the Colombian legal system.

It was an opportunity for me to talk about *recognition*, a topic that I had been contemplating based on the reasoning of German idealism. I was specifically drawing on Fichte's *Foundations of Natural Right, according to the Principles of the Wissenschaftslehre* (1994) and Hegel's dialectics between the master and the slave embodied in *The Phenomenology of Spirit* (2017). In this regard, Hegel emphasizes the need of others' confirmation and recognition of the self as an active, free, and self-aware entity. Then, this perspective gained narrative strength through Axel Honneth's theory of recognition, as it suggests an intersubjective nature of recognition and its integration into the social life of those who have experienced some type of offense or unfair treatment.

Thus, by focusing on a theory inherited from German idealism, I aligned my doctoral path with Alessa's invitation, driven by two reasons. On the one hand, there were the experiences of mistreatment, disregard, marginalization, unequal recognition of rights, and discredit of certain ways of living of the transgender girls and boys of the Arcobaleno Foundation. On the other hand, there were the three forms suggested by the German philosopher and sociologist in *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts* (1997) as necessary for self-recognition: love, legal respect, and social esteem. Regarding the recognition of the multiple relationships among individuals, Honneth states that *love*, as affective recognition, contributes to individuals being consistent in their capacity to be alone. In other words, it allows them to experience autonomy over their bodies and express their feelings and needs while ensuring their own care and *self-confidence*. Concerning *legal respect* and social praxis, individuals effectively enjoy the same concessions and prerogatives as others do. These aspirations are reinforced by the notion of *self-esteem*, which Honneth associates with the legal materialization of equality. For its part, *social esteem* entails jointly building collective goods, that is, cultural dynamics where different people of society

accept the values, qualities, experiences, expressions, and identities of each other as a warranty of healthy coexistence. Thus, *self-realization* is closely tied to intersubjective recognition.

While all three spheres of recognition are relevant, legal respect stands out as the form most closely linked to the realization of recognition within Colombia's policies for legal equality for transgender people. In the discussion at the foundation, I tried to break down this materialization. I presented not only aspects related to material equality set forth in Article 13 of the Colombian Constitution but also a series of statements issued by the Constitutional Court of Colombia. In doing so, I conveniently informed participants about the framework protecting sexual and gender diversity in the country. Moreover, I took into account international law and academic perspectives—although regrettably not all are in agreement—which shape this deliberation.

It is worth noting that the aforementioned meeting held in 2021 was not the setting for reflecting on the dishonest recognition reported by Honneth. It alludes to recognition granted to significantly functional groups of individuals within the system, with the purpose of dominating or oppressing them. Despite the increasing number of regulations for transgender equality within the Colombian legal system, their implementation remains limited. This limitation is likely due to their ineffectiveness, as they might be instances of dishonest recognition. However, this topic will be addressed in future analyses.

DISSENTING ECHOES AND NON-CONFORMING IDENTITIES

In 2015, the National Center for Historical Memory (CNMH, as per its acronym in Spanish) published the report *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano* (*Annihilating Difference: Lesbians, Gays, Bisexuals, and Transgenders within the Colombian Armed Conflict*). This report shaped our understanding of non-conforming gender identities today. It depicted how lesbians, gays, bisexuals, and transgenders endured distress within the armed confrontations in Colombia. These victims of discrimination and violence, who exist outside heterosexuality, publicly recounted echoes of diverse and complex treatments received due to their self-determination, sexual orientation, or gender identity not aligning with heteronormative and

hegemonic impositions. In doing so, they also popularized a wide range of emerging identities. These experiences, orientations, and identities represent struggles and a vindication of diversity and difference. As stated by the Constitutional Court, their “desires, feelings, and bodies express the right to exist, express, and fulfill themselves as human beings” (Judgment T-033 of 2022), transitioning between gender constructs and moving away from presumptions of fixed identities.

It is a struggle scenario that has legitimized the plurality of gender experiences. This legitimacy entails various aspects such as appearance, behavior, relationships, names, or pronouns of individuals who refuse to identify with the sex assigned to them at birth (Ulises, 2020), or rather of *trans* or *non-cisgender* people—preferred terms at the foundation. They do not recognize themselves as “straight” and challenge heteronormative or hegemonic structures. They emphasize the importance of rights dignifying their existence, including the “free development of personality and the pursuit of an autonomous life project, without barriers impeding the thoughts and desires of beings whose agency differs” (Judgment T-033 of 2022). These are individuals who shape the identity that they display before society.

When they introduce themselves or express their gender identity, they encounter numerous challenges. One challenge that stands out, besides the deeply personal ones, is the task of articulating—or rather denouncing—the partial implementation of policies on recognition of binary or non-binary transgender individuals. According to the transgender girls and boys of the Arcobaleno Foundation, fundamental human rights—those that affirm their dignity and existence—are notably lacking in protection, visibilization, and acknowledgement. This constitutes an undeniable reality.

It is likely an intrinsic reality within our society, stemming from eroded trust and the prevalence of structural violence targeting those who openly show their ways of being and of assuming and living sexuality, gender, and identity. Moreover, their perception of marginalization and profound vulnerability is a consequence of fractures within the Colombian state and its representative institutions. However, it is crucial to remember the Colombian Constitution of 1991 as a key turning point that should be addressed and clarified.

Prior to 1991, vulnerability, invisibilization, and systematic neglect of transgender people within the Colombian state were prevalent. Since 1991, relevant changes have taken place. The Constitutional Court has played a

pivotal role in this regard, as it has issued case-law leading to substantial regulatory reforms. The dynamics of exclusivity and exclusion, along with their associated representations, in a state that conceptualizes the qualities of every citizen to belong to a political community and be entitled to rights, opportunities, duties, and obligations, are gradually reducing transgender reality.

If individuals with a hegemonic cisgender identity took the initiative to recognize sexual orientation and gender identity, they made missteps along the way. They led to discriminatory behaviors and suspicious criteria that infringed on the dignity of individuals with diverse identities who did not conform to the proposed standardization patterns. Consequently, the much-mentioned concept of gender dysphoria—understood as the discomfort caused by the incongruence between sexual characteristics and the gender identity assigned at birth (World Professional Association for Transgender Health, 2017)—was perceived as a disorder. Indeed, this perception of their reality as a psychiatric illness, rooted in hegemonic and heteronormative ideologies, was denounced by transgender people at the time.

It was and continues to be vital to reject the notion of considering transgender identities as psychiatric illnesses or pathologized phenomena. To achieve this, the first step is to highlight the set of judgments issued by the Constitutional Court. Then, it is crucial to recognize that the defining characteristic of transgender individuals is their lack of alignment between the sex assigned to them at birth and their gender identity, which transcends the male-female dichotomy. This gender fluidity does not signify a disorder. As per the Constitutional Court, their appearance should not be forced into biological, social, and cultural categories of femininity or masculinity so that they be accepted or recognized (Judgment T-562 of 2013). Furthermore, in accordance with the court, a *transgender woman* is someone assigned male at birth but identifies as female, while a *transgender man* is someone assigned female at birth but identifies as male. Moreover, a *transgender person*—whether non-binary, gender-fluid, gender-nonconforming or even embracing an expansive and queer identity—is someone who does not fit within gender binarism (Judgment T-033 of 2022).

Once a perspective recognizing gender identity is established, revisiting the idea of gender dysphoria becomes necessary. According to the World Health Organization (WHO), the feeling of being female, male, non-binary, or another gender can cause anxiety, depression, social isolation, low self-esteem, or suicidal thoughts. These issues can be avoided with

the support of a team of health professionals who focus on the individual needs of the transgender person (WHO, 2017). Therefore, gender dysphoria is no longer classified as a pathology or psychiatric disorder, as it was in the WHO International Classification of Diseases from 1992 until 2008. Since 2008, the WHO has shifted towards addressing it in terms of comprehensive support, emphasizing that transgender individuals are not alone. Nevertheless, many view it as another form of standardization and are reluctant to accept the term; Alessandra, for example, finds it pejorative.

The Constitutional Court views the intricate task of theorizing about gender constructions, experiences, and expressions as inherent to states that safeguard the freedom of people to choose their own lifestyles (Judgment T-033 of 2022). This includes a discussion on the richness of the legitimate acronym LGBTQ+ (lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex, queer, and more). Similarly, sexual orientation (sexual, affective, and emotional attraction to another person) and the various manifestations of heterosexuality, homosexuality, bisexuality, and asexuality are terms of great constitutional relevance (Judgment T-068 of 2021).

Theoretical and political insights from the literature allow us to comprehend these orientations and identities. For clarity, I take as a reference the definition suggested in the report of the CNMH (2015, pp. 21-22), judgments issued by the Constitutional Court, and the interview conducted with Alessandra in November 2021.

DISCOURSES OF RECOGNITION AND STRUGGLING IDENTITIES

In *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*, the CNMH highlights that lesbians are women whose desires and/or affections are directed towards other women; gays are men whose desires and/or affections are directed towards other men; bisexuals are individuals whose desires and/or affections are oriented indistinctly towards men or women; and transgender persons are individuals who transition through gender (CNMH, 2015). Transgender individuals, possessing physical characteristics and genitalia aligned with a particular sex at birth, identify with the gender opposite to that assigned.

It is noteworthy, as Alessandra points out, that the term *trans**, with an asterisk serves as an umbrella term encompassing various gender iden-

tities and expressions that challenge the male-female binary as the only option (Dadvison, 2007; Becerra, 2010). Thus, trans* refers to transgender people, transsexual people, drag performers, and cross-dressers. Alessandra clarifies that transgender individuals identify with the sex opposite to their assigned one at birth, sometimes modifying their bodies to align with their gender identity. Transsexuals, in addition to receiving hormone treatment like transgender people, undergo surgery to modify their sexual organs to be in tune with their identity. Cross-dressers adopt clothing and behaviors associated with the opposite gender for entertainment purposes.

Regarding intersex people, they present other realities in which their body varies according to the culturally dominant standards of femininity or masculinity (Cabral & Benzur, 2005). They are far from defining and externalizing singularities of a specific morphology, but rather represent a broad set of bodily variations of femininity and masculinity beyond the cultural notion of hermaphroditism (Cabral & Benzur, 2005). This makes it challenging to assign them a particular sex, according to Alessandra (2021).

The term *queer* underscores the performative nature of language and action. Being queer involves displacing the male-female categories and transgressing them definitively. In its social dimension, being male or female would be condensed to *doing gender*, that is, 'expressing oneself' and 'presenting oneself' as either 'male' or 'female' (Burguete, 2019). This concept is less about sexual orientation and more about living freely without hints of discrimination or representational labels. Documentary film like *Paris is Burning* (Livingston, 1990) and television series like *Pose* (Murphy, Flachuk, & Canals, 2018) illustrate these conflicts.

The plus (+) symbol denotes other divergent genders that are LGB-TIQ+ minorities, as Alessandra emphasizes. These include asexual people, who have little interest in sexual activities; demisexual individuals, who prioritize emotional connections over sexual attraction; and pansexual people, who are affectively and sexually attracted to individuals of any gender without them having a specific identification.

The purpose of this discussion is to evidence the conflict that arises from attaching gender to sex at birth, as gender is distinct from biological characteristics (Judgment T-033 of 2022). Linking gender to sex at birth reinforces the perceived balance of a phallogocentric, patriarchal, and cisnormative culture, which, according to Alessandra, is influenced by the hatred for LGBTIQ+ individuals.

PRAISE FOR A DIFFERENTIAL STATUS

Within any legal framework, citizens are granted a particular status, representing a positive duty that, legally, entails essential rights for fostering a just and democratic society. Given their optional nature, these rights become subjective due to the positive (written) guarantees, which support their immediate recognition and protection, strongly prohibiting their infringement (Ramírez, 2016). Thus, social dynamics undergo a naturalization process in civil and political spheres, with nuances emerging from conceived powers regardless of identity expressions.

From this perspective, the Constitutional Court acknowledges that failing to recognize identity expressions and experiences can lead transgender individuals to apathy and isolation, hindering their ability to engage with and contribute to social dynamics (Judgment T-033 of 2022). This has spurred file lawsuits aimed at ensuring self-determination and material equality of individuals who have been isolated, neglected, marginalized, and discriminated against by that vague notion suggesting that, although all people are equal, some are more deserving than others (Ramírez, 2014).

At this juncture, it can be asserted that hegemonic and heteronormative expressions have prevented transgender individuals from revealing themselves socially. In other words, these expressions have instilled the idea that heterosexuality is the only way to embodying masculinity or femininity, even stigmatizing those deviating from it (CNMH, 2015). The activist movements of the 1980s took the initiative to fight for a type of non-cisgender identity, advocating for the pluralistic and democratic political significance of liberating individuals beyond prevailing ontological definitions of gender and sexual identity.

This initiative has significantly impacted both femininity and masculinity. The Constitutional Court underscores that human dignity should underpin any social and democratic rule of law, especially when protecting diverse gender experiences (Judgment C-336 of 2008). This implies considerations incorporated into the positive and abstention duties of the state, which is tasked with ensuring the *material* conditions (goods enabling people to live according to their possibilities and needs) and *immaterial* conditions (ethical, moral, axiological, cultural, and spiritual requirements reflecting diverse worldviews) to favor individuals' life project.

In alignment with contemporary constitutionalism, case-law issued by the court and the gradual recognition of rights of transgender individuals show the significance of self-determination, human dignity, human diversity, and respect for individual life projects. These principles prioritize our freedom to realize one of the many life options, including the various expressions of gender (Judgment T-314 of 2011). As a fundamental right, it must be safeguarded by all laws and state institutions (Judgment T-062 of 2011). Thus, the materialization of the right to equality, the free development of personality, the non-discrimination based on sexual orientation, and the right to gender identity and expression should, in practice, minimize the possibilities of segregating or unfairly treating those exhibiting diverse, different, divergent identity traits (Judgment T-143 of 2018).

In this regard, the court posits that sex, gender identity, and sexual orientation constitute criteria susceptible to discrimination, especially when historically discriminated groups are involved. Consequently, it reaffirms the materialization of the right to equality, the free development of personality, and the non-discrimination of diverse gender expressions (Judgments C-336 of 2008, T-314 of 2011, T-248 of 2012, and T-476 of 2014). Notably, the “Sergio Urrego” case (Judgment T-478 of 2015) is emblematic, as it analyzes discrimination, harassment, and bullying within an educational setting that tragically led young Sergio to take his own life. Furthermore, the court urges the Ministry of the Interior to enact legislation addressing the reality of gender identity (Judgments T-804 of 2014 and T-099 of 2015). Through Article 130 of Law 1753 of June 9, 2015, the national government mandated the implementation of a national public policy for LGBTI sectors aimed at promoting inclusion and recognizing and guaranteeing the rights of individuals embracing non-conforming gender identities.

The defense of same-sex marriage (Judgment C-577 of 2011) represents another instance of recognition within Colombia’s current legal framework, echoing the sphere of legal respect and social praxis proposed by Honneth. In addressing the right to free development of personality and the right to education for transgender individuals, the Constitutional Court states that educational establishments are responsible for providing support and guidance to students who identify with genders different from those assigned at birth (Judgment T-562 of 2013). Furthermore, Judge Richard S. Ramírez highlights the outstanding obligation of training teaching staff and the importance of implementing policies and strategies with a differential

approach (Judgment T-443 of 2020). This approach ensures education in democratic and pluralistic environments (Judgments T-804 of 2014 and T-478 of 2015), fostering dialogues on diverse ways of living and expressing oneself, which can transform collective perceptions, reduce discrimination, and prevent violence.

Other significant scenarios of recognition arise from the following case-law: Regarding the pension system, same-sex couples secured the right to survivor's pension (Judgment T-357 of 2013, preceded by Judgment C-336 of 2008 and ratified by Judgments T-151, T-327, and T-935 of 2014).

As for comprehensive healthcare and the right to receive the best medical care, the health promotion entity (EPS as per its acronym in Spanish) to which the individual is affiliated are mandated to cover sex reassignment procedures. According to the court, "under the approach of comprehensiveness, ensuring physical or mental well-being, adequate social interaction, and any other element that impacts the quality of life of individuals with diverse identities and in transition is the responsibility of the EPS" (Judgment T-552 of 2013). For the court, when transgender individuals decide to undergo emotional, cognitive, or physical transitions for self-determination, self-definition, and self-fulfillment, the health system must ensure timely and appropriate support without arbitrary limits associated with their diverse identity.

Another landmark judgment of the court concerns the right to sexual privacy for individuals deprived of liberty (Judgment T-372 of 2013). Despite their incarceration, they retain fundamental rights that must be guaranteed by the state (Judgment T-062 of 2012).

Given their assumed gender identity, transgender individuals are not required to provide identity documentation associated with a gender with which they do not identify. For instance, a transgender woman is not obligated to submit proof of military service during a hiring process (Judgment T-476 of 2014), as military service in Colombia has been mandatory only for men.

Transgender individuals have the right to express their gender identity through their chosen name. The name, as an attribute of a citizen's legal personality, contributes to the development of their identity according to their own values, beliefs, and aspirations (Colombian Constitution, Article 16). Therefore, changing their name was, as Alessandra expressed (2021), "eagerly anticipated!" In this sense, the court points out that insisting on previous names and genders of individuals with diverse gender identities can

amount to symbolic violence against them (Judgment T-033 of 2022). This is accentuated when they shape their identity and define life projects that are manifestations of personality and self-recognition when externalized (Judgments C-114 of 2017 and T-086 of 2014).

The Constitutional Court ruled in favor of the adoption of children by couples with diverse sexual orientation. According to the court, parental sexual orientation does not determine their capacity to provide a safe and nurturing environment for a child (Judgment C-683 of 2015).

Furthermore, the court underscores the importance of the conventionality control in effectively implementing the Yogyakarta Principles (Judgment T-363 of 2016). These principles aim to dispense with sex and gender conditions when recognizing the full legal personality of non-binary individuals, including the possibility of reflecting gender identity on birth certificates and identification cards. In the case of Colombia, individuals who do not identify as male or female can choose the non-binary designation—abbreviated as NB—on their personal documents (Judgment T-033 of 2022). This judgment came into effect when the court ordered the Colombian government and the National Registry of Civil Status to include the NB option in the citizen identification system, ultimately enhancing self-esteem through autonomous recognition.

The court also emphasizes the importance of adopting inclusive language and a gender perspective, allowing individuals to be addressed according to their preferences. In the Johnajohn Campo Betancourt case, the court recognized non-binary denominations in professional titles, such as *maestre* (instead of the masculine or feminine forms *maestro* or *maestra* in Spanish) (Judgment T-447 of 2019).

Similarly, the respect for self-recognition of individuals across all facets of their identity, expression, and life is highlighted. In this sense, Judge Ramírez Giraldo's clarification of vote on Judgment T-443 of 2020 shows that gender expressions are fully acknowledged in the realms of dignity, freedom, and autonomy (Judgment T-443 of 2020 and T-192 of 2020).

Thus far, I have presented case-law and institutional efforts accounting for the process of recognition of diverse identities, shaping Colombia's legal landscape in terms of equality and its direct relationship with sex and gender.

Furthermore, since the constitutional reform of 1991, Colombia recognizes a great variety of identities and endeavors to protect them through

differential public policies. These policies address the needs of specific social sectors in overcoming stigmatization, social exclusion, reproach, impoverishment, repression, and systematic aggressions. These barriers have suppressed a wide range of identity constructions, body realities, life experiences, gender constructions, and modes of self-recognition beyond the ordinary.

However, non-governmental organizations and individuals with non-hegemonic sexual orientations or gender identities, as well as cisgender persons, have strongly denounced ineffective gender and sex recognition policies. Despite the existence of such policies, non-cisgender individuals “encounter multiple obstacles hindering the realization of their rights” (Judgment T-068 of 2021). Moreover, these recognition practices, since they are irrational, prevent the materialization of self-recognition. Thus, we face false recognition that reproduces existing relations of domination, ultimately serving the functionality of the system (Honneth, 2006). This undermines the emancipating, egalitarian, and liberating character that the normative arsenal of Colombian should embody.

They insistently remind us that deliberating about human dignity, non-discrimination, inclusion, and equality—both formal and material—compels us to transcend gender stereotypes that condemn the difference of others. These include identities differing from heterosexuality and the gender binary, rejecting heteronormative-hegemonic prototypes and their mechanisms of control and domination (Arcos, Montoya, & Palacios, 2015). Moreover, the legislative framework only articulates pseudo-inclusions veiled under multiculturalism, with glimpses of equity. In addressing the reality of Colombia’s diverse minorities, it fails to transcend the discourse of unfulfilled promises (Hurtado, 2010).

NORMATIVE CONSTRUCTION AND RECONFIGURATION OF IDENTITY

Up to this point, we have gathered conceptual elements that support the assertion that transgender realities have influenced the Colombian legal system to recognize socially constructed genders and identities characterized by fluid transitions indicative of ongoing change. The legal framework acknowledges “the awareness of one’s *identity*, construction, and reconfiguration within social dynamics” (Judgment T-033 of 2022). These dynamics

recognize the singular voices shaping self-perception, social positioning, and interaction. However, this recognition stems from a reality that is dynamic and evolving, reflecting expressions that change over time and context.

This idea is supported by the report *Personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales* (Transgender and Gender-Diverse Persons and their Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights) by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) (2020). For the IACHR, various subcategories exist within the transgender and gender-diverse community. Some individuals identify with a fluid or non-binary gender, diverging from traditional male or female identities. Others identify as agender, feeling no affiliation with any gender. Finally, there are gender-fluid individuals who navigate a world without gender boundaries (IACHR, 2020).

It is noteworthy to highlight the interview conducted with Alessandra Monsalve Valencia in November 2021. She emphasizes that, within the Colombian context, transgender individuals face systematic institutional neglect—unlike gays, lesbians, and bisexuals—despite having some legal protections regarding the recognition of their rights. While the law offers certain protection against heteronormative discrimination, aspects related to their identity seem to lack relevance. Although their voices are heard to some extent, they remain marginalized. Equity, justice, and social security frameworks ostensibly acknowledge their existence and rights, but unfair treatment persists within the state and society at large.

Therefore, it is crucial to acknowledge Colombia's commitment to various international human rights instruments. The Universal Declaration of Human Rights (1948) and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (1966)—ratified by Colombia on October 26, 1969—are foundational. Additionally, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979) includes protection for lesbian, bisexual, and transgender women. The Convention of Belém do Pará (1994) joins efforts to prevent, punish, and eradicate violence against women in the Americas. For its part, the UN Declaration led to the World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance (2001). The Andean Charter (2002) encourages the protection of human rights and condemns any sign of discrimination against individuals with non-hegemonic sexual orientation. Furthermore, the Yogyakarta Principles (2007) provide UN guidelines applicable to Colombian law,

which address gender experiences and expressions and emphasize self-recognition. Finally, we should consider the Declaration on Sexual Orientation and Gender Identity (2008); the eight resolutions from the Organization of American States titled Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity (2008-2016); and the Advisory Opinion 24 on Gender Identity, Equality, and Non-Discrimination of Same-Sex Couples issued by the Inter-American Court of Human Rights (2017), which recognizes the existence of other gender identities beyond binary patterns.

In fact, according to the IACHR, the Colombian state, following a review of emblematic cases on gender violence, is bound to respond and guarantee that LGBTI¹ individuals can genuinely exercise their right to live free from discrimination and violence (IACHR, press release, 2019). This entails designing and implementing public policies supporting campaigns of inclusion and non-discrimination and legal reforms aligned with IACHR instruments.

Despite achievements in recognizing gender experiences, LGBTIQ+ individuals still face many barriers when achieving material equality and freedom from discrimination. According to the Inter-American Institute of Human Rights (2008), the road to overcoming the obstacles that hinder the effective implementation of the norms—at least those conducive to building a respectful, inclusive, and just society—remains an ongoing challenge.

It is undeniable that the efforts made thus far are monumental for a country like Colombia. Oscar Efrén Guerrero and Helena Alexandra Sutachán (2012, pp. 219-229) emphasize this point in their discussion of acceptance, justice, and inclusion, particularly in addressing LGBT modes of subjectivity. Notably, the authors focus solely on LGBT without mentioning IQ+. From this perspective, they argue that the history of Colombia can be divided into five significant moments within the academic sphere.

The first one responds to the demands of homosexuality. Namely, in the 1990s, the study of homosexuality intersected with feminist movements that were advocating for political transformations that men and women had to assume in the face of a discriminatory and exclusionary society. Issue 6 of the journal *Nómadas* (1997) was a pivotal contribution to elucidate LGBT recognition. This issue consolidated a range of debates from gender pers-

1 The report does not mention Q+.

pectives, underscoring the imperative to transcend traditional feminine/masculine stereotypes and include other representations, such as homosexuality (Serrano, 1997, p. 220). This tendency is reinforced by José Fernando Serrano's study, which explores the parallels between the homosexual and feminist liberation movements. Both movements challenged heterosexist visions and welcomed new non-heterosexual identities.

The second moment encompasses the audiovisual initiative *Ciclo Rosa* (2001) and the publication *Voces excluidas* (2005). In 2001, the Cinemateca de Bogotá, the Goethe-Institut, the Centro Colombo Americano de Medellín, and the Universidad Javeriana organized the *Ciclo Rosa* as a tribute to the German filmmaker Rosa von Praunheim. This initiative provided a platform for institutional, cultural, and academic reflection on sexual diversity through audiovisual elements. Sexuality, the body, and gender intersected within the realm of cinema, contributing to the notion of a diverse society (Arcadia, June 1, 2022). Vindictory struggles and demands for minority rights converged through practices such as cinema, which possesses significant influence on public opinion due to their convening power and visibility (Guerrero & Sutachán, 2012, p. 223).

In addition, in 2005, the NGO Colombia Diversa published the report *Voces excluidas*. This report serves as an official symbol of the plurality of sexual orientations at that time and, incidentally, introduces the LGBT acronym. Moreover, it sheds light on the invisibility and subjugation of homosexuality. Consequently, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights alerts the Colombian state about the labels imposed on gender and sexuality. Thus, it recommends actions to mitigate discrimination; physical, sexual, and psychological violence; social isolation; and marginalization faced by the non-heterosexual population (Guerrero & Sutachán, 2012, p. 224).

The third moment, spanning from 2006 to 2007, witnessed the emergence of several publications addressing gender and sexual diversity. They were characterized by a critical and reflexive approach and featured concrete references at the state level (Céspedes & Sarmiento, 2011). Moreover, Mara Viveros Vigoya (2006) considers that the agenda on sexuality and human rights consolidated the following three aspects in our country. Firstly, there were discourses concerning the inclusion/exclusion of sexual diversity and gender identity. Secondly, there was a focus on establishing regulations regarding various manifestations of sexuality. Thirdly, there was an empha-

sis on formulating public policies that integrated social intervention with academia, all within the framework of upholding the fundamental rights of individuals with diverse gender identities.

For its part, issue 24 of the journal *Nómadas* (2006) reinforced gender reflections within the context of neoliberalism in Latin America and the Caribbean. It provided refined analyses of citizenship and its role in designing, executing, and monitoring public policies. The issue also addressed discourses on masculinities, sexuality, gender equity, the body, and discrimination against LGBT individuals. Finally, debates centered on the deconstruction of gender were prominent.

In his work *Otros cuerpos, otras sexualidades (Other Bodies: Other Sexualities)* (2007), José Fernando Serrano Amaya compiles deliberations from the *Ciclo Rosa*. His aim was threefold: (i) to showcase socio-cultural advancements in gender diversity, (ii) to urge institutions to create spaces that help promote respect and recognition of rights for people whose sexual orientation and gender identity distances from dominant perspectives, and (iii) to highlight and combat violence and discrimination against non-cis-gender individuals in Colombia. It is worth noting that Serrano Amaya employs the term “non-heterosexuals,” but it is falling out of use due to its recent derogatory connotation.

Issue 28 of the journal *Estudios Sociales* (2007) features works that critically examine sexualities. According to Katharina Pewny (2007, pp. 96-103), the emergence of queer studies as a research field stands out for its conceptualization of elements proper to the social sciences. Thus, queer studies arise from an epistemology of difference, where the *other* is no longer subordinate to prevailing traditional epistemological parameters. This research field supports new subjectivities and seeks to distance itself from the bureaucratic procedures often associated with public policy initiatives.

Thus, between 2006 and 2007, the struggles for recognition of non-binary subjects, the scenario of vulnerability, the role of the heteronormative state, gender discrimination and advocacy, the remembrance of gender transitions, institutional defense of transgender rights, and the achievements in this regard collectively shaped recognition policies leading into the fourth and fifth stages. Likewise, these factors propelled academic advancements, evident since 2008, which have been dealing with key dialogic intersections, facilitating the conceptual and systematic construction of cultural and political legitimization of the LGBTIQ+ community. This is exemplified in An-

drea García Becerra's thesis *Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo-género: feminismos y experiencias de transexuales y travestis* (*High Heels, Silicones, Hormones, and Other Critiques of the Sex-Gender System: Feminisms and Experiences of Transsexuals and Cross-Dressers*) (2009). Similarly, the formulation and implementation of public policies, case-law, drafting of bills, and legal actions aim at recognizing rights and ensuring that issues concerning the LGBTIQ+ community remain subjects of permanent study and reflection.

A pertinent illustration of this can be found in the report *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia* (*No Human Being is Disposable: Social Cleansing, Human Rights, and Sexual Orientation in Colombia*) by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Ordóñez, 1996). The report underscores the extreme vulnerability of transgender communities in terms of personal integrity. It documents instances of torture, excessive use of force, discrimination, mistreatment, and homicides. Most of these contraventions are perpetrated by state agents during law enforcement operations in Bogotá, Medellín, and Cali (Ordóñez, 1996). This led to a crisis of inequality faced by the transgender minority, which not only suffers from state and societal victimization, but also endures the impacts of the armed conflict.

Similarly, the life stories of transgender women forcibly displaced to Bogotá have been documented. This was confirmed by the study *¡A mí me sacaron volada de allá! (I was thrown out from there!)* (Prada, Lozano, & Ortiz, 2012) and the report *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano* (CNMH, 2015). Moreover, studies reveal historical ruptures experienced by those who have lived outside cisnormativity. In *Reflexiones sobre el género, el cuerpo y el poder. Cinco voces trans en diálogos con Judith Butler* (*Thoughts on Gender, Body, and Power: Five Transgender Voices Dialoging with Judith Butler*), Sylvia Cristina Prieto Dávila and her team examine the different dimensions of gender transition in the encounter between theory and life experiences (Prieto, 2017). The study's inquiry revolves around the construction of gender identity and corporeality among five transgender individuals residing in Bogotá (Prieto, 2017, p. 13). This underscores the significance of self-recognition efforts and the possibility of transgressing gender norms by placing the construction of identity and corporeality as alternative realities (Prieto, 2017, p. 186).

Up to this point, I have outlined the evolution of both national and international recognition policies, the perspectives of academia, and the constitutional framework. The jurisprudential protection offered by the Colombian Constitutional Court has been particularly noteworthy because “it accounts for a very important transition period in normative and cultural terms” (Judgment T-363 of 2016). However, it is worrying to notice a new form of social control and conformity susceptible to manipulation by an enticing market promising immediate satisfaction of hedonistic desires (Burguete, 2019). This social construct responds to the pressure to conform to identities and the scenarios of unprotection experienced by individuals who succumb to the changing dynamics of the market and systems of domination.

In *Recognition as Ideology* (2006), Axel Honneth examines a type of recognition that is used in a deceitful way to dominate or oppress groups. Honneth suggests that ideological mechanisms are employed to maintain the status quo, shaping actions and behaviors of these groups to serve the interests of the system. In my conversation with Alessandra (2021), we concurred that there is nothing emancipating—much less liberating—in forms of recognition that refuse to enhance personal autonomy. These types of recognition rule out the possibility of unraveling processes that dismantle the discriminatory stereotypes or social prejudices currently faced by transgender individuals. Moreover, when institutions manipulate inclusion for their own purposes, society is left grappling with a historical void, compelling it to reinvent something as obvious as the collective reasons for social life (Monedero, 2009).

Therefore, recognition aimed at perpetuating existing power dynamics between the state and civil society represents a false ideology. Now, the purpose is that the irrationality of such processes dissipates through the realization of autonomy. This is a moral and political challenge that accompanies the idea of recognition, encompassing its legal and symbolic dimensions. On the one hand, the legal dimension correlates directly with formal equality, that is, before the law. On the other hand, the symbolic dimension—rooted in material equality—advocates for special treatment for individuals requiring equal consideration (Hurtado, 2010, pp. 110-115) and empowers the language of recognition of all diverse, divergent, unequally treated individuals. Accordingly, both dimensions contribute to enhancing understanding of the realities surrounding regulations and institutional practices that uplift human dignity through the lens of personal autonomy.

This debate is certainly familiar to people who, due to their inherent differences and concrete relationship with the world, expose the slanders of cisnormativity. Through compelling moral demands, they advocate for spaces free from secrecy and reprisals. Thus, terms such as physical-sexual violence, discrimination, marginalization, and social stigma gain inclusion, from impulses of recognition, validating the experiences of those who have suffered the aggravations of social pathologies in Colombia for decades.

It is transgender individuals who have been deprived of affective recognition. It is them who have been mistreated, excluded, and stripped of their rights. It is them who have endured legal inequalities, humiliations, offenses, torture, and even death for expressing their gender identity. Hence, the recognition granted from the second sphere proposed by Honneth—legal respect and social praxis—enables a dialogue with self-recognition, arising through the granting of specific dynamics in social life. These dynamics should strive to embody the ideal of material equality and inclusion for individuals who are different, who have faced discrimination, abuse, and indignities due to their identity.

It is the historical connection that arises from distinct forms of existence—exemplified by transgender individuals. These forms not only reshape their usual social sphere, their intimate relationships, and the legal framework, but also evidence a reality characterized by ongoing struggles against discrimination and physical or emotional harm. Despite potential inclusion within the legal framework, these struggles persist due to exclusion from institutional practices.

Based on the above, life, along with its expressions and compressions, transgresses codes and strategies of universalization in favor of moral, social, legal, and political claims of individuals who have known feelings of rejection and indignity. At an individual or collective level, exclusion constitutes a clear act of discrimination and leads to the emergence of a lived present. The perspectives offered by this present evidence socio-historical expressions of a specific phenomenon, within which transgender individuals act as such. It is a living horizon that has remained hidden. As Husserl would assert, it prompts one to pay attention to the consciousness of the world to discover another kind of awakened life, which constantly flows and is systematically linked (Husserl, cited by Guerrero, 2019) to the institutional practices in the struggles for recognition.

FINAL CONSIDERATIONS

Following the guidelines established by the Constitutional Court regarding gender matters, it is imperative to understand that “the discussion extends beyond the sex assigned at birth; it encompasses a complex interrelation between the body and its experiences” (Judgment T-675 of 2017). Identity, emotion, and the understanding of one’s desired gender path through the various manifestations or expressions are not realities to be regulated. It rather pertains to the manner in which individuals express their gender to the world, society, culture, community, and family. It also deals with the way in which individuals interact with their own gender and shape it throughout life, as it is a constantly evolving process.

After listening to the girls and boys of the Arcobaleno Foundation, I reiterate the importance of autonomy, a right that undeniably must be protected. It is a fundamental entitlement that allows individuals to experience freedom, dignity, and self-determination. This right holds even greater significance for individuals belonging to collectives whose identities are stereotyped. A fluid and changeable identity that transcends binary representation extends beyond conventional gender boundaries, giving rise to spaces of unconventional liberty.

Furthermore, direct dedication to diversity, human dignity, democracy, and participation establishes a legacy that will remain latent and will continue to reveal struggles for the recognition of gender experiences and expressions. A vivid example of this commitment is the *Ley Integral Trans* (Integral Trans Law) (2023). Although it is undeniable that instances of gross negligence persist within institutions—with respect to individuals who diverge from cisnormativity—there exists a fragmentation within the legal landscape and the strength to combat the stigmatization of transgender experiences.

Exposure to judgments, questioning, and intrusive inquiries should not be inherent to the human experience. Such scrutiny deprives individuals of their freedom, compelling them to withdraw from certain environments so as to evade explaining intimate aspects of their identity. Otherwise, they risk being falsely recognized or their bodies become commodified—bought, used, and then discarded—due to their vulnerability to exploitation and disposability.

Finally, gender identity is a complex social construct. It stands as a central aspect of individual identity, encapsulating unique human traits. Recognizing it empowers individuals, granting them the voice to articulate their gender identities and experiences free from the constraints of stereotypes and prejudices that have excluded or render their peers invisible in the past.

Based on the analysis presented thus far, I could say that Axel Honneth's sphere of legal respect and social praxis is evident. This concept materializes within the Colombian territory by overcoming the victimizing and polarizing paradigm of gender identity. Colombia progresses towards becoming a more inclusive and discrimination-free society by safeguarding the dignity and integrity of transgender individuals. However, while recognizing the diversity of gender identities marks an important step to foster self-esteem, it remains insufficient because it does not translate into real changes in social policies and practices. In short, it proves deficient and ineffective in confronting this reality.

REFERENCES

- Arcos, S., Flórez, H., Montoya, M., and Palacios, D. (2015). *Los imaginarios de género configurados en la cultura escolar del Colegio OEA: una mirada desde el cuerpo, la subjetividad y el poder* [online]. Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, Maestría en Desarrollo Educativo y Social, CINDE. <https://repository.cinde.org.co/handle/20.500.11907/1359>
- Becerra, A. (2009). *Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo-género: feminismos y experiencias de transexuales y travestis*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Burguete, E. (2019). “Revolución sexual y neovitalismo. Los servicios gestacionales en la configuración social, como reproductoras, de las personas queer”. In *Cuadernos de Bioética, Revista Oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica*. 30(99), 159-179.
- Cabral, M. & Benzur, G. (2005). “Cuando digo intersexes. Un diálogo introductorio a la intersexualidad”. [Interview], in *Revista Cuadernos Pagu* (24), Janeiro-junho, 283-304.
- Céspedes, L. & Sarmiento, J. (2011). “¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano”. In *Revista Estudios Socio-Jurídicos, Derecho, Sociedad y Constitución: Veinte años de la constitución colombiana de 1991*, 13(1), 389-417. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1515>
- Colombia Diversa. (2005). *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, institutional repository, digital library. <https://repository.unal.edu.co/handle/unal/51470>
- Colombian Constitution. (1991). Bogotá, Legis.
- Constitutional Court of Colombia, Judgment C-336 of 2008, Reporting Judge Clara Inés Vargas Hernández.
- Constitutional Court of Colombia, Judgment C-577 of 2011, Reporting Judge Juan Carlos Henao Pérez.
- Constitutional Court of Colombia, Judgment C-683 of 2015, Reporting Judge Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Constitutional Court of Colombia, Judgment T-033 of 2022, Reporting Judge Gloria Estella Ortiz Delgado.
- Constitutional Court of Colombia, Judgment T-062 of 2011, Reporting Judge Luis Ernesto Vargas Silva.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-068 of 2021, Reporting Judge Diana Fajardo Rivera.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-086 of 2014, Reporting Judge Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-099 of 2015, Reporting Judge Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-114 of 2017, Presiding Judge Alejandro Linares Cantillo.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-143 of 2018, Reporting Judge José Fernando Reyes Cuartas.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-151 of 2014, Reporting Judge Mauricio González Cuervo.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-192 of 2020, Reporting Judge Alberto Rojas Ríos.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-236 of 2020, Reporting Judge Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-248 of 2012, Reporting Judge Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-314 of 2011, Reporting Judge Jorge Iván Palacio Palacio.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-327 of 2014, Reporting Judge María Victoria Calle Correa.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-357 of 2013, Reporting Judge Alberto Rojas Ríos.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-363 of 2016, Reporting Judge Gloria Estella Ortiz Delgado.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-372 of 2013, Reporting Judge Jorge Iván Palacio Palacio.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-443 of 2020, Presiding Judge José Fernando Reyes Cuartas.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-447 of 2019, Reporting Judge Gloria Estella Ortiz Delgado.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-476 of 2014, Reporting Judge Luis Ernesto Vargas Silva.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-478 of 2015, Reporting Judge Gloria Estella Ortiz Delgado.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-552 of 2013, Reporting Judge María Victoria Calle Correa.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-562 of 2013, Reporting Judge Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-675 of 2017, Presiding Judge Alejandro Linares Cantillo.

Constitutional Court of Colombia, Judgment T-935 of 2014, Reporting Judge Mauricio González Cuervo.

Constitutional Court, Judgment T-804 of 2014, Reporting Judge Jorge Iván Palacio Palacio.

Davidson, M. (2007). *Seeking Refuge under the Umbrella: Inclusion, Exclusion, and Organizing within the Category Transgender*. *Sexuality Research and Social Policy*, 4(4), 60-80.

Fichtel, J. (1994). *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Translation by José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera, and Faustino Oncina Coves. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Clásicos Políticos.

Guerrero, M. (2019). El concepto de *Lebenswelt* en Husserl: Un análisis de la crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental [online]. Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, School of Philosophy and Arts, Department of Philosophy [Bachelor's Thesis]. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10590>

Guerrero, O. & Sutachán, H. (2012) "Indagaciones sobre la producción de lo LGBT desde la academia". In *Revista Nómadas*, Universidad Central de Colombia. N° 37, 219-229. http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_37/37_15GS_EnColombiasepuedeser.pdf [Consultado el 9 de febrero de 2018]

Hegel, G. (2017). *Fenomenología del Espíritu*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica.

Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento. Por un paradigma moral de los conflictos sociales*. Translation by Manuel Ballesteros. Barcelona, Crítica Grijalbo Mondadori.

Honneth, A. (2006). "El reconocimiento como ideología" [online]. Translation by José Manuel Moreno Cuevas. In *Revista Isegoría*, 35, 129-150. <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/33/33>

Hurtado, C. (2010). *La marcha LGBT para ampliar el canon de la ciudadanía con las diversidades sexuales* [online]. Master's thesis in Cul-

tural Studies, School of Social Sciences, Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/856/cso37.pdf;sequence=1>

Inter-American Commission on Human Rights (2019). “Avances y desafíos hacia el reconocimiento de derechos de las personas LGBTI en las Américas” [online]. *Comunicados de prensa*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

Inter-American Commission on Human Rights (2020). Informe sobre *personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

Inter-American Court of Human Rights (2017). Opinión consultiva 24 sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

Inter-American Institute of Human Rights (2008). “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan con Derechos Humanos” [online]. Inter-American Institute of Human Rights, San José, C. R.: IIDH. https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1829/herramientas_integrar_genero_ddhh-2008.pdf

Law 100 (1993). Republic of Colombia. *Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*.

Law 1753 (2015). Republic of Colombia. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un nuevo país*.

Livingston, J. (1990). *Paris is Burning* [Documentary]. Miramax, Academy Entertainment, Prestige Productions. <https://www.youtube.com/watch?v=2xrwoYSNFbg>

Monedero, J. (2009). *El gobierno de las palabras: Política para tiempos de confusión*. Spain, Fondo de Cultura Económica.

Murphy, R., Flachuk, B. and Canals S. (2018). *Pose* [TV series] Fox Premium and Netflix.

National Center for Historical Memory (2015). *Aniquilar la Diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales, y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá, CNMH – UARIV – USAID – OIM.

Ordóñez, J. (1996). Ningún ser humano es Desechable: limpieza social, Derechos Humanos y Orientación Sexual en Colombia. Cuadernos África-América Latina: Serie Documentos, Volume 3. Comité de derechos Humanos de Colombia, SODEPAZ.

Pewny, K. (2007). “En un instante: la teoría de la representación como crítica queer/feminista de la violencia”. In *Revista Estudios Sociales*, 28, 96-103.

Prada, N., Galvis, S., Lozano, & L. Ortiz, A. (2012). *¡A mí me sacaron volada de allá! Relatos de vida de mujeres trans desplazadas forzosamente hacia Bogotá* [online]. Bogotá, Gestión Pública, Office of the Mayor of Bogotá and Universidad Nacional de Colombia. <https://es.scribd.com/document/229616940/A-Mi-Me-Sacaron-Volada-de-Alla>

Prieto, S. (2017). *Reflexiones sobre el género, el cuerpo y el poder. Cinco voces trans en diálogos con Judith Butler*, Grupo de investigación Teoría Político Contemporáneo [Teopoco]. – First Edition. – Bogotá, Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). School of Law and Political and Social Sciences. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molino (UNUUS).

Ramírez, P. (2014). *El trato preferente: una política de igualdad*. Medellín, Ediciones UNAULA.

Ramírez, P. (2016). “Una hipótesis más de ciudadanía”. In *Apropiación social del conocimiento: fundamentos para la innovación y la investigación*: III Jornadas de Investigación Universidad Autónoma Latinoamericana, UNAULA (comp. Bibiana Escobar García and Isabel Cristina Uribe Martínez), Medellín, Ediciones UNAULA, 39-64.

Revista Arcadia. (2022). “El Ciclo Rosa”. Published on June 1, 2022. <https://es-la.facebook.com/RevistaArcadia/> [Consultada el 15 de junio de 2022].

Revista Estudios Sociales. (2007). *Sexualidades – Estudios Sociales* 28. Universidad de los Andes. <https://revistas.uniandes.edu.co/toc/res/28>

Revista Nómadas. (2006). *Género y políticas públicas: Desafíos de la equidad* – Nómadas, Universidad Central, Issue 24. <http://nomadas.ucentral.edu.co/index.php/inicio/8-articulos/31-genero-y-politicas-publicas-desafios-de-la-equidad-nomadas-24>

Serrano, J. (1997). “Entre negación y reconocimiento. Estudios sobre Homosexualidad en Colombia”. In *Revista Nómadas, Género, balances y discursos*, Issue 6. http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_6/06_5S_Entrenegacionyreconocimiento.pdf

Serrano, J. (2007) *Otros cuerpos, otras sexualidades*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

Ulises, E. (2020). *¿Qué es la disforia de género en las personas trans?*, Homosensual platform, <https://www.homosensual.com/lgbt/trans/disforia-genero-personas-trans/>

Villacañas, J., Ramos M., & Oncina F. (1994). *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Translation by Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera, and Faustino Oncina Coves. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Clásicos Políticos.

Viveros, M. (2006). *Hacia una agenda sobre sexualidad y Derechos Humanos en Colombia. Saberes, Cultura y Derechos Humanos*, edited by Mara Viveros Vigoya, Bogotá, Tercer Mundo Editores del Grupo TM, Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos, Centro de Estudios Sociales.

World Professional Association for Transgender Health. (2017). *Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People*. <https://www.wpath.org/>

Yogyakarta Principles. (2007). *Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*. <https://www.refworld.org/legal/resolution/icjurists/2007/en/58135>

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

SOBRE O SURGIMENTO DOS DIREITOS LINGÜÍSTICOS ENQUANTO CATEGORIA JURÍDICA*

SOBRE EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS COMO CATEGORÍA JURÍDICA

ON THE EMERGENCE OF LANGUAGE RIGHTS AS A LEGAL CATEGORY

MARCOS PAULO SANTA ROSA MATOS**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a12

Resumo

Neste trabalho acadêmico, procura-se explicitar e explicar o conceito de “direitos linguísticos”, conforme ele vem sendo desenvolvido no

* Realizada pelo *Centre Internacional Escarré per a les Minories Ètniques i les Nacions* em Barcelona, foi patrocinada pela UNESCO e congregou dezenas de organizações não-governamentais e de centros PEN, sob a liderança do PEN Clube Internacional.

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutorando em Letras e Mestre em Letras pela Universidade Federal de Sergipe, Licenciado em Letras e Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (Ages), Licenciado em Filosofia pela Faculdade João Calvino (FJC). Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?user=2UU6aqoAAAA-J&hl=pt-BR>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1437-1385>, Corréu eletrônico: HYPERLINK "mailto:contato@marcosmatos.com.br" contato@marcosmatos.com.br.

espaço das práticas normativas dos Estados nacionais e da sociedade internacional, no campo teórico dos estudos de Direito Linguístico. O artigo está dividido em três partes: inicialmente, aborda-se o reconhecimento dos direitos linguísticos por meio de normas jurídicas positivas com ênfase em instrumentos internacionais de direitos humanos e documentos constitucionais dos Estados nacionais; depois, trata-se da delimitação conceitual dos “direitos linguísticos” no que diz respeito ao seu conteúdo essencial e definidor, bem como à sua relação com os direitos humanos e fundamentais; por fim, elencam-se as classificações propostas para esse grupo ou classe de direitos, com destaque àquelas relacionadas ao conteúdo e à finalidade dos direitos, aos beneficiários e ao âmbito de aplicação.

Palavras-chave: direitos linguísticos, discurso jurídico, política linguística.

Resumen

En este trabajo académico se busca exponer y explicar el concepto de “derechos lingüísticos” tal como se ha desarrollado en las prácticas normativas de los Estados nacionales y de la sociedad internacional, en el ámbito teórico de los estudios de Derecho Lingüístico. El artículo se divide en tres partes: en primer lugar, se aborda el reconocimiento de los derechos lingüísticos a través de normas jurídicas positivas, haciendo hincapié en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los documentos constitucionales de los Estados nacionales; a continuación, se trata la delimitación conceptual de los “derechos lingüísticos” en cuanto a su contenido esencial y definitorio, así como su relación con los derechos humanos y fundamentales; por último, se enumeran las clasificaciones propuestas para este grupo o clase de derechos, con énfasis en las relativas al contenido y la finalidad de los derechos, los beneficiarios y el ámbito de aplicación.

Palabras clave: derechos lingüísticos, discurso jurídico, política lingüística.

Abstract

This academic paper seeks to expound and explain the concept of “linguistic rights” as it has been developed in the normative practices of national states and international society, in the theoretical field of Linguistic Law studies. The article is divided into three parts: firstly, the recognition of linguistic rights through positive legal norms is discussed, with emphasis on international human rights instruments and constitutional documents of national states; subsequently, the conceptual delimitation of “linguistic rights” is dealt with in terms of their essential and defining content, as well as their relationship with human and fundamental rights; finally, the classifications proposed for this group or class of rights are enumerated, with emphasis on those related to the content and purpose of the rights, the beneficiaries and the scope of application.

Keywords: linguistic rights, legal discourse, linguistic policy.

INTRODUÇÃO

A ideia de uma *Declaração Universal dos Direitos Linguísticos*, efetivamente proclamada em 1996 ao final da Conferência Mundial sobre Direitos Linguísticos,¹ está completando três décadas, desde que foi proposta, de modo independente, pelo linguista brasileiro Francisco Gomes de Matos (1984) e pela finlandesa Tove Skutnabb-Kangas (1984/1994). A noção de “direitos linguísticos”, no entanto, ainda enfrenta muitos desafios em sua incorporação à cultura jurídica: no direito internacional, é abordada de maneira difusa e inespecífica, por meio de dispositivos normativos isolados integrantes de convenções e declarações de direitos humanos; no direito interno dos Estados nacionais, sofre uma grande diferença de tratamento, constituindo em alguns países um elemento estruturante da ordem constitucional (Canadá, Espanha, Suíça etc.) e noutros sendo visceralmente ignorada (Argentina, Estados Unidos, Turquia etc.).

Neste trabalho, nos voltamos especificamente para o problema de situar, descrever e caracterizar os direitos linguísticos como uma categoria jurídica própria, diversa de outros tipos de direitos com os quais podem ser relacionados, como os direitos culturais e os direitos das minorias. Para elucidar essa questão mais ampla, dissecamo-lo em alguns pontos de ancoragem: como tem sido seu processo de incorporação ao discurso jurídico-normativo; de que modo os direitos linguísticos podem ser definidos enquanto grupo ou classe de direitos que possui unidade intrínseca, não constituindo uma simples reunião temático-circunstancial de alguns direitos em espécie; qual a relação entre os direitos linguísticos e os direitos humanos ou fundamentais, sobretudo, no que diz respeito a inclusão e exclusão, pertinência e diferença; como esse grupo/classe pode ser subdividido no que diz respeito às características comuns aos seus direitos componentes e às relações de convergência ou divergência entre eles.

Como ponto de partida, consideramos que o desenvolvimento dos direitos linguísticos enquanto categoria jurídica própria envolve pelo menos duas dimensões radicalmente imbricadas: sua afirmação prático-prescritiva pelas ordens jurídicas (sejam nacionais ou internacionais) e sua conformação

1 Realizada pelo *Centre Internacional Escarré per a les Minories Ètniques i les Nacions* em Barcelona, foi patrocinada pela UNESCO e congregou dezenas de organizações não-governamentais e de centros PEN, sob a liderança do PEN Clube Internacional.

teórico-descritiva pelas doutrinas jurídicas (em seus ensaios propositivos ou análises *ex post legem*). Propomos a abordagem dessas duas dimensões em três tópicos temáticos: 1) o processo de reconhecimento dos direitos linguísticos por meio de normas jurídicas positivas, o que tem ocorrido, principalmente, em instrumentos internacionais de direitos humanos e em documentos constitucionais; 2) o amadurecimento da concepção de “direitos linguísticos”, sobretudo, quanto à delimitação de seu conteúdo e de seu alcance; 3) as principais propostas de classificação dos direitos linguísticos e suas implicações em termos de caracterização e de compreensão dessa categoria.

POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS

Os juristas alemães inventaram o conceito de “juridificação” (*Verrechtlichung*) para descrever o processo de expansão do sistema jurídico sobre a vida social: nascendo com uma conotação negativa, enquanto recurso teórico para criticar a formulação do *Estado de bem-estar social* europeu do pós-guerra (especialmente no contexto dos anos 1970 e 1980), ele representa uma ultrapassagem indevida, “a extensão do código do direito para a resolução de todos os conflitos sociais, a consequente despolitização desses conflitos por meio da linguagem e das instituições jurídicas, e, no limite, a desdiferenciação do sistema jurídico dos demais” (Tavolari, 2019, p. 25). Para Bianca Margarita Damin Tavolari (2019, pp. 24 e 205-220), a juridificação tomada com sentido positivo corresponderia – em grande medida – ao conceito de “materialização” (*Rechtssoziologie*) proposto por Marx Weber para discutir a superação do formalismo jurídico:

O direito [...] é forçado a tomar um rumo antiformal por todos aqueles poderes que exigem da prática jurídica algo diverso de um meio da luta de interesses pacífica. Atuam neste sentido as reivindicações materiais de justiça de interesses de classes sociais e as ideologias, a natureza também hoje atuante de determinadas formas de dominação políticas, especialmente autocráticas e democráticas e as ideias sobre a finalidade do direito que lhes são adequadas, e a exigência pelos “leigos” de uma justiça que seja compreensível para eles. Eventualmente também, pressionam nesse sentido, como vimos, as pretensões de poder, ideologicamente fundamentadas, da própria classe dos juristas (Weber, 1999, p. 153).

É justamente no período do pós-guerra que os direitos linguísticos passaram a ganhar visibilidade, tanto na sociedade internacional quanto em ordens jurídicas até então marcadas pelo silêncio em relação aos seus conflitos linguísticos. A trajetória da positivação jurídica dos direitos linguísticos, segundo Skutnabb-Kangas e Phillipson (1994, pp. 186-187) e Skutnabb-Kangas (2015, p. 187), é caracterizada por diferentes fases históricas de reconhecimento, que variam de acordo com o escopo de sua aplicação, os sujeitos por eles protegidos e a forma por meio da qual são exercidos.

As três primeiras desses períodos são anteriores à fundação da Organização das Nações Unidas. Na fase 1 (*antes de 1815*), os Estados adotavam uma política monolíngue que favorecia suas maiorias linguísticas, tendo havido alguns governos mais tolerantes com as práticas linguísticas de grupos minoritários que lhes demonstrassem lealdade.² Durante a fase 2 (*entre 1815 e a Primeira Guerra Mundial*), houve a previsão explícita de proteções a minorias linguísticas no *Ato Final do Congresso de Viena* (Austria *et al.*, 1815) firmado pelas principais potências europeias da época, todavia a imposição do monolinguismo permaneceu como política linguística na maioria dos Estados.³ Na fase 3 (*entre as duas guerras mundiais*), ocorreu o reconhecimento dos direitos linguísticos nos tratados de paz e na Liga das Nações (especialmente no âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional), bem como sua incorporação em várias convenções internacionais e em algumas constituições nacionais, mas parte dos Estados envolvidos não tornaram esses direitos efetivos, mantendo-se negligentes em relação às suas minorias linguísticas.

Após a fundação das Nações Unidas, ocorrem o períodos em que os direitos linguísticos ganham relevância nos arcabouços jurídicos nacionais e internacionais. Durante a fase 4 (*entre 1945 e os anos 1970*), houve um florescimento de instrumentos internacionais dos direitos humanos, voltados – em sua maior parte – para a proteção do indivíduo contra arbitrariedades e evidentes injustiças; suas disposições continham direitos linguísticos

2 Nesse período, alguns tratados bilaterais foram estabelecidos para a proteção de minorias religiosas, mas não linguísticas.

3 A *Constituição da Áustria de 1867* representa uma importante exceção: seu art. 19 assegurou que todos os grupos étnicos presentes no país teriam direito à igualdade e à preservação de sua língua (Áustria, 1867; 2021).

(sobretudo o direito à assistência de intérprete em procedimentos policiais ou criminais) ou que repercutiam diretamente em questões linguísticas (igualdade e não-discriminação, liberdade de expressão e de associação, direito à intimidade e à privacidade etc.), mas sem tratamento específico em relação às minorias (muitas vezes encaradas como um “problema europeu”). Na fase 5 (*entre os anos 1970 e o final do século xx*), ocorreu um considerável progresso na tutela internacional das minorias, impulsionado pelo *Relatório de Francesco Capotorti de 1979* (Nações Unidas, 1979)⁴ e pelo surgimento de várias declarações e convenções de direitos humanos que passaram a incluir expressamente proteções para as minorias linguísticas, embora sua concretização tenha enfrentado diversos obstáculos, tanto materiais/pragmáticos quanto formais (nesse último caso, redações amplas ou imprecisas, disposições vagas ou ambíguas, condições ou exceções, entre outras). Finalmente, por ocasião da fase 6 (*no século xxi*), tem havido um amadurecimento dos direitos linguísticos por meio de processos – ora fragmentários, ora sistemáticos – de especificação e de concretização de seu conteúdo jurídico:

os instrumentos existentes [...] estão sendo reinterpretados; os responsáveis por cumprir os deveres estão sendo especificados de forma mais clara, e os sistemas de monitoramento estão se fortalecendo; os tribunais podem ser, e estão sendo cada vez mais, utilizados para esclarecer conceitos tanto em constituições quanto em outros documentos legislativos, e no direito internacional dos direitos humanos (Skutnabb-Kangas, 2015, p. 187, tradução nossa).

A trajetória de positivação dos direitos linguísticos, todavia, não pode ser adequadamente caracterizada sob o viés da juridificação, posto

4 A Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias discutiu durante anos uma definição jurídica de minoria, pelo menos desde 1947, por ocasião dos trabalhos preparatórios para a adoção da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (Nações Unidas, 1948, local. A). Essa definição só foi estabelecida de modo consistente – ainda que não definitivo e contendo pontos bastante controversos – no âmbito de um estudo confiado ao italiano Francesco Capotorti (Nações Unidas, 1979, local. 560-568), sendo formalizada do seguinte modo: “Um grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, em uma posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais do Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do restante da população e demonstram, mesmo que implicitamente, um senso de solidariedade voltado para preservar sua cultura, tradições, religião ou língua” (Nações Unidas, 1979, p. 96, tradução nossa).

que o silêncio do Estado em relação a problemas linguísticos relevantes não corresponde à um status de não regulação dessas questões, mas a uma disciplina jurídica tácita que favorece as línguas majoritárias em detrimento das minoritárias,⁵ as classes abastadas e detentoras dos instrumentos de *gramatização*⁶ em desfavor das camadas mais populares da sociedade. As “soluções liberais” da intervenção mínima e da negligência benigna aplicada historicamente a uma série de conflitos sociais (sobretudo os de natureza religiosa) não são coerentes com a realidade dos conflitos linguísticos porque o Estado não pode evitar fazer escolhas linguísticas, uma vez que é necessário estabelecer comunicação interna (entre as instâncias governamentais) e externa (com os cidadãos e com outros Estados), o que implica na escolha de certas línguas em detrimento de outras; além disso, a língua é considerada um bem público por excelência (Parijs, 2011, p. 90).

Assim, os direitos linguísticos não colocam sob a tutela do Estado de Direito problemas que lhe são estranhos, mas estabelecem parâmetros mínimos a serem observados na adoção de soluções políticas e jurídicas para questões linguísticas nas quais o Estado é um dos principais atores, atuando, sobretudo, na distribuição de custos entre os indivíduos e grupos sociais envolvidos (Gazzola, 2014, pp. 101-102). Rainer Bauböck (1991, p. 7) destacou que se trata de um *fato de estabelecimento linguístico*: a comunidade democrática requer a habilidade de comunicação de todos os participantes, as instituições governamentais precisam de línguas padronizadas para a coordenação interna e para atender ao público em geral, os legisladores e litigantes devem ser capazes de compreender e participar dos processos jurídico-políticos em que estão envolvidos, e os cidadãos comuns precisam ter competência nas línguas havidas como legítimas para se comunicar efetivamente com as instituições do Estado e participar de debates públicos de forma eficaz.

Por isso mesmo, em cada sistema jurídico-político contemporâneo os conflitos linguísticos tornaram-se objeto de regulamentação estatal de

5 A condição de uma língua como minoritária/majoritária em uma determinada estrutura jurídico-política não decorre diretamente do número de seus falantes, mas da posição de marginalidade/dominância ocupada por sua comunidade linguística (Altenhofen, 2013, p. 94).

6 *Gramatização* é o “processo que conduz a descrever e a instrumentar uma língua na base de duas tecnologias, que são ainda hoje os pilares de nosso saber metalingüístico: a gramática e o dicionário” (Auroux, 1992, p. 65).

modo bastante próprio e específico. Segundo Giovanni Poggeschi (2013), eles foram enfrentados como questão nacional estruturante na América Anglo-Saxônica (Estados Unidos, Canadá) e em boa parte da Europa (França, Suíça, Bélgica, países da Europa Central e Oriental); como questão regional ou minoritária nos países escandinavos e alguns outros Estados europeus (Inglaterra, Espanha, Alemanha, Hungria); como questão de intercompreensão – quer dizer, como um desafio pragmático *para o funcionamento* da própria estrutura política e administrativa – nos países africanos e asiáticos; como uma questão pós-colonial, voltada à participação plena dos povos indígenas e à proteção e promoção de sua diversidade cultural e linguística, nos Estados latino-americanos.

De modo semelhante, Arzoz (2007, pp. 23-25) identificou três contextos históricos que levaram ao reconhecimento dos direitos linguísticos como uma característica central no arcabouço constitucional de muitas ordens jurídicas, sobretudo no âmbito europeu: 1) trata-se de uma decisão política fundamental do Estado para solucionar conflitos nacionalistas concorrentes, mantendo a paz interna e evitando lutas políticas que possam levar à desintegração do Estado (Suíça, Canadá, Finlândia, Bélgica, Espanha, África do Sul, entre outros); 2) é regida por um acordo internacional ou interestatal, no caso de territórios transfronteiriços cedidos entre Estados (Ilhas Åland, Fronteira Dinamarca-Alemanha, Tirol do Sul, minoria eslovena na Itália etc.) e de Estados que recuperaram a soberania por meio da subscrição de obrigações internacionais, que incluíam disposições para a proteção das minorias (Áustria); 3) constitui uma internalização de regras comunitárias da União Europeia, voltadas a prevenir conflitos internos e regionais, promover a consolidação democrática, atender os *critérios de Copenhague* (necessários para a adesão à União Europeia),⁷ manter boas relações com os Estados vizinhos etc.

Apesar da evolução consistente nas últimas décadas, o desenvolvimento dos direitos linguísticos ainda é consideravelmente tímido. Nos tratados internacionais de direitos humanos, a linguagem frequentemente negligenciada, quando comparada com outros aspectos da vida humana (Skutnabb Kangas, 2000, p. 482); essa falta de atenção levou May (2012) a se

7 Normativamente, corresponde às disposições dos arts. 2 e 49 do *Tratado da União Europeia de 1992*, conforme redação estabelecida pela *Tratado de Lisboa de 2007* e alterações posteriores (União Europeia, 2007).

referir aos direitos linguísticos como a dimensão esquecida dos direitos humanos. Muitas vezes os direitos linguísticos reconhecidos como “humanos” em instrumentos internacionais, não são considerados “fundamentais” no âmbito interno dos Estados, pois não foram formalmente consagrados por meio de processo legislativo ou normativo (Díaz, 1999, p. 200; Turi, 1994, p. 116), consequentemente, tornam-se meras diretrizes políticas emanadas da sociedade internacional e não efetivas normas jurídicas de aplicação intraestatal.

DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS LINGÜÍSTICOS

A concepção de direitos linguísticos, que corresponde essencialmente à ideia de direitos relacionados aos sistemas, às heranças e às práticas linguísticas, emergiu da prática normativa dos Estados, principalmente no campo constitucional (Sheppard, 1972, pp. 26-83), e só depois foi objeto de reflexão filosófico-jurídica. Os direitos linguísticos têm enfrentando alguns problemas de base para ser legitimada no domínio do discurso jurídico: 1) dependem de uma definição de seu conteúdo essencial, capaz de delimitar um dado (sub)conjunto específico de direitos qualificados como *lingüísticos*, conferindo-lhes unidade e identidade, e distinguindo-os de outros (sub) conjuntos integrantes do conjunto mais geral de *direitos*, tais como os direitos caracterizados como educacionais, indígenas, processuais etc.; 2) implicam sua consideração como direitos *fundamentais* ou *não-fundamentais*, porque isso afeta direta e imediatamente em uma tutela mais robusta ou mais débil a ser recebida por parte do sistema jurídico (em geral) e do Estado (em particular).

Conteúdo definidor

A primeira questão está relacionada a uma extensa discussão no âmbito da Linguística, disciplina definida como “o estudo científico da língua(gem)”, cuja primeira dificuldade reside em circunscrever seu objeto, já que “A pergunta ‘O que é a língua(gem)?’ é comparável – e alguns diriam quase tão profunda quanto – a ‘O que é a vida?’ [...]” (Lyons, 2013, p. 1). Um problema tão amplo certamente não pode ser resolvido de forma sumária em termos jurídicos, assim, por mais objetivos que os discursos sobre os direitos linguísticos procurem ser, precisam lidar com uma fronteira eternamente

aberta e ambígua, mas não escancarada e desguarnecida: para além de detalhamentos técnicos e rigorosidades metódicas, há um sentido corrente segundo o qual a língua é, ao mesmo tempo, *instrumento de comunicação e sistema de signos* reconhecido e compartilhado por uma certa comunidade (Dubois *et al.*, 2014, p. 353).

Nas últimas décadas, em que os direitos linguísticos têm sido progressivamente positivados nas ordens jurídicas internacional e nacionais, a preocupação jurídica com questões linguísticas esteve muitas vezes associada a políticas de inclusão de minorias e, sobretudo, a políticas culturais (Behares, 2015, p. 73; Pons-Parera, 2006, pp. 83-84). Para Hamel (1994, p. 221), isso denota uma mudança de posicionamento político por parte dos Estados, que têm abandonado a postura de ignorar ou negar a heterogeneidade cultural e linguística de seu povo (anteriormente adotada sob a perspectiva liberal da *negligência benigna*), adotando a tutela do *direito à diferença*, na qual a pluralidade é admitida e até mesmo valorizada. Essa relação entre língua e cultura no âmbito da proteção jurídica das minorias não é acidental, mas intrínseca, como observou a Suprema Corte do Canadá no caso *Mahe v. Alberta* (1990):

[...] qualquer garantia geral de direitos linguísticos, especialmente no campo da educação, é inseparável de uma preocupação com a cultura transmitida pela língua em questão. Uma língua é mais do que um simples meio de comunicação; ela é uma parte integrante da identidade e da cultura do povo que a fala. É o meio pelo qual os indivíduos se entendem a si mesmos e compreendem o ambiente em que vivem. [...] A linguagem não é apenas um meio ou modo de expressão. Ela colore o conteúdo e o sentido da expressão. [...], também é um meio para um povo expressar sua identidade cultural (Canadá, 1990, p. 362, tradução nossa).

Essa reunião entre direitos linguísticos e direitos culturais tem sido benéfica para a defesa dos primeiros, porque: 1) a disciplina jurídica da cultura tem sido muitas vezes tratada como um elemento *ex constitutione*, estando presente não somente nos principais textos constitucionais das democracias contemporâneas, mas também no próprio conceito de Constituição (Blanco, 2018, local. RB-1.17), o que reforça o caráter essencial e elevado da regulação jurídica das questões linguísticas; 2) a língua é um fenômeno cultural por excelência, conseqüentemente, é aprendida ativamente e nunca

herdada automaticamente por cada indivíduo, cuja experiência particular é inseparável da vivência comunitária (Lagerpetz, 2001, pp. 109-110); 3) o patrimônio linguístico comporta-se como o patrimônio cultural, sua titularidade não corresponde à propriedade sobre um domínio civil, mas a uma inscrição histórico-social entre pessoas e grupos, práticas e memórias (Behares, 2014, pp. 270-271).

Por outro lado, o amalgamento entre essas duas categorias de direitos também pode representar prejuízo para a proteção dos direitos linguísticos. Lagerpetz (2001) destacou uma série de aspectos que diferenciam línguas e culturas, direitos linguísticos e direitos culturais, dentre os quais destacamos: 1) ao contrário da cultura, a língua possui funções instrumentais que lhe são inerentes, pois são empregadas não apenas como formas de expressão e identificação, mas também enquanto códigos de comunicação, instrumentos de acesso ao conhecimento, vias de participação social e política etc.; 2) enquanto muitos direitos culturais implicam não-intervenção por parte do Estado (ou formas de apoio pouco interventivas, como ações de reconhecimento, valorização e fomento), a maior parte dos direitos linguísticos exige algum tipo de assistência ativa de terceiros e sua garantia pode ser bastante dispendiosa (principalmente quando há necessidade de tradução, interpretação simultânea, ensino/aprendizagem de línguas etc.); 3) os diversos sujeitos sociais são afetados (positiva ou negativamente) e obrigados a suportar e custear as escolhas linguísticas do Estado, que não pode ser “neutro” em relação às línguas faladas em seu território, pois precisa de uma ou algumas línguas político-administrativas para funcionar e comunicar-se interna e externamente (Bauböck, 2001, p. 7), o que não ocorre em muitas questões culturais (como religião, música, culinária, dança...); 4) diferentemente de alguns direitos culturais – como subvenções religiosas (no caso de Estados confessionais), incentivos culturais e fomentos artísticos –, os direitos linguísticos de grupos minoritários não visam suprir necessidades diferentes da maioria, mas lhes garantir a possibilidade de fazer as mesmas coisas que a maioria sem ter de arcar sozinho com os custos envolvidos.

Lagerpetz (2001) também criticou a defesa de direitos linguísticos baseada na perspectiva do *valor cultural intrínseco das línguas*, pois se todas elas podem ser consideradas valiosas, essa ideia não fornece suporte suficiente à proteção das minorias linguísticas frente à expansão das línguas dominantes e ao processo de abandono das línguas minoritárias, já que todas elas são tesouros culturais valiosos. Para o autor, a preservação e a revitali-

zação de certas práticas linguísticas devem ser juridicamente tuteladas não simplesmente em consequência de seu valor cultural, mas principalmente pelas funções instrumentais que desempenham para suas respectivas comunidades, promovendo – entre outros aspectos – comunicação, identificação, coesão, bem-estar e autonomia enquanto grupo social. Isso nem sempre é claro, porque as comunidades linguísticas – via de regra – têm uma constituição difusa e são pouco institucionalizadas, não dispoñdo de processos próprios de legitimação de líderes e de inclusão/exclusão de membros (tal como ocorre em igrejas, tribos, irmandades etc.), conseqüentemente as razões e as finalidades de suas demandas muitas vezes não são explicitadas.

Apesar de sua importância como patrimônio cultural, para o autor é o valor instrumental das línguas, como código de comunicação e como elemento necessário à autonomia e ao bem-estar das comunidades linguísticas, que justifica a positivação e a efetivação dos direitos linguísticos. Ao contrário do que ocorre com outros bens culturais,

a proteção de uma língua implica apenas que a língua mudará e se desenvolverá como outras línguas – não que permanecerá sempre idêntica. A proteção de uma língua também não afeta sua natureza como uma prática. Se as pessoas começam a celebrar suas festividades tradicionais, não porque sejam importantes para os participantes, mas para “continuar uma tradição”, o papel cultural das festividades é alterado. No entanto, precisamente porque o papel da língua é em grande parte instrumental, as tentativas de protegê-la não mudam seu papel cultural (Lagerpetz, 2001, p. 122, tradução nossa).

Alguns autores, por outro lado, procuram circunscrever os direitos linguísticos a partir de um núcleo essencial e genérico de direitos, que representariam um primeiro desdobramento do direito à língua e que se especializariam em direitos mais concretos e específicos (tal como o direito dos membros de uma comunidade “X” de receber instrução educacional na língua “Y” ou na língua “Z”, conforme sua escolha). Nesse sentido, Bruno de Witte (2009, pp. 51-56) considerou a existência de dois direitos elementares e complementares entre si:

Uma *liberdade* que se desenvolve na comunidade e que é condicionada pelo fato de ser exercida na língua de uma maioria ou de uma minoria linguística. Essa liberdade no uso da língua na sociedade está

intimamente relacionada à *igualdade*. Essa liberdade implica, em última análise, que a discriminação com base no uso de uma língua não seja permitida [...]. Quando se fala de igualdade, é necessário considerar sua dupla dimensão, igualdade formal e substancial; no entanto, para o exercício da liberdade da língua, uma igualdade teórica e formal não é suficiente. É necessária uma única liberdade, aquela que permite usar uma língua sem restrições, sem limitações (Blanco, 2018, local. RB-1.6, grifo no original, tradução nossa).

O *direito fundamental à liberdade linguística* se baseia no conceito clássico de liberdade de expressão e consiste no direito de usar e ensinar a própria língua (Blanco, 2018, local. RB-1.20). Isso significa que: 1) os indivíduos e grupos têm o direito de usar sua(s) língua(s) em espaços públicos e privados, sem restrições arbitrárias, o que inclui o direito de preservar, desenvolver, ensinar e disseminar sua língua; 2) o Estado tem o dever de não dificultar as ações dessas minorias linguísticas e também o dever de garantir as condições para o exercício desses direitos, inclusive intervindo para impedir ações de terceiros que possam obstruí-los. O *direito fundamental à igualdade linguística* se baseia no princípio de “igualdade perante a lei” e na proibição de discriminação (Blanco, 2018, local. RB-1.20). Ele implica: 1) o direito dos indivíduos e grupos de serem tratados linguisticamente com respeito e sem discriminação, ou seja, em condições de igualdade em relação aos demais membros da sociedade; 2) o dever do Estado tem de não discriminar e de garantir as condições necessárias para superar as desigualdades circunstanciais (por exemplo, promovendo a produção cultural e a presença nos meios de comunicação de línguas minoritárias que estão em declínio de uso e valorização).

Segundo Bruno de Witte (1985, p. 44), a igualdade linguística pode ser alcançada de duas formas principais: como *igualdade pluralista* tem natureza formal e se refere aos direitos que se aplicam a todos sem distinção (como o direito de formar associações linguísticas); como *igualdade afirmativa* tem caráter material e diz respeito à adoção de medidas que visam proteger certas minorias linguísticas para reduzir as desigualdades entre elas e os grupos dominantes (como as proteções especiais concedidas a línguas em risco de extinção). Para Pons-Parera (2006, p. 69), o princípio da não-discriminação por razão de língua, que constitui um corolário lógico e necessário da igualdade linguística, é o núcleo originário da proteção e promoção dos direitos linguísticos.

Caráter fundamental

A segunda questão se refere a um problema jurídico propriamente dito: trata-se de estabelecer se há relação de continência entre o (sub)conjunto dos direitos linguísticos e o (sub)conjunto dos direitos fundamentais/humanos.⁸ Xabier Arzoz (2007, pp. 25-31), debruçando-se sobre essa questão, distinguiu duas situações diferentes: há direitos linguísticos cujo conteúdo decorre diretamente de direitos fundamentais clássicos (igualdade, não-discriminação, liberdade de expressão etc.), enquanto outros têm um conteúdo jurídico autônomo; nesse último caso, podem ser ou não considerados como direitos fundamentais, tendo o autor identificado a existência de três posicionamentos, correspondentes à posição mínima, relatividade positivista e condição genuína. Esse impasse doutrinário foi assim sintetizado por Xosé Manuel Pacho Blanco (2018, local. RB-1.14):

Vernet Llobet indica que eles não são Direitos Fundamentais, embora sejam direitos claramente relacionáveis com aqueles estabelecidos na Constituição. López Basaguren aponta que os direitos linguísticos são direitos *in fieri* [prestes a nascer] e disponíveis pelo legislador; são direitos positivos em estado de gestação. No entanto, como observado por Turi [...], o Direito linguístico torna-se um direito meta-jurídico, a ponto de que o Direito linguístico comparado reconhece e consagra direitos linguísticos. Às vezes, tímida e implicitamente, ele se torna um “direito futurista” construído sobre fundamentos históricos (grifo no original, tradução nossa).

A corrente da *posição mínima* nega aos direitos linguísticos um conteúdo autônomo de natureza fundamental e considera que as proteções por eles conferidas já estão contempladas nos direitos fundamentais clássicos, conforme sintetizou Arzoz (2007, p. 25): a liberdade de expressão abrange a liberdade de escolher a língua em que se quer expressar; o direito

8 Embora possam ser considerados distintos, há uma relação de íntima correspondência entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*: do ponto de vista clássico, os primeiros são estabelecidos no ordenamento jurídico internacional, e os segundos são positivados internamente pelas ordens jurídicas dos Estados; assim, eles estão em relação circular, “Os direitos humanos, como demandas éticas, são concretizados em direitos fundamentais, que por sua vez geram novas demandas éticas, que talvez no futuro se transformem em novos direitos fundamentais das constituições vindouras” (Díaz, 1999, p. 200, tradução nossa).

ao respeito pela vida privada e familiar inclui o respeito pelas práticas culturais e pelo uso da língua falada; o direito a um julgamento justo implica o direito à assistência de intérprete no caso de o acusado entender a língua do tribunal, para que a acusação lhe seja compreensível etc. Já a abordagem da *relatividade positivista* considera que os direitos linguísticos são construções sociopolíticas (não universais, portanto) e somente são fundamentais se forem claramente reconhecidos em normas jurídicas superiores (constitucionais) cujas disposições identifiquem seus titulares e cominem sanções para o caso de descumprimento; logo, cada ordenamento jurídico em particular pode legitimar alguns direitos linguísticos como fundamentais, enquanto outros tantos são reconhecidos como direitos de segunda ordem.

Essas duas posições fragilizam a defesa dos direitos linguísticos em uma perspectiva mais global. No primeiro caso, porque, embora o conteúdo linguístico de certos direitos fundamentais clássicos como liberdade de opinião e expressão, liberdade de reunião e associação, direito à linguagem compreensível e à assistência de intérprete em processos criminais, direito à educação e direito ao próprio nome seja amplamente aceito (Pons-Parera, 2006, pp. 71-77), historicamente os direitos linguísticos não têm sido suficientemente efetivados somente a partir de direitos fundamentais mais gerais, por exemplo, o direito à educação pode ser concretizado orientando-se tanto à valorização quanto ao desencorajamento da pluralidade linguística, e a liberdade de língua pode não ser suficiente para proteger as minorias linguísticas da assimilação ou aculturação, nem garantir o direito à educação na própria língua. No segundo caso, pois, apesar de algumas constituições enfatizarem a proteção da diversidade linguística e separarem as disposições relacionadas à promoção e manutenção das línguas dos direitos fundamentais clássicos, essa abordagem não fornece argumentos a favor do reconhecimento dos direitos linguísticos, apenas verifica se eles são reconhecidos ou não.

A perspectiva da *condição genuína* reconhece a existência de direitos linguísticos próprios e autênticos, que complementam os direitos fundamentais clássicos, assim, enquanto estes são universais e visam proteger a liberdade e a autonomia individual em relação ao Estado, aqueles estão mais intimamente relacionados à organização social e à gestão de serviços públicos em uma ou mais línguas designadas. Esses direitos costumam ter dimensão coletiva: são concedidos a comunidades linguísticas específicas

dentro de um determinado território, visando proteger certas minorias linguísticas ou garantir *status* igualitário a algumas línguas específicas. Essa corrente fornece fundamentos para a luta política em favor de direitos linguísticos, não se limitando à justificação daqueles já reconhecidos pela ordem jurídica; além disso, ela possibilita uma conciliação entre direitos universais e direitos particulares, conforme observado pela Suprema Corte do Canadá no caso *R. v. Beaulac* (1999):

[...] não há contradição entre a proteção da liberdade individual e da dignidade pessoal e o objetivo mais amplo de reconhecer os direitos das comunidades linguísticas oficiais. O objetivo de proteger as minorias linguísticas oficiais, expresso no art. 2 da Lei das Línguas Oficiais, é alcançado pelo fato de que todos os membros da minoria podem exercer direitos independentes e individuais que são justificados pela existência da coletividade. Os direitos linguísticos não são direitos negativos, nem direitos passivos; eles só podem ser exercidos se os meios forem fornecidos. Isso é consistente com a ideia defendida no direito internacional de que a liberdade de escolha não tem sentido na ausência de um dever do Estado de tomar medidas positivas para implementar as garantias linguísticas (Canadá, 1999, p. 788, tradução nossa).

Eerik Lagerpetz (2001, p. 129) adotou uma posição pragmática entre o idealismo da condição genuína e o fatalismo da relatividade positivista: para ele, há um direito fundamental primordial de utilizar a própria língua, que se materializa em direitos linguísticos positivos, cuja fundamentalidade pode ser ou não conferida por cada ordem jurídica em particular. Do ponto de vista político, em razão dos custos envolvidos e da escassez de recursos, esses direitos concretos não podem ser estendidos a todas as comunidades linguísticas submetidas a um determinado Estado, devendo-se tomar uma decisão distributiva em relação a quais grupos linguísticos (ou línguas) devem ser tutelados e em quais âmbitos sociais. Moralmente, essa decisão deve orientar-se segundo o preceito da máxima proteção possível: “se for viável em termos práticos garantir às pessoas o direito de utilizar sua própria língua, então esse direito deve ser concedido” (Lagerpetz 2001, p. 129, tradução nossa).

Outros autores adotaram a posição da condição genuína apenas em relação a certos direitos linguísticos, enquanto os demais são considerados

como construções políticas relevantes, mas não fundamentais do ponto de vista jurídico. Como representantes desse entendimento destacam-se os autores Tove Skutnabb-Kangas e Robert Phillipson:

Uma forma de abordar esta questão seria estabelecer uma distinção entre direitos linguísticos necessários e direitos linguísticos orientados para o enriquecimento. Os direitos necessários têm a ver com a aprendizagem e a utilização da língua materna e com a aprendizagem de uma língua oficial do país de residência, ou seja, têm a ver com a aprendizagem e a utilização das línguas maternas e das segundas línguas. Os direitos orientados para o enriquecimento dizem respeito ao direito de aprender e utilizar línguas estrangeiras. Pensamos que apenas os direitos necessários devem ser considerados direitos humanos linguísticos fundamentais e inalienáveis. Na nossa opinião, os direitos orientados para o enriquecimento são direitos *linguísticos* importantes (no sentido em que estão relacionados com a língua), mas não são direitos humanos linguísticos inalienáveis (Skutnabb-Kangas & Phillipson, 1994, p. 102, tradução e grifo nossos).

Nessa perspectiva, haveria direitos linguísticos intrinsecamente fundamentais (*direitos humanos linguísticos*), independentemente de estarem positivados ou não pela ordem jurídica, porque sua violação comprometeria a dignidade individual, a integridade das comunidades linguísticas e a própria existência das línguas; e direitos linguísticos não-fundamentais, ainda que sejam formalmente reconhecidos como constitucionais, porque sua concessão representaria um recurso “extra”, de promoção de uma vida boa, para além de uma vida digna. Os *direitos humanos linguísticos* seriam apenas aqueles necessários: para remediar as injustiças linguísticas (Skutnabb-Kangas e Phillipson, 1998, p. 27); para satisfazer necessidades humanas e sociais básicas, sobretudo no que diz respeito à sobrevivência linguística, psicológica, cultural, social e econômica das minorias; para viver uma vida digna, com democracia e justiça básicas; para manter a diversidade linguística na Terra (Skutnabb-Kangas, 2000, p. 498). Nesse grupo estariam o direito: à identidade linguística; a aprender, desenvolver e usar sua língua materna; de acessar a língua oficial etc.; de não ser forçado a mudar de língua; de receber instrução básica em língua materna; das comunidades linguísticas de existirem e reproduzirem-se como grupos sociais distintos (Skutnabb-Kangas, 2000, p. 498; Skutnabb-Kangas e Phillipson, 2017, p. 3).

De acordo com Patten e Kymlicka (2003), a concepção de direitos humanos linguísticos tem suas vantagens, como basear-se na dignidade intrínseca de todas as pessoas e evitar a escolha seletiva de certas línguas ou grupos como destinatários de tutela jurídica. No entanto, eles apontaram muito mais limitações e problemas nessa abordagem, associados principalmente à ideia de universalidade e internacionalidade inerente a “direitos humanos”: 1) as normas internacionais de direitos humanos são bastante limitadas na proteção dos direitos linguísticos, focando principalmente na liberdade de língua e na igualdade pluralista entre indivíduos e grupos, enquanto muitos conflitos linguísticos envolvem quase sempre direitos de igualdade afirmativa; 2) o reconhecimento internacional de direitos linguísticos enfrenta muitos desafios políticos e pragmáticos, pois poucos direitos linguísticos podem ser genuinamente universalizados e, em geral, não são eficazes na promoção de *justiça linguística* (quer dizer, para assegurar igualdade de oportunidades a todas as pessoas, qualquer que seja sua língua materna),⁹ já que as necessidades de cada comunidade linguística são idiossincráticas; 3) os direitos linguísticos universais têm pouco a acrescentar aos direitos humanos já reconhecidos internacionalmente e não conseguem fundamentar plenamente os avanços recentes obtido em muitos ordenamentos jurídicos nacionais, como a positivação do direito a ser julgado na própria língua (independentemente de conhecer ou não a língua oficial), que vai além do direito universal à assistência de um intérprete.

CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS

As tentativas de classificação dos direitos linguísticos são especialmente relevantes porque estão intimamente associadas às suas justificações jurídico-políticas e às discussões teóricas acerca de sua natureza e de seu alcance. Nesse sentido, destacam-se as dicotomias elencadas por Alan Patten e Will Kymlicka (2003, pp. 26-31), Tove Skutnabb-Kangas (2006, pp. 23-285), Janny HC Leung (2018, p. 64) e Ruth Rubio-Marín (2003): direitos positivos versus direitos negativos; orientados para a tolerância versus orientados para a promoção; instrumentais versus não-instrumentais; relacionados à cooficialização versus relacionados à acomodação; territoriais

9 Sobre o conceito de *justiça linguística*, vide Philippe Van Parijs (2011).

versus pessoais; individuais versus coletivos. Também destacamos as categorizações menos dualistas propostas por Jean Dhommeaux (2004), Giovanni Poggeschi (2010, pp. 32-39), Luis E. Behares (2013) e Marcos Paulo Santa Rosa Matos (2022, p. 434).

Classificações relacionadas ao conteúdo e à finalidade dos direitos

A primeira dicotomia, direitos positivos e negativos, é uma clássica categorização jurídica dos direitos humanos/fundamentais e corresponde a uma simplificação das reflexões de Georg Jellinek acerca da relação entre indivíduo e Estado, apresentadas na obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1912): no *status passivus/subjectionis*, o indivíduo se submete ao Estado assumindo obrigações perante ele; no *status negativus/libertatis*, a atuação do Estado é limitada para proteger a liberdade individual; no *status positivus/civitatis*, o indivíduo adquire direitos amplos de participação, o que lhe permite exigir do Estado tutela jurídica de seus interesses e prestações efetivas no sentido de garanti-los; no *status activus*, o indivíduo adquire direitos estritos de participação, podendo participar da formação da vontade estatal. Portanto: *direitos linguísticos negativos* implicam prestações negativas (omissões, abstenções) por parte do Estado, como o direito à não-discriminação por razão de língua; enquanto *direitos linguísticos positivos* demandam prestações estatais positivas (atuações, intervenções), como o direito à assistência de intérprete em processos criminais.

A divisão entre direitos de tolerância e direitos de promoção foi proposta por Heinz Kloss (1971; 1977/1998) para a tutela jurídica das minorias: os *direitos linguísticos em orientados para a tolerância* implicam prestação negativa do Estado, aplicam-se à esfera privada e são permissivos em relação às línguas minoritárias, tendo sido empregados para beneficiar – principalmente – as comunidades imigrantes; enquanto os *direitos linguísticos em orientados para a promoção* demandam prestações estatais positivas, referem-se à esfera pública e fortalecem as línguas minoritárias, tendo sido usados para favorecer – sobretudo – as minorias nacionais. Para o autor:

Os direitos das minorias orientados para a tolerância são a soma das normas legais, do direito consuetudinário e das medidas com as quais o Estado e as instituições públicas dele dependentes (especialmente

as escolas públicas) asseguram às minorias o direito de cultivar a sua língua na esfera privada, na família e em organizações privadas. Ao contrário, os direitos das minorias orientados para a promoção regulam as instituições públicas que podem utilizar e cultivar as línguas e culturas das minorias. Num Estado democrático, os direitos das minorias orientados para a tolerância podem decorrer do princípio da igualdade formal, ao passo que os direitos das minorias orientados para a promoção só podem decorrer do princípio da igualdade material (Kloss, 1998, pp. 47-48, tradução nossa).

Segundo Arzoz (2007), essas distinções quase sinônimas entre direitos negativos/de tolerância e direitos positivos/de promoção tem sido criticada porque sua simplicidade não reflete a diversidade dos direitos linguísticos (é o caso do direito à assistência de intérprete em processos criminais, que não se encaixa com precisão em nenhuma das categorias) e porque sua imprecisão pode levar a leituras equivocadas da política linguística adotada pelo Estado (“tolerância”, por exemplo, é um termo ambíguo, podendo referir-se a diversas orientações políticas e sendo às vezes confundido com a ideia de “neutralidade”). Mas a divisão é útil para analisar a relação entre o indivíduo e o Estado, na perspectiva de Georg Jellinek, que constitui uma lição clássica e amplamente adotada no discurso jurídico, e para verificar a executividade dos direitos linguísticos: os direitos de tolerância são autoexecutórios e exigíveis pelos indivíduos perante o Estado, enquanto o gozo dos direitos de promoção depende de políticas públicas que estabelecem mecanismos de garantia.

Endossando algumas críticas à classificação de Heinz Kloss, Rubio-Marín (2003) propõe a divisão entre direitos instrumentais e não-instrumentais, que essencialmente reproduz a distinção proposta por Tove Skutnabb-Kangas e Robert Phillipson entre direitos linguísticos necessários e direitos linguísticos orientados para o enriquecimento. *Os direitos linguísticos instrumentais* estão relacionados ao uso da linguagem como veículo de comunicação, o que muitas vezes demanda às minorias linguísticas a aquisição de competências linguístico-comunicativas e afeta diretamente sua segurança e seu desenvolvimento socioeconômicos. *Os direitos linguísticos não-instrumentais* estão voltados para o emprego da linguagem como meio de expressão (o que envolve a ideia de identidade linguística e de patrimônio cultural) e implicam: o reconhecimento simbólico ou prático das línguas minoritárias; a permissão de autogoverno das minorias linguísticas em

determinados aspectos da vida sociopolítica; e a promoção dessas comunidades e de suas línguas nas suas tentativas autoafirmação enquanto grupo e nas suas lutas contra a pressão de assimilação da língua dominante. Segundo o autor:

A divisão instrumental/não-instrumental distingue, por um lado, as reivindicações linguísticas que visam assegurar a capacidade de uma pessoa desfrutar de um ambiente linguístico seguro na sua língua materna e as justas possibilidades de autorreprodução cultural de um grupo linguístico, a que poderíamos chamar direitos linguísticos num sentido estrito, e, por outro lado, as reivindicações linguísticas que visam assegurar que a língua não seja um obstáculo ao exercício efetivo dos direitos com uma dimensão linguística, à participação significativa nas instituições públicas e no processo democrático, e ao aproveitamento das oportunidades sociais e económicas que exigem competências linguísticas (Rubio-Marín, 2003, p. 56, tradução nossa).

Uma classificação semelhante foi proposta por Patten e Kymlicka (2003, pp. 27-29): direitos de acomodação e direitos de cooficialização. Os *direitos linguísticos de acomodação* referem-se a adaptações especiais realizadas para garantir o gozo de direitos às pessoas que não dominam adequadamente a língua normalizada socialmente e adotada como oficial pelo Estado, visando garantir a comunicação entre as instituições públicas e os membros de minorias linguísticas; esses direitos envolvem o emprego de intérpretes, a contratação de funcionários bilíngues, a formação escolar bilíngue de transição ou imersão intensiva etc. Os *direitos linguísticos de cooficialização*, por sua vez, baseiam-se na concessão de *status* oficial a línguas minoritárias e no estabelecimento de certa igualdade entre as línguas oficiais; assim – em uma situação de plena igualdade – os serviços públicos poderiam ser prestados em todas as línguas oficiais, o que também se aplicaria ao debate parlamentar, às publicações governamentais, às legislações, às decisões judiciais, aos registros públicos etc.; esses direitos estão voltados para o reconhecimento de determinadas comunidades linguísticas minoritárias como uma nação ou povo distinto, e seus membros podem fazer uso de sua própria língua independentemente da fluência na língua socialmente normalizada.

Em geral, essas classificações que se referem essencialmente ao conteúdo jurídico ou à finalidade política dos direitos linguísticos são bastante controversas: oferecem uma visão estereotipada dos objetivos perseguidos

pelo Estado ao positivá-los (não raramente com pouca aderência à prática concreta dos Estados); são incapazes de descrever muitos direitos que apresentam características transversais e que não são adequadamente analisados no sentido de reorganizar a própria classificação; empregam explícita ou implicitamente a concepção de língua como código de comunicação ou como instrumento de expressão, categorias que são meramente descritivas em Linguística (Hamel, 1994, p. 208; 1995, p. 14; 2003, p. 58); separam em categorias estanques direitos que precisam ser concretizados de modo articulado para que sejam alcançadas a liberdade, a igualdade formal e, principalmente, a igualdade material (Pizzorusso, 1986, pp. 9-10).

Por outro lado, elas fornecem uma perspectiva global acerca das formações ideológicas que regem o processo de positivação dos direitos linguísticos em um contexto global. Particularmente, mostram as principais posições tomadas pela perspectiva liberal, que se assenta – como já dito – nas ideias de *intervenção mínima* do Estado e de *negligência benigna* em relação ao conflitos sociais: para seus adeptos, a atuação estatal deve ser restrita a prestações negativas, tipicamente associadas à liberdade e à igualdade pluralista; por outro lado, as prestações positivas, mais intimamente ligadas à igualdade afirmativa, devem ser evitadas ao máximo, por representar uma avanço do domínio público sobre o âmbito privado. Consequentemente, os adeptos do Liberalismo tendem a privilegiar os direitos negativos, de tolerância, instrumentais e de acomodação, em detrimento dos direitos positivos, de promoção, não-instrumentais e de cooficialização.

Classificações relativas aos beneficiários e ao âmbito de aplicação

A divisão entre direitos pessoais e direitos territoriais remonta aos estudos de Otto Bauer e Karl Renner no início do século XX, que analisaram as mudanças políticas no Império Austro-Húngaro; e mais recentemente aos relatórios da *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme* (Canadá, 1967, pp. 77-90), que investigou minudentemente a situação do Inglês e do Francês no Canadá. Os *direitos linguísticos pessoais* são concedidos pelo Estado aos indivíduos em geral ou aos membros a determinadas comunidades linguísticas e podem ser exercidos individualmente em toda a jurisdição do Estado; devido ao alto custo desse tipo de direito, sua concessão está associada a uma grande dispersão dos

grupos linguísticos, à equiparação real entre várias comunidades linguísticas ou número reduzido desses grupos/beneficiários na respectiva jurisdição (Massana, 1984, pp. 149-150). Os *direitos linguísticos territoriais*, por seu turno, são estabelecidos no âmbito de uma determinada região, não sendo atribuídos diretamente aos indivíduos, mas vinculados aos territórios habitados por suas comunidades linguísticas; normalmente são concedidos por países marcados pela grande concentração geográfica das minorias linguísticas (separadas por fronteiras linguísticas) e pela estrutura descentralizada e regionalizada da administração pública.

Ao contrário das dicotomias anteriores, esses critérios não são necessariamente exclusivos, podendo haver uma sobreposição entre eles, sendo essa, aliás, a regra geral (Blanco, 2018, local. RB-1.21; Pizzorusso, 1986, p. 15). Os vários arranjos possíveis são formados via composição ou aglutinação dos critérios personalista e territorialista (Delpérée, 2004, pp. 109-111), podendo haver ou não preponderância de um deles. Dentre esses arranjos intermediários, destacam-se os *direitos pessoais territorializados*, que se aplicam aos membros de certas comunidades linguísticas (têm um caráter pessoal quanto à titularidade), mas seu gozo é restrito a certas regiões em que suas línguas minoritárias são usadas com maior frequência ou onde há a presença significativa de integrantes dessas minorias (têm aplicação territorial) (Leclerc, 2020).

Essa categorização baseada na personalidade e na territorialidade retoma essencialmente a divisão clássica entre direitos individuais e direitos coletivos, que é, de longe, a mais recorrentemente adotada para descrever e analisar os direitos linguísticos:

Os direitos lingüísticos fazem parte dos direitos humanos fundamentais, tanto individuais como coletivos, e se sustentam nos princípios universais da dignidade dos humanos e da igualdade formal de todas as línguas. [...]. No âmbito individual eles significam o direito de cada pessoa a “identificar-se de maneira positiva com sua língua materna, e que esta identificação seja respeitada pelos demais” (Phillipson, Skutnabb-Kangas e Rannut 1994, p. 2). [...] No âmbito das comunidades lingüísticas, os direitos lingüísticos compreendem o direito *coletivo* de manter sua identidade e alteridade etnolingüísticas (Hamel, 2003, pp. 51).

Enquanto há um larguíssimo reconhecimento dos direitos individuais, a ideia de direitos coletivos enfrentou e ainda enfrenta uma série de resistências no campo teórico. O Liberalismo, por defender a máxima liberdade individual, prioriza os direitos civis e políticos, que – via de regra – têm como titulares todas as indivíduos indistintamente (enquanto pessoas humanas ou cidadãos) e demandam prestações negativas do Estado, em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais beneficiam coletividades (não raramente grupos específicos de pessoas) e reclamam uma atuação mais interventiva do Estado. Por outro lado, o Socialismo, ao almejar a máxima igualdade material (que é alcançada em contextos específicos), dedica maior atenção os direitos econômicos, sociais e culturais, muitas vezes em detrimento dos direitos civis e políticos.

No âmbito dos direitos linguísticos, no entanto, individualidades e coletividades são indissociáveis, porque a língua é ao mesmo tempo socialmente compartilhada e individualmente instrumentalizada, constituindo um *bem produzido por coordenação*: “Seu valor para os indivíduos é (em parte) de natureza instrumental, mas a sua utilidade para qualquer indivíduo isolado está conceitualmente dependente da sua utilidade para outros indivíduos” (Lagerpetz, 2001, p. 116, tradução nossa). Essa natureza essencialmente *comunal* ou *grupal* de vários direitos linguísticos (Brandes, 2009; Coulombe, 1993), no entanto, tem sido ignorada ou mesmo negada por estudiosos de formação liberal, ainda que sejam críticos à miopia individualista do Liberalismo. O reconhecimento da natureza transindividual (ou metaindividual) dos direitos linguísticos também é acompanhado da dificuldade de caracterizá-los ou fundamentá-los prescindindo da primazia da individualidade; é o que ocorreu, por exemplo, na *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas* (DDPPM),¹⁰ que evitou falar em *direitos das minorias* e preferiu referir-se a *direitos das pessoas pertencentes a minorias* (Nações Unidas, 1992/1993).

Não se trata apenas de uma questão ideológica, como enfatizou Eduardo Ruiz Vиейtez (2005, pp. 265-266): embora o aspecto coletivo do exercício do direito linguístico não possa ser negado, sua titularidade é geralmente atribuída ao indivíduo por uma questão de segurança jurídica.

10 Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da *Resolução n. 47/135* (Nações Unidas, 1993).

Reconhecer uma coletividade (mais especificamente, uma comunidade linguística) como titular de direitos linguísticos pode gerar várias dificuldades práticas, porque seria necessário delimitá-la objetivamente, o que em determinados contextos implicaria realizar um censo linguístico ou identitário para permitir o exercício do direito, além de estabelecer um sistema de representação e atuação da própria comunidade. Além disso, a positivação de direitos coletivos pode provocar eventuais conflitos entre a esfera individual e a coletiva:

Se os direitos específicos da minoria forem configurados como coletivos, os indivíduos que lhe pertencem não poderão reclamá-los para si próprios no caso de a decisão comunitária ter sido contrária ao exercício de um determinado direito. Do ponto de vista da proteção das línguas minoritárias, parece sempre mais apropriado reconhecer os direitos de todos e de cada um dos falantes da língua do que os dos falantes como um todo, uma vez que a sensibilidade de um e de outro no que diz respeito à identidade linguística pode ser diferente. A perspectiva individual não limita a identidade coletiva do grupo, mas permite que os direitos sejam efetivamente exercidos por alguns membros da minoria, mesmo nos casos em que a minoria ainda não tenha desenvolvido uma consciência política suficientemente ativa (Vieytez, 2005, p. 266, tradução nossa).

Os estudiosos da corrente denominada *Minority Language Rights*, cujos principais expoentes são Will Kymlicka e Stephen May, por outro lado, procuram caracterizar os direitos linguísticos como parte de um conjunto mais vasto de *direitos das minorias*, e tentam mostrar que os direitos dos indivíduos individuais e os direitos dos grupos reforçam-se mutuamente e sua combinação pode funcionar de forma coerente dentro de um modelo de democracia liberal (Wee, 2011, p. 63). Eles, no entanto, divergem bastante acerca do modo como direitos coletivos e direitos individuais integram-se: Tamir (1993, p. 56) fundamentou as demandas minoritárias no interesse individual, destacando que muitos direitos individuais têm também aspectos grupais; por outro lado, Taylor (1994), além de reconhecer os direitos coletivos, considerou sua primazia sobre os direitos individuais em situações em que a identidade cultural do grupo precisa ser preservada.

Kymlicka (1995a; 1995b) defendeu a existência de direitos coletivos baseados na individualidade, mas que não se reduzem a esta, uma vez

que existem bens compartilhados comunitariamente e que só podem ser exercidos dentro dessa dimensão plurissubjetiva. Ela destacou a existência de *direitos diferenciados por grupos*, os quais estão associados à representação das minorias, à preservação da polietnicidade e ao autogoverno enquanto comunidade, e que podem ser exercidos por indivíduos, por grupos ou pelo próprio Estado em nome dos grupos. Para ela, o termo *direitos coletivos* é inapropriado, por ser demasiadamente amplo e impreciso quanto à sua aplicação e, sobretudo, por sugerir uma falsa dicotomia em relação aos direitos individuais: “Numa interpretação natural [*sic*], os ‘direitos coletivos’ referem-se aos direitos concedidos e exercidos pelas coletividades, sendo que estes direitos são distintos e talvez conflitantes com os direitos concedidos aos indivíduos que compõem a coletividade” (Kymlicka, 1995b, p. 45).

Há de se considerar, no entanto, que nem todos os direitos relacionados a grupos podem ser exercidos ao mesmo tempo por indivíduos, coletividades e pelo Estado. O *Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)*, por exemplo, distinguiu no parágrafo único do art. 81 que a defesa coletiva pode envolver *direitos individuais homogêneos* (se o bem protegido é divisível e o grupo beneficiário é determinável), *direitos coletivos* (bem indivisível e grupo determinado) e *direitos difusos* (bem indivisível e grupo indeterminado) (Brasil, 1990/2022, p. 30). Jean Dhommeaux (2004) identificou três principais destinatários das normas linguísticas internacionais: os *indivíduos que pertencem a minorias linguísticas*, as próprias *minorias linguísticas* e as *línguas minoritárias ou regionais*. Giovanni Poggeschi (2010, pp. 32-39), propôs uma classificação baseada na existência de três tipos de titulares dos direitos linguísticos reconhecidos na ordem jurídica internacional: direitos transversais ao desenvolvimento dos direitos humanos/fundamentais em geral, que são voltados aos *indivíduos* genericamente; direitos específicos para a proteção das *minorias nacionais* e de suas línguas; direitos concedidos aos *estrangeiros* e seus descendentes que estão sob a jurisdição do Estado de acolhimento.

Behares (2013, p. 33) propôs uma divisão dos direitos linguísticos em dois subconjuntos: direitos dos falantes e direitos das comunidades linguísticas. Os *direitos dos falantes* ou *direitos de linguagem* são direcionados para os indivíduos na condição de sujeitos de linguagem, seres falantes ou usuários de línguas; eles se caracterizam essencialmente como *direitos linguísticos naturais* e se resumem no próprio direito pré-jurídico de “ser falante” de uma determinada língua. Os *direitos das comunidades linguísticas*

ou *direitos de língua* estão relacionados ao reconhecimento de línguas e variedades linguísticas associadas a grupos linguísticos em relações assimétricas de poder; eles são estabelecidos nos âmbito dos sistemas jurídicos por meio de uma ação política, *constituindo-se, portanto, como direitos linguísticos positivos*, e pressupõem intrinsecamente a ideia de comunidade linguística, que só pode ser definida como parte de uma estrutura sociopolítica independente das vontades individuais.

Marcos Paulo Santa Rosa Matos (2022, p. 434) propôs uma classificação que essencialmente integra essas últimas três categorizações, além dos conceitos de personalidade e territorialidade: os *direitos linguísticos individuais* podem referir a direitos universais ou direitos de indivíduos pertencentes a certos grupos linguísticos (os quais podem ser pessoais ou territoriais); os *direitos linguísticos coletivos*, por sua vez, dizem respeito aos direitos dos grupos linguísticos, sobretudo minorias, sejam nacionais ou estrangeiras; finalmente, os *direitos linguísticos difusos* dizem respeito às línguas, quer sejam majoritárias ou minoritárias. Cabe destacar, que a distribuição de direitos concretos entre essas classes teóricas é bastante desigual, e muitas vezes apresenta inconsistências viscerais; Behares (2017, pp. 196-197), por exemplo, observou que no cenário internacional, o indivíduo é o titular mais frequente dos direitos linguísticos, muitas vezes de direitos que são intrinsecamente coletivos e concretizados no âmbito grupal das comunidades linguísticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos linguísticos ainda dependem de uma longa luta por reconhecimento e efetividade para constituir a realidade ordinária no âmbito da sociedade internacional e de muitos Estados nacionais. Sua tutela, especialmente em contextos sociopolíticos nos quais as minorias linguísticas deles beneficiárias possuem uma posição bastante frágil, não é suficientemente garantida por meio de instrumentos jurídicos que apresentem disposições legislativas implícitas, genéricas ou vagas, pois os direitos linguísticos ficam sujeitos a muitas interpretações (Hamel, 1993, pp. 88-89); sua concretização demanda tanto a edição de normas complementares ou especificadoras com uma redação mais clara, detalhada e precisa (Hamel, 2003, pp. 51) quanto a proteção de outros tipos de direitos que funcionam como condição *sine qua non* ao exercício dos direitos linguísticos, sobretudo

aqueles relacionados à educação, à autodeterminação e à democratização dos meios de comunicação social (Hamel, 1994, p. 220).

Além desses desafios específicos relacionados ao funcionamento do sistema jurídico-político, há de se considerar o distanciamento existente entre as discussões jurídicas sobre a regulação das práticas de linguagem, das línguas e das comunidades linguísticas – de um lado – e as investigações linguísticas sobre esses mesmos objetos – de outro (Hamel, 1993, p. 88). O presente trabalho busca contribuir para a aproximação entre essas dimensões, que são fundamentais à positivação dos direitos linguísticos e à pertinência das normas jurídicas que os estabelecem; partimos do pressuposto de que abordá-los por meio de análises jurídico-linguísticas colabora para aprofundar sua compreensão e para fortalecer sua importância na agenda política. O metadiscurso sobre os direitos linguísticos, ao trabalhar a essência e os limites dessa noção, também participa de sua elaboração conceitual e de sua divulgação como ferramenta política.

Embora o fazer político seja absolutamente necessário aos direitos linguísticos, enquanto única via capaz de promover seu reconhecimento e seu cumprimento, a dimensão jurídico-linguística não se reduz a uma questão de político-linguística, porque enquanto esta relaciona-se àquilo que é socialmente almejado (Calvet, 2002, p. 21), aquela refere-se ao que é individual ou coletivamente devido. Há, portanto, um problema fundamental a ser resolvido por meio dos direitos linguísticos: a definição e a garantia de justiça linguística para todas as pessoas e comunidades; apesar de fazê-la alcançar de fato a totalidade de beneficiários ser algo materialmente muito difícil, e até inviável em relação a determinadas soluções como a oficialização de línguas minoritárias (Hamel, 1993, pp. 90-91; Lagerpetz, 2001, pp. 117 e 129), a universalização da liberdade e da igualdade linguísticas deve ser buscada continuamente, como princípio ético orientativo.

REFERÊNCIAS

Altenhofen, C. V. (2013). Baes para uma política linguística das línguas minoritárias no Brasil. Em C. Nicolaidis *et al.* (Orgs.), *Política e políticas linguísticas* (pp. 93-116). Pontes Editores.

Auroux, S. (1992). *A revolução tecnológica da gramatização*. Editora da Unicamp.

Áustria [Österreich]. (1867, 22 dez.). Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. *Reichs-Gesetz-Blatt für das Kaisertum Österreich*, 1867(Jahrgang), 394-396. Kaisertum Österreich. <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?apm=0&aid=rgb&datum=18670004&seite=00000394>.

Áustria [Austria]. (2021). *Basic Law of 21 December 1867 on the General Rights of Nationals in the Kingdoms and Länder represented in the Council of the Realm: Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder – StGG*. [Updated text]. Das Rechtssystem des Bundes. https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1867_142/ERV_1867_142.pdf.

Áustria *et al.* [Autriche *et al.*]. (1815). *Acte du congrès de Vienne du 9 juin 1815, avec ses annexes*. [Édition officielle et collationnée avec le, texte de l'instrument original déposé aux Archives de la Chancellerie de Cour et d'État]. De L'Imprimerie Impériale et Royale. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k91227n>.

Arzoz, X. (2007). The nature of language rights. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 6(2), 1-35. https://www.ecmi.de/fileadmin/redakteure/publications/JEMIE_Datens%C3%A4tze/Jemie_datens%C3%A4tze_2007/2-2007-Oeter-Introduction.pdf.

Bauböck, R. (2001). *Public culture in societies of immigration*. Malmö University. <https://mau.diva-portal.org/smash/get/diva2:1410006/FULLTEXT01.pdf>.

Behares, L. E. (2013). Hablantes y comunidades: crítica de la noción estándar de derechos lingüísticos. Em N. Farenzena (Org.), *VI Encontro Internacional de. Investigadores de Políticas Linguísticas*. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Asociación de Universidades Grupo Montevideo.

Behares, L. E. (2014, maio/ago.). Opciones educativas culturalmente sensibles a la diversidad y la implementación de los derechos lingüísticos. *Educação*, 39(2), 265-276. <https://doi.org/10.5902/1984644413915>.

Behares, L. E. (2015). Políticas lingüísticas, derechos lingüísticos y políticas de inclusión social. Análisis de sus interacciones y de sus especificidades. Em A. Reguera (Comp.), *Actas del VII Encuentro Internacional de Investigadores en Políticas Lingüísticas* (pp. 59-79). Universidad Nacional de Córdoba, Asociación de Universidades Grupo Montevideo. <http://hdl.handle.net/11086/2167>.

Behares, L. E. (2017). A educação e os direitos linguísticos dos surdos: relações, princípios e políticas públicas. *Políticas Educativas*, 11(1), 193-208. <https://seer.ufrgs.br/index.php/Poled/article/view/77084>.

Blanco, X. M. P. (2018). *Lenguas y constitución: interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución Española*. Thomson Reuters Aranzadi.

Brandes, T. H. (2009, Spring). Rethinking equality: National identity and language rights in the United States. *Texas Hispanic Journal of Law and Policy*, 15(7), 7-49. <https://ssrn.com/abstract=1596703>.

Brasil (2022). *Código de defesa do consumidor*. (12. ed.). Edições Câmara.

Calvet, L. J. (2002). *Le marché aux langues: essai de politologie linguistique sur la mondialisation*. Plon.

Canadá [Canada]. (1967). Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. *Rapport de la Commission royale d'enquete sur le bilinguisme et le biculturalisme: Livre I (Introduction générale; Les langues officielles)*. Gouvernement du Canada. https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageFichier.aspx?idf=153953.

Canadá [Canada]. (1990, 15 mars). *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342. Cour suprême du Canada. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/580/1/document.do>.

Canadá [Canada]. (1999, 20 mai). *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768. Cour suprême du Canada. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/1700/1/document.do>.

Coulombe, P.A. (1993, Jan.). Language rights, individual and communal. *Language Problems and Language Planning*, 17(2), 140-152. <https://doi.org/10.1075/lplp.17.2.03cou>.

Crystal, D. (1987). *The Cambridge Encyclopedia of Language*. Cambridge University Press.

Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos (2003). Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos. Em G. M. Oliveira (Org.), *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos* (pp. 18-43). Campinas, Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil, Florianópolis, SC, Brasil, Instituto de Investigação e Desenvolvimento em Política Linguística.

Delpérée, F. (2004). Territorialité ou personnalité linguistique?. Em A. M. Pourhiet (Dir.), *Langue(s) et Constitution(s)* (pp. 101-112). Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

Dhommeaux, J. (2004). Les langues minoritaires et le droit international et européen. Em A. M. Pourhiet (Dir.), *Langue(s) et constitution(s)* (pp. 187-208). Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

Díaz, R. L. S. (1999). Derechos lingüísticos y derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, (41), 197-209. <https://doi.org/10.15581/011.32150>.

Dubois, J. et al. (2014). *Dicionário de Linguística*. Cultrix.

Gazzola, M. (2014). *The evaluation of language regimes: Theory and application to multilingual patent organisations*. John Benjamins Publishing.

Hamel, R. E. (1993). Derechos lingüísticos. *Nueva Antropología*, (44), 71-102. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nueva-antropologia/article/view/15648/13974>.

Hamel, R. E. (1994, ene./abr.). Legislación y derechos lingüísticos. *Estudios Sociológicos del Colegio de México*, 12(34), 205-224. <https://doi.org/10.24201/es.1994v12n34.1010>.

Hamel, R. E. (1995). Derechos lingüísticos como derechos humanos: debates y perspectivas. *Alteridades*, (10), 11-23. <https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/560>.

Hamel, R. E. (2003). Direitos lingüísticos como direitos humanos: debates e perspectivas. Em G. M. Oliveira (Org.), *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos* (pp. 47-80). Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil, Instituto de Investigação e Desenvolvimento em Política Linguística.

Jellinek, G. (1892). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Akademische Buchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). <https://archive.org/details/systemdersubjek00jellgoog>.

Kloss, H. (1971). Language rights of immigrant groups. *International Migration Review*, 5(2), 250-268. <https://doi.org/10.1177/019791837100500208>.

Kloss, H. (1998). *The american bilingual tradition*. Center for Applied Linguistics. <https://eric.ed.gov/?id=ED423706>.

Kymlicka, W. (1995a). *The rights of minority cultures*. Oxford University Press.

Kymlicka, W. (1995b). *Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*. Clarendon Press, Oxford University Press.

Lagerpetz, E. (2001, oct.). Sobre los derechos lingüísticos. *Isonomía*, (15), 109-130. . <https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/520>.

Leclerc, J. (2020). *L'aménagement linguistique dans le monde*. Université Laval. <http://www.axl.cefanelaval.ca>.

Leung, J. H. C. (2018). Language Rights. Em J. Visconti (Ed.), *Handbook of communication in the legal sphere* (pp. 54-82). Walter de Gruyter.

Lyons, J. (2013). *Lingua(gem) e linguística: Uma introdução*. LTC.

Massana, A. M. (1984, ene./abr.). La regulación constitucional del multilingüismo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (10), 123-154. <https://www.jstor.org/stable/44202873>.

Matos, M. P. S. R. (2022). *Funcionamento e posicionamento do discurso jurídico-constitucional acerca das línguas e dos direitos linguísticos no Brasil*. [Tese Doutorado]. São Cristóvão, Universidade Federal de Sergipe. <https://ri.ufs.br/handle/riufs/16266>.

May, S. (2012). Language rights: The forgotten dimension of human rights. Em T. Cushman (Ed.), *Handbook of Human Rights* (pp. 311-323). Routledge.

Nações Unidas [United Nations]. (1948, 8 Dec.). General Assembly (Third session). *International Bill of Human Rights* [ref.: E A/RES/217(III)]. [https://undocs.org/en/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/en/A/RES/217(III)).

Nações Unidas [United Nations]. (1979). Commission on Human Rights. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities by Francesco Capotorti* [ref.: E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1]. <https://undocs.org/en/E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1>.

Nações Unidas [United Nations]. (1993). General Assembly (Forty-seventh session). *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. [ref.: A/RES/47/135]. <https://undocs.org/en/A/RES/47/135>.

Parijs, P. V. (2011). *Linguistic justice for Europe and for the world*. Oxford University Press.

Patten, A. e Kymlicka, W. (2003). Introduction. Language rights and political theory: Context, issues, and approaches. Em A. Patten e W. Kymlicka (Eds.), *Language rights and political theory* (pp. 1-51). Oxford University Press.

Pizzorusso, A. (1986, sept./dic.). Libertad de lengua y derechos lingüísticos: un estudio comparado. *Revista Vasca de Administración Pública*, (16), 15-30. <https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=16&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=2&locale=eu>.

Poggeschi, G. (2010). *I diritti linguistici: Un'analisi comparata*. Carcchi Editore.

Poggeschi, G. (2013). *Language rights and duties in the evolution of public law*. Nomos.

Pons-Parera, E. (2006). Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo. Em J. M. P. Fernández (Coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España* (pp. 65-104). Atelier.

Rubio-Marín, R. (2003). Language rights: Exploring the competing rationales. Em A. Patten e W. Kymlicka (Eds.), *Language rights and political theory* (pp. 56-79). Oxford University Press.

Sheppard, C. A. (1972). *Régimes linguistiques canadiens et étrangers*. Synthèse S6: Synthèses réalisées pour le compte de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec. Éditeur officiel du Québec.

Skutnabb-Kangas, T. (2000). *Linguistic Genocide in Education – Or Worldwide Diversity and Human Rights?* Lawrence Erlbaum Associates.

Skutnabb-Kangas, T. (2006). Language policy and linguistic Human Rights. Em T. Ricento (Org.), *An introduction to language policy: Theory and method* (pp. 273-291). Blackwell Publishing.

Skutnabb-Kangas, T. (2015). Language rights. Em W. E. Wright, S. G. Boun e O. García, *The handbook of bilingual and multilingual education* (pp. 185-202). Wiley Blackwell.

Skutnabb-Kangas, T. e Phillipson, R. (1994). Linguistic human rights, past and present. Em T. Skutnabb-Kangas e R. Phillipson (Eds.). *Linguistic Human Rights: Overcoming linguistic discrimination* (pp. 71-110). Mouton de Gruyter.

Skutnabb-Kangas, T. e Phillipson, R. (1998, Feb.). Language in Human Rights. *International Communication Gazette*, 60(1), 27-46. <https://doi.org/10.1177/0016549298060001003>.

Skutnabb-Kangas, T. e Phillipson, R. (2017). A Human Rights perspective on language ecology. Em A. Creese, P. Martin e N. H. Hornberger (Eds.), *Encyclopedia of language and education*. (2. ed., v. 9, pp. 3-13). Springer Science.

Tamir, Y. (1993). *Liberal nationalism*. Princeton University Press.

Tavolari, B. M. D. (2019). *As origens da juridificação: Teoria crítica e direito* [Tese Doutorado]. São Paulo, Universidade de São Paulo. <https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-07082020-145833>.

Taylor, C. (1994). The politics of recognition. Em C. Taylor *et al.*, *Multiculturalism: Examining the politics of recognition* (pp. 25-73). Princeton University Press.

Turi, J. G. (1994). Typology of language legislation. Em T. Skutnabb-Kangas e R. Phillipson (Eds.), *Linguistic Human Rights: Overcoming linguistic discrimination* (pp. 111-119). Mouton de Gruyter.

União Europeia (2007, 13 dez.). *Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007*. [ref.: C2007/306/01]. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2007.306.01.0001.01.POR.

Vieytes, E.J.R. (2005, mayo/ago.). Lenguas y constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa. *Revista Vasca de Administración Pública*, (72), 231-276. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.72.2005.07>.

Weber, M. (1999). *Economia e sociedade: Volume 2*. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

Wee, L. (2011). *Language without rights*.: Oxford University Press.

Witte, B. (1985, des.). Linguistic equality. A study in comparative constitutional law. *Revista de Llengua i Dret*, (6), 43-126. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/1457>.

Witte, B. (2009, juny). L'évolution des droits linguistiques (1983-2008). *Revista de Llengua i Dret*, (51), 47-61. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/2264>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

TRANSFOBIA E HETERONORMATIVISMO EM UMA
POLÍTICA CARCERÁRIA “À BRASILEIRA”

TRANSPHOBIA AND HETERONORMATIVITY IN A
“BRAZILIAN-STYLE” PRISON POLICY

TRANSFOBIA, HETERONORMATIVISMO UNA
POLÍTICA CARCELARIA BRASILEIRA

NIEISSA DOS SANTOS PEREIRA*
BACILDES AZEVEDO MORAES TERCEIRO**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a13

* Advogada, Professora, Graduanda em Jornalismo pelo Centro Universitário Unifatecie. Membro do Projeto Por Elas, Especialista em Direito Penal e em Direito do Trabalho, ambos pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Analista Jurídica do Projeto Por Elas. Membro Titular do Conselho Estadual dos Direitos da População Lésbica, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis. Pós-graduanda em Direito Cibernético pela Faculdade Líbano. Pós-graduanda em Ciências Criminais, Direito Previdenciário e Processo Previdenciário e em Direito Homoafetivo e de Gênero, ambos pela Faculdade de Minas (FACUMINAS). Orientadora voluntária do Departamento de Iniciação Científica do IBCCRIM - Laboratório de Ciências Criminais. Email: nieissa.adv@outlook.com

** Professor, Gestor de Cursos, Coordenador (Direito) e Advogado. Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas; Especialista em: Direito Constitucional; Direito Público e Gestão Pública. Professor pesquisador do NAVE - Núcleo de Estudos Avançados em Comunicação Empresarial e Integra o Centro de Pesquisas Jurídicas, com a linha de pesquisa “Governança, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”. Consultor Jurídico-pedagógico do Projeto Por Elas (organização sem fins lucrativos, de combate à violência contra a mulher). Email: bacildes@outlook.com.

Resumo

O presente artigo trata da transfobia na política carcerária brasileira, à luz da Teoria do Garantismo aplicada à Lei de Execução Penal (LEP). Problematisa-se, nessa senda, qual a importância de uma compreensão hermenêutica genuinamente garantista da LEP para o combate à transfobia na política carcerária brasileira. O objetivo geral é propor uma revisão da política carcerária brasileira, insculpida no mencionado diploma, mediante alteração legislativa, para que se passe a contemplar a identidade de gênero como fator de discriminação positiva no ambiente prisional. Para atingir esse desiderato, intenta-se: analisar as particularidades da política carcerária brasileira; estudar a forma como o preconceito influencia de fora pra dentro do cárcere; e investigar como a Teoria do Garantismo Penal pode ser aplicada à Lei de Execução em prol da diversidade sexual dentro cárcere. Adotou-se, na aproximação do tema, a pesquisa dialética e, na condução do trabalho, o método descritivo, com o levantamento de dados e revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, dentre outras obras acerca do tema, bem como a legislação nacional, e pode ser classificada como qualitativo-quantitativa. Conclui-se que o preconceito e a discriminação têm seu início do lado de fora do cárcere e essa realidade influencia, negativamente, a política carcerária brasileira e ocasiona no desrespeito de direitos que pode ser solucionado através de uma mudança de mentalidade por parte da população e do agir do Estado por meio de políticas públicas e da sua atividade legiferante com a reforma de artigos na LEP e também na sua atividade jurisdicional garantindo os direitos.

Palavras-chave: transfobia, política carcerária, garantismo penal.

Abstract

This article deals with transphobia in Brazilian prison policy, in the light of the Garantism Theory applied to the Penal Execution Law (LEP). In this regard, it is problematized the importance of a genuinely guaranteeing hermeneutic understanding of the LEP to combat transphobia in Brazilian prison policy. The general objective is to propose a revision of the Brazilian prison policy, enshrined in the aforementio-

ned diploma, through legislative amendment, so that gender identity can be contemplated as a factor of positive discrimination in the prison environment. In order to achieve this aim, the aim is to: analyze the particularities of Brazilian prison policy; studying how prejudice influences from outside to inside prison; and investigate how the Theory of Criminal Garantism can be applied to the Execution Law in favor of sexual diversity within prison. Dialectical research was adopted in approaching the theme and, in conducting the work, the descriptive method, with data collection and bibliographical review, using books, articles, among other works on the theme, as well as the national legislation, and can be classified as qualitative-quantitative. It is concluded that prejudice and discrimination begin outside prison and this reality negatively influences Brazilian prison policy and causes disrespect for rights that can be solved through a change of mindset on the part of the population and of the State's action through public policies and its legislative activity with the reform of articles in the LEP and also in its jurisdictional activity guaranteeing rights.

Keywords: transphobia, prison policy, criminal guarantee.

Resumen

Este artículo aborda la transfobia en la política carcelaria brasileña, a la luz de la Teoría del Garantismo aplicada a la Ley de Ejecución Penal (LEP). Se problematiza en este sentido cuál es la importancia de una comprensión hermenéutica genuinamente garantista de la LEP para combatir la transfobia en la política carcelaria brasileña. El objetivo general es proponer una revisión de la política carcelaria brasileña, establecida en dicho marco legal, a través de cambios legislativos, para que se incluya la identidad de género como factor de discriminación positiva en el ámbito penitenciario. Para lograr este objetivo, se intenta: analizar las particularidades de la política carcelaria brasileña; estudiar cómo el prejuicio influye de afuera hacia adentro de la cárcel; e investigar cómo la Teoría del Garantismo Penal puede aplicarse a la Ley de Ejecución en beneficio de la diversidad sexual dentro de la prisión. Se adopta una aproximación del tema y una investigación dialéctica en la realización del trabajo, usando el método

descriptivo, con la recopilación de datos y revisión bibliográfica, utilizando libros, artículos, entre otras obras sobre el tema, así como la legislación nacional, y puede clasificarse como cualitativo-cuantitativo. Se concluye que el prejuicio y la discriminación tienen su origen fuera de la cárcel y esta realidad influye negativamente en la política carcelaria brasileña y conduce al irrespeto de los derechos que pueden resolverse mediante un cambio de mentalidad por parte de la población y la acción del Estado a través de políticas públicas y su actividad legislativa con la reforma de artículos en la LEP y también en su actividad judicial garantizando los derechos.

Palabras clave: transfobia, política carcelaria, garantismo penal.

INTRODUÇÃO

A discriminação contra a diversidade sexual ainda se encontra muito presente na sociedade, o que provoca a segregação e exclusão social desse grupo social vulnerado. Quem também sofre com a mesma situação, são aquelas pessoas que vivem em situação de cárcere, pois são duplamente excluídas pela sociedade e pela própria política carcerária. Essa realidade é ainda pior para aqueles, cuja identidade de gênero não corresponde aos padrões impostos pela sociedade e também se encontram aprisionados (Santana, 2016, p. 37). Tendo isso em vista, faz-se necessário abrir a discussão sobre a diversidade sexual na política carcerária brasileira, à luz da Teoria do Garantismo aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984).

Uma das formas de combater o preconceito dentro do cárcere se apresenta na possibilidade de proporcionar um trato adequado quando o assunto for o encarceramento do público transexual. Partindo dessa realidade questiona-se: Qual a importância de uma hermenêutica garantista da LEP, para o combate à transfobia na política carcerária brasileira?

O presente artigo possui relevância, pois contribui como um instrumento que busca pela conscientização social em relação ao tratamento prisional concedido pela política carcerária brasileira em face da diversidade sexual, bem como, do ponto de vista jurídico, visa entender que, a partir da concepção do Estado Constitucional de Direito, o Garantismo Penal pode ser conceituado como um conjunto de regras impostas a todos os poderes estatais na tutela dos direitos de todos.

Na busca por respostas, este trabalho propõe uma revisão da política carcerária brasileira, mediante alteração legislativa para que a LEP passe a contemplar a identidade de gênero. Para tanto, está estruturado em três seções que, do seguinte modo, representam os três objetivos específicos propostos no artigo: no primeiro, estudar-se-á sobre a política carcerária brasileira e suas particularidades; em seguida, será abordado como o preconceito contra a diversidade sexual influencia de fora para dentro do cárcere; e, por fim, no terceiro tópico, será feita uma análise acerca da Teoria do Garantismo aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) em prol da diversidade sexual. Esses objetivos coincidem com as seções do artigo.

Dessa feita, o primeiro tópico trata da política carcerária brasileira, que surgiu com o objetivo de organizar os serviços voltados para a execução da pena imposta, que visa a ressocialização dos apenados, bem como ana-

lisa de que forma essa política vem sendo implantada e se ela cumpre com os seus objetivos. No segundo item, por sua vez, faz-se uma análise sobre como o preconceito contra a diversidade sexual que se encontra presente de forma massiva na sociedade, pode influenciar o sistema prisional e contribuir de forma negativa para a garantia e efetivação de direitos. Já a terceira e última seção busca entender de que forma a Teoria do Garantismo, quando aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), pode contribuir de forma positiva para o combate ao preconceito contra a diversidade sexual dentro do cárcere.

A pesquisa feita, quanto à aproximação do tema, pode ser classificada como dialética, que considera os fatos ocultos dentro de um contexto social hegemônico em que certas contradições dão origem a outras, para as quais se buscam soluções. Em relação à condução do trabalho, segue o método descritivo com o levantamento de dados e revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, dentre outras obras acerca do tem, bem como a legislação nacional. A pesquisa pode ser classificada como qualitativo-quantitativa.

A POLÍTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA E SUAS PARTICULARIDADES

A política carcerária brasileira, consoante será exposto neste tópico, é caracterizada pelo binarismo sexual. Apresenta uma legislação de maior relevância (Brasil, 1984), que, por sua vez, se mostra atenta apenas com a questão de gênero, que leva em conta o sexo no seu sentido biológico. Porém, essa referência se encontra distorcida e não corresponde ao verdadeiro significado da palavra “gênero”.

Dentro da política carcerária, isso implica em desrespeito e violação de direitos para com aqueles que possuem uma identidade de gênero que não condiz com os padrões impostos pela sociedade. Diante disso, se tornaram personagens principais do cenário prisional do país pelo fato do preconceito impossibilitar a inclusão social e que acaba resultando em casos de delinquência.

O binarismo sexual e o cárcere

De forma equivocada, o conceito de gênero ainda está atrelado ao entendimento de que homens e mulheres são diferenciados pelos seus órgãos genitais. Através desse engano, é que se constitui o caráter binário

que impõe uma verdade baseada na compreensão de que a mãe-natureza é quem determina a sexualidade de cada um (Oliveira, 2018, p. 13).

Por sua vez, de acordo com Figueiredo *et al.* (2018, p. 6) o binarismo dar-se por meio da divisão dicotômica do sexo, levando em consideração apenas o sexo destinado no nascimento, excluindo as pessoas que se consideram de outro gênero diferente do sexo que lhe é predestinado. Partindo dessa visão distorcida de gênero, aqueles que contrariam esse ideal são vistos como corpos estranhos em meio à lógica heteronormativa (Oliveira, 2018, p. 14).

O real conceito de gênero pode ser entendido, segundo De Jesus (2017, p. 12) como uma das formas que o indivíduo tem de se identificar e ser identificado como homem ou como mulher, ou seja, é uma classificação pessoal e social de cada pessoa e que independe do sexo que, por sua vez, pode ser masculino ou feminino.

Ou seja, de acordo com Oliveira (2018, p. 15) ser homem e ser mulher não é algo que não pode ser modificado e é a partir desse entendimento que surgem as entidades transgêneras que, por sua vez, abarca os transexuais¹ e que por serem considerados “os corpos estranhos” são vítimas contumazes de preconceito e discriminação. Essa realidade advém de uma construção social e cultural e que vem ganhando forças ao longo do tempo e exerce influência no mundo jurídico, devido ao fato de que o Direito é construído por indivíduos e que deve estar em harmonia com a realidade social.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) proíbe a discriminação de qualquer tipo e trata como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em seu art. 3.º, IV. Além disso, também afirma que a lei deve punir qualquer tipo de discriminação no bojo do art. 5.º, XLI (Brasil, 1988), porém, ainda não é o suficiente para combater o preconceito contra a diversidade sexual:

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a ordem constitucional anterior, instaurando o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito, garantindo direitos como a proibição da discriminação de qualquer tipo, seja por raça, cor e sexo, além do respeito ao princípio

1 Nota dos autores: A palavra “transexual” caracteriza uma pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento, sendo assim um termo mais genérico (De Jesus, 2017, p. 27).

da igualdade. Apesar da previsão constitucional dos princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, pouca coisa se fez no Legislativo no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual, deixando as minorias sexuais (LGBT) sem o devido amparo protetivo (Balestero, 2011, p. 6).

Os direitos e garantias dispostos na Constituição Federal, portanto, se estendem a todos os cidadãos independentemente da orientação sexual ou da identidade de gênero. O direito a não discriminação contra a diversidade sexual vem a ser um objetivo, uma meta a ser alcançada na busca por igualdade e por uma sociedade mais digna e, portanto, deve ser alvo de amparo e de proteção por parte do poder público.

Ainda que seja vista desta forma, a Carta Magna traz em suas disposições, a sexualidade que leva em consideração o sexo biológico dos indivíduos (Requi, 2018, p. 15). Essa mesma lógica que está presente na Constituição (Brasil, 1988), também se encontra na política carcerária brasileira e isso pode ser visto ao longo dos dispositivos da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) como, por exemplo, os arts. 89 e 90 da referida lei:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de *mulheres* será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. [...] Art. 90. A penitenciária de *homens* será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação (grifos nossos)

Destarte, tanto na Constituição Federal (Brasil, 1988) quanto na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), é possível perceber que a política criminal e carcerária do país, adota a heteronormatividade e o binarismo sexual para determinar os seguimentos do cárcere.

Dessa forma, é possível perceber que pessoas que possuem uma identidade de gênero “fora dos padrões”, não se encaixam dentro da concepção binária e heteronormativa trazida pelo ordenamento jurídico. Essas pessoas quando são submetidas ao cárcere, no momento em que é determinada a unidade prisional onde irão cumprir a pena, encontram dificuldades para que possam exercer a sua identidade de gênero (Oliveira, 2018, p. 46).

Diante dessa realidade, o que se vê é que há uma verdadeira descon-sideração da identidade de gênero do indivíduo e isso se dá não somente por parte do sistema carcerário, mas também por parte do poder legiferante do Estado e isso faz com que o preconceito e a discriminação encontrem legiti-midade para existir e se propagar por toda a sociedade.

A política carcerária e a identidade de gênero.

De acordo com Dotti (2012, p. 657), a execução penal pode ser compreendida em dois sentidos: o sentido restrito e o sentido amplo. O primeiro sentido diz respeito à atividade jurisdicional do Estado que, em cooperação com a comunidade, objetiva o cumprimento da pena cominada na sentença. Já o sentido amplo, está atrelado à efetivação das decisões judiciais e administrativas que se relacionam com as garantias, os direitos e deveres dos presos provisórios, condenados, dos internados e dos egressos.

O art. 59 do Código Penal (Brasil, 1940), adota a teoria mista ou unificadora da pena que traz a noção de reprovação e prevenção do crime. Ou seja, segundo Greco (2015, p. 537) “a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.

Os efeitos da condenação criminal não só se refletem no mundo jurídico, mas também na vida da pessoa a qual lhe é atribuída uma sanção. A condenação se torna uma espécie de “seleção natural” que vai distinguir quem é “do bem” e quem é “do mal”. Esse fato marca o indivíduo trazendo consequências para a sua autoestima, bem como para o seu convívio social, tendo em vista de que a certidão de antecedentes criminais, consiste em um requisito para que se possam, por exemplo, exercer atividades laborais:

São múltiplos os efeitos da condenação criminal. O primeiro deles é o estigma apostado na biografia da pessoa humana, distinguindo-a das demais em uma espécie de seleção natural entre os bons e os maus. Esse é um efeito traumatizante sob o aspecto individual, relativo à autoestima, e também social na medida em que a certidão negativa de antecedentes criminais é um dos requisitos para o exercício de muitas atividades, remuneradas ou não (Dotti, 2012, p. 661).

Esse fato se deve à chamada Teoria do Etiquetamento (Silva, 2015, p. 107) que, por sua vez, analisa como os estereótipos impostos pela sociedade

podem influenciar nas decisões por parte do Poder Judiciário em relação ao cometimento de crimes. O indivíduo passa a ser classificado a partir de um estigma social que influencia o sistema penal e por ser vulnerado em relação às questões sociais, étnicas ou de gênero, é rotulado e se torna exemplo para os demais.

Esse tratamento dado àqueles que se encontram em situação de cárcere, se deve ao fato de que aqueles que se dedicam a práticas criminosas, são considerados (as) verdadeiros inimigos (as) da sociedade. Seres de alta periculosidade que por provocarem um alto sofrimento para a coletividade, merecem ter seus direitos, inerentes à sua condição humana, suprimidos, cerceados (Zaffaroni, 2007, p. 11).

O preconceito contra aqueles que se encontra em situação prisional faz com que a sociedade exija uma retribuição estatal à altura do delito praticado, pois para alguns, o condenado deverá pagar ou compensar o mal que foi feito e a forma exata pra isso acontecer é quando o Estado priva a liberdade do sujeito infrator: “Se ao condenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator” (Greco, 2015, p. 537).

Com base nisso, é possível perceber que a execução penal não está sendo analisada com o objetivo de buscar a ressocialização daqueles que cometem crimes, mas de combater “fogo com fogo” e essa realidade abre portas para que direitos sejam desrespeitados.

A Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), dispõe que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos que não forem atingidos pela sentença (art. 3.º). Com a leitura desse artigo, é possível notar que os direitos da pessoa encarcerada consistem em um limite para a aplicação da pena privativa de liberdade (Duque, 2018, p. 131).

Os direitos das pessoas em reclusão carcerária se equiparam aos direitos daquelas que não estão privadas da sua liberdade de ir e vir, pois também fazem jus aos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal (Brasil, 1988). Porém, esses mesmos direitos não são consagrados ao público transexual (Figueiredo *et al.*, 2018, p. 7).

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro adota, segundo Figueiredo *et al.* (2018, p. 6) o binarismo, em âmbito social, como pressuposto para causar uma diferenciação na população que, por sua vez, gera o cerceamen-

to de direitos e garantias fundamentais daqueles que não se encaixam nos padrões estabelecidos e impostos pela sociedade.

Reflexo disso se mostra na própria Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu art. 5.º, XLVIII que assim dispõe: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (Brasil, 1988). O Código Penal (Brasil, 1941), bem como a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), traz em seus dispositivos ações que confirmam o que se encontra disposto na Carta Magna em relação à distinção que leva em consideração o sexo biológico.

Diante disso, o público transexual se vê excluído e desamparado por não ter uma legislação atenta à suas necessidades ou dispositivos no regimento criminal e prisional que possam abarcar os seus direitos dentro do cárcere:

Todavia, grupos de pessoas como os travestis e transexuais fogem dos padrões impostos pelo sexo e, portanto, acabam tendo sua dignidade desrespeitada. Isso gera um aumento da discriminação e violação de direitos da população transgênero dentro do sistema carcerário. No momento é importante destacar que esse binarismo jurídico torna ainda mais difícil a possibilidade de uma garantia de leis próprias para essa população (Figueiredo *et al.*, 2018, p. 7-8).

É de suma importância que o público transexual tenha a sua dignidade humana respeitada, pois pertencem a uma classe que é duplamente estigmatizada. Porém, na prática, não é isso que é visto na política carcerária brasileira, pois o Estado e a sociedade se mantêm inerte frente à situação da população transexual dentro do cárcere. Para que isso tenha um fim, é necessário que a busca pela igualdade e pela garantia dos direitos se dê com o respeito à identidade de gênero que já começa do lado de fora das unidades prisionais (Figueiredo *et al.*, 2018, p. 8).

Com a finalidade de buscar igualdade e respeito, faz-se necessário positivar a Homofobia como crime na Lei de Racismo (Brasil, 1989), como foi feito em decisão recente do Supremo Tribunal Federal² que sofreu críticas

2 Nota dos autores: O Supremo Tribunal Federal tratou do assunto em sede de remédios constitucionais como o Mandado de Injunção nº 4.733 (Brasil, 2012) e também por meio do controle de constitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26-DF (Brasil, 2013).

por conter resquícios do Direito Penal Simbólico. Ocorre que, esse pode ser um exemplo positivo de como o simbolismo penal pode contribuir para o combate às práticas discriminatórias através do fomento às discussões acerca do tema, bem como proporciona inclusão social e amparo jurisdicional. Eis o viés ético de um símbolo legislativo de apoio político à luta das minorias.

O perfil do encarceramento transexual

No Brasil, uma parte da população transexual é considerada de baixa renda e que vivem em situação de pobreza desde a infância e até mesmo durante toda a vida. Por esse fato, eles passam a viver à margem da sociedade e, além de representar uma ameaça ao padrão binário e sofrer com o preconceito, também sofre discriminação por serem considerados “os menos favorecidos” (Santana, 2016, p. 46).

Tendo em vista essa realidade, muitos se veem diante de uma única alternativa que é exercer um trabalho informal ou ilegal. Para sair da situação de informalidade ou ilegalidade, são feitas tentativas de ingresso no mercado de trabalho, mas surgem problemas no meio desse caminho como, por exemplo, a inadequação dos documentos e do registro civil em relação à identidade de gênero e o preconceito por parte dos empregadores (Santana, 2016, p. 46).

De acordo com dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90 % da população transexual tem como fonte de renda, a prostituição. Esse número alto se deve ao fato da dificuldade de entrar no mercado de trabalho formal e também da falta de qualificação profissional, tendo em vista a exclusão social, familiar e escolar (Benevides, 2018, p. 18).

Zamboni (2017), ao escutar o relato de Lola, uma travesti de 33 anos, trouxe à baila a relação que existe entre a transexualidade e o crime e através dele é possível perceber que o público transexual, não são criminosos habituais e sim, ocasionais que devido à marginalização imposta pela sociedade, se tornam delinquentes:

Nós, travestis, não somos do crime, entendeu? A gente muitas vezes comete um crime dentro daquilo que a gente faz que é a prostituição. Porque onde tem prostituição a gente sabe que tem muito crime. Na pista tem muita droga, muito roubo, muita violência também. Essa coi-

sa de ciúme, de competição, dá muita briga também, muito barraco. O crime é uma coisa que a gente pode fazer assim, e ser presa por isso, e tem que pagar cadeia. Mas não é da nossa natureza, entendeu? (p. 101).

A permanência no exercício de atividades informais e ilegais, por ser a única saída para essas pessoas, pode levar ao cárcere e as atuais condições da política carcerária brasileira pode representar uma verdadeira tormenta na vida de uma pessoa transexual e que, segundo Santana (2016) “não representa apenas uma prisão para o seu corpo – representa, sim, uma prisão para a sua alma” (p. 46).

Segundo dados mais recentes, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através do Banco de Monitoramento de Prisões, o Brasil conta com cerca de 812 564 presos, ao passo que 41,5 % desse total – cerca de 337 126 – são de presos provisórios. Com esses dados, o Brasil passa a ocupar a terceira posição no ranking de países que mais encarcera pessoas no mundo (G1, 2019, p. 1).

Em levantamento, acerca da população transexual no cárcere, feito pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos mostra que cerca de 50 % das mulheres transexuais encarceradas tem entre 30 a 45 anos; 46,2 % têm entre 18 e 29 anos e cerca de 3,8 % têm mais de 45 anos (MDH, 2020, p. 22). A presença de transexuais nos presídios masculinos se apresenta em maior número, cerca de 163 pessoas, enquanto nos presídios femininos, somente 3 pessoas (MDH, 2020, p. 20).

Em relação à existência ou não de alas ou celas destinadas exclusivamente às pessoas que se autodeclaram gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, o levantamento aponta que o Brasil possui cerca de 1449 estabelecimentos prisionais e desse número, apenas 106 possuem celas ou alas LGBT (MDH, 2020, p. 18).

Ao levar em consideração as regiões do país, apurou-se que na Região Sudeste, 52,8 % dos estabelecimentos prisionais possuem celas ou alas para o público LGBT. A Região Nordeste aparece em segundo lugar com cerca de 25,5 % seguida pela Região Centro-oeste com 15,1 %. As regiões Sul e Norte apresentam os menores números com 5,7 % e 0,9 %, respectivamente (MDH, 2020, p. 18b).

Em relação aos crimes cometidos, o roubo corresponde a cerca de 38,5 % das prisões efetuadas. O tráfico de drogas está em segundo lugar

com 34,6 %, seguido pelo crime de furto com 15,4 %, homicídio com 7,7 % e associação ao tráfico com 3,8 % (MDH, 2020, p. 26).

Com base no que foi apresentado no presente tópico é possível perceber que a política carcerária brasileira se caracteriza por ser binária e por isso não abarca o público transexual com a ausência de uma legislação ou de disposições ao longo da Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

Também foi possível traçar um perfil do público transexual que se encontra encarcerado e que se caracteriza por ser, a grande maioria, de baixa renda e que encontra na ilegalidade ou informalidade uma forma de sobreviver, tendo em vista o preconceito que impossibilita o seu ingresso no mercado de trabalho e que dessa forma se tornam delinquentes ocasionais.

No próximo tópico será abordado como o preconceito contra a diversidade sexual, que está enraizado na sociedade, pode influenciar na realidade, no dia a dia dentro do sistema prisional, dificultando o cumprimento da pena devido às práticas discriminatórias que se originam através de resoluções criadas para regulamentar o ingresso e o cumprimento da pena por parte de pessoas transexuais e, como órgãos internacionais têm contribuído pra o combate ao preconceito.

COMO O PRECONCEITO CONTRA A DIVERSIDADE SEXUAL INFLUENCIA DE FORA PRA DENTRO DO CÁRCERE

No tópico anterior, tratou-se sobre a política carcerária brasileira e a incidência do binarismo sexual na atual legislação que regulamenta o sistema prisional do país, bem como o perfil do encarceramento transexual que sofre grande influência do preconceito que se encontra do lado de fora dos presídios brasileiros.

Os princípios de yogyakarta x as resoluções estaduais no Brasil

No Brasil, não há legislação específica que trate da identidade de gênero no sistema carcerário. O que se tem, até hoje, se resume em iniciativas que se materializam em resoluções e decretos e em diversos tratados internacionais que, na verdade, é uma forma de chamar a atenção para o combate da transfobia dentro da política carcerária brasileira (Vieira, 2018, pp. 16-19).

Em âmbito internacional, no ano de 2006, ocorreu a Convenção da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos em Yogyakarta, na Indonésia. Nesse evento, foram elaborados princípios para aplicar a legislação internacional de Direitos Humanos relativos à orientação sexual e identidade de gênero, sendo o Brasil, signatário desta Convenção (Canheo, 2017, p. 3).

Cerca de 29 especialistas em legislações sobre Direitos Humanos, de 25 países, ficaram responsáveis pela elaboração do referido documento que conta com 29 princípios e recomendações endereçados aos Estados e que, por sua vez, deverão implementá-las (Canheo, 2017, p. 3b).

Um dos pontos que também foi tratado no documento, diz respeito ao Sistema Carcerário, que traz no princípio 9 o direito a um tratamento humano durante o período de detenção e também prevê que “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa” (Indonésia, 2006).

Aqui no Brasil, a primeira iniciativa, com base no que foi estabelecido na Convenção e que está relacionado ao Sistema Prisional, é a Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNPCC/CNCD/LGBT) n.º 01 de 2014 (Vieira, 2018, p. 13).

Essa resolução foi criada com o objetivo de estabelecer parâmetros de acolhimento ao público LGBT no cárcere. Vale ressaltar que esse documento serviu de base para a criação de resoluções estaduais como, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro - Resolução SEAP n.º 558 de 29 de maio de 2015 - e São Paulo – SAP n.º 11 de 30 de janeiro de 2014 (Canheo, 2017, pp. 4-7).

Apesar de ser considerado um avanço na busca por inclusão e no combate às violações de direitos da pessoa transexual, Canheo (2017, p. 4), ao analisar as referidas resoluções, reparou que não havia a presença da autodeterminação de gênero a ser utilizado como um critério para definir quais serão as unidades penitenciárias que irão receber as pessoas condenadas a uma pena privativa de liberdade.

Tal situação fere o que foi estabelecido na Convenção a qual, vale a pena lembrar, o Brasil é signatário, pois o documento tem como principal norteador o direito à autodeterminação e autodefinição (Indonésia, 2006). É de suma importância que toda pessoa possa se autodeterminar e se autodefinir, pois consiste em uma garantia de dignidade e de liberdade, bem

como é fundamental para o exercício da personalidade de cada indivíduo. Na Resolução Nacional (Brasil, 2014), um dos pontos que chama a atenção, é a distinção entre uma pessoa travesti e uma pessoa transexual que tem como critério diferenciador, questões de ordem fisiológica quando assim estabelecem:

Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e [...] transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

O que se pode perceber é que, em que pese o documento assinado na Convenção trazer a importância da autodefinição e autodeterminação, as resoluções criadas como base no referido documento em questão, ainda abarcam a noção equivocada de gênero, como foi explicitado no tópico anterior, ao relacionar gênero como o sexo biológico de cada indivíduo e assim reafirma o caráter binário das normativas nacionais.

A Resolução Nacional (Brasil, 2014) adotou os critérios biológico e fisiológico enquanto que nas resoluções estaduais do Rio de Janeiro (Brasil, 2015) prevalece tanto o critério biológico e o fisiológico quanto a autodeterminação, e em São Paulo (Brasil, 2014), prevalece o critério fisiológico ao determinar que somente aquelas pessoas que realizaram o procedimento cirúrgico de transgenitalização, poderão ter direito à inclusão em unidade prisional correspondente à sua identidade de gênero (Canheo, 2017, pp. 6-7).

Em se tratando de Alas LGBTs, a maioria dos Estados brasileiros, seguem a Resolução Nacional (Brasil, 2014). Porém, algumas unidades se anteciparam ao criar alas antes mesmo do surgimento da referida Resolução como, por exemplo, os Estados da Paraíba, Porto Alegre e Minas Gerais (Canheo, 2017, p. 7).

No tópico seguinte, será analisado como a Teoria do Garantismo Penal pode ser aplicada à Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) visando ajudar no combate ao preconceito e a discriminação contra a diversidade sexual dentro da política carcerária brasileira.

A TEORIA DO GARANTISMO APLICADA À LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM PROL DA DIGNIDADE TRANS NA POLÍTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA

No item anterior, analisou-se como o preconceito contra a diversidade sexual que está enraizada na sociedade, pode influenciar a Política carcerária e, dessa forma, afetar a vivência do público transexual dentro do sistema prisional brasileiro com o surgimento de ilegalidades e diversas formas de violência que se refletem no exercício de direitos.

A teoria do garantismo penal e sua influência na lei

O modelo de execução da pena que é adotado pela política carcerária brasileira, tem como principal objetivo o cumprimento da sanção penal condenatória em observância a uma série de direitos e garantias do apenado que, por sua vez, objetivam a reinserção social, com base no princípio da humanização das penas (Cavinato, 2009, p. 1553).

Porém, o que ocorre na prática é justamente o contrário, o que caracteriza um desrespeito aos princípios trazidos pela Carta Magna (Brasil, 1988), bem como pela Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984). Diante dessa realidade, surge a doutrina garantista com o objetivo de resgatar esses princípios para resguardar a existência dos direitos humanos contra os abusos oriundos do poder estatal (Cavinato, 2009, p. 1553b).

Ao criar a Teoria do Garantismo Penal, Ferrajolli (2002, *passim*) traz as garantias primárias, que tratam das proibições e obrigações, e as garantias secundárias, que consistem nas diversas formas de reparação. Portanto, o Garantismo define o Estado não como um fim em si mesmo, mas como aquele que possui a função de proteger e garantir os direitos fundamentais da sociedade e a dignidade humana (Greco, 2015, p. 9).

A Teoria do Garantismo vem a ser uma espécie de freio para combater a atuação indiscriminada do Estado diante da liberdade do indivíduo, devendo utilizar o seu poder punitivo, representado pelo Direito Penal, como *ultima ratio*.³ Dessa forma, o Garantismo deve ser aplicado em todas as fases da

3 Nota dos autores: Significa dizer que o Direito Penal só deve ser aplicado quando for estritamente necessário (Princípio da Intervenção Mínima), mantendo o seu caráter subsidiário (Cunha, 2020, p. 81).

persecução penal, seja no direito material, no direito processual assim como também na fase da execução penal.

A Lei de Execução Penal (Brasil, 1984) foi criada com a finalidade de que o Estado venha a exercer seu direito de punir diante do criminoso e dessa forma inibir o surgimento de novos delitos. Com isso o Estado mostra para a sociedade que clama por justiça, que é possível reeducar e readaptar aquele que foi condenado, pois “nota-se que a política criminal pretende desenvolver uma ação eficaz contra o crime nos âmbitos legislativo, judiciário e penitenciário, em razão de uma política global de prevenção do crime e tratamento do delinquente” (Cavinato, 2009, p. 1556).

Além disso, a LEP (Brasil, 1984) é fundada nas teorias de finalidade das penas: Teoria Retributiva ou Absoluta, Teoria Relativa e Teoria Mista ou Unificadora da Pena. A Teoria Retributiva é aquela que define a pena como um fim em si mesmo, como uma forma de castigo, reparação, e repressão ou retribuição do mal causado (Cunha, 2020, p. 482). A Teoria Relativa é aquela que a pena é vista como forma de prevenção de futuros delitos e de reintegração do indivíduo à sociedade. Já a Teoria Mista, disposta no artigo 59 do Código Penal (Brasil, 1941), defende a retribuição, prevenção e ressocialização do prisioneiro (Greco, 2015, pp. 537-539).

Sendo assim, a execução penal garantista, tem como base o respeito aos direitos e às garantias fundamentais e não só objetiva punir o criminoso, mas também pretende ressocializar o apenado por meio de programas educacionais, assistenciais e psicológicos que façam com que ele retorne à sociedade. Dessa forma, o objetivo consiste na instauração de uma sociedade mais humana e pacífica. Assim está assegurado na Constituição Federal (Brasil, 1988) por meio de previsão legal, o respeito aos direitos e garantias fundamentais, principalmente o respeito à dignidade da pessoa humana (Júnior, 2009, pp. 203-205).

A LEP (Brasil, 1984), por sua vez, tem como objetivo proporcionar ao condenado todos os direitos que não foram atingidos na sentença ou pela lei sem fazer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Ocorre que, no plano fático, o que se vê é o constante desrespeito aos direitos fundamentais do condenado e a afronta direta às garantias constitucionais e aos direitos humanos (Júnior, 2009, p. 202).

Diante do que ocorre na política carcerária brasileira, em relação ao público transexual, é visível que há violação de princípios que trazem, em seu bojo, direitos e garantias que estão presentes na legislação infraconstitucional

como o Código Penal (Brasil, 1941) e na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), bem como na Constituição Federal (Brasil, 1988) e nos princípios de Yogyakarta, o qual o Brasil é signatário fazendo com que todo esse arcabouço de leis seja ignorado contribuindo para a disseminação do preconceito dentro e fora do cárcere.

Tanto na exposição de motivos quanto nas normas propriamente ditas, é possível perceber que a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) foi criada com o objetivo de promover um tratamento mais humano para com aqueles que se encontram privados da sua liberdade de ir e vir. Porém, na realidade não é bem isso que está sendo demonstrado.

Uma das principais características da Teoria do Garantismo é a laicidade do direito, ou seja, para Ferrajoli, o direito é laico e por isso a existência de direitos se dá a partir da sua previsão no ordenamento jurídico, independente de posicionamentos morais, religiosos ou culturais (Bosco, 2012, p. 12).

Na Teoria do Garantismo, Ferrajoli divide o princípio da legalidade em duas vertentes. A primeira é dirigida ao juiz que é aquele que aplica a lei “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (Ferrajoli, 2002, p. 305). Já a segunda é dirigida ao legislador que deve criar e editar as normas de acordo com a ótica garantista.

Diante disso, é possível concluir que a política carcerária brasileira não deve sofrer nenhum tipo de influência, e sim se ater ao que já se encontra disposto ao longo do ordenamento jurídico pátrio, bem como nas disposições dos tratados, para proporcionar o cumprimento de uma sanção penal, justa e com vistas a atingir o seu objetivo principal que é a ressocialização.

O direito à liberdade de identidade de gênero sob o olhar do garantismo

De acordo com o disposto nos Princípios de Yogyakarta, a identidade de gênero é considerada essencial para a dignidade humana de cada indivíduo, porém ainda assim, o público transexual sofre com a falta de aceitação da sociedade que é movida pelo preconceito (Vieira, 2018, pp. 5-8).

Tamanha relevância concedida pelos Princípios de Yogyakarta ressalta a ideia de que todo indivíduo deve ter direito à identidade de gênero que consiste na liberdade de ser o que quiser ser, de fazer as próprias escolhas

e, assim, desenvolver, cada um, a sua própria personalidade, além de serem reconhecidas e tratadas socialmente conforme a forma que se identifica (Bezerra e Maia, 2017, p. 1700).

Isso se deve ao fato de que o público transexual, segundo Bezerra e Maia (2017) “possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer outro ser humano” (p. 1701) e por isso devem ser tratados pelo Estado e por toda a sociedade com respeito e dignidade.

O Garantismo Penal de Ferrajoli atua como um sistema de garantias que tem como principal norteador, a Constituição e se apresenta como instrumento de limitação do poder estatal. Ou seja, para Ferrajoli, o Estado deverá atuar em consonância com os direitos fundamentais que ao mesmo tempo em que apontam obrigações positivas aos entes estatais, também limitam de forma negativa e assim coloca em primeiro plano a liberdade do indivíduo (Bosco, 2012, pp. 4-5).

Para ele, o fato de garantir o exercício dos direitos fundamentais é de suma importância para satisfazer o valor das pessoas e assim poder proporcionar a igualdade. Sendo assim, esses direitos pertencem a todos e fazem parte da identidade de cada pessoa como cidadão (Bosco, 2012, p. 4). Dentre os direitos fundamentais, está o direito à liberdade que, segundo Ferrajoli, é um direito fundamental de natureza primária e que por isso é voltado para todas as pessoas naturais e cidadãos capazes de agir (Bosco, 2012, p. 8).

O direito à liberdade é tratado por Alexy (2008, pp. 341-342) como um direito geral que se encontra na Constituição Alemã e que recebeu uma interpretação extensiva pelo Tribunal Constitucional Federal, sendo considerado como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Dessa forma, é possível perceber que o direito à liberdade não só se resume a um fazer/agir, mas também se refere ao ser no plano fático e jurídico e que está atrelado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Segundo a doutrina brasileira, Silva (1999, pp. 237-238) divide o direito à liberdade em cinco grupos que se encontram dispostos na Constituição Federal (Brasil, 1988): liberdade da pessoa física, de pensamento, de expressão coletiva, profissional e de conteúdo econômico e social.

Ocorre que há uma diferença entre as abordagens citadas acima. Na interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o direito à liberdade não encontra limitações na sua interpretação, enquanto na doutrina brasileira o direito à liberdade só é visto de forma objetiva (Bosco, 2012, pp.

8-10). Diante disso, parece que o direito à liberdade de identidade de gênero não pode encontrar respaldo constitucional.

Apesar do direito à liberdade de identidade de gênero não encontrar amparo na Constituição, ele pode estar entre o que Alexy (2008) chama de “direitos de liberdade implícitos” (p. 369) e que surgem das reações da jurisprudência constitucional em resposta às ameaças à liberdade.

Dessa forma é possível perceber que há a presença, ainda quem implícita, do direito à liberdade de identidade de gênero no ordenamento brasileiro, no que diz respeito aos direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988). Isso se deve ao fato de que é possível a alteração do nome e do gênero no registro civil antes mesmo da realização da cirurgia de redesignação de sexo que foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4275 (Brasil, 2018).

O fato de um direito à liberdade de identidade de gênero não estar positivado no ordenamento pátrio pode ser analisado a partir do que a teoria garantista de Ferrajoli chama de laicidade do direito. Ou seja, para o autor, o direito independe de seguimentos morais, religiosos ou culturais e que um determinado direito passa a existir no ordenamento jurídico a partir da sua previsão expressa (Bosco, 2012, p. 12).

Em outras palavras, tanto o legislador quanto o juiz, não devem se deixar levar pela moral hegemônica, tradicional e intolerante ou pela religião na elaboração de leis e de sentenças, respectivamente e sim pelo que diz o texto constitucional que, vale ressaltar, não comporta nenhum tipo de discriminação, de acordo com o art. 3.º, IV (Brasil, 1988).

Em suma, segundo a ótica garantista, é possível perceber que o direito à liberdade de identidade de gênero é um direito fundamental que está inserido no direito geral de liberdade e que merece a tutela estatal visando o combate ao preconceito e à discriminação.

O projeto do estatuto da diversidade sexual e de gênero aplicado à execução da pena e seus contornos garantistas

O Projeto de Lei do Senado n.º 134 de 2018 (Brasil, 2018), de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, visa instituir o Estatuto da Diversidade sexual e de Gênero, com o objetivo de promover a inclusão, bem como combater e criminalizar a discriminação e a intolerância

por orientação sexual e identidade de gênero e garantir a igualdade de oportunidades e a defesa dos direitos individuais coletivos e difusos, como assim preleciona o art. 1.º do referido projeto (Brasil, 2018).

No art. 4º e no título do Capítulo III, estão dispostos os princípios fundamentais que devem nortear a aplicação e a interpretação do Estatuto. Dentre os oito princípios elencados, merece destaque o princípio que trata da “livre orientação sexual e identidade de gênero, como direito à autonomia privada” (Brasil, 2018).

É possível perceber que este princípio consiste na materialização do direito à liberdade presente na Constituição Federal (Brasil, 1988) e que fundamenta a criação do referido Estatuto e que também é tido como um direito geral de liberdade que está ligado ao livre exercício da personalidade, de acordo com a ótica da Teoria do Garantismo.

O art. 83 do Estatuto estabelece que as unidades prisionais devam ter ala ou cela especial voltada para o encarceramento, não só para o público transexual, mas também para lésbicas, gays, bissexuais e intersexuais (Brasil, 2018). Essa disposição visa garantir a integridade física ou psíquica dos apenados (Brasil, 2018). Percebe-se que o referido artigo está em consonância com o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 5.º, XLIX (Brasil, 1988).

O fato da Constituição Federal (Brasil, 1988) tutelar a incolumidade física e psíquica do preso, traz uma possibilidade de compreensão do Princípio da humanidade. Tal entendimento decorre do Princípio da dignidade humana e do Princípio da prevalência dos direitos humanos, ambos previstos na Carta Magna em seus arts. 1.º, III e 4.º, II, respectivamente (Duque, 2018, p. 35).

O Princípio da humanidade traz à baila a discussão sobre a utilização da teoria da reserva do possível como justificativa para a inércia do Estado em matéria de execução penal. A escassez de recursos consiste no principal motivo para que não haja investimento na política criminal do país (Duque, 2018, pp. 40-41). Ocorre que, em sede de decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello afirmou que a cláusula da reserva do possível não pode ser uma justificativa utilizada pelo Estado para se eximir de cumprir as obrigações previstas na Constituição (STF, 2004).

Novamente, em 2015, o Plenário do STF entendeu que o Poder Judiciário pode fazer com que a Administração Pública realize obras ou re-

formas emergenciais em estabelecimentos prisionais com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais das pessoas encarceradas (STF, 2015).

Caso o Estatuto da diversidade sexual e de gênero (Brasil, 2018) passe a fazer parte do ordenamento pátrio, as duas decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal poderiam servir de fundamento para que a Política Criminal do país se adeque com o que preleciona o referido Estatuto. Ambas as decisões visam resguardar direitos fundamentais e tudo o mais que está disposto na Constituição Federal (Brasil, 1988) quando o assunto é a execução da pena e que, por sua vez, se materializa nas disposições do Estatuto.

Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 83 do Estatuto dispõe que, o uso das alas e celas está condicionado à vontade do preso, ou seja, o apenado terá o direito de optar onde quer ficar, sempre, em observância à sua identidade de gênero (Brasil, 2018). Tal disposição confere ao preso o direito à liberdade de escolha e de não ser constrangido a ficar em um local que não corresponda com a forma que ele se identifica.

O preconceito contra a diversidade sexual ainda é um problema que se encontra enraizado na sociedade e, na Política criminal, esse cenário não é diferente. Em se tratando de execução penal, o apenado sofre preconceito ao ganhar o status de presidiário e quando ele ainda possui uma identidade de gênero diferente, fora dos padrões impostos pela sociedade, o preconceito passa a ser duplo, já que de acordo com Duque (2018) “tal população sofre um acréscimo punitivo para além do encarceramento em si, não apenas em virtude do processo de naturalização da exclusão e da violência que sofre, mas pelo sistemático desprezo por seus direitos” (p. 61).

Sobre esse tema, foi editada a Resolução Conjunta n.º 01/2014 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCDD/LGBT). Tais Resoluções estabelecem parâmetros de acolhimento para o público LGBT privados de liberdade no Brasil (Duque, 2018, p. 61b). Dentre os principais direitos elencados na referida Resolução (Brasil, 2014), é possível citar:

Chamamento pelo nome social, de acordo com o gênero (art. 2º); Oferecimento de espaços de vivência específicos às travestis e aos gays privados de liberdade em unidade prisionais masculinas, cuja transferência deve ser precedida de expressa manifestação de vontade da pessoa presa (art. 3º); Direito à imagem, que envolve a preservação do cabelo, uso de roupas, inclusive íntimas, segundo o gênero (art.

5º); Direito à intimidade e livre desenvolvimento da personalidade; Atenção integral à saúde e acompanhamento de saúde específico, inclusive com a manutenção do tratamento hormonal à pessoa transvesti, mulher ou homem transexual em privação de liberdade (art. 7º) e o Direito a não transferência compulsória entre celas e alas ou quaisquer outros castigos ou sanções em razão da condição da pessoa LGBT (art. 8º).

Em suma, a Resolução 01/2014 visa tratar sobre a questão do preconceito e da discriminação contra o público LGBT, dentro do cárcere garantindo direitos que estão em consonância com o que diz o Princípio da não marginalização (ou não discriminação) das pessoas presas ou internadas e que, também estão de acordo com o que preleciona a Constituição Federal (Brasil, 1988) em seu rol de direitos fundamentais, tendo em vista que a própria Constituição não exclui as pessoas presas e internadas do direito de exercê-los.

Para combater as práticas discriminatórias dentro do sistema prisional, o Projeto do Estatuto da diversidade sexual e de gênero (Brasil, 2018), assegura, às vítimas de discriminação e preconceito, acolhimento e apoio por parte do Estado, bem como orientação e encaminhamento para apuradas práticas (Art. 84).

No mesmo sentido, o Estatuto (Brasil, 2018), também assegura que o Estado irá implementar políticas públicas para capacitar e qualificar policiais e agente penitenciários para coibir qualquer prática discriminatória em face da orientação sexual ou identidade de gênero (Art. 85).

Em suma, segundo o que preleciona a Teoria do Garantismo sobre a separação entre Direito e moral – uma moral menos nociva e deletéria à dignidade humana –, é necessário que na execução penal não haja uma imposição de um determinado padrão a ser seguido pelas pessoas presas, bem como não se pode tolerar a invasão à intimidade, o cerceamento do livre exercício da personalidade e a proibição da autonomia da vontade, ou seja, é necessário que haja um olhar diferenciado para o público transexual, para evitar o surgimento de ilegalidades e violência dentro da política criminal do país.

Ademais, faz-se necessária a reforma de alguns artigos que se encontram dispostos na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), com o objetivo de proporcionar uma execução penal dentro do que preleciona a própria

Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como os tratados internacionais e a Teoria do Garantismo Penal.

A primeira alteração na LEP deve ocorrer no art. 5.º, que trata da classificação do condenado (a). Tal artigo deve prever a classificação, também, quanto à identidade de gênero, ou seja, oportunizar ao condenado (a) ou ao preso (a) provisório (a) a possibilidade de exercer a liberdade de autodeterminar-se, de desenvolver a sua personalidade da forma que melhor lhe convém, em respeito ao Princípio da dignidade da pessoa humana.

A segunda alteração deverá ser feita no art. 82, §1.º que trata sobre os estabelecimentos penais. O parágrafo supracitado concede tratamento diferenciado para a mulher e para o maior de sessenta anos que serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequados à sua condição. É preciso que esse dispositivo também seja estendido para abarcar a questão da identidade de gênero para proporcionar uma nova visão quanto à palavra “mulher” ao analisá-la, também, sobre a questão de gênero e não somente quanto à questão de sexo.

Outra mudança que deve ser feita, é a inserção de mais um parágrafo ao art. 83, que vise proporcionar a instalação de alas ou celas exclusivas para transexuais dentro dos estabelecimentos prisionais, com o objetivo de garantir o respeito e a proteção à integridade física, moral e psicológica como assim preleciona o § 4º do art. 84 da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

CONCLUSÃO

Um tema que vem ganhando espaço e notoriedade no cenário jurídico é a diversidade sexual na política carcerária brasileira (Duque, 2018, p. 61). Ao tratar desse assunto, é possível se deparar com irregularidades que surgem movidas pela discriminação em razão do gênero e por isso faz-se necessário à aplicação da Teoria do Garantismo na Lei de Execução Penal (Brasil, 1984), com o objetivo de ser um instrumento na busca do combate ao preconceito dentro do sistema prisional.

A política aludida tem, como seu principal instrumento e marco normativo, a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), a qual, por sua vez, não trata do encarceramento do público transexual, o que acaba por contribuir com a perpetuação do preconceito em face da diversidade sexual. Diante disso, surge o questionamento que vem a ser o problema do presente trabalho: Qual a importância de uma compreensão hermenêutica garantista da LEP, para o combate à transfobia na política carcerária brasileira?

A resposta para tal celeuma está demonstrada na importância da interpretação da LEP de acordo com o que preceitua a Teoria do Garantismo, já que ela impõe certos limites de punição e tratamento às autoridades que fazem parte da política carcerária, fundamentada nos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal (Brasil, 1988), que é considerada a norma suprema dentro de um ordenamento jurídico, bem como se pauta na laicidade do direito.

Em que pese a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) ser omissa quanto à situação do público transexual, não é vedada a aplicação dos dispositivos que se encontram implícitos como, por exemplo, aqueles que estão relacionados ao Princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, é necessário que haja previsão expressa na LEP com base no que diz os Princípios de Yogyakarta, as resoluções estaduais que por ocuparem uma posição hierárquica inferior à lei ordinária, se tornam de difícil aplicação, ou seja, é preciso que a política carcerária brasileira seja revista para que a LEP possa trazer em seu bojo, disposições acerca do trato com o público transexual dentro do sistema prisional, mediante alteração dos arts. 5º e 83, bem como um novo olhar para o art. 82, §1º, também da Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984).

No primeiro tópico, mostrou-se como o binarismo sexual exerce uma influência negativa dentro do cárcere, bem como na própria LEP. Evidenciou-se como se dá a política carcerária brasileira, através de um olhar para dentro do sistema prisional que apresenta uma realidade de constante violação dos direitos e garantias fundamentais contra o público transexual. Além disso, foi traçado um perfil do encarceramento, com vista a entender a motivação do encarceramento e quem são essas pessoas que sofrem com a ausência de legislação que tutele os direitos, dos quais são destinatários.

Na segunda seção, buscou-se compreender como que o preconceito contra a diversidade sexual, presente na sociedade, pode influenciar dentro do cárcere quanto ao trato com o público transexual durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Nessa esteira, foi feita a análise do que preleciona os Princípios de Yogyakarta que consiste em um tratado do qual o Brasil é signatário e que traz importantes regras a serem seguidas para garantir o respeito aos direitos do público transexual. Finalmente foram trazidos à baila exemplos de outros países, a título de comparação com a realidade das prisões brasileiras.

Por fim, no terceiro item, abordou-se como a Teoria do Garantismo Penal está presente na Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984) e de que

forma a referida teoria pode contribuir para consolidar o direito à liberdade de igualdade de gênero na sociedade e no ordenamento jurídico. Na busca pelo respeito a essa liberdade e no combate ao preconceito e discriminação, surge o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero que, também apresenta disposições acerca da execução da pena tendo como pano de fundo os pressupostos da Teoria do Garantismo.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível perceber que o preconceito e a discriminação têm seu início do lado de fora do cárcere e essa realidade influencia, de forma consideravelmente negativa, a política carcerária brasileira, faz com que direitos sejam desrespeitados. Por isso, é necessário que, primeiramente, haja uma mudança de mentalidade na população, para que o respeito à diversidade sexual passe a vigorar. Essa mudança pode-se dar através de debates, de campanhas disseminadas através da mídia e dos meios de comunicação. Ou seja: é necessário falar sobre igualdade de gênero, sobre diversidade sexual e não tratar como algo que não existe ou que está distante da realidade e que deve ser alvo de exclusão.

O Estado tem papel fundamental nisso. A título, pois, de sugestão, para ainda mais além da necessária reforma legislativa, cuja necessidade é exaltada como objetivo deste trabalho, é preciso que o Estado tome outras atitudes. Ele deve promover o amparo a esse grupo social, não somente por suas atividades legiferante e jurisdicional. Outro instrumento a ser utilizado, talvez até com maior urgência, é a educação com o uso de políticas públicas de enfrentamento em prol da diversidade sexual. Quando se fala na atividade legiferante do Estado, não se pode esquecer que a Lei de Execuções Penais (Brasil, 1984), não está adequada à realidade atual, ou seja, a referida lei não acompanhou os novos rumos e seguimentos da sociedade e por isso deve ser revista em relação à diversidade sexual no cárcere.

O preconceito contra a diversidade sexual é algo que há muito permeia a sociedade e, por esse fato, é considerado um verdadeiro óbice àqueles que lutam por espaço, por inclusão e pelos direitos dos quais são titulares. É esse mesmo preconceito que está presente na política carcerária brasileira e faz com que a discriminação seja sentida duplamente. Mas essa realidade tem tudo para ser modificada, a partir do momento em que os direitos de cada um forem colocados em primeiro lugar; que sejam respeitados e garantidos – inclusive no horrendo ambiente carcerário - sem que a condição sexual seja tratada como algo anormal e que impeça a convivência harmoniosa entre todos, dentro de uma sociedade idealmente justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros.
- Balestero, G. (2011). O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. *Revista Espaço Acadêmico*, 11(123), 5-16. <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12331>.
- Barbiéri, L. F. (2019). CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5 % não tem condenação. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>.
- Benevides, B. (2018). Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017. <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>.
- Bezerra, L. e Maia, A. (2017). Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/26854>.
- Bosco, M. (2012). Direito à liberdade de orientação sexual sob o olhar do garantismo de Ferrajoli. <http://www.direitohomoafetivo.com.br/pesquisaartigo.php?pesq=direito+%c3%80+liberdade+de+orienta%c3%87%-c3%83o+sexual+sob+o+olhar+do+garantismo+de+ferrajoli>.
- Brasil (1940). *Código penal*. Senado.
- Brasil (1984). *Lei de execuções penais. Institui a lei de execução penal*. Senado.
- Brasil (1988). *Constituição federal*. Senado.
- Brasil (2014a). Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Conselho Nacional de Combate à Discriminação. http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx.
- Brasil (2014b). Resolução SAP n.º 11. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário.: <http://justica.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Resolucao-SAP-11-de-30-de-marco-de-2014.pdf>.
- Brasil (2015). Resolução SEAP n.º 558. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no Sistema Penitenciário do

Estado do Rio de Janeiro. http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_seap_n_558_-_2905201.htm.

Canheo, R. (2017). Olivato. Anatomia do cárcere: Alas LGBTs e autodeterminação de gênero. http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1497738429_ARQUIVO_artigoFazendoGenero.pdf.

Canofre, F. (2018). ONG cria projeto para levantar dados da população LGBT nas prisões do Brasil. <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2018/03/ong-cria-projeto-para-levantar-dados-da-populacao-lgbt-nas-prisoos-do-brasil/>.

Clam (2006). Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf.

Cavinato, R. (2011). Princípios e garantismo na execução penal. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/11_1176.pdf.

De Jesus, J. (2012). Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. 2012. <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/g%c3%8anero-conceitos-e-termos.pdf>.

Dotti, R. (2012). *Curso de direito penal: parte geral*. Editora Revista dos Tribunais.

Duque, R. (2018). *Execução penal: teoria crítica*. Saraiva Educação.

Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Editora Revista dos Tribunais.

Figueiredo, S., Queiroz, R., Leite, M., Mendes, J. e Costa, G. (2018). Os transgêneros e o sistema prisional: Obstáculos e diálogos para novas perspectivas. <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2018/03/ong-cria-projeto-para-levantar-dados-da-populacao-lgbt-nas-prisoos-do-brasil/>.

G1 (2019). CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5 % não têm condenação. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghml>.

Greco, R. (2015). *Curso de direito penal/ Rogério Greco*. Impetus.

Júnior, E. (2009). Uma perspectiva garantista na Lei de Execução Penal. http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/969295c68602cbc1f2c2f3283f2e1330.pdf.

Linck, L. (2018). Teoria do etiquetamento: a criminalização primária e secundária. <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/52111/teoria-do-etiquetamento-a-criminalizacao-primaria-e-secundaria>.

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (s. f.). LGBT: nas prisões do Brasil: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/20202/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>.

Oliveira, P. (2018). Quase homem, quase mulher, quase gente: o binarismo no sistema penal e a identidade de gênero travesti no cárcere. <http://www.saberaberto.uneb.br/handle/20.500.11896/998>.

Requi, J. (2018). A violação dos direitos do transexual: Uma realidade do binarismo sexual no sistema carcerário brasileiro. <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/7578>.

Santana, P. (2016). A transgeneridade e o binário de gênero no sistema carcerário brasileiro. <http://bdm.unb.br/handle/10483/16746>.

Silva, R. (2015). Labelling approach: O etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=225.

Silva, R. e Arcelo, A. (2016). Heteronormatividade e sistema carcerário no Brasil contemporâneo. <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/23597>.

STF (2004). ADPF 45 MC/DF. <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.

STF (2015). RE 592581/MS. stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf.

Zaffaroni, E. (2007). *O inimigo no direito penal*. Editora Revan.

Zamboni, M. (2017). O barraco das monas na cadeia das coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/135>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

UNA MIRADA FREUDIANA AL ORIGEN DEL ESTADO MODERNO: RELACIÓN CON EL TOTEMISMO

A FREUDIAN PERSPECTIVE ON THE ORIGIN OF THE MODERN STATE: RELATIONSHIP WITH TOTEMISM

UMA PERSPECTIVA FREUDIANA SOBRE A ORIGEM DO ESTADO MODERNO: RELAÇÃO COM O TOTEMISMO

SIMÓN BOLÍVAR SERNA*

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a14

Resumen

La sociedad contemporánea enfrenta una evolución hacia un futuro incierto, marcado por el progreso tecnológico y científico. Las instituciones tradicionales, como el matrimonio y la familia, y las estructuras sociales, como las instituciones educativas, se ven afectadas por esta dinámica. En América Latina la historia está determinada

* Técnico en Asistencia Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA Centro de Comercio; Estudiante de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín. Estudiante de Estudios Literarios, Universidad Pontificia Bolivariana. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002191671, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8599-8677>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=km8-6SsAAAAJ>. Correo electrónico: sibolivars@unal.edu.co

por conflictos internos y luchas por la identidad nacional, incluyendo las guerras civiles y las luchas contra el narcotráfico. A pesar de la importancia de comprender la historia para construir un futuro mejor, la sociedad actual tiende a ignorarla, centrándose en el presente. La investigación propuesta busca explorar la relación entre el mito del totemismo de Freud y el surgimiento del Estado moderno en la independencia de Estados Unidos. Para ello, se examinará cómo la teoría de Freud sobre el origen de la cultura y la sociedad puede influir en la comprensión del Estado. Se revisarán textos clave de Freud y análisis contemporáneos para entender esta relación. La investigación se justifica por su enfoque innovador en la exploración del origen del Estado moderno desde una perspectiva freudiana, buscando nuevas visiones y comprensiones sobre el tema.

Palabras clave: Sigmund Freud, Estado, familia, tótem y tabú, Estados Unidos, América Latina.

Abstract

Contemporary society is facing an evolution towards an uncertain future, marked by technological and scientific progress. Traditional institutions, such as marriage and family, and social structures, like educational institutions, are affected by this dynamic. In Latin America, history is marked by internal conflicts and struggles for national identity, including civil wars and fights against drug trafficking. Despite the importance of understanding history to build a better future, current society tends to ignore it, focusing on the present. The proposed research seeks to explore the relationship between Freud's totems' myth and the emergence of the modern State in the independence of the United States. To do this, we will examine how Freud's theory on the origin of culture and society can influence the under-

standing of the State. Key texts by Freud and contemporary analyses will be reviewed to understand this relationship. The research is justified by its innovative approach to exploring the origin of the modern State from a Freudian perspective, seeking new insights and understandings on the subject.

Keywords: Sigmund Freud, State, Family, Totem and Taboo, United States, Latin America.

Resumo

A sociedade contemporânea enfrenta uma evolução em direção a um futuro incerto, marcado pelo progresso tecnológico e científico. Instituições tradicionais, como o casamento e a família, e estruturas sociais, como as instituições educacionais, são afetadas por essa dinâmica. Na América Latina, a história é marcada por conflitos internos e lutas pela identidade nacional, incluindo guerras civis e a luta contra o narcotráfico. Apesar da importância de compreender a história para construir um futuro melhor, a sociedade atual tende a ignorá-la, concentrando-se no presente. A pesquisa proposta busca explorar a relação entre o mito do totemismo de Freud e o surgimento do Estado moderno na independência dos Estados Unidos. Para isso, será examinado como a teoria de Freud sobre a origem da cultura e da sociedade pode influenciar a compreensão do Estado. Serão revisados textos-chave de Freud e análises contemporâneas para entender essa relação. A pesquisa é justificada por seu enfoque inovador na exploração da origem do Estado moderno a partir de uma perspectiva freudiana, buscando novas visões e compreensões sobre o tema.

Palavras-chave: Sigmund Freud, Estado, família, totem e tabu, Estados Unidos, América Latina.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La sociedad del siglo XXI avanza con mucha rapidez hacia un destino confuso, nublado por el afán del “progreso” tecnológico y científico. Lo que ayer era algo firme hoy es inestable. Esta cuestión se deja entrever en las relaciones interpersonales y figuras de unión tan antiguas como la cultura, los matrimonios, las familias, las instituciones educativas, entre otras.

Vivimos en Estados que no han sido capaces de conformar una unidad nacional: la historia de Latinoamérica es la historia de las guerras civiles, de las guerras de guerrillas y el establecimiento y la guerra contra el narcotráfico, y con las actuales tecnologías y dinámicas de las redes sociales la guerra contra la desinformación. Con el discurso práctico y tecnológico la sociedad ha elaborado un desinterés por la investigación de la historia, por conocer el pasado. Prima en la actualidad la psicología del “concéntrate en el hoy”, y nos hemos olvidado, como sociedad, de nuestros antepasados, hasta enterrar sus luchas, sus fracasos y sus fallas, impidiendo un aprendizaje sobre la historia de la humanidad.

La historia y el estudio de los momentos decisivos son claves para comprender la actualidad, pero, sobre todo, son fundamentales para configurar un futuro más próspero y sano para la vida humana, basado en el respeto, la solidaridad y la comunidad, y sin el peligro constante de pertenecer a una cultura donde el hombre es el lobo del hombre.

En la actualidad, existen muchas investigaciones acerca de los estados latinoamericanos, de cómo ha fracasado la democracia o cómo las grandes potencias han influido drásticamente en sucesos terroríficos de la parte sur de este continente; por ejemplo, en la cultura popular se tiende a decir que Colombia es un “Estado fallido”. Los estados modernos están perdiendo cada vez más soberanía y legitimidad por parte de los ciudadanos, ya que crece un malestar general sobre el rol de las instituciones y de la política como organización social. Las guerras del siglo 21 son protagonizadas por los principales Estados del mundo: Estados Unidos de América, Rusia, China, Corea del Norte, Reino Unido, Alemania, entre otros geopolíticamente poderosos que poco a poco se han hecho dueños del planeta.

Es por ello por lo que la presente investigación abordará el origen del Estado en la sociedad desde una perspectiva que, a priori, está alejada de la ciencia política ortodoxa, pero que espera arrojar nuevas visiones y luces sobre el origen y la función de los Estados modernos. Para lograrlo,

partiremos de la siguiente pregunta: ¿Qué relación tiene el mito del totemismo de Freud con la aparición y creación del Estado moderno en la independencia de Estados Unidos?

Si queremos conseguir una posible repuesta a la pregunta se intentará establecer una relación causal entre el mito del totemismo de Sigmund Freud y el Estado moderno establecido en las trece colonias de Estados Unidos de América. Para ello, primero, se describirá el contexto histórico y político de dichas colonias; luego, se expondrá una visión freudiana sobre el origen de la civilización-sociedad-cultura para el acercamiento teórico al origen del Estado moderno y, finalmente, se intentarán esclarecer los aportes y postulados de Sigmund Freud que puedan ser de relevancia para el dominio político y la teoría del Estado.

ANTECEDENTES

En el volumen número trece de las *Obras completas* de Sigmund Freud, ordenado y comentado por James Strachey, está presente la obra compuesta de cuatro ensayos titulada *Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos* (1913). En la nota introductoria a esta obra Strachey cuenta que el mismo Freud le comentó, cerca de 1921, que consideraba el cuarto ensayo como una de sus mejores obras escritas. Strachey, psicoanalista inglés y traductor de las obras de Freud al inglés, introduce el texto exponiendo que las contribuciones de Freud a la antropología social están presentes en dicho volumen de ensayos, pero, especialmente, en el cuarto, ya que allí el autor plantea su hipótesis sobre la horda primordial y el asesinato del padre, hecho del que, según su teoría, nacen las primeras instituciones sociales y culturales.

Cabe destacar, de la nota introductoria de Strachey, que existe la intención de resaltar la importancia para el mismo Freud de dicha obra, ya que en 1939 vuelve sobre los postulados de *Tótem y tabú* (1913), sobre la religión, para elaborar con más profundidad su teoría en ese campo. Es el caso de una de sus últimas obras, *Moisés y la religión monoteísta* (1939). También en su *Presentación autobiográfica* (1925), en el capítulo v, se dedica a resumir el contenido y a realizar un examen con particular cuidado.

La raíz principal de esta investigación yace en las páginas de *Tótem y tabú*, especialmente en cómo el mito y la teoría freudiana del origen de la cultura da sustento al origen de la organización sociopolítica de los humanos.

Esto gracias a dos requisitos o requerimientos psicológicos y culturales, los mismos que para una unidad nacional se repitieron de forma casi explícita en la figura de Estado moderno creado por las trece colonias de los Estados Unidos de América en su proceso de independencia como colonia inglesa. Por esta razón, se enfatizará en buscar y exponer la relación entre la teoría y los postulados freudianos sobre la cultura y sus instituciones con la Teoría del Estado.

El primer texto que se revisó fue un documento de Juan Dorado Romero, investigador predoctoral en el Departamento de Ciencia Política y de la Administración II de la Universidad Complutense de Madrid. Este artículo, surgido del análisis y el estudio de la obra de Freud a la teoría política, tiene como eje central la evolución del pensamiento político de Freud: un inicio con una perspectiva autoritaria y dictatorial hacia un pensamiento democrático, entendiendo los peligros de la omnipotencia de las ciencias y políticas modernas. Los conceptos más importantes para entender esa primera postura política de Freud son la omnipotencia y la dictadura de la razón. Un gran aporte de este texto reside en su peculiaridad de examinar la idea de que los gobiernos (no los Estados) pueden ser vistos como entidades psicológicas, y que estas se encuentran sujetas a un posible análisis desde postulados psicoanalíticos para comprender los fenómenos políticos. Desde su título se plantea la categorización de los gobiernos como “terminables e interminables”. Esta categorización se da por su tiempo en el poder, pues pueden tener una duración ilimitada o prolongada; duración que se encuentra influenciada por dinámicas psicológicas y sociales que alteran la estabilidad (o inestabilidad) de dichos gobiernos y su posible perpetuación o finalización.

El texto expuesto está más enfocado en la ciencia política desde los aportes psicológicos y sociales de Freud. El próximo que se expondrá es escrito por José Brunner, de la Universidad de Tel Aviv, una universidad pública de Israel, y está enfocado en los aportes de la obra política y sociológica de Freud para el pensamiento y el estudio jurídico político, pues se aborda el derecho desde una perspectiva psicoanalítica, lo que puede presentar novedades y contradicciones para el campo del derecho que pueden ser valiosas y que deben tenerse en cuenta. Desde el psicoanálisis se puede hacer un análisis crítico y un cuestionamiento a las estructuras de poder y la normatividad impuesta por el sistema legal. Este texto, al igual que la presente investigación, toma por base la obra de Freud *Tótem y tabú*; pero José Brunner presenta un pensamiento freudiano sobre el derecho como

una fuerza civilizadora dialéctica o paradójica que restringe las pasiones a pesar de que ellas lo conduzcan. Parte de la hipótesis freudiana de la horda primitiva expuesta en el cuarto ensayo de *Tótem y tabú* y explora las dinámicas inconscientes que están detrás del derecho. El autor hace un llamado a entender que la obra freudiana puede aportarle a los estudios jurídicos sobre el gobierno de derecho siempre y cuando se tenga al derecho, conceptualmente, dentro de la cultura. La reflexión propuesta en el documento es provechosa en el campo del derecho, pues “puede elevar la sensibilidad sobre las dimensiones inconscientes del derecho y revelar una variedad de formas en las que este funciona como parte de la cultura o la civilización, más que como un sistema con normas propias” (Brunner, 2016, p. 30).

El artículo “Freud y política” de Florencio Jiménez, de la *Revista Latinoamericana de Psicología*, hace una revisión de la relación entre el psicoanálisis freudiano y el campo político. Desde la introducción, el autor trata las actitudes políticas de Freud y las influencias de su pensamiento en la ciencia política. Se muestra a un Freud escéptico en la política, o, mejor dicho, su posición política, que era el escepticismo. Trae a colación, para ejemplificar dicho escepticismo, una cita del libro de Freud *Análisis terminables e interminables*, que se transcribe a continuación:

Parece casi como si la del psicoanalista fuera la tercera de esas profesiones “imposibles” en las cuales se está de antemano seguro de que los resultados serán insatisfactorios. Las otras dos, conocidas desde hace mucho tiempo, son las de la educación y del gobierno (Freud, 1968, III, p. 568). (Jiménez, 1993, p. 107).

Florencio Jiménez expone los temas que Freud trató en sus obras “sociopolíticas”: “los orígenes del Estado, la guerra inevitable a causa de las pulsiones instintuales humanas; la función de las ideologías, etc.”. Estas problemáticas fueron abordadas desde una irreconciliable y eterna oposición entre la “indómita naturaleza humana” y las instituciones sociales, incluidas las políticas, naturalmente. Cabe destacar una nota del autor, donde diferencia los dos aspectos con los que el concepto de cultura aparece en la obra de Freud:

Por una parte, el saber humano dominador [la cultura] de la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, y, por otra, que es la que ahora nos interesa “todas las organizaciones necesarias para regular las relaciones de los hombres entre sí, muy especialmente la distribución de los bienes naturales alcanzables” (Freud, 1968, II, p. 73). (Jiménez, 1993, p. 111).

Un tema importante al que se refiere el texto es que, en Freud, “no existe sistemas políticos más o menos emancipatorios”, esto es, un sistema que responde a un proceso emancipatorio, dependencia, esclavitud u otro tipo de yugo u opresión. Esto, explicado por la deducción del modelo de sociedad a partir de la teoría psicobiológica y con el método psicoanalítico del ser humano. Florencio apunta que, en Freud, “toda organización política es, en cuanto agente represor, causa y consecuencia de su modelo de hombre” (Jiménez, 1993, p. 108), pues el concepto de naturaleza humana determina su escepticismo político.

En este texto hay un apartado de gran interés para la presente investigación, pues hace un estudio de la influencia del psicoanálisis, como teoría psicológica, en la teoría política. Esta revisión da como fruto el siguiente postulado, que será necesario tener en cuenta y quizá revisarlo más adelante: la demostración del conflicto primitivo, radical y básico entre la biología y el lenguaje. Esto como aporte, pero también repasa tres grandes ejes donde el autor muestra un fracaso de la teoría freudiana en la política: la introducción de complejos de la infancia para una aproximación al sistema político, o sea, al presidente (percibido como la figura del padre); las técnicas del análisis autobiográfico para analizar comportamientos y la psique de figuras importantes de la política a través de sus manuscritos. Aun así, Florencio concluye que estos dos fracasos expuestos no rebajan ni hacen olvidar los aportes de Freud acerca del lenguaje.

Hay dos libros que se podrían tener en cuenta para los antecedentes, que son: *Política del psicoanálisis y psicoanálisis de la política*, de François Leguil, y *Freud y las ciencias sociales. Psicoanálisis y teoría de la cultura*, de Paul-Laurent Assoun; pero estos serán tenidos en cuenta en el apartado en el que se habla sobre el estado del arte, dada su proximidad al psicoanálisis. Por ello serán examinados sus aportes para una conversación de estos con los propios textos de Freud que se traen a colación, unos artículos del filósofo contemporáneo Byung-Chul Han y con lo problematizado y expuesto en este apartado de antecedentes.

Después de la revisión de los antecedentes expuestos se encuentra que hay un especial énfasis en tratar las relaciones políticas de Freud e intentar de situarlo en un espectro ideológico político. En los últimos dos textos citados, el escrito por Florencio Jiménez y el otro por Juan Dorado, abundan comentarios de terceros en diarios refiriéndose a las posiciones políticas de Freud. Esta investigación tomará por sentada su posición política como un escéptico; y se hace así para pensar no en un Freud político, sino científico y comprometido con el conocimiento humano, que desconfía de todas las ideologías e ideas no demostrables a través del empirismo y el método científico.

Esta investigación se justifica en su abordaje distinto a muchas otras investigaciones, pues se enfatizará en el valor teórico y conceptual de su obra escrita y cómo en ella se pueden encontrar claves y hallazgos sustanciales para entender con mayor rigor la creación del Estado moderno en la independencia de las trece colonias norteamericanas.

Para esta sección, se examinará la literatura sobre el tema, que es de interés para la investigación; la relación del mito totémico de Freud con el establecimiento del Estado moderno en las trece colonias de Estados Unidos de América. Primero, es de reiterar que la obra de Freud es el primer pilar para la tesis, por ello se trabajarán inicialmente los siguientes textos: *Tótem y tabú* (1912), *El malestar en la cultura* (1930) y la correspondencia con Albert Einstein ¿*Por qué la guerra?* (1933). Después de la primera contextualización sobre las bases freudianas del mito totémico se hará énfasis en textos que se refieran e interpreten la hipótesis de la cultura totémica en escritos más actuales, como *Freud y las ciencias sociales. Psicoanálisis y teoría de la cultura* (2003), *Política del psicoanálisis y psicoanálisis de la política* (2001) y *Freud, crítico de la Ilustración* (1998). También se hará alusión a algunos textos del filósofo contemporáneo Byung-Chul Han, específicamente los postulados y el análisis de la sociedad actual, dada su estrecha relación con el estudio de la constitución pulsional del ser humano. Las obras serán: *La agonía del Eros* (2012), *Capitalismo y pulsión de muerte* (2019) y *Topología de la violencia* (2011). Cabe aclarar que la exposición y redacción del estado del arte no responderá específicamente a este orden, sino que será una construcción de un discurso y una conversación entre estos textos citados para elaborar una idea temática, categorizar conceptos, encontrar barreras y hallar los contrastes y puntos comunes para desarrollarlos en el marco teórico y luego en la discusión, y así relacionarlos estrechamente con la

independencia de las trece colonias de Estados Unidos. En este apartado también tendrá un espacio la investigación sobre diversos textos que estén alrededor de las trece colonias estadounidenses; lo que nos permitirá entender, desde los textos, lo que se vivió en aquella época. Por ello, se revisarán textos como la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776), *La declaración de independencia de los Estados Unidos* (1776) y la *Carta de Derechos de los Estados Unidos* (1791).

En el cuarto ensayo de *Tótem y tabú* (1912), Freud desglosa el concepto de totemismo mencionado en los ensayos anteriores, dirigidos especialmente al tabú. El contexto del mito totémico se encuentra en ciertos pueblos primitivos de las regiones de Australia, América Latina y África. Dicho totemismo “hace las veces de una religión y proporciona la base de la organización social”. La investigación se centrará en la mencionada “base de la organización social” y su concordancia con la figura del Estado moderno en las trece colonias y su mito fundacional. Es de anotar que Freud se basa en las investigaciones de McLennan, Salomon Reinach (*Código del totemismo*), de J. G. Frazer (*Totemism and Exogamy* – 1910), de W. Wundt (*Elemente der Volker-psychologie* – 1912) y de Herbert Spencer.

Freud se desliga de estos investigadores al introducirse en el origen del totemismo. Su propuesta yace en la integración de las teorías nominalistas, sociológicas y psicológicas en cuanto al totemismo, junto a la traducción psicoanalítica de estos postulados. Para una contextualización rápida de estas tres teorías que Freud expone parcialmente en su ensayo se sintetiza lo siguiente:

- Teoría nominalista: el totemismo nace en su esencia respondiendo a una necesidad de diferenciación de los linajes y tribus co-existentes por medio de los nombres. Pues los nombres no son algo baladí como lo son hoy para nosotros, sino que, para los salvajes, primitivos y aun para los niños, son una parte esencial de la persona, una pieza única y llena de significado del alma (tomado de Freud, 1912, pp. 113-116).
- Teoría sociológica: el tótem es el representante visible de la religión social en estos pueblos.
- Teoría psicológica: “El tótem constituiría un lugar de refugio seguro para el alma, que era depositada en él a fin de permanecer a salvo de los peligros que la amenazaban”. Dicha teoría para

Freud no podría explicar el totemismo, pues presupone la existencia de un tótem. Lo que rescata es su énfasis en que existe una identificación o búsqueda de identidad en el tótem (Freud, 1912, pp. 119-122).

El origen del totemismo se debe entender como la reacción a un suceso desgarrador y traumático en aquella horda primitiva de humanos, donde la fuerza muscular determinaba la superioridad de algún macho sobre otros, apoderándose de las hembras de la horda. Freud (1976) expone que:

Un día los hermanos expulsados se aliaron, mataron y devoraron al padre, y así pusieron fin a la horda paterna. Unidos osaron hacer y llevaron a cabo lo que individualmente les habría sido imposible. Que devoraran al muerto era cosa natural para unos salvajes caníbales. El violento padre primordial era por cierto el arquetipo envidiado y temido de cada uno de los miembros de la banda de hermanos. Y ahora, en el acto de la devoración, forzaban la identificación con él, cada uno se apropiaba de un fragmento de su fuerza (p. 144).

Esta escena es la que inicia una cultura totémica estrechamente relacionada con una cultura del tabú. Los machos hermanos se encontraban en una situación de sometimiento físico y de la imposibilidad de satisfacer sus instintos sexuales, pues todas las hembras de la horda le pertenecían al padre primordial pero también representaba en ellos un ideal para seguir. La devoración del padre crea la cena totémica, la cual es para Freud “la primera fiesta de la humanidad”, que es en su esencia la repetición y celebración recordatoria de la escena anteriormente expuesta. En *Moisés y la religión monoteísta* (1939) Freud se refiere al banquete o cena totémica de la siguiente forma:

Una vez al año toda la comunidad de los varones se reunía en un banquete ceremonial en que se despedazaba y se devoraba en común al animal totémico venerado en todo otro caso. Nadie podía excluirse de este banquete; era la repetición ceremonial del parricidio con el cual se habían iniciado el orden social, las leyes éticas y la religión (p. 126).

La cultura y el tótem se imponen en la horda gracias a la ambivalencia de sentimientos en el grupo de hermanos, pues nace la culpa por la muerte

del padre y el miedo a que les ocurra lo mismo. Es así, que sucede un traslado o desplazamiento: el padre muerto será ahora el tótem. Este hecho responde a la conciencia de culpa creada, que se encargó de continuar con el impedimento del padre en vida, y ahora muerto, serán ellos mismos quienes continúen con el legado, revocando la hazaña al declarar no permitida la muerte del padre sustituto (el tótem) y la renuncia a tomar sexualmente a las mujeres liberadas. Es aquí donde se instauran los dos tabúes que están presentes y son condiciones del llamado complejo de Edipo. Por ello, el clan se vincula al tótem debido a la creencia que del tótem el clan descende, por ello se nombran de igual forma y posee sobre ellos una rigurosa observancia y restricción.

El tótem crea un sistema social al imponer obligaciones de los miembros del clan, un respeto y la búsqueda de una paz social entre los hermanos varones, pues el tabú de no poseer mujer de la misma casta o linaje presupone la eliminación de la rivalidad entre hermanos de la misma raza. “Los miembros de un clan totémico son hermanas y hermanos, están obligados a ayudarse y protegerse mutuamente... Los lazos totémicos son más fuertes que los familiares tal como nosotros lo entendemos; y no coinciden con estos” (Freud, 1912, p. 108). Es por lo anterior, que se afirma que el tótem es configurador y articulador de la organización de la tribu.

En esta imposición surge ese primer conflicto y contraposición de la naturaleza y la cultura (tótem y tabú). Paul-Laurent Assoun (2003) hace una interpretación de este conflicto, donde cree que es “legítimo presentar la institución social como una *formación reactiva* al complejo de Edipo” (p. 53). Esta asociación la hace debido a la relación entre el complejo de Edipo y las prohibiciones capitales del totemismo. Por ello, tal como se ha expuesto, el orden estatal, la moral, el derecho, la ética y la religión surgieron conjuntamente en la época primordial de la humanidad. Assoun, en *Freud y las ciencias sociales*, en el capítulo 3, “Edipo, neurosis y Sittlichkeit”, relaciona causalmente la *Sittlichkeit* (forma estatal) con el complejo de Edipo, cumpliendo el papel de ser una especie de facilitador para el “vencimiento” del complejo.

El funcionamiento de estas estructuras sociales es también el inicio del proceso de la cultura. Para Freud, la cultura o la civilización es un proceso que busca la dominación de la naturaleza humana, naturaleza que está marcada por dos conceptos claves: pulsión de Eros y pulsión de Tánatos. En *El malestar en la cultura* (1930) Freud escribe que el hombre, con su “cruel

agresividad”, es una “bestia salvaje que ni siquiera respeta a los miembros de su propia especie” (p. 108). Esa tendencia agresiva es explicada desde la teoría psicoanalítica gracias a los conceptos ya mencionados. Es de aclarar que la cultura no es ajena a tener implicaciones al revisar la constitución pulsional de su creadora: el humano. Se comprende claramente que la cultura es opresora y a su vez emancipadora; que la cultura, que se materializa a través del ciudadano, posee tendencias y movimientos que responden a las dos pulsiones humanas. Estas siempre van de la mano, es inútil pretender el desarraigo de una de la otra. La pulsión de Eros es aquella que siempre tiende a preservar, conservar, reunir, por ejemplo, las acciones eróticas o sexuales. La otra pulsión, la de Tánatos, es la que busca destruir o matar, por ello son denominadas también pulsión de agresión o destrucción, pues esta trabaja en todo ser vivo y se afana en la producción de su descomposición y en conducir la vida a la materia inanimada. Desde el psicoanálisis, Freud plantea que la única forma de combatir la pulsión de muerte es indirectamente, apelando al Eros. En su carta a Einstein *¿Por qué la guerra?*, Freud planteó que la única vía para la búsqueda de una paz mundial es la promoción de la cultura a pesar de sus fallas y espejismos.

Byung-Chul Han, filósofo y ensayista universal y crítico de la sociedad actual, ha relacionado las pulsiones expuestas con la cultura del siglo 21. En uno de sus textos, *Capitalismo y pulsión de muerte*, relaciona los dos conceptos del título con una magistral lucidez e interdisciplinariedad. En el primer artículo de dicho libro Chul Han (2019) deja entrever una relación muy medida de la pulsión de muerte y el capitalismo, pues “el capitalismo genera una paradójica pulsión de muerte, pues le quita la vida a la vida” (p. 22). Esto es lo que llama la “vida no-muerta” o la “muerte en vida”; situación dada en primer momento porque el capitalismo está basado en la negación de la muerte. Byung-Chul Han (2019) plantea que “el capital se acumula para hacer frente a la muerte como pérdida absoluta. La muerte general la presión para producir y para crecer” (p. 17). Es así como el discurso capitalista de los imperativos de acumulación y crecimiento son reacciones a la amenaza de muerte en forma de consumismo y capitalismo. Todo este sistema, basado en el poder, la violencia y la muerte produce la presión de “aportar rendimiento” que solo es una forma más de la pulsión de destrucción, pues busca la autoexplotación sin escrúpulos y la autodestrucción para optimizarse, y da como resultado los colapsos mentales. Es de mencionar la estrecha relación de lo escrito por Chul Han alrededor de la “sociedad

del cansancio” con los aportes sobre la cultura establecidos por Freud: la cultura contemporánea de los dos autores produce inmensos daños en la mente del sujeto. Pero se entrevé una actualización; en Freud, la pulsión de muerte es orgánica: busca llevar la materia viva a materia inerte. En Chul Han, la pulsión de muerte del capital busca volver al ciudadano un esclavo sin matarlo, busca la muerte espiritual y matar al individuo para convertirlo en zombi. A finales del primer artículo, homónimo al libro, escribe: “Freud es muy consciente de la necesidad de reconciliar la vida con la muerte” y comparte esto al exponer:

Afirmar la vida significa afirmar también la muerte. La vida que niegue la muerte se niega a sí misma. Lo único que nos libera de la paradoja de una vida sin muerte es una forma de vida que devuelva la muerte a la vida: estamos demasiado vivos para morir y demasiados muertos para vivir (Chul Han, 2019, p. 30).

En el mismo libro, en el apartado “Conversaciones”, se tomará como referencia la titulada “El Eros vence a la depresión”. En esa conversación, cuando le preguntan sobre la tesis de la “sociedad del cansancio”, vuelve a traer a colación la discusión sobre el tipo de sociedad en la que estamos, la llamada sociedad disciplinar. Es aquella que busca la autoexplotación voluntaria, es la explotación sin dominación, es la evolución de la anticuada sociedad disciplinar. Es desde este punto que se explican el auge y las barreras que han sobrepasado el capitalismo, pues para Chul Han (2019) la autoexplotación es ilimitada: “Nos explotamos voluntariamente hasta colapsarnos. Si fracaso, me responsabilizo a mí mismo del fracaso. Si sufro, si me arruino, el único culpable soy yo” (p. 127). Es en esta situación donde se empieza a percibir el infierno de lo igual, y es en este infierno donde no hay lugar para el Eros, pues “una sociedad sin el otro es una sociedad sin Eros” (Chul Han, 2019, p. 130), ya que el Eros se dirige a lo totalmente distinto; un ejemplo es la literatura, el arte y la poesía. La política también ha sido afectada por la expulsión del Eros, pues el autor considera que la política debería ser un experimento del que no se sabe cómo va a resultar, pero en la actualidad, todos los días hay que presentar un resultado óptimo, ya que en la *liquid feedback* o la “democracia líquida” ya no son posibles proyectos a largos plazos. En la conclusión de su entrevista, Chul Han habla y enfatiza sobre la necesidad de sustituir el sujeto por el proyecto, así como

Heidegger substituyó el sujeto por la existencia, pues ya no tenemos destino y nos hemos vuelto “proyectos proyectantes de la inmediatez”. En *La agonía del Eros* (2012), en el artículo “Política del Eros”, se refirió por primera vez que en la sociedad del rendimiento no hay espacio para una política del amor, y que sin Eros hay una degeneración del *logos*, pues este se convierte en un “cálculo dirigido por datos, sin capacidad de prever el acontecimiento, lo incalculable” (Chul Han, 2012, p. 78). El acontecimiento del que habla es el momento de verdad que introduce una nueva forma de ser muy distinta a la tradición, a la costumbre de habitar. Para Byung-Chul Han hay una relación secreta entre el Eros y la política, pues las “acciones políticas como un deseo común de otra forma de vida, de otro mundo más justo, está en correlación con el Eros en un nivel profundo” (Chul Han, 2012, p. 80). Entonces, podemos deducir que el Eros es la fuente de energía para la protesta política, para los movimientos de sublevación y rebeldía ante un establecimiento vil. Los surrealistas también vieron en el Eros un medio para una revolución poética del lenguaje y de la existencia, es la fuente de renovación. “A través de su fuerza universal une entre sí lo artístico, lo existencial y lo político. El Eros se manifiesta como aspiración revolucionaria a una forma de vida y sociedad completamente diferente” (Chul Han, 2012, p. 82). Lo ya citado es el final de Chul Han para dicho artículo, y será de gran importancia para la discusión, pues se intuye que los movimientos independentistas están basados en su gran medida como respuesta del Eros.

El pensamiento de Byung-Chul Han permite introducir la relación actual entre la política y los postulados freudianos, especialmente la constitución pulsional. Ahora, se adentrará un poco más sobre la política desde el psicoanálisis. El psicoanalista François Leguil, en su quinta conferencia en Medellín, y reunido en el libro *Política del psicoanálisis y psicoanálisis de la política*, plantea muchas temáticas que se pueden vislumbrar a través del ojo psicoanalítico. Una de las que compete la investigación son las instituciones y estructuras sociales. Primero, Leguil (2001) plantea la noción de institución como “un cuerpo de leyes que determinan un real de comportamiento, un real de solidaridad o de hostilidad” (p. 145). Especifica una enseñanza del psicoanalista francés Jacques Lacan sobre esto, quien planteó que estas instituciones se deben conocer desde el interior, que hay que atravesarlas con la lupa psicoanalítica y crítica. Es así que las instituciones, en todo caso, son “montajes de ideales..., semblantes que distribuyen el goce, esas instituciones reposan sobre un mito, un mito

que responde a sus necesidades y que le prestan un servicio” (Leguil, 2001, p. 145). Pero el mito que responde a sus necesidades es enteramente una represión del deseo. Las instituciones saben que no responden a las necesidades, sino que son causadas por los deseos. Esos mitos por los que están basadas las instituciones las convierten en algo natural para Leguil, ya que lo que hace es recubrir el deseo, reprime el deseo de cierta forma y, al hacerlo, se adscribe un carácter tiránico y errático.

Byung-Chul Han nos recuerda en *Topología de la violencia* (2011) que “la decapitación en la sociedad de la soberanía, la deformación de la sociedad disciplinar y la depresión en la sociedad del rendimiento son estudios de la transformación topológica de la violencia” (p. 7). Entonces, si las instituciones responden a la represión del deseo como lo plantea François Leguil, se puede analizar cómo las instituciones modernas derivan directamente de la interiorización de la violencia y dominación externa de las monarquías y las autocracias. En el artículo “Política de la violencia”, del libro mencionado al inicio del párrafo, Chul Han reflexiona sobre la relación entre la violencia y el derecho, iniciando con los contrapuntos de un Hegel idealista que sostiene que lo único que conserva el vínculo entre el Estado es el sentimiento fundamental del orden que todos tienen, y de un Walter Benjamín que parte del supuesto de que la violencia es fuerza fundadora del derecho, pues el derecho es “el privilegio de los poderosos”. Chul Han aborda las teorías de estos dos opuestos, para luego proponer una política aristotélica basada en la vida y la amistad como una especie de alternativa a los dos polos. Esta política no es dominadora, sino que busca el “buen vivir”. Explica que para Aristóteles la política surge “a partir de un sentimiento de falta y no de una voluntad de poder y dominación”. Chul Han explica que, en este sentido, la política es mediación, y está sobre lo jurídico y la justicia y de ahí la necesidad de la amistad. Este valor, para Aristóteles, está elevado en el más grande de los bienes para las ciudades, significa politizar la vida: decidir la convivencia.

Recordamos lo expresado por Freud en su carta a Einstein: la humanidad ha transitado un camino de la violencia al derecho, y su historia está marcada por la lucha entre los sectores de la sociedad desigual. El derecho surge como contraposición a la violencia de uno, así como en el mito totémico los hermanos constituyen el derecho en oposición a la violencia del único. El derecho es el poder de una comunidad, y este derecho se ve reflejado en las normas y leyes impuestas a través del tótem. Para que

de esta unión contra un hiperpoderoso haya podido surgir una comunidad estructurada y cohesionada debió darse una unión permanente y duradera, o sea, que no esté basada en el combate, sino en el establecimiento de ligazones de sentimientos, o los “sentimientos comunitarios” (Freud, 1933, p. 195). Por este motivo, la comunidad debe organizarse, promulgar ordenanzas (legislar), prevenir las sublevaciones temidas, estatuir órganos que velen por la observancia de leyes y estatuir órganos que tengan en su cargo la ejecución de los actos de violencia acordes al derecho (monopolización de la violencia).

MARCO CONCEPTUAL Y MARCO HISTÓRICO

Este apartado responde a la necesidad de contextualización de aportes y conceptos importantes para la discusión que fueron expuestos en el Estado del arte como fundamento para el marco teórico de la presente investigación. Se resaltan los conceptos de constitución pulsional del ser humano, el tótem, la monarquía y el Estado moderno.

Freud solía referirse a la constitución pulsional del hombre como la teoría de la libido o la doctrina de las pulsiones. La concebía como una mitología, y describía las pulsiones como seres míticos y grandiosos en su indeterminación. En la conferencia 32, perteneciente al título *Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis* (1932-1933), Freud trabaja sobre la angustia y la vida pulsional. Recuerda el carácter biológico de dichas pulsiones y se refiere a dos grandes tipos, la pulsión sexual y la pulsión “yoica”. Más tarde serán conocidas como la pulsión de Eros y la pulsión de Tánatos o de muerte; con estos últimos dos nombres nos referiremos a ellas en la presente investigación. Las pulsiones tienden a reproducir un estado anterior, y es que cuando aquel estado sufre una perturbación es cuando nace la pulsión a recrearlo, de allí es donde se basa Freud para establecer el concepto de compulsión a la repetición, que es característico de las pulsiones. Explica esto desde diversas perspectivas para caracterizar las pulsiones de forma universal: por ejemplo, la biológica, pues de la pulsión de Eros deriva la pulsión de sanación a la que se le debe la curación natural del cuerpo, pero además de esto hay un afán y una necesidad de mejorar los auxilios terapéuticos para expandir dicha pulsión. También, como muestra Freud (1932-1933), expone que “las vivencias olvidadas y reprimidas de la primera infancia se reproduzcan en el curso del trabajo analítico en sueños y

reacciones” (p. 99), pero también fuera del análisis es posible observar que personas “durante toda su vida repiten sin enmienda siempre las mismas reacciones en su perjuicio, o que parecen perseguidas por un destino implacable, cuando una indagación más atenta enseña que en verdad son ellas mismas quienes se deparan su destino” (Freud, 1932-1933, p. 99). De lo anterior se puede expresar que las dos pulsiones básicas del ser humano, opuestas, operan para la repetición de un estado anterior, sea de dicha, o sea de desgracia. Estas operan de forma pasiva y activa, interviniendo en las acciones y los acontecimientos humanos significativamente.

Para efecto de la investigación, se vuelven a recordar las dos pulsiones básicas: Eros y Tánatos (muerte). La pulsión de muerte deriva a su vez en pulsión de agresividad, de destrucción o de autodestrucción; busca reproducir y volver al estado de materia inanimada a los cuerpos orgánicos. Freud ubica su origen en el momento exacto en que de la materia inanimada “en una época inimaginable y de un modo irrepresentable” surgió la vida. Esta pulsión no puede estar ausente en ningún proceso vital. Los fenómenos de la vida nacen en la oposición de la meta pulsional de la pulsión de muerte y de la meta de la pulsión erótica, o de Eros, que es aquella que busca aglomerar cada vez más sustancia viva en unidades mayores, busca unir y si es necesario reunir.

El castigo, una necesidad inconsciente, se comporta como un fragmento de la conciencia moral, y tiene su origen en el mismo momento en que la agresión se interioriza. Ya la investigación le ha advertido al lector la cantidad de consecuencias que suscitó el asesinato del padre de la horda y la imposición de un nuevo sistema moral, religioso y social, y no solo el tótem significa el origen del derecho, de la religión, de un gobierno, de una identidad colectiva, también significa el origen de la conciencia moral. El tótem es la sustitución del padre, por ende, de su dominio, por ende, del dominio de uno, por el dominio de muchos, de los hermanos. Para asegurar ese dominio se establecieron las primeras normas, dos prohibiciones capitales que vale la pena recordar: no matar al tótem (al animal en que está representado el tótem) y el incesto, tener relaciones sexuales con la misma casta o familia. Pero para ello primero hubo la interiorización del padre agresor y opresor por medio de la cena totémica. Hay una clara identificación con él, de tal forma que es considerado un protector, pero se le debe rendir tributo, respeto y acatamiento.

Para la relación de lo ya expuesto con el Estado moderno, es importante conceptualizar dos conceptos: las monarquías y el Estado moderno. Las monarquías, según la Real Lengua Española, es una “organización del Estado en la que la jefatura y representación supremas son ejercidas por una persona a título de rey o reina”. Es de aclarar que la investigación no toma en cuenta esta definición por la falta de rigurosidad histórica: define las monarquías pos-Estado. Cuando se hable de monarquías serán las feudales de la edad media. Aclarado esto, son aquellas ubicadas históricamente en Europa Occidental y cronológicamente desde el siglo 5 al 6 que ejercen un control social y económico a través del papa y del emperador o rey, son hereditarias de padre a hijo y su economía estaba basada en el sector agrícola, de allí la existencia de feudos. Su característica principal es la intrínseca relación de la Iglesia cristiana y los feudos o reinos, que muestran una complicidad y una mutuo-legitimación de poder, pues el rey tenía derecho sobre la tierra y los feudos en razón y medida que el papa le otorgara su apoyo y lo nombrara representante de Dios en la tierra. Estas monarquías tenían una fuerza opresora a los vasallos o súbditos, pero hay una incapacidad de ser soberanas por identificación en su mayoría, de controlar el territorio y de ejercer una fuerza política y social que cohesionara al pueblo. Desde el siglo 15 al 18 hubo muchos sucesos históricos importantes, pero solo se resaltan los que en gran medida propiciaron la creación del Estado. Estos son la decadencia de la unión religión-política, la conquista y masacre de los pueblos nativos de América por monarquías europeas, las fuertes y duraderas guerras religiosas que debilitaron las monarquías feudales, la aparición del liberalismo económico y el mercantilismo y el inicio de la Ilustración.

El Estado moderno nace históricamente en Estados Unidos y Francia, a raíz de la independencia estadounidense y las revoluciones francesas. Se toma como referencia el caso de las trece colonias estadounidenses por estas tres razones: primero, temporalmente sucedió antes que la Revolución francesa; segundo, por el inmenso mito fundacional que suscitó, y tercero, por cimentar las bases del constitucionalismo moderno y la democracia liberal. Por razones de extensión no se explicará la conquista por parte de la monarquía inglesa en los territorios que habitaban los pueblos nativos de Norteamérica. Entre los siglos 16 y 17 el Imperio británico fundó las trece colonias: Massachusetts, Nuevo Hampshire, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Pensilvania, Nueva Jersey, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia. En el siglo 18, entre 1756 y

1763, el Imperio británico y Francia disputaron la Guerra de los siete años por el control colonial. Aun habiendo salido vencedor el Imperio británico, impuso unas medidas económicas exorbitantes para las trece colonias y de esta manera costear los gastos y las deudas de la guerra. El ambiente político en las colonias inglesas estuvo marcado de cierta autonomía y gobiernos propios hasta el fin de la guerra, pues la capital del Imperio, Londres, tuvo una intervención directa en la actividad económica de los colonos, he allí la razón del rechazo a los nuevos impuestos. Como es sabido, las protestas y los aires revolucionarios eran respondidos desde el establecimiento con hostilidad y agresión, y solo confirmaron la opresión británica a las colonias.

El inicio de esta independencia yace en 1774, cuando en Filadelfia se realiza el Primer Congreso Continental, donde se expiden los decretos intolerables y se exige la autonomía gubernamental y el fin de la relación colonial con el Imperio británico. Más tarde, el 12 de junio de 1776 aparece la Declaración de Virginia, en donde se declaran los derechos del “Buen Pueblo de Virginia”. La primera manifestación de pueblo-nación, pues los colonos ya no se percibían ingleses de la corona británica, nacía una identificación como pueblo estadounidense. El suceso más importante para la historia estadounidense y más emblemático es el 4 de julio de 1776, cuando se expidió la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. Este hecho y esta fecha hacen parte de todo un mito fundacional del país-nación, a tal punto que las celebraciones actuales por ese día son reconocidas a nivel global. Significó la recuperación del poder soberano al pueblo, el establecimiento del ciudadano como sujeto de derechos universales, entre ellos “la vida, la libertad y la búsqueda de felicidad” (Congreso Continental, 1776) y la conformación y los cimientos del Estado-nación o el Estado moderno. En la Declaración de Independencia de 1776, el primer párrafo deja vislumbrar un claro deseo de separación no solo política, sino también cultural, pues reconocen a los británicos como un pueblo al que han estado ligados y buscan disolver aquel vínculo político en pro de tomar con un nuevo gobierno propio el territorio habitado.

El Estado Moderno creado por Estados Unidos es una forma de gobierno que está basado en la constitución, que implicó una positivización y normativización de una ley y derechos universales y del funcionamiento orgánico del gobierno, y que tiene el fin de la búsqueda de la paz por medio de la seguridad pública, por medio de la justicia, la conciliación y un ejército nacional capaz de proteger al ciudadano. Es en la busca de estas dos metas

que se materializa la centralización del poder o la monopolización del mismo a la figura del Estado, otorgándole a esta soberanía legitimidad y un poder real de administración territorial y legislativa.

MARCO METODOLÓGICO

La presente investigación es de carácter cualitativo en su totalidad. Se expone con un sentido narrativo pero fundamentado en los textos originales, y se busca abordar los aportes de Freud de forma primaria sin tantas interpretaciones y sesgos de otros autores, siempre de forma crítica y comparativa a la realidad material. Por esta razón, la investigación *Una mirada freudiana al origen del Estado moderno: relación con el totemismo* es teórica comparativa motivada en la hipótesis de que es posible abordar el origen del Estado en las trece colonias desde la perspectiva psicoanalítica de Freud. Se fundamentó a partir de las lecturas y en la bibliografía presentada, y espero que el lector pueda encontrar novedad y algo diferente a lo habitual en el siguiente apartado donde se relacionará todo lo investigado y trabajado para lanzar la hipótesis al objetivo principal, de relacionar causalmente el mito totémico y la creación del Estado en la independencia de las trece colonias estadounidenses.

Entonces, la línea de trabajo fue buscar primeramente los antecedentes al enfoque propuesto. Dada la pobreza de contenido y material, se inició con una prevención, según la cual la presente investigación implicaba una novedad, o que los anteriores no encontraron similitud alguna o que la hipótesis propuesta era un fracaso. Se tomó la decisión de continuar con el enfoque propuesto, pero delimitándolo más, centrándose en el caso estadounidense. En el estado del arte se realizó una condensación de la base teórica en que se basa la investigación, para su posterior resumen y contextualización en los marcos conceptuales e históricos, estos responden al análisis teórico y crítico, la discusión y las conclusiones responden a la narración de lo ya expuesto.

DISCUSIÓN

¿Qué relación tiene a primera vista la independencia de Estados Unidos con el mito del totemismo de Freud? No habría una relación evidente en primera instancia. La presente investigación espera que después de leer

esto se puedan encontrar algunas concordancias, o al menos que se genere interés y resulte encantadora esta hipótesis que se aleja de la explicación ortodoxa materialista económica. La premisa de la siguiente discusión es que la relación y el origen del Estado moderno es psíquico; mítico, diría Freud (derivado de las pulsiones humanas).

Partimos por aclarar y reflexionar sobre algo: la política. ¿Cómo se originó esto que llamamos espectro político? Sería tema para otra investigación, sin embargo, se relacionará el mito totémico (que ya de por sí explica el origen de las estructuras sociales y la organización humana) con la política de Aristóteles, tal como lo recordó Byung-Chul Han: la búsqueda del buen vivir se cimienta en la vida y la amistad. Se expuso en páginas anteriores que para Aristóteles la política surgió de un sentimiento de falta, y por ende los humanos nos unimos en sociedades y culturas. ¿Acaso esa acción de unirse no responde a la pulsión de Eros? ¿Acaso la violencia y el poder físico de un macho en la horda primitiva sobre los demás no es la interrupción de la paz y la tranquilidad que algún día hace muchísimos siglos se tuvo? Si lo pensamos de esa forma, las dos pulsiones trabajaron coercitivamente para el asesinato del padre primitivo, pues al matarlo eliminaron la fuerza opresora, pero también cometieron algo que sus almas no deseaban: el nacimiento de la culpa y el arrepentimiento. En el afán de volver a lo que habían creado el tótem, y sustituyeron al padre después de interiorizarlo e identificarlo, de engrandecerlo y ascenderlo. De allí las normas, la religión y la estructura social, que responden a mantener el orden, la paz y la tranquilidad en la población. Para ello, prohíben las dos cosas que suscitaron tal asesinato, la muerte del padre y el apoderamiento y la lucha por las hembras. Pensándolo así, y recordando que el totemismo está basado en una cultura de hace miles de siglos, podemos observar que la banda de hermanos, después de matar al padre, no buscó poder y dominar, sino que decidió convivir, politizar la vida del ser humano. Aristóteles se refiere a un vínculo como la amistad; Freud, en su mito, habla de un vínculo totémico, más grande que el familiar tal como lo conocemos o el social. Continuando con la tesis de Aristóteles que la política nace en razón de algo, Freud explica ese algo: el padre muerto. Los dos manifiestan que la política surge alrededor de la vida y de la voluntad de supervivencia; Freud, menos romántico, añade la culpa de haberlo matado y el miedo de que les suceda lo mismo.

Ya reflexionando sobre esto, entonces pensemos en la importancia y la incidencia de las pulsiones humanas en la constitución del Estado

moderno. Primero, recordemos que la humanidad venía de una época opresora y represora de sentimientos, de razón, de pensar diferente, de crear, de tener relaciones sexuales con quien se quisiese; entonces, se puede decir que en la Edad Media se reprimió el Eros. De allí que no hubiera casos reales de identificaciones y ligazones tan fuertes para la creación de una nación, siendo el único carácter unificador en ese entonces Dios, como prototipo del padre, pues se refiere como el “padre nuestro”. La religión cristiana fue quien encarnó tan buen papel de seguir con la tradición del totemismo, limitar los deseos sexuales y honrar al padre (al Dios cristiano). En este periodo no existió la noción real de la libertad actual, defendida por Estados Unidos. La mayoría de los reinos en la Edad Media eran absolutos, rey y papado, y no la noción de igualdad ni dignidad en los súbditos; por ende, la inexistencia de ciudadanos. La comunidad totémica era igual entre sí en razón de la identificación con su tótem, que se puede traducir a la igualdad de ciudadanos ante el Estado (la ley). Los colonos americanos siempre estuvieron en una opresión constante por sus conquistados.

La relación amo y esclavo se convirtió en la época colonial en una relación conquistador y conquistado, y las dos responden a la relación de padre e hijo del mito totémico, donde la liberación del oprimido solo se resolvería con la rebelión de muchos dándole fin al opresor. Recordemos que, así como la cena totémica era el ritual y la festividad por la que se conmemoraba la hazaña de sublevación y a su vez era el recibimiento de la fuerza del padre muerto, la celebración anual de independencia de los Estados Unidos puede ser entendida como un rezago de aquella tradición milenaria: cada 4 de julio se celebra a nivel nacional la independencia, se honra a los “padres fundadores” y se recuerda con festividad y con presencia callejera en todos los estados federales. Esta fiesta significa, desde la perspectiva presentada en la investigación, la reactivación de los lazos nacionales o las ligazones de sentimientos. La cena de acción de gracias, tan característica de la cultura estadounidense, también es una derivación de la cena totémica, pues el 23 de noviembre las familias se reúnen en torno a una cena tradicional de los nativos, de un animal en específico, y, aclaro: el animal elegido, el pavo, es de gran importancia para la festividad. Retomando el mito fundacional de Estados Unidos, se encuentra de sumo interés la interiorización de los llamados “padres fundadores”: George Washington, Thomas Jefferson, John Adams, Benjamín Franklin, Alexander Hamilton, John Jay y James Madison. La capital de Estados Unidos, el centro político más importante, se

llama Washington D. C. en honor a él. Estos personajes, importantísimos en la lucha por la independencia, fueron los encargados de crear y encarnar la figura del Estado moderno, y los ciudadanos se identificaron arcaicamente; esto es, que se identificaron con un vínculo tan fuerte que les es posible considerarlos familia sin haber tenido lazos sanguíneos.

El símbolo nacional de Estados Unidos, el tío Sam, también es considerado familia y padre de la nación. Todos estos son rezagos de la influencia de las pulsiones humanas en la constitución del Estado moderno, y, aún más importante, es el rezago del totemismo arcaico, pues aunque la civilización y el proceso cultural tienen miles de años en desarrollo, hay todavía conductas y mociones pulsionales salvajes; para ejemplificar esto, se trae el ejemplo de Luis XVI, que fue decapitado por el pueblo francés junto a su esposa María Antonieta. La meta pulsional sexual en el siglo 18ya tenía más libertad, pero una necesidad básica del ser humano, como comer, estaba siendo interferida por la corona de Luis XVIII. Recordemos que el rey era considerado la representación de Dios en la tierra, del “padre nuestro”, y, aun así, se le decapitó en plena plaza. ¿Acaso esto no es una repetición de lo vivido en el mito totémico? ¿Acaso después de este asesinato el pueblo no se organizó en un autogobierno y se dispuso a realizar uniones entre todos? ¿Acaso después de este suceso no es que se crea la figura de República (gobierno de varios) y se deja a un lado la monarquía (gobierno de uno)? Al Estado se le encargó después de estos hechos sangrientos y violentos la seguridad de orden nacional por medio de un ejército nacional y un legislador universal.

CONCLUSIONES

Con la discusión presentada lo que se espera y desea es provocar la curiosidad del lector y mostrar una luz diferente sobre el origen del Estado. En el diálogo de las diferentes ramas del conocimiento humano se encuentra el camino para buscar verdades, versiones no vistas, y, sobre todo, actualizar las teorías. Tal como se propuso al inicio de la investigación, presentar los aportes de la teoría freudiana y el mito totémico a la teoría del Estado. Se halló que en la creación del Estado moderno hubo acciones y momentos que respondían a las mociones pulsionales del Eros y de Tánatos, porque al tener un carácter conservador se buscó restituir un orden y una paz que estaba siendo interrumpida por el Imperio británico; la destrucción y la guerra

fueron necesarias para la unificación en torno a la idea de nación. Es de aclarar que esto no es nacionalismo, pues los estadounidenses reconocían en los ingleses europeos un pueblo y una nación diferente y querían desligarse de ellos. La relación causal, fundamental, entre el mito totémico y la independencia de las trece colonias está en la creación de una figura superior a una persona, que contiene rasgos del Antiguo Régimen, que busca la paz en la comunidad, que tiene el carácter unificador y creador de identidad y, sobre todo, que son productos de las pulsiones y mociones pulsionales de las dos épocas: liberación. Es por ello por lo que el mito totémico es el primer antecedente del Estado moderno.

REFERENCIAS

- Assoun, P. L. (2003). *Freud y las ciencias sociales*. Ediciones de Serbal.
- Brunner, J. (2016). Freud y el gobierno del derecho. De Tótem y tabú a la teoría psicoanalítica del derecho. *Derecho PUCP*, (77), 27-48.
- Dorado, J. (2015). Freud y los gobiernos terminables e interminables. *Desafíos*, 27(2), 53-97.
- Chul Han, B. (2016). *Topología de la violencia*. Herder.
- Chul Han, B. (2017). *La agonía del eros*. Herder.
- Chul Han, B. (2022). *Capitalismo y pulsión de muerte*. Herder
- Congreso Continental. John Hancock (1776). Declaración de independencia de los Estados Unidos de América 1776. https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf
- Freud, S. (1913). *Tótem y tabú*. En *Obras completas XIII* (pp. 2-164). Amorrortu Editores.
- Freud, S. (1930). *El malestar en la cultura*. En *Obras completas XXI* (pp. 59-140). Amorrortu Editores.
- Freud, S. (1933). ¿Por qué la guerra? En *Obras completas XXII* (pp. 180-198). Amorrortu editores.
- Freud, S. (1932-1933). *Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis. 32ª conferencia: Angustia y vida pulsional*. En *Obras completas XXII* (pp. 75-104). Amorrortu Editores.
- Freud, S. (1939). *Moisés y la religión monoteísta*. En *Obras completas XXIII* (pp. 1-132). Amorrortu Editores.
- Jefferson, T. y Madison, J. (1791). Carta de Derechos de los Estados Unidos. National Archives. <https://www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos>.
- Jiménez, F. (1993). Freud y política. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 25, 105-113.
- Leguil, F. (2001). *Política del psicoanálisis y psicoanálisis de la política*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Pirenne, H. (1971). *Las ciudades de la Edad Media*. Alianza Editorial.
- Trajtemberg, P. (s. f.). Discurso freudiano. *Escuela de Psicoanálisis*. <https://www.discursofreudiano.com/el-crimen-de-las-hermanas-papin-to-tem-y-tabu-de-sigmund-freud-1913-en-el-origen-de-la-cultura/>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

DESLOCAMENTOS HUMANOS POR DESASTRES
AMBIENTAIS E O INSTITUTO DO REFÚGIO INTERNACIONAL:
O CASO DAS ILHAS CARTERET E A NECESSIDADE DE
RECONHECIMENTO DOS REFUGIADOS CLIMÁTICOS

HUMAN DISPLACEMENT DUE TO ENVIRONMENTAL
DISASTERS AND THE INTERNATIONAL INSTITUTE OF REFUGEES:
THE CASE OF THE CARTERET ISLANDS AND THE NEED FOR
RECOGNITION OF CLIMATE REFUGEES

DESPLAZAMIENTO HUMANO POR DESASTRES AMBIENTALES
Y EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS:
EL CASO DE LAS ISLAS CARTERET Y LA NECESIDAD
DEL RECONOCIMIENTO DE LOS REFUGIADOS CLIMÁTICOS

THIAGO DOS-SANTOS-DA-SILVA*

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a15

* Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais na Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Bacharel em Direito (FDMC). Bolsista CAPES. Membro do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5297-3902>, email: thiagods@live.com

Resumo

O presente artigo discute o instituto do Direito Internacional Público do refúgio, porém, sob a ótica do Direito Ambiental, especificamente pelo viés da teoria do Direitos dos Desastres, analisando os casos de deslocamentos humanos causados por desastres ambientais. O trabalho discorre sobre os meandros do instituto do refúgio, no direito internacional, relacionando-o, posteriormente, ao direito ambiental e prognosticando a necessidade de alargamento do conceito de refúgio. O artigo foi realizado com base no método dedutivo, partindo de uma premissa geral e chegando a um caso específico, que são os residentes das Ilhas Carteret, considerados refugiados climáticos. O resultado que se chega é pela necessidade urgente de alargamento do conceito de refugiado, para que compreenda a figura do refugiado climático ou refugiado ambiental, primeiramente em nível internacional e, na sequência, nos direitos internos dos diversos Estados.

Palavras-chave: desastres ambientais, deslocamentos humanos forçados, direito dos desastres, direito ambiental internacional, refugiados climáticos.

Abstract

This article examines the institution of Public International Law of refuge; however, from the perspective of Environmental Law, specifically through Disaster Law theory, analyzing cases of human displacement caused by environmental disasters. The work delves into the complexities of the refugee institution in international law, then relating it to environmental law and predicting the need to broaden the concept of refuge. The article was conducted based on the deductive method, starting from a general location and arriving at a specific

case, which is the residents of the Carteret Islands, considered climate refugees. The result achieved is due to the urgent need to expand the concept of refugee to include the figure of the climate refugee or environmental refugee, primarily at the international level and, consequently, in the internal rights of different States.

Keywords: Environmental Disasters, Forced Human Displacement, Disaster Law, International Environmental Law, Climate Refugees.

Resumen

Este artículo analiza la institución del Derecho Internacional Público del refugio, sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Ambiental, específicamente a través de la teoría del Derecho de Desastres, analizando casos de desplazamiento humano provocado por desastres ambientales. El trabajo discrepa sobre las complejidades del instituto del refugio en el derecho internacional, relacionándolo luego con el derecho ambiental y prediciendo la necesidad de ampliar el concepto de refugio. El artículo se realizó con base en el método deductivo, partiendo de una localización general y llegando a un caso específico, que son los residentes de las Islas Carteret, considerados refugiados climáticos. El resultado alcanzado se debe a la urgente necesidad de ampliar el concepto de refugiado, de modo que incluya la figura del refugiado climático o refugiado ambiental, fundamentalmente en el nivel internacional y, en consecuencia, en los derechos internos de los distintos Estados.

Palabras clave: desastres ambientales, desplazamiento humano forzado, ley de desastres, derecho ambiental internacional, refugiados climáticos.

INTRODUÇÃO

Movimentos migratórios são inerentes à humanidade, isso é fato. Foram as movimentações humanas que permitiram ao *homo sapiens* “vencer” a corrida da história, se colocando como topo da cadeia alimentar, em que pese não possuía armas naturais, como veneno, garras ou presas afiadas.

As migrações humanas, desde sempre, foram baseadas na busca por melhores situações de existência, ou seja, as sociedades humanas migraram, e migram, buscando condições mais favoráveis para sua subsistência.

Tais processos podem ter sido justificadas pelo resultado de conflitos, pela busca por melhores territórios agropecuários ou por condições socioeconômicas mais favoráveis.

Mais recentemente, porém, as movimentações humanas tiveram uma nova justificativa, que é a perseguição de indivíduos ou grupos de pessoas, por razões religiosas, ideológicas, políticas ou étnicas.

Quando um grupo dominante emerge ao poder central de um Estado e usa essa centralidade estatal como forma de perseguição política individual, surge aí o instituto do asilado político. Desse instituto, já conhecido há séculos, emergiu um instituto mais recente, que é o refúgio, que tem sua vez quando a perseguição deixa de ser individual, mas, sim, direcionada a um grupo específico de pessoas, pelas razões acima mencionadas.

Todavia, as mudanças climáticas, reflexos da atuação humana na degradação ambiental, fizeram aparecer uma nova categoria de pessoa refugiada, que são grupos de indivíduos obrigados a deixar seus lares não por perseguição estatal, mas pela perda da possibilidade de subsistência em razão de tragédias ambientais.

O presente artigo, assim, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, se debruça sobre o instituto do refúgio, no âmbito do Direito Internacional Público, através de revisão bibliográfica e análise de caso concreto, mirando para a necessidade de reconhecimento internacional da nova categoria do refugiado climático.

Para tanto, está ancorado em três capítulos. No primeiro, será revisitado o conceito internacional do refúgio, como forma de situar o leitor. O segundo capítulo joga luz sobre as movimentações compulsórias de sociedades humanas, causadas por desastres climáticos e seus impactos globais. Por derradeiro, o terceiro capítulo analisa o caso das Ilhas Carteret, na Papua Nova-Guiné, expondo a necessidade de atualização do conceito

de refúgio, reconhecendo nesse instituto os refugiados climáticos ou ambientais, como forma de salvaguardar tais grupos de pessoas.

O INSTITUTO DO REFÚGIO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: REVISITANDO O CONCEITO

Na teoria do direito, há alguns institutos que se solidificam, a ponto de seus conceitos se constituírem imutáveis, a despeito da passagem do tempo. Como exemplo, é possível citar os institutos do *non bis in idem* ou do *in dubio pro reo*, ambos com conceitos muito bem estabelecidos no direito – o que não afasta, por óbvio, a possibilidade de sua interpretação em casos específicos, porém, os conceitos dos institutos se fazem imutáveis.

Há, todavia, alguns institutos que, ainda que largamente utilizados e muito bem dominados por tribunais, juristas e pelos artífices cotidianos do direito, possuem conceitos que, justamente pela dinâmica da ciência jurídica, acabam se atualizando, de forma a irradiar o espírito do tempo em que são utilizadas.

Isso não significa dizer, em absoluto, que tais institutos possuem conceitos etéreos, transparentes, pelo contrário, a mutabilidade conceitual faz parte da jurisprudência – na acepção geral da palavra, tida como ciência do direito. Só é possível falar em “direito como ciência viva”, ou seja, que acompanha a evolução da sociedade, se ele refletir, sempre criticamente, as angústias do momento em que é interpretado.

O Direito Internacional Público, pela arena que se insere, possui um *modus operandi* muito característico, inclusive naquilo que tange ao sentimento do tempo. Institutos jurídicos, conceitos, sua própria estrutura e parâmetros possuem características bastante específicas, justamente pelas relações que essa seara media, que são as relações entre Estados e Organizações Internacionais, a partir da diplomacia internacional.

Nesse tempo próprio do Direito Internacional Público, alguns institutos jurídicos, depois de estabelecidos enquanto conceito, demoram sobremaneira para serem definidos e, ainda mais, para serem atualizados ou alterados, exatamente pela descentralização e voluntariedade que definem essa área do Direito.

O presente trabalho se debruça sobre a necessidade de atualização do conceito definidor do Refúgio, enquanto instituto do Direito Internacional Público, isso porque, a realidade contemporânea impõe sua renovação,

como forma de recepcionar novas conjunturas que exsurgem da intersecção entre Direito Ambiental e Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, no presente capítulo, como forma inicial desse trabalho, é imperioso revisitar o conceito do instituto do Refúgio, no Direito Internacional Público, especificamente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como forma de situar o leitor e oferecer uma leitura lógica e sistemática do tema principal do artigo.

É bastante comum, quando alguém se debruça sobre diplomacia e direito internacional, alguma confusão sobre termos que aparecer e reaparecem nessas áreas. É cristalino identificar uma zona cinzenta quando dos primeiros contatos com termos como migração, migrantes, asilados e refugiados.

Esse desarranjo conceitual se dá, não raramente, pelo uso, especialmente na mídia de massas, de forma pouco acurada, dos conceitos desses institutos como se fossem sinônimos entre si ou, ainda, como se descrevessem um mesmo fenômeno. Assim, revisitar o conceito do refúgio, enquanto instituto jurídico internacional, serve como manutenção de um rigor metodológico que a pesquisa científica no Direito exige.

O Direito Internacional Público, além do Direito Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquanto subáreas, convive com a figura da migração desde seu nascedouro. O deslocamento humano é que justifica a construção de regulações sobre esse fenômeno, que, com a evolução epistemológica, hoje se chama Direito Internacional.

Migrantes, refugiados e asilados são institutos que possuem uma mesma gênese, contudo, evoluíram em caminhos distintos, sendo, atualmente, tratados de formas bastante diferentes na diplomacia, nos direitos internos de cada Estado e, especialmente, no Direito Internacional Público, não sendo possível confundi-los.

Primeiramente, é importante salientar que refugiados e asilados podem ser considerados migrantes, isso porque, migrante, como a própria palavra pressupõe, é alguém que se desloca, nacional ou internacionalmente, por diferentes razões.

Nesse sentido, de um ponto de vista puramente semântico, sob o guarda-chuva do termo migrantes, é possível fazer caber os conceitos semânticos de refugiados e asilados. Todavia, a ciência do Direito nem sempre coaduna a definição de seus institutos com aquela dada pela Semântica.

Sobre a relação entre migrantes e refugiados, a Professora Olívia Cerdoura Garjaka Baptista (2011) é bastante feliz em seu esclarecimento:

Os refugiados são pessoas que se diferenciam dos deslocados internacionais classificados como “migrantes tradicionais”. Em geral os migrantes tradicionais têm o seu deslocamento motivado por questões econômicas, isto é, estes migrantes partem em busca de melhores condições de vida. Já os refugiados fogem em virtude de fundado temor de perseguição em busca da preservação da sua vida. Para evitar o desgaste diplomático entre os países, o refúgio é classificado como instituto apolítico e humanitário. Há a preocupação com a satisfação das necessidades básicas dos refugiados que incluem, mas não se restringem a alimentação, moradia, educação e saúde (p. 177).

Fica claro, portanto, que há uma situação de agravamento na condição da pessoa em condição de refúgio, que é a necessidade do deslocamento, o qual lhe é imposto como razão de sobrevivência, em decorrência de questões locais que ultrapassam um desejo pessoal de cunho econômico, por exemplo.

O instituto jurídico internacional do refúgio tem sua gênese no conceito do asilo – outro instituto jurídico internacional, que continua existindo, inclusive, mas que possui uma definição menos abrangente, contemporaneamente, do que o refúgio.

O asilo remete à Grécia da Antiguidade Clássica, sendo usado, desde então, como forma de proteção a um indivíduo, ou alguns indivíduos, que estão em situação de perseguição, normalmente política, por outro Estado. Nas palavras de Marcelo Varella (2011):

O asilo político é a proteção concedida pelo Estado nacional ao estrangeiro perseguido por suas opiniões políticas, religiosas ou raciais. A proteção pode inclusive admitir força policial e ajuda financeira do Estado receptor. Trata-se de um instituto clássico do direito internacional (p. 198).

É importante mencionar que o asilo se caracteriza pela imunidade oferecida à alguém em face de perseguição sofrida por um Estado, sendo sempre em caráter individual, ou seja, o Estado violentador está atuando em face daquela pessoa, ou grupo de pessoas, de forma específica, não em razão de uma homogeneidade do grupo.

Primeiramente usado de um ponto de vista religioso, o asilo somente ganhou traços de instituto jurídico a partir de Roma Império, porém, de forma ainda incipiente, pelas características do Medievo seguinte. Somente com hugo Grotius, já no Século XVII, há um aprofundamento teórico do instituto do asilo e uma primeira positivação, na Constituição Francesa de 1793.

Após idas e vindas da Sociedade Internacional de Estados, houve uma positivação definitiva do instituto do asilo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assegurando o direito de qualquer pessoa perseguida em seu Estado solicitar a proteção de outro Estado-membro da Organização das Nações Unidas, todavia, pela característica personalística do instituto, não há o dever do Estado solicitado conceder esse asilo, como lembra a Professora Liliana Lyra Jubilut (2007):

Por esse instituto jurídico um Estado tem o *poder discricionário* de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. É o que modernamente denomina-se *asilo político*, uma vez que *é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas*, e se subdivide em dois tipos: (1) *asilo territorial* – verificado quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e (2) *asilo diplomático* – o asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado (p. 39, grifos da autora).

Como se observa, portanto, o instituto do asilo se debruça sobre situações de perseguição direcionada, individualizada, por questões de opiniões políticas, religiosas ou raciais, porém, repise-se, de maneira pessoal e pessoalizada.

A partir do instituto do asilo e do direito de asilo, assim reconhecido, surgiu o instituto do refúgio, este com um caráter de solidariedade internacional, que, porém, se diferencia de sua gênese, por conta de sua amplitude ter sido definida em diferentes diplomas internacionais

Em se tratando do *refúgio*, tem-se um *instituto do Direito Internacional muito mais recente* e, atualmente, com *abrangência maior e tipificada*: isso significa que não se trata de um ato discricionário do Estado concessor, pois o reconhecimento do *status* de refugiado está vinculado a diplomas e hipóteses legais bem definidos (Jubilut, 2007, p. 42).

Diferente do asilo, o instituto do refúgio remonta apenas ao Século XX, já com a extinta Liga das Nações. Sobre essa linha de tempo, Liliana Jubilut (2007) montou uma evolução histórica do refúgio, no direito internacional:

Tabla 14.1 Evolução histórica do refúgio no âmbito internacional

Alto Comissariado para os Refugiados Russos (1921)	Consistia na definição da situação jurídica dos refugiados organizava a repatriação ou reassentamento dos refugiados e a realização de atividades de socorro e assistência, tais como providenciar trabalho, com a ajuda de instituições filantrópicas. A princípio sua competência era limitada a pessoas de origem russa, mas no ano de 1924 sua competência foi alargada para outros povos (Jubilut, 2007, p. 74).
Escritório (1930) Nasen para os Refugiados	Quando o Alto Comissariado para os Refugiados Russos surgiu havia a previsão para sua extinção, em 1931 porque era necessário um período de transição no qual se estudaria a possibilidade de criação de outro órgão encarregado da temática dos refugiados, surgia assim o escritório Nasen que teve como maior mérito a elaboração de um instrumento jurídico internacional sobre os refugiados, a Convenção de 1933 (Jubilut, 2007, p. 76).
Convenção de 1933	Esta convenção possibilitou o início da positivação do Direito Internacional dos Refugiados, trazendo um dispositivo acerca do princípio do non-refoulement, que consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio ou refugiado ao território em que corra perigo (Jubilut, 2007, p. 76).
Alto Comissariado para os Refugiados Judeus Provenientes da Alemanha (1936)	Como a Alemanha era membro da Liga das Nações que era contra o reconhecimento dos judeus alemães como refugiados e quem diria o Escritório Nasen era a Liga das Nações surgiu à necessidade da criação do Alto Comissariado para os Refugiados Judeus Provenientes da Alemanha que teve sua competência alargada em 1938 para proteger também os judeus da Áustria (Jubilut, 2007, p. 77).
Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (1938)	A criação deste órgão deu término as atividades do Escritório de Nasen e do Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha unificando a proteção aos refugiados, assim, inaugurou-se uma nova fase do Direito Internacional dos Refugiados porque a partir deste estatuto surgiu a necessidade de se demonstrar que se sofria perseguição passando assim a ser analisada a história e características de cada indivíduo e não só dos grupos a que ele pertencia, mas permanecia os critérios da origem, nacionalidade ou etnia. Em 1946 tal estatuto foi extinto, pois sobrevivia de verbas privadas e com o fim da Segunda Guerra Mundial o número de refugiados que era de aproximadamente 4 milhões passou a ser de 40 milhões não conseguindo assim executar suas tarefas (Jubilut, 2007, p. 77).

Tabla 14.1 Evolução histórica do refúgio no âmbito internacional

Comitê Intergovernamental para os Refugiados (1938)	O comitê funcionava sobre influência dos Estado Unidos, que já vislumbravam o declínio da Liga das Nações, uma vez que, não quis se juntar oficialmente a ela. Tal órgão funcionava de forma complementar ao Alto Comissionado da Liga das Nações para refugiados, tendo sido como seu grande mérito a celebração da Conferência de Evian (1938), na qual, pela primeira vez, se fez menção às causas da fuga dos refugiados e se condicionou a concessão do refúgio à existência de uma dessas. O comitê foi extinto no ano de 1947 (Jubilut, 2007, p. 77).
Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados (1948)	A Comissão era coordenada pela ONU, que desde sua criação se preocupa com a temática dos refugiados. Suas tarefas eram: Identificação, registro e classificação dos refugiados, auxílio e assistência, repatriação, proteção jurídica e política, transporte e reassentamento e restabelecimento de refugiados, além de ter uma definição mais ampla do termo refugiado e sob sua proteção pessoas deslocadas internamente, fato inédito no Direito Internacional dos Refugiados. Porém a organização foi criada com um limite temporal de atuação tendo encerrado suas atividades no ano de 1952 (Jubilut, 2007, p. 78).
Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR – 1950)	É um órgão da ONU para o qual foi transferida a proteção dos refugiados após a extinção da Organização Internacional refugiados, seu mandato foi estipulado em três anos, mas para em face a manutenção da crise dos refugiados tem sido renovado a cada cinco anos e é o órgão que até hoje atua no encargo de proteger os refugiados (Jubilut, 2007, p. 79).

Fonte: Jubilut (2007, pp. 74-79).

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o refúgio foi estabelecido internacionalmente com a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e com o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados, de 1967.

A partir dos documentos acima mencionados, é possível o reconhecimento do status de refugiado “a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, enquanto o asilo tem sua prática limitada à perseguição política” (Jubilut, 2007, p. 44).

Nas palavras de Luís Eduardo Bianchi Cerqueira (2009):

O refúgio é um instituto do Direito Internacional Público que importa na colocação de um estrangeiro em uma situação especial de acolhimento, face a um Estado, em razão da necessidade de proteção por causa de perseguições, de que é vítima em seu próprio país (p. 109).

É possível identificar, portanto, que asilo e refúgio são diferentes institutos, ainda que possuam a mesma função, que é a proteção de pessoas perseguidas, as razões e o alcance dessas perseguições são distintos entre ambos. Enquanto o asilo se vincula, na contemporaneidade, às perseguições políticas, porém, de cunho individualizado, o refúgio é um instituto do direito internacional humanitário, baseado em perseguições mais amplas e sobre grupos de pessoas, de forma coletiva. Conforme Marcelo Varella (2011):

O refúgio é fundamentado em uma perseguição a um grupo de indivíduos, em função de sua raça, religião, nacionalidade ou opção política. O refugiado deve ter fundado temor de perseguição em seu país, onde não encontrará um julgamento justo, com o devido processo legal (p. 198).

A Convenção, de 1951, bem como o Protocolo, de 1967, serviram para definir critérios precisos e abrangentes para o estabelecimento do status internacional de refugiado. Isso porque, internacionalmente, são cinco os motivos previstos para assegurar o pleito ao refúgio: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e o pertencimento a um grupo social.

Além disso, é possível também a obtenção desse status, quando qualquer pessoa se sentir em risco em seu território, como é o caso de guerra, quando a permanência desse indivíduo, no território de tal país, possa implicar em eminente risco a sua existência, sendo importante salientar que a solicitação do status de refugiado demanda estar fora do território em que esteja sendo perseguido ou sob risco.

Como já mencionado, enquanto a concessão dos pedidos de asilo é de livre discricionariedade do Estado solicitado —havendo previsão expressa de ato discricionário, no art. 27 da Lei de Migração, Lei nº. 13.445/17—, o reconhecimento do status de refugiado possui critérios, objetivos e subjetivos, bem definidos, de modo que a concessão do refúgio não se trasveste da faculdade, como no caso do asilo.

Os critérios objetivos estão representados pela expressão “bem fundado” e vêm a ser caracterizados pela comparação entre a situação objetiva do país de origem do refugiado com a situação relatada por esse como base de sua solicitação de refúgio. Já o critério subjetivo está presente na expressão “temor de perseguição”, o qual deve ocorrer em função de um dos cinco motivos (Jubilut, 2007, p. 115).

O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos desde a primeira hora, participando, inclusive da Conferência de São Francisco, de 1945, onde houve a criação da ONU, que, mais tarde, culminou na Declaração. Com isso, a proteção aos direitos dos refugiados, construída no âmbito da ONU, foi adotada pelo Estado brasileiro, principalmente com a assinatura, ratificação e promulgação da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951.

Como forma de sanar possíveis lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como para desenvolver protocolo sobre os casos em que seria possível solicitar refúgio, além de políticas públicas internas de integração das pessoas com tal status, foi promulgada a Lei nº. 9474, em 1997, permitindo a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, que prevê, em seu artigo 1º, os requisitos essenciais para que seja reconhecido o caráter de refugiado:

Artigo 1º - Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora do seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queria regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (Brasil, 1997).

Além da Lei nº. 9474/97, foi criado, na esfera da Administração Federal, o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, com a função de elaboração e manutenção das mencionadas políticas públicas de integração das pessoas com esse status. Sobre o CONARE, Márcio Pereira Pinto Garcia (2001) destaca duas funcionalidades:

Das competências do Comitê, duas merecem destaque. Uma diz respeito aos aspectos legais (análise do pedido e declaração do reconhecimento); a outra, cuida da orientação e coordenação das ações necessárias à eficácia da proteção e assistência, bem como apoio jurídico aos refugiados (p. 152).

Nesse sentido, a Lei 9474/97 trata sobre a concessão, perda e cessação do status de refugiado, dispondo sobre toda a burocracia para o pedido desse instituto, bem como o procedimento posterior, quando da concessão, que são as chamadas soluções duráveis, assim intituladas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, quais sejam, 1) a repatriação; 2) a integração local; e 3) o reassentamento, respectivamente previstos nos artigos 1) 42; 2) 43 e 44; e 3) 45 e 46 da mencionada legislação.

A repatriação se dá quando o refugiado retorna ao seu país de origem, de forma voluntária, porém, sendo necessário que lhe sejam garantidos os direitos econômicos, sociais e culturais. Já a integração local, como o nome diz, tem vez quando o estrangeiro consegue se adaptar à comunidade em que está vivendo, havendo previsão legal de que essa integração pressupõe, inclusive, o reconhecimento de diplomas, certificados universitários e escolares, permitindo ingresso em instituições locais de ensino e a condição de residente no país. Por fim, o reassentamento do refugiado se caracteriza pelo seu deslocamento voluntário para um terceiro país, quando não é possível sua adaptação no Brasil.

Os documentos legislativos, nacionais e internacionais, deixam claro que o reconhecimento de alguém como refugiado se importa com a preservação dos direitos desse indivíduo, quando há perseguição, ou seu temor, em função dos cinco motivos antes mencionados – raça, nacionalidade, opinião política, religião e pertencimento a grupo social.

Voltando ao que foi trazido acima, no presente trabalho, sobre a relação entre migração e refugiados, ocorre que as razões das principais movimentações humanas contemporâneas se dão por motivos que extrapolam aqueles que permitem a postulação do status de refugiado.

Isso porque, tanto a Convenção, de 1951, quanto o Protocolo, de 1967, se mostram insuficientes para representar a realidade das movimentações forçadas de pessoas, que são causadas por mudanças climáticas. Assim, documentos recentes sobre refugiados, em nível regional, se preocuparam em tentar alargar o sistema de proteção:

A inovação mais relevante trazida pelos documentos mais recentes, presente tanto no continente africano (Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos, de 1969) quanto na América Latina (Declaração de Cartagena), vem a ser a caracterização da grave e generalizada violação de direitos humanos como motivo de reconhecimento do *status* de refugiado (Jubilut, 2007, p. 135).

No âmbito da Organização da Unidade Africana, o artigo I (2) da Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, originalmente de 1969, reformada em 1974, prevê que:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade (OUA, 1969).

Já na América Latina, a Declaração de Cartagena, adotada pelo Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos Humanitários, realizado na Colômbia, em 1984, adotou, entre outras, a seguinte conclusão:

Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (Colóquio, 1984, grifou-se).

Essa expansão do conceito jurídico do instituto do refúgio tem como razão principal a figura, ainda turva, dos refugiados climáticos ou refugiados ambientais, que são as pessoas obrigadas a deixarem suas casas em decorrência de mudanças climáticas que inviabilizaram suas vidas em seus locais originários.

Em que pese cunhado em 1985, por Essam El Hinnawi, as discussões sobre refugiados climáticos se exacerbou com as mudanças e perigos climáticos contemporâneos, especialmente terremotos, como o do Paquistão e o Furacão Katrina, nos Estados Unidos, ambos em 2005.

Segundo Karla Hatrick, mencionada por Liliana Jubilit (2007), são cinco as principais causas do status de refugiados ambientais: “1) degradação da terra agriculturável, 2) desastres ambientais, 3) destruição de ambientes pela guerra, 4) deslocamento involuntário na forma de reassentamento e 5) mudanças climáticas” (p. 169).

Todavia, enquanto não há previsão expressa dessa nova categoria de refugiados, essas pessoas ficam, além de deslocadas de suas casas, também desprovidas da proteção internacional específica para sua condição, já que não se enquadram na proteção concedida pelo Direito Internacional.

O próximo capítulo se debruça, justamente, sobre a relação entre as mudanças climáticas e o exurgimento dessa nova categoria, ainda não definida, dos refugiados climáticos ou refugiados ambientais.

DESLOCAMENTOS HUMANOS POR DESASTRES AMBIENTAIS: MUDANÇAS CLIMÁTICAS COMO VETOR DE MOVIMENTAÇÕES EM MASSA

O Direito Internacional Público não possui, entre os motivos que justificam a solicitação do status de refugiado, o deslocamento humano causado por desastres ambientais. Ocorre, porém, que alguns processos de movimentações humanas contemporâneas não são oriundos de guerras ou perseguições a grupos étnicos, mas, sim, efeito decorrente de mudanças climáticas, que obrigam comunidades inteiras a deixar seus lares, como forma de sobrevivência, em razão da impossibilidade de manutenção desses espaços.

O Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, órgão da ONU sobre direito humanitário e o instituto do refúgio, identificando que as mudanças climáticas são um problema atual que se relaciona

com deslocamentos forçados de pessoas, nomeou o economista australiano Andrew Harper, com mais de 30 anos de trabalho na ONU, em questões humanitárias, como Conselheiro Especial para Ações Climáticas, compreendendo que é necessária uma atuação das Nações Unidas, como fórum político global, na tentativa de reduzir os impactos das ações humanas no meio ambiente.

Em entrevista ao site da ACNUR, ainda em 2020, Andrew Harper, esclarece que a “mudança climática é a crise de nosso tempo e, para as pessoas em situação de vulnerabilidade, seu impacto é desigual em comparação com o restante da população. Pessoas deslocadas e apátridas estão entre as que mais precisam de proteção” (ACNUR, 2020).

Segundo o Conselheiro da ACNUR, algumas comunidades mais vulneráveis já convivem com os impactos da mudança climática em diferentes situações, como comida, água, terra e outros ecossistemas que são necessários para sua saúde humana e sobrevivência. Além disso, é possível identificar que algumas parcelas humanas são afetadas de forma desproporcional, como é o caso de mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência e povos indígenas.

Segundo Harper, a ACNUR, como a agência responsável pela proteção aos refugiados, vê com preocupação que pessoas deixem suas casas devido a conflitos ou perseguições, porém, a Agência observa nas mudanças climáticas “um multiplicador de risco, ou um multiplicador de ameaça para outras causas de deslocamento” (ACNUR, 2020).

O Conselheiro destacou, ainda, que, “quando as pessoas são forçadas a se mudar devido às mudanças climáticas e conflitos, é muito raro que elas voltem”. Isso porque, nos casos de refugiados em decorrência de conflito, por exemplo, o retorno era uma solução duradoura quando da cessação das animosidades. Porém, “com as mudanças climáticas e a degradação ambiental tornando áreas de retorno muito perigosas para viver ou muito frágeis para aguentar uma grande população, muitas pessoas não têm mais para onde ir” (ACNUR, 2020).

Essa nova realidade constrange a ACNUR a mudar sua forma de encarar e implementar soluções duradouras no futuro, visto que há processos de degradação ambiental, causadas por mudanças climáticas, em que as populações deslocadas não possuem possibilidade de retorno ao seu local de origem, não por desinteresse, mas por inviabilidade.

A influência humana nas mudanças climáticas, bem como a influência das mudanças climáticas na humanidade, não pode ser vista como uma

novidade ou algo que nunca fora estudado e, principalmente, alardeado. Desde o segundo pós-guerra existem grupos sociais, organizações internacionais e estudiosos desenvolvendo pesquisas referentes aos impactos ambientais da ação humana e, conseqüentemente, como esses impactos refletem na sobrevivência da humanidade, enquanto espécie viável no planeta.

Porém, no final do Século XX e, mais enfaticamente, no início desse Século, esses impactos têm sido sentidos com maior frequência e, ao mesmo tempo, os estudos sobre mudanças climáticas têm tomado maior papel no *mainstream* da academia.

Um dos mais densos documentos sobre alterações climáticas, sem dúvida, é o Relatório Stern —Stern Review on the Economics of Climate Change—, encomendado pelo Governo Britânico e produzido por Nicholas Stern, economista do Banco Mundial, publicado em 2006. As conclusões do Relatório foram significativamente negativas para a humanidade e o meio ambiente, caso não se implemente algum tipo de contenção nas emissões de gases de efeito estufa, impactando severamente na elevação das temperaturas médias da Terra.

Segundo o Relatório, “a duplicação dos níveis pré-industriais de gases de efeito estufa provavelmente levará a Terra a um aumento de 2 a 5 °C nas temperaturas médias globais. Este nível de gases de efeito estufa provavelmente será alcançado entre 2030 e 2060” (Stern, 2006, p. 47). Tal patamar de aquecimento é absolutamente fora da experiência humana, comparável somente à diferença entre as temperaturas durante a última era glacial e hoje.

Porém, o estudo indica a possibilidade, na casa dos 20 %, de que o aumento da temperatura média seja superior a 5 °C, com as emissões atuais, levando as concentrações dos gases de efeito estufa ao triplo, em relação aos níveis pré-industriais, até 2100, indicando um aquecimento de 3 a 10 °C (Stern, 2006, p. 47).

Os vinte anos finais do Século XX, somados aos anos iniciais do Século XXI, elevaram a média da temperatura global aos níveis mais elevados em 10 mil anos:

Nos últimos 30 anos, as temperaturas globais aumentaram rápida e continuamente em torno de 0,2°C por década, elevando a temperatura média global ao que provavelmente está próximo do nível mais quente alcançado no atual período interglacial, que começou há cerca de 12.000 anos. Todos os dez anos mais quentes registrados ocorreram

desde 1990. Os primeiros sinais de mudanças podem ser vistos em muitos sistemas físicos e biológicos, por exemplo, muitas espécies se moveram em direção aos pólos em média 6 km a cada década nos últimos 30 a 40 anos (Stern, 2006, p. 50).

Essas elevações nas temperaturas alteram diversos padrões climáticos, como volume de chuvas, acesso à água, agricultura, saúde —em última escala, toda mudança climática representa uma alteração no padrão de saúde da população humana, isso porque, toda a lógica por trás da defesa ambiental é, em realidade, uma tentativa de defesa da própria vida humana, já que não existe humanidade sem meio ambiente, o contrário, porém, é possível, pois já existiu meio ambiente sem humanidade.

Um ponto que precisa ser clarificado, e que representa o atual estágio da humanidade enquanto espécie, é que as desigualdades sociais se aplicam também aos impactos ambientais das mudanças climáticas. Regiões de latitude alta, portanto, distantes da Linha do Equador, vão experimentar aumentos de temperatura mais elevados que a média global, da mesma forma, mudanças em padrões de chuva, ou a elevação do nível médio da água dos oceanos, afeta populações em regiões costeiras de modo mais severo que as instaladas no centro dos continentes.

Aliás, segundo o Relatório Stern, os efeitos das alterações nos padrões de chuva afeta a humanidade de forma mais rigorosa do que o aquecimento global, quando analisados de forma sozinha.

O aquecimento mudará os padrões de chuva, em parte porque o ar mais quente retém mais umidade e também porque a distribuição desigual do aquecimento em todo o mundo levará a mudanças nos regimes climáticos em larga escala. A maioria dos modelos climáticos prevê aumentos na precipitação em altas latitudes, enquanto as mudanças nos padrões de circulação devem causar uma secagem dos subtropicais, com o norte da África e o Mediterrâneo experimentando reduções significativas na precipitação (Stern, 2006, p. 58).

Outro efeito das mudanças climáticas, correlato à despadroneização das chuvas, é a elevação do nível do mar, inclusive com resultados mais danosos ao meio ambiente, em razão da influência dessa subida dos níveis das águas salgadas na concentração de gases de efeito estufa:

O nível do mar responderá mais lentamente do que as temperaturas às mudanças nas concentrações de gases de efeito estufa. Atualmente, o nível do mar está subindo globalmente em cerca de 3 mm por ano e o aumento está se acelerando. De acordo com o IPCC TAR, o nível do mar está projetado para subir de 9 a 88 cm até 2100, principalmente devido à expansão dos oceanos mais quentes e ao derretimento das geleiras em terra. No entanto, como o aquecimento só penetra nos oceanos muito lentamente, os níveis do mar continuarão a subir substancialmente mais ao longo de vários séculos (Stern, 2006, p. 60).

Todo o processo de mudanças climáticas traz consigo a imposição de eventos climáticos extremos, distribuídos pelo Planeta de forma desigual e sem padrão. Com isso, enquanto algumas regiões deverão enfrentar intensos ciclos de água, como tempestades, inclusive com inundações, outros espaços vão apresentar secas, ao mesmo tempo que alguns territórios serão acossados por ondas de calor, outros estarão diante de frios extremos. Fica claro, novamente, que os efeitos sentidos pelas alterações ambientais serão sentidas de forma diferente e, mais ou menos, severa, dependendo da situação social e econômica das diferentes populações.

As consequências das mudanças climáticas dependerão de como os impactos físicos interagem com os fatores socioeconômicos. O movimento e o crescimento da população muitas vezes exacerbam os impactos aumentando a exposição da sociedade a estresses ambientais (por exemplo, mais pessoas vivendo na costa) e reduzindo a quantidade de recursos disponíveis por pessoa (por exemplo, menos alimentos por pessoa e causando maior escassez de alimentos) (Stern, 2006, p. 104).

Sobre eventos climáticos extremos, o Relatório Stern, ainda em 2006, já previa alguns prismas onde as mudanças climáticas se apresentariam de forma mais categórica e poderiam ser mais severamente sentidas, destacando, especialmente, disponibilidade de água, acesso à alimentos, saúde pública, territórios e a vulnerabilidade de países em desenvolvimento.

Sobre os padrões da disponibilidade de água, os processos de mudanças climáticas intensificam o ciclo da água, tornando as secas e inundações mais severas, com distribuição heterogênea de precipitações, havendo “mais chuva nas altas latitudes, menos chuva nos subtrópicos secos e mudanças incertas, mas provavelmente substanciais, nas áreas tropicais” (Stern, 2006, p. 107). Com as temperaturas da superfície mais elevadas, uma

maior evaporação vai causar, consequentes, chuvas também mais intensas, elevando, assim, o risco de inundações.

Alterações na disponibilidade padrão das águas, bem como alterações em temperatura, impactam, diretamente, na produção de alimentos. O efeito das mudanças climáticas na produção de alimentos tem diferentes repercussões, inclusive econômicas. Isso porque, a agricultura, em 2006, quando do Relatório, respondia por 24 % da produção mundial, empregava 22 % da população global e ocupava 40 % da área terrestre – sendo que 75 % das pessoas mais pobres do mundo, viviam em áreas rurais, sendo dependentes da agricultura para subsistência (Stern, 2006, p. 112).

Porém, a decorrência mais óbvia das mudanças climáticas na disponibilidade de alimentos é a perturbação nos índices de produção agrícola:

É provável que o declínio da produção agrícola deixe centenas de milhões sem a capacidade de produzir ou comprar alimentos suficientes, principalmente nas partes mais pobres do mundo. Cerca de 800 milhões de pessoas estão atualmente em risco de fome (~ 12 % da população mundial), e a desnutrição causa cerca de 4 milhões de mortes anualmente, quase metade na África. De acordo com um estudo, aumentos de temperatura de 2 a 3 °C aumentarão o número de pessoas em risco de fome, potencialmente de 30 a 200 milhões (se o efeito da fertilização por carbono for pequeno) (Figura 3.6). Uma vez que as temperaturas aumentem 3 °C, 250- 550 milhões de pessoas adicionais podem estar em risco (Stern, 2006, p. 117).

As mudanças climáticas afetam, também, os dados sobre mortes globais causadas por desnutrição, estresse térmico e doenças transmitidas por vetores-malária e dengue, por exemplo, podem se espalhar mais, já que as medidas de controle se tornam ineficazes (Stern, 2006) .

A distribuição e abundância de vetores de doenças estão intimamente ligadas aos padrões de temperatura e precipitação e, portanto, serão muito sensíveis às mudanças no clima regional em um mundo mais quente. As mudanças na distribuição e abundância dos mosquitos terão impactos profundos na prevalência da malária nas áreas afetadas (Stern, 2006, p. 120).

Ao elevar o nível do mar, as mudanças climáticas aumentam, conjuntamente, as ocorrências de inundações costeiras, levando à perda de zonas úmidas e à erosão da costa, causando maior intrusão de água salgada na superfície e nas águas subterrâneas. Isso impacta de forma direta a qualidade de vida dos assentamentos humanos, pois as áreas costeiras são as maiores em densidade de povoamento, além da instalação de algumas das principais infraestruturas consideradas sensíveis pelos Estados.

O aumento do nível do mar aumentará a quantidade de terra perdida e as pessoas deslocadas devido a inundações permanentes, enquanto os custos das paredes do mar aumentarão aproximadamente como um quadrado da altura necessária. As áreas costeiras estão entre as áreas mais densamente povoadas do mundo e sustentam vários ecossistemas importantes dos quais as comunidades locais dependem. A infra-estrutura crítica está frequentemente concentrada ao longo da costa, incluindo refinarias de petróleo, centrais nucleares, portos e instalações industriais (Stern, 2006, p. 121).

As inundações causadas pela elevação dos mares, somada às mudanças dos padrões de precipitações, estressarão milhões de pessoas, pois suas casas serão afetadas pelos reflexos das mudanças climáticas nos territórios, obrigando algumas centenas de milhões de pessoas a se deslocarem de forma permanente.

Analisando todas as perspectivas acima, é preciso notar como todos esses prismas afetam muito mais rigorosamente os habitantes de países em desenvolvimento, mais vulneráveis aos impactos das mudanças climáticas, por conta da fragilidade das estruturas econômicas sensíveis.

Os efeitos das mudanças climáticas nas economias e sociedades variam muito em todo o mundo. As circunstâncias de cada país —seu clima inicial, condições socioeconômicas e perspectivas de crescimento— moldarão a escala dos efeitos sociais, econômicos e ambientais das mudanças climáticas (Stern, 2006, p. 138).

São desses países em desenvolvimento, inclusive, que surgem a maioria das pessoas obrigadas a se deslocar, em razão dos efeitos das mudanças climáticas. Sobre isso, inclusive, é importante retornar à entrevista

do Conselheiro Especial da ACNUR para a Ação Climática, Andrew Harper, quando questionado sobre o crescimento do termo refugiado climático na mídia, porém, ainda não abarcado pelo instituto do refúgio, previsto na Convenção de 1951. Segundo Harper (ACNUR, 2020):

A vasta maioria das pessoas deslocadas por ameaças climáticas continuam dentro das fronteiras de seus países. Para aqueles que cruzam essas fronteiras, a estrutura legal para proteção internacional de refugiados pode ser aplicável e servir para estender efetivamente a proteção internacional. Em particular, onde os efeitos das mudanças climáticas e desastres são integrados com violência, conflito ou perseguição que levam ao deslocamento, os indivíduos podem ser considerados refugiados segundo a Convenção de 1951. Não existem refugiados climáticos, mas, mesmo assim, não significa que a Convenção não possa ser aplicada em certas situações.

Os dados do Relatório Stern, analisados a partir da entrevista do Conselheiro Harper, da ACNUR, demonstram a necessidade do Direito Internacional Público se debruçar sobre o conceito de refugiados climáticos, fazendo com que essa condição específica se integre ao instituto internacional do refúgio, conforme já observado no primeiro capítulo.

Como mencionado alhures, o termo refugiado climático não é recente, porém, são as condições contemporâneas e os riscos climáticos atuais, que obrigam uma retomada e, mesmo, atualização de seu conceito.

Ainda nos anos 1980, Essam El Hinnawi, professor participante do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, publicou uma obra densa sobre essa condição específica de abrigo, que é a de refugiado climático ou ambiental, ou seja, pessoas obrigadas a se deslocarem de suas casas, temporária ou definitivamente, em razão de condições ambientais e climáticas severas. Segundo o professor El Hinnawi (1985):

Refugiados ambientais são definidos como aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, por causa de uma perturbação ambiental acentuada (natural e/ou desencadeada por pessoas) que colocou em risco sua existência e/ou afetou seriamente a qualidade de sua vida (p. 4).

El Hinnawi (1985) indica a existência de três grandes categorias referentes aos refugiados climáticos ou ambientais. Segundo o autor, a primeira categoria é formada por “aqueles que foram temporariamente deslocados devido a um estresse ambiental” (p. 4) — nessa categoria, superada a perturbação ambiental e reabilitada a área afetada, os refugiados retornam ao seu habitat.

A segunda categoria, mais afetada, é formada de pessoas que “precisam ser permanentemente deslocados e reassentados em uma nova área. Eles são deslocados por causa de mudanças permanentes, geralmente causadas pelo homem, que afetam seu habitat original” (El Hinnawi, 1985, pp. 4-5).

Por fim, a terceira categoria consiste em “indivíduos ou grupos de pessoas que migram de seu habitat original, temporária ou permanentemente, para um novo dentro de suas fronteiras nacionais, ou no exterior, em busca de melhor qualidade de vida” (El Hinnawi, 1985, p. 5). Segundo o professor, esse tipo de migração se justifica porque os recursos necessários a esses grupos de pessoas, em seu habitat original, foi deteriorado de forma tão severa, que já não atende suas necessidades mínimas.

Se outrora, como em 1985, quando da publicação da obra do Professor El Hinnawi, faltavam dados, o que justificaria a inclusão das pessoas deslocadas por crises ambientais e climáticas na categoria de refugiados, na década de 20 do Século XXI, essa não é a realidade.

Ainda nos anos finais do século passado, já haviam estudos suficientes sobre as influências das ações humanas nas questões climáticas. Porém, como visto no Relatório Stern, acima, há, nesse século, pesquisa e estudos amplos sobre como o meio ambiente tem sofrido mudanças climáticas com resultado severo para a humanidade.

Especificamente sobre os reflexos das mudanças climáticas em deslocamentos humanos compulsórios, é necessário destacar dois relatórios realizados pelo Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno, conhecido pela sigla em inglês IDCM (Internal Displacement Monitoring Centre), os quais, em conjunto, chegam a conclusões bastante periclitantes sobre a relação entre deslocamentos humanos e mudanças climáticas por crise.

Em 2015, o IDCM publicou o *Global Estimates 2015: people displaced by disasters*, estudo realizado entre os anos de 2008 e 2014, que traz algumas implicações temerárias, mesmo nas previsões otimistas, isso porque, somente no último ano da pesquisa, foram mais de 19,3 milhões de pessoas deslocadas por desastres, em 100 países pesquisado:

Desde 2008, uma média de 26,4 milhões de pessoas foram deslocadas por desastres a cada ano —o equivalente a uma pessoa a cada segundo. 17,5 milhões de pessoas foram deslocadas por desastres causados por riscos relacionados ao clima em 2014 e 1,7 milhão por riscos geofísicos. Uma média de 22,5 milhões de pessoas foram deslocadas a cada ano por desastres climáticos ou relacionados ao clima nos últimos sete anos— o equivalente a 62 000 pessoas todos os dias. Os maiores aumentos no deslocamento estão relacionados ao clima e riscos relacionados ao clima, e inundações em particular. Espera-se que as mudanças climáticas, juntamente com a crescente exposição e vulnerabilidade das pessoas, amplifiquem essa tendência, pois os eventos climáticos extremos se tornarão mais frequentes e intensos nas próximas décadas (IDCM, 2015, p. 8).

Ou seja, as previsões são de que as mudanças climáticas, especialmente aquelas relacionadas às alterações nos padrões das chuvas, somadas ao aumento do nível da água dos oceanos, o que causa inundações de áreas costeiras e a salinização de reservas de água doce.

Quando se analisam os dados do relatório, de forma amíúde, fica mais evidente como a desigualdade (social, econômica, informacional e, mesmo, política) se apresenta, como já dito, no modo como as populações são, mais ou menos, afetadas pelas crises ambientais. Essa desigualdade fica clara na participação do continente asiático nos índices de pessoas deslocadas por conta de desastres, muito por conta do grande número de Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento – em inglês, Small Island Developing States ou a sigla SIDS.

A Ásia abriga 60 % da população mundial, mas foi responsável por 87 % das pessoas deslocadas por desastres em todo o mundo em 2014. 16,7 milhões de pessoas foram forçadas a fugir de suas casas na região. Suas populações são relativamente pequenas, mas os SIDS são afetados desproporcionalmente pelo deslocamento associado a enchentes, tempestades e terremotos. *Doze por cento dos países onde*

registramos deslocamentos relacionados a desastres em 2014 eram SIDS, dos quais cinco estavam entre os 20 países mais afetados mundialmente em termos relativos (IDCM, 2015, p. 29, grifou-se).

Entre os SIDS destacados no relatório, já em 2015, é o caso da Papua-Nova Guiné, pequeno estado, entre o sudeste asiático e a Oceania, com pouco mais de 6 milhões de habitantes, mas que, por sua geografia baseada em uma ilha maior e pequenas ilhotas ao redor daquela, está sujeita a uma série de riscos naturais, que variam entre secas e inundações, ciclones tropicais, deslizamentos de terra, erupções vulcânicas, terremotos e tsunamis. O relatório estima que, somente em 2014, foram 21.186 as pessoas deslocadas por perigos naturais e os desastres desses, sendo as inundações o principal fator (IDCM, 2015, p. 54).

Já em 2021, um novo relatório do IDCM foi publicado, sob o título de *Global Report on Internal Displacement 2021: internal displacement in a changing climate*, abrangendo dados até o ano de 2020, portanto, com alguns efeitos oriundos da Pandemia do covid-19. O recente relatório deixa claro como a principal causa de deslocamentos humanos, na contemporaneidade, não é mais a guerra, mas o clima —isso porque, no ano de 2020, foram 9,8 milhões de pessoas deslocadas por conflitos e violência, enquanto 30,7 milhões de pessoas foram obrigadas a deixar seus lares por desastres (IDCM, 2021, p. 7).

Corroborando a realidade do relatório anterior, a maioria dos novos deslocamentos por desastres, em 2020, se deu no Leste Asiático e Pacífico e no Sul da Ásia, causados, principalmente, por ciclones tropicais, chuvas de monção e inundações que atingiram áreas já expostas, por questões econômicas e sociais, que abrigam milhões de pessoas (IDCM, 2021, p. 21).

Segundo o IDCM (2021, p. 78), desde 2008, há uma média de 24,5 milhões de novos deslocamentos por ano, o que equivale a 67.000 deslocamentos por dia. Assim, uma conclusão do Relatório de 2015 se demonstra um imperativo atual, na realidade da política internacional contemporânea:

O momento é oportuno para que os deslocamentos associados aos desastres sejam melhor abordados nas principais agendas políticas globais e sua implementação no período pós-2015. Eles incluem os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, a Estrutura de Sendai para Redução do Risco de Desastres, ação sobre mudança climática no âmbito da UNFCCC e trabalho preparatório para a Cúpula Humanitária Mundial de 2016 (IDCM, 2015, p. 75).

É preciso que a diplomacia global e o Direito Internacional Público, se aproveitando da agenda mundial ambiental, revisem alguns institutos jurídicos, como é o caso do refúgio, permitindo, assim, que esses deslocamentos compulsórios de pessoas, em razão de desastres ambientais, lhes permita acessar o mecanismo internacional do refúgio, pelo reconhecimento do conceito de refugiados climáticos ou ambientais, o que será proposto no capítulo seguinte.

A NECESSIDADE DE CONCEITUAÇÃO DE REFUGIADO CLIMÁTICO NO DIREITO INTERNACIONAL: O CASO DAS ILHAS CARTERET COMO EXEMPLO

No capítulo anterior, ficou demonstrado que as alterações climáticas têm desencadeado sucessivas crises ambientais, em diferentes territórios globais, também com diferentes reflexos, em cada um desses espaços afetados. Como mencionado acima, comunidades com menor capacidade econômica tendem a sofrer mais com os desastres ambientais, sendo mais afetadas e com maior dificuldade de recuperar seus status quo anterior aos fatos danosos.

Pessoas que vivem na linha da pobreza, ou abaixo dela, são logicamente mais vulneráveis aos impactos das mudanças climáticas, levando esses grupos à migração causada pelos danos ambientais reflexos dessas crises. Segundo o Banco Mundial, no Relatório Groundswell, os impactos das mudanças climáticas, como mudanças nos padrões de temperatura e chuva ou o aumento do nível do mar, impulsionam cada vez mais a mobilidade humana – fatores como variabilidade e anomalias na chuva, precipitação extrema, mudanças de temperatura e as secas influenciam diretamente no aumento da migração (Banco Mundial, 2021, p. 2).

Ainda, somados à Pandemia de covid-19 e o surto de gafanhotos na África Oriental, em 2019, os impactos das mudanças climáticas, estima-se, tenha rebaixado algo entre 88 e 115 milhões de pessoas de volta à pobreza extrema, em 2020, com esse número chegando até 150 milhões em 2021 (Banco Mundial, 2021, p. 3).

Nesse sentido, essas crises, em conjunto, estressam a diplomacia internacional, pois afetam o número de movimentações humanas. Segundo o relatório do Banco Mundial, é possível que, até 2050, cerca de 216 milhões

de pessoas sejam obrigadas a deixar seus lares, mesmo seus países, em razão de mudanças climáticas e crises ambientais.

O Relatório Groundswell trabalhou com três possíveis cenários. O primeiro, chamado de pessimista (e referência do relatório), com a manutenção das emissões de gases de efeito estufa em níveis altos, sobrelevando a um desenvolvimento desigual; o segundo cenários, nominado de desenvolvimento mais inclusivo, onde as emissões seguem em patamares elevados, porém, com um desenvolvimento mais igualitário entre os estados; e o terceiro, tido como amigável ao clima, onde os níveis de emissões de gases com efeito estufa são reduzidos, aliando isso a um desenvolvimento desigual, porém, permitindo que países menos desenvolvidos reduzam a distância com os estados mais avançados (Banco Mundial, 2021, p. 23).

No cenário de referência pessimista, que reflete altas emissões e trajetórias de desenvolvimento desiguais, o número de migrantes climáticos pode chegar a 216,1 milhões em 2050; a média do conjunto é de 170,3 milhões; o mínimo é de 124,6 milhões. A África Subsaariana pode receber até 85,7 milhões de migrantes climáticos (4,2 % da população total); Leste Asiático e Pacífico, 48,4 milhões (2,5 % da população total); Sul da Ásia, 40,5 milhões (1,8 % da população total); África do Norte, 19,3 milhões (9,0 % da população total); América Latina, 17,1 milhões (2,6 % da população total); e Europa Oriental e Ásia Central, 5,1 milhões (2,3 % da população total). Isso representa 2,95 % da população total projetada até 2050 nessas seis regiões (Banco Mundial, 2021, p. 80).

No cenário pessimista acima, referência do estudo, portanto, quase 3 % da população global até o ano de 2050, pelas projeções, será deslocada em razão de desastres, forçadas a migrar por conta das mudanças climáticas. No segundo cenário, com um desenvolvimento mais inclusivo, as previsões seguem sendo alarmantes:

No cenário de desenvolvimento mais inclusivo, o número de migrantes climáticos pode ser até 125,2 milhões menor do que a estimativa de ponta no cenário de referência pessimista – uma redução de quase 60 %. As reduções por região são projetadas em até 43,6 menos migrantes climáticos na África subsaariana; 30,3 milhões a menos no Leste Asiático e no Pacífico; 22,4 milhões a menos no Sul da Ásia; 13,5 milhões a menos no norte da África; 12,2 milhões a menos na América Lati-

na; e 3,2 milhões a menos na Europa Oriental e na Ásia Central. A trajetória de desenvolvimento mais moderada nesse cenário significa crescimento populacional mais lento em países de baixa renda, bem como menor desigualdade econômica, urbanização mais lenta, PIB mais alto e mais educação. Essa redução em relação ao cenário de referência pessimista é particularmente evidente em países de baixa e média renda, especialmente aqueles com rápido crescimento demográfico e grandes populações jovens, como na África Subsaariana (Banco Mundial, 2021, p. 80).

Por derradeiro, mesmo no cenário climaticamente amigável, as projeções indicam, no mínimo um número próximo ao de 50 milhões de pessoas deslocadas, em razão de crises climáticas e danos ambientais:

O menor número de migrantes climáticos internos é projetado no cenário mais favorável ao clima, onde em todas as regiões, o número pode ser reduzido em até 80 % até 2050 (com base no limite inferior do mais favorável ao clima e no limite superior do pessimista cenários de referência). As reduções por região são projetadas em até 68,3 milhões a menos de migrantes climáticos na África Subsaariana; 39,9 milhões a menos no Leste Asiático e no Pacífico; 29,1 milhões a menos no Sul da Ásia; 16,4 milhões a menos no norte da África; 14,9 milhões a menos na América Latina; e 3,3 milhões a menos na Europa Oriental e na Ásia Central. Isso significa que a redução acentuada das emissões globais de gases de efeito estufa pode fazer uma grande diferença na redução dos impactos nos meios de subsistência rurais e nos sistemas urbanos e, assim, permitir que as pessoas permaneçam onde vivem – especialmente se combinadas com medidas de adaptação apropriadas. eles recebem apoio adequado na adaptação aos impactos inevitáveis das mudanças climáticas (Banco Mundial, 2021, p. 80).

Um ponto fulcral, relacionado aos deslocamentos de pessoas, em razão de crises climáticas, e que fica reforçado pelas previsões do Relatório Groundswell, acima, também pelo Relatório Stern, analisado no capítulo anterior, ambos do Banco Mundial, bem como pelos dois documentos produzidos pelo IDCM, em 2015 e 2021, é que países insulares estão propensos a sofrer de forma mais severa, pela sua geografia, com as mudanças climáticas, especialmente aquelas relacionadas à elevação dos níveis dos mares e crises de precipitações.

É o caso dos chamados SIDS, os Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento, já mencionado. Esse conceito, desenvolvido na ECO-92, representa um grupo de estados que, ainda que heterogêneo, possui características comuns, estando presentes, em sua maioria, nas sub-regiões da Oceania, Oceano Índico e Caribe – hoje, 38 membros da ONU são considerados SIDS, além de mais 20 territórios não soberanos.¹

Esses territórios, soberanos ou não, já vislumbram alguns efeitos do aumento do nível do mar e das temperaturas oceânicas, além de secas ou padrões climáticos extremos em patamares mais nocivos do que estados continentais ou ilhas consideradas grandes:

Os SIDS geralmente experimentaram um aumento do nível do mar acima da média nas últimas décadas. O nível médio do mar global acelerou significativamente, portanto, embora a taxa média para 1901-2010 tenha sido de 1,5-1,9 milímetros por ano, em 1993-2010, foi de 2,8-3,6 milímetros por ano [...] pequenas ilhas no Pacífico ocidental tropical experimentou um aumento do nível do mar de até quatro vezes a média global, ou 12 milímetros por ano, entre 1993 e 2009 (Banco Mundial, 2021, p. 225).

É importante notar que os reflexos das mudanças climáticas em Estados insulares são mais graves às populações, visto que há pouco território para movimentações e, normalmente, a geografia desses espaços já oferece alguns desafios. Até por isso, há um histórico de mobilidade nesses territórios, por fatores econômicos, sociais e culturais, porém, mais recentemente, essa mobilidade tem se relacionado à degradação de recursos naturais, gerando, por exemplo, o encolhimento físico de algumas ilhas, que, simplesmente, estão sendo submersas pela elevação oceânica.

Os impactos das mudanças climáticas nos SIDS em todo o mundo podem levar à perda de meios de subsistência, deterioração dos sistemas alimentares, instabilidade econômica, danos à infraestrutura, degradação dos serviços ecossistêmicos e ameaças aos assentamentos costeiros [...] As mudanças climáticas e eventos extremos podem afetar agricultura em SIDS e, portanto, ameaçam os meios de subsistência e a segurança alimentar [...] (Banco Mundial, 2021, p. 227).

1 Na página da ONU, há uma lista sobre os territórios considerados SIDS. <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids/list>.

Porém, o caso que é referência, negativa, sobre o impacto das mudanças climáticas no deslocamento de pessoas é o das Ilhas Carteret, na Papua Nova-Guiné, onde há mais de 15 anos, famílias são obrigadas, todo ano, a deixar suas casas, pela submersão de partes do território.

Os residentes das Ilhas Carteret e do Atol Takuu já tiveram que se mudar devido ao afundamento da terra exacerbado pelo aumento do nível do mar. As comunidades nas Ilhas Salomão também foram realocadas devido ao aumento do nível do mar, erosão costeira e intrusão de água salgada. O governo da província de Choiseul desenvolveu uma proposta para realocar Taro, a capital, em parte devido ao aumento do nível do mar e à perda de 50 por cento das habitações na vila de Nautambu. Outro exemplo é o caso de Honiara, onde há altas taxas de imigração de outras Ilhas Salomão para assentamentos informais (Banco Mundial, 2021, p. 232).

As Ilhas Carteret são compostas por sete pequenas ilhas, em um atol de corais, onde vivem cerca de 1800 pessoas, numa área de cerca de 0,5 quilômetros quadrados —há registros de que essas ilhas são habitadas pelo povo Tuluun há, no mínimo, 200 anos (James, 2018).

Em decorrência dos reflexos das mudanças climáticas nessa localidade, a população das Ilhas Carteret, gradualmente, se realoca para Bougainville, ilha maior da Papua Nova-Guiné. Segundo o repórter Darren James (2018), da ABC, essa mudança não é adotada por todos, havendo, inclusive, famílias que retornam, depois de não se adaptar longe de casa.

Durante a 27ª Conferência do Clima da ONU, a COP27, realizada em 2022, no Egito, foi firmado um acordo para fornecimento de financiamento para os países considerados vulneráveis, atingidos mais duramente por desastres climáticos. A proposta, porém, foi duramente criticada pela ativista ambiental papuásia Ursula Rakova, diretora executiva da ONG Tulele Peisa, responsável pela realocação dos habitantes das Ilhas Carteret na Província de Bougainville.

Segundo Rakova, a proposta de financiamento para perdas e danos acordado, nas negociações da COP 27, é tardio para compensar mais de 15 anos de sofrimento sofrido por seu povo (Komai, 2022).

O financiamento para Perdas e Danos deveria estar chegando até nós e precisamos dele com urgência e agora. Desde a COP21, os líderes

mundiais prometeram “ação” e, seis anos depois, na COP27, eles estão dizendo que tudo se resume à “implementação”. Meu pessoal em Carterets e outras ilhas do atol em Bougainville precisa de alguma ação real e implementação agora (Komai, 2022, s. p.).

Segundo informações da jornalista Makereta Komais, do portal Pa-sifika Environews, a ONG de Rakova planeja mudar 350 famílias para Bougainville. Em entrevista, Rakova menciona: “temos uma proposta que vai custar K\$ 14 milhões (kina papuásia), ou seja, dois milhões de libras, para deslocar as 350 famílias. Os governos de Bougainville e PNG conhecem nossa proposta, mas não ajudaram em nada. Eles não gastaram um toea (centavo) para nos ajudar na mudança” (Komai, 2022).

A realidade acima impõe ao Direito Internacional Público a necessidade de definição do conceito de refugiado climático, passando a integrar as razões suficientes para postulação da condição do instituto do refúgio. Ainda que existam algumas iniciativas regionais, como as já mencionadas Declaração de Cartagena, na América Latina, e a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, é impositivo que essa positivação se dê em âmbito global.

O conceito de refugiado climático ou ambiental já é muito bem definido na doutrina jurídica internacional, portanto, às Nações Unidas insta reconhecer essa condição como uma daquelas integrantes do art. 1º, II, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, que somente prevê como refugiados as pessoas que se encontram fora do país de sua nacionalidade em razão de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

Assim, com a inclusão das pessoas que se encontram fora do seu país de nacionalidade, por motivos de crises climáticas, dentre aqueles que justifiquem o pedido de refúgio, desde que o postulante comprove sua situação de risco ao estado solicitado, o Direito Internacional Público estaria prestando, de fato, serviço ao direito humanitário e à sociedade global.

Enquanto as Nações Unidas não promovem essa alteração necessária, há movimentações locais, nos moldes das já mencionadas, para reconhecimento dessa modalidade de refugiados. No Brasil, inclusive, em dezembro de 2022, na Comissão Mista Permanente para Migrações Internacionais e Refugiados, o Congresso Nacional realizou audiência pública sobre a necessidade de regulamentação do art. 120 da lei nº. 13445/17, a Lei de Migração, responsável pela Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia.

Segundo a Senadora Mara Gabrili, Relatora da Comissão, a realidade atual das catástrofes climáticas afeta diretamente o deslocamento de pessoas, no mundo todo, criando refugiados climáticos. Segundo a Senadora:

Apesar do termo não ser ainda consensual e aceito no direito internacional, desde os anos 1980, é possível ouvir essa expressão pelos corredores na ONU e nas COPS. O problema disso é que esses migrantes não têm acesso ao mesmo tipo de proteção internacional de, por exemplo, refugiados que fugiram de guerras e conflitos, podendo, por exemplo, ser deportados (Brasil, 2022, pp. 35-36).

“A relação entre mudanças climáticas e migração exige políticas públicas específicas para acolher migrantes climáticos de forma segura, humana e proativa” (Brasil, 2022, p. 36), continuou a Senadora, ao defender o apoio às iniciativas de prevenção, adaptação e resiliência sobre futuros desastres ambientais, o que minimizaria a imposição de deslocamentos.

Na mesma audiência pública, foi ouvido Oscar Sánchez, representante, no Brasil, da ACNUR, que destacou haver, ainda, imprecisão no número de deslocamentos forçados por questões climáticas no mundo, indicando, porém, que a previsão é de “incremento das mudanças climáticas e de aceleração dos deslocamentos, sobretudo de zonas rurais para zonas urbanas” (Brasil, 2022, p. 37). Apontou, também, que os locais que recebem esses migrantes apresentam grande vulnerabilidade, sujeitas à risco contínuo de novos deslocamentos.

A partir dos frutos dessa audiência pública, o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou a Portaria 290, de janeiro do corrente ano, criando um Grupo de Trabalho com o objetivo de regulamentar o art. 120 da Lei de Migração, implementando uma política nacional capaz de prestar apoio suficiente às pessoas que solicitam refúgio ao Brasil.

Ademais, parece necessário, aliás, impositivo, que qualquer política pública sobre refugiados, para que seja considerada eficaz, verse sobre os refugiados climáticos ou ambientais, havendo, por isso, a necessidade de complementação do art. 1º, inciso I, da Lei 9474/97, responsável por implementar a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, permitindo um avanço do direito interno brasileiro, visto que a evolução dos ordenamentos jurídicos nacionais é mais célere do que das normas internacionais públicas.

CONCLUSÃO

A necessidade de recebimento de indivíduos ou grupos de indivíduos, por diferentes Estados, em razão da impossibilidade dos primeiros de permanecerem no território que são nacionais, não é, em absoluto, algo novo na história da humanidade.

Desde há muito há relatos históricos de pessoas sendo obrigadas a migrar, em direção a outros territórios, como forma de garantia de sua subsistência, pelas mais diferentes causas – social, econômica, cultural, étnica, política.

Ocorre, porém, que, mais recentemente, há um novo paradigma referente às migrações humanas compulsórias, já que se tornam, infelizmente, comuns os casos de pessoas deslocadas de suas casas por conta de crises ambientais, os quais impossibilitam a manutenção de suas vidas em seus Estados nacionais.

O presente trabalho, portanto, se assentou na discussão sobre a nova lógica global ambiental, que é a da existência de pessoas em condição de refugiadas, porém, não por perseguição política, étnica, religiosa ou cultural, mas ambiental ou climática.

Assim, partiu-se da premissa de que existe, sim, dentro do instituto internacional do refúgio, a possibilidade de reconhecimento desse novo prisma, que é dos refugiados ambientais ou climáticos.

Portanto, a conclusão principal é a de que se impõe a revisão do conceito de refúgio, alterando-se documentos internacionais humanitários, como o Estatuto dos Refugiados, de 1951, acrescentando os casos de deslocamentos humanos, por razões ambientais, àqueles que permitem o acesso dessas pessoas à ajuda humanitária.

Essa revisão já encontra eco alguns documentos regionais, na América Latina e África, porém, precisa ser elevada a uma discussão internacional, a partir da estrutura das Nações Unidas, como forma de mitigar os já desastrosos reflexos das mudanças climáticas na realidade da humanidade.

REFERÊNCIAS

Agência Senado (2022). Refugiados “climáticos” foram tema de debate no Senado. <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2022/12/refugiados-climaticos-foram-tema-de-debate-no-senado>.

Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). (2020). A mudança climática é a crise de nosso tempo e impacta também os refugiados. <https://www.acnur.org/portugues/2020/12/10/a-mudanca-climatica-e-a-crise-de-nosso-tempo-e-impacta-tambem-os-refugiados/>.

Banco Mundial (2021). Groundswell report: Acting on internal climate migration. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstreams/158b2f56-a4db-5a2d-93b9-0070068fa084/download>.

Baptista, O. (2011). A proteção internacional das crianças refugiadas. *Revista de Direito Educacional*, 4.

Brasil (1997). Lei nº. 9474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm.

Brasil (2017). Lei nº. 13445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm.

Brasil – Congresso Federal (2022). Comissão Mista Permanente para Migrações Internacionais e Refugiados – CMMIR: relatório. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/5bba5915-ee6b-4506-8e77-24788c095cf1>.

Brasil – Ministério da Justiça (2023). Informações gerais do Grupo de Trabalho. <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/informacoes-gerais-do-grupo-de-trabalho>.

Cerqueira, L. (2009). Extradição e refúgio. *Revista da SJRJ*, (25), 109-116.

Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena: Colômbia (1984). https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf.

El Hinnawi, E. (1985). *Environmental refugees*. United Nations Environment Programme.

Garcia, M. (2001). *O Direito internacional dos refugiados: Uma perspectiva brasileira*. Renovar.

Internal Displacement Monitoring Centre (IDCM). (2015). Global Estimates 2015: people displaced by disasters. <https://www.internal-displacement.org/publications/global-estimates-2015-people-displaced-by-disasters>.

Internal Displacement Monitoring Centre (IDCM). (2021). Global Report on Internal Displacement: Internal displacement in a changing climate.: https://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/grid2021_idmc.pdf.

James, D. (2018). Lost at sea: The race against time to save the Carteret Islands from climate change. *ABC News*. <https://www.abc.net.au/news/2018-08-04/the-race-against-time-to-save-the-carteret-islanders/10066958>.

Jubilut, L. (2007). *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. Editora Método.

Komai, M. (2022). Carteret Island needs K14 million to move 350 families by 2027. *Pasifika Environews*. <https://pasifika.news/2022/11/carteret-island-needs-k14-million-to-move-350-families-by-2027/>.

Modelli, L. (s. f.). Refugiados climáticos: 17 milhões de pessoas na América Latina poderão ser forçadas a migrarem até 2050. *Natureza*. <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/09/13/refugiados-climaticos-17-milhoes-de-pessoas-na-america-latina-poderao-ser-forçadas-a-migrarem-ate-2050.ghtml>.

Munoz, S. (2019). Understanding the human side of climate change relocation. *Resilience*. <https://www.resilience.org/stories/2019-06-11/understanding-the-human-side-of-climate-change-relocation/>.

Organização das Nações Unidas (ONU). (1951). Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf.

Organização das Nações Unidas (ONU). (1967). Protocolo de 1967 Relativo Ao Estatuto Dos Refugiados. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf.

Organização das Nações Unidas (ONU). (2022). COP27 Reaches breakthrough agreement on new “loss and damage” fund for vulnerable countries. <https://unfccc.int/news/cop27-reaches-breakthrough-agreement-on-new-loss-and-damage-fund-for-vulnerable-countries>.

Organização de Unidade Africana (OUA). (1969). Convenção da Organização da Unidade Africana. https://www.fafich.ufmg.br/~luernaut/convencao_oua.pdf.

Organização de Unidade Africana (OUA). (2009). Convenção da União Africana sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente em África. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/convencao_de_kampala.pdf.

Stern, N. (2006). Stern review on the economics of climate change. http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/destaques/sternreview_report_complete.pdf.

Varela, M. (2011). *Direito internacional público*. Saraiva.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

¿CUÁL ES EL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR AL
ESTADO EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN? ESTUDIO
METODOLÓGICO PARA LA APLICACIÓN DE CRITERIOS
JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD*

WHAT IS THE AMOUNT TO BE REIMBURSED TO THE STATE IN
THE ACTION OF REPETITION? METHODOLOGICAL STUDY FOR
THE APPLICATION OF JURISPRUDENTIAL CRITERIA ON THE
PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

QUAL É O MONTANTE A SER REINTEGRADO AO ESTADO
NA AÇÃO DE REPETIÇÃO? ESTUDO METODOLÓGICO PARA
APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

GUILLERMO ERNESTO POLANCO JIMÉNEZ**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a16

* Agradezco a Jaime Andrés Polanco Jiménez quien me colaboró para poder expresar las ideas que tenía sobre este artículo, en términos de funciones matemáticas.

* Abogado; Especialista en Derechos Humanos y Sistemas de Protección; Especialista Derecho Sancionatorio; Magister en Derecho Administrativo; Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá, D.C.). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad

Resumen

La determinación del monto que se debe reintegrar al Estado por parte del agente estatal en la acción de repetición implica tres fases fundamentales. En primer lugar, se debe identificar el valor real atribuible al agente estatal, evitando la inclusión de aspectos ajenos a la conducta del servidor público. En segundo lugar, se procede a distribuir el monto de acuerdo con el grado de participación del agente en los hechos. En tercer lugar, atenuando el monto cuando la conducta del agente estatal sea calificada a título de culpa grave. En estos tres momentos, es posible evitar la imposición de cargas que al ser desproporcionadas puedan afectar injustificadamente derechos individuales. En cuanto a la metodología para la aplicación de los criterios jurisprudenciales que aseguren el principio de proporcionalidad, este artículo propone dos funciones matemáticas que pueden contribuir con su estudio y discusión. Estas son:

1. El cálculo de la base del monto que se debe reintegrar según el factor temporal.
2. La distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación y jerarquía funcional a partir de criterios objetivos.

Finalmente, a partir de decisiones del Consejo de Estado, es expuesta la metodología para la aplicación de la atenuante. Desde un enfoque universalista, la investigación sugiere la necesidad de la obligatoriedad y seguimiento de los precedentes jurisprudenciales, a menos que surja una solución que proteja de mejor manera los derechos subjetivos del ser humano.

Palabras clave: acción de repetición, principio de proporcionalidad, metodología jurídica, proporcionalidad.

Militar Nueva Granada – Sede Campus, Colombia. Docente y Director del Programa de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1208-9730>. CVLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001820247. Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=6Kb6G_QAAAAJ&hl=es. Correo electrónico: guillermopolancoj@gmail.com

Abstract

The determination of the amount to be reimbursed to the State by the state agent in the action of repetition involves three fundamental phases. First, it is necessary to identify the real value attributable to the state agent, avoiding the inclusion of aspects unrelated to the conduct of the public servant. Second, the amount to be reimbursed is distributed according to the degree of the agent's participation in the events. Third, the amount to be reimbursed is attenuated when the conduct of the state agent is classified as gross negligence. At these three moments, it is possible to avoid the imposition of burdens that, being disproportionate, may unjustifiably affect individual rights. Regarding the methodology for the application of jurisprudential criteria that ensure the principle of proportionality, this article proposes two mathematical functions that can contribute to its study and discussion.

1. The calculation of the base of the amount to be reimbursed according to the temporal factor.
2. The distribution of the amount to be reimbursed according to the degree of participation and functional hierarchy based on objective criteria.

Finally, based on decisions of the State Council, the methodology for the application of the mitigating factor is exposed. From a universalist approach, the research suggests the need for the obligatory nature and follow-up of jurisprudential precedents, unless a solution arises that better protects the subjective rights of the individual.

Keywords: action of repetition, principle of proportionality, legal methodology, proportionality.

Resumo

A determinação do montante a ser reintegrado ao Estado pelo agente estatal na ação de repetição envolve três fases fundamentais. Primeiramente, deve-se identificar o valor real atribuível ao agente estatal, evitando a inclusão de aspectos alheios à conduta do servidor público.

Em segundo lugar, procede-se à distribuição do montante a ser reintegrado de acordo com o grau de participação do agente nos fatos. Em terceiro lugar, atenua-se o montante a ser reintegrado quando a conduta do agente estatal for qualificada como culpa grave. Nestes três momentos, é possível evitar a imposição de ônus que, ao serem desproporcionados, possam afetar injustificadamente direitos individuais. Quanto à metodologia para aplicação dos critérios jurisprudenciais que assegurem o princípio da proporcionalidade, este artigo propõe duas funções matemáticas que podem contribuir com seu estudo e discussão.

1. O cálculo da base do montante a ser reintegrado segundo o fator temporal.
2. A distribuição do montante a ser reintegrado segundo o grau de participação e hierarquia funcional a partir de critérios objetivos.

Por fim, com base em decisões do Conselho de Estado, é exposta a metodologia para aplicação da atenuante. A partir de uma abordagem universalista, a pesquisa sugere a necessidade da obrigatoriedade e seguimento dos precedentes jurisprudenciais, a menos que surja uma solução que proteja de maneira mais eficaz os direitos subjetivos do ser humano.

Palavras-chave: ação de repetição, princípio da proporcionalidade, metodologia jurídica, proporcionalidade.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, el artículo 90 de la Constitución Política establece que en caso de “condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto” (en lo sucesivo “condena”)¹ en donde surja a cargo del Estado la obligación de pagar determinada suma de dinero, la entidad pública condenada deberá intentar recuperar lo pagado cuando la “condena” tenga origen en la conducta dolosa o gravemente culposa de al menos uno de sus agentes estatales.² El mecanismo procesal para que el Estado intente recuperar lo pagado es conocido como “acción de repetición”, o lo que es lo mismo “medio de control de repetición”.³ También es posible intentarlo a través del llamamiento en garantía con fines de repetición.⁴

1 El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, expresamente se refiere a la procedencia de la acción de repetición solamente por “condenas” derivadas del actuar doloso o gravemente culposo del agente. El artículo 2 de la Ley 678 de 2001 amplió el concepto de condena por el de “condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”. Incluso, sin necesidad de “condena” cuando la pretensión de repetición se intenta mediante el llamamiento en garantía con fines de repetición (Ley 678 de 2001, art. 19). Ampliación conceptual respaldada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-388 de 2006 conforme la interpretación literal y teleológica.

Argumento conforme la interpretación literal: “el constituyente no introdujo en el texto término alguno que denote exclusividad o taxatividad”, por lo que el término “condena” es enunciativo y no taxativo. En consecuencia, puede hacer alusión a otros eventos distintos al de la condena. Por otra parte, puede encontrarse que los efectos de la condena son parecidos, en cuanto a sus efectos, a los de la conciliación.

Argumento conforme la interpretación teleológica. El propósito del inciso segundo del artículo 90 constitucional es establecer herramientas para lograr la responsabilidad patrimonial del agente del Estado cuando actúa con dolo o culpa grave. Así, de prescindirse de la herramienta legislativa ocasionaría que el Estado renuncie a la posibilidad de recuperar lo pagado, cuando la obligación no provenga propiamente de una condena. Por otra parte, limitar la repetición cuando tiene origen en la conciliación “llevaría a las entidades a renunciar a la conciliación, renunciando a su vez al mecanismo que el mismo Estado impulsa para la solución de conflictos”.

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional encuentra ajustada a la Constitución la ampliación conceptual.

2 El concepto de agente estatal es el mismo dado por el legislador en la Ley 678 de 2001, entendiéndose por tal al 1) servidor público, 2) exservidor público o 3) particular que ejerce función pública (arts. 1 y 2).

3 La norma especial contenida en la Ley 678 de 2001 define el mecanismo procesal como “acción de repetición”. La disposición procesal contentiva en la Ley 1437 de 2011 la define como “medio de control de repetición”. Para efectos conceptuales es lo mismo. Es decir, es el mecanismo procesal por medio del cual el Estado busca recuperar lo pagado producto de una “condena” en términos amplios, cuando pueda ser atribuible a alguno de sus agentes por haber actuado con dolo o culpa grave se denomina acción o como medio de control de repetición.

4 La acción de repetición supone un proceso nuevo, luego de concluido el proceso mediante el cual el Estado fue condenado. El llamamiento en garantía con fines de repetición busca que en el

No es el propósito en este momento tratar los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición.⁵ Tampoco profundizar en juicios valorativos sobre el dolo o la culpa grave.⁶

Si no, una vez establecida la responsabilidad patrimonial del agente estatal (vía repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición), abordar lo relacionado con el principio de proporcionalidad sobre el monto que el agente estatal debe reintegrar al Estado.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

El principio de proporcionalidad en relación con el monto que se debe reintegrar por parte del agente estatal en la acción de repetición tiene como objetivo mantener la “vigencia de la prohibición de exceso”. En últimas, la acción de repetición “no pretende imponer cargas desproporcionadas a quienes asumen el ejercicio del servicio público” (Corte Constitucional, Sentencia SU354 de 2020, punto 5.30).

Según la Corte Constitucional, cuatro criterios son los garantes del principio de proporcionalidad al momento de establecer el monto que se debe reintegrar.

El primero está relacionado con la distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación del agente de los hechos, incluso teniendo en consideración criterios objetivos relativo a las “funciones y jerarquías” dentro de la entidad. Excluyendo, de esta manera, lo que pueda ser

mismo proceso donde se estudia la responsabilidad del Estado, en la misma sentencia, se resuelva tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad del agente estatal. Al respecto, véase el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 modificado por el artículo 44 de la Ley 2195 de 2022. Sobre la oportunidad procesal y los requisitos véase el artículo 172 y 225 de la Ley 1437 de 2011.

5 Los presupuestos para la prosperidad de la acción de repetición de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional SU354-20 son: 1) la existencia de una “condena” en términos amplios que imponga la obligación de pagar una suma de dinero; 2) la calidad del demandado como agente estatal; 3) el pago de la “condena” y 4) la condena en contra del Estado sea atribuible al agente estatal a “título de dolo o culpa grave”. El elemento subjetivo sobre el dolo y la culpa grave ha merecido a la jurisprudencia estudios adicionales que implican una mayor profundidad sobre el tema. Aspecto que no es del caso en este momento.

6 Al respecto, véase presupuesto 2 al 5 de la sentencia de la Corte Constitucional SU354 de 2020.

atribuible a otros agentes o incluso a fallas estructurales de la entidad que provocaron que fuera condenado, pero que no atribuibles a la persona en contra de quien se repite. Siendo así la determinación del monto que se debe reintegrar por el hecho propio, pero no por el hecho ajeno.

El segundo criterio está asociado con atenuar el monto que se debe reintegrar cuando la responsabilidad al agente estatal sea atribuida a título de culpa grave. De manera que el actuar doloso o gravemente culposo “sí influye en el monto del reintegro que debe efectuar el servidor”. La justificación está dada por el grado de mayor reproche que tiene el actuar doloso y el menor grado de reproche que tendría entonces el actuar gravemente culposo.

El tercer criterio que se debe considerar pretende que el valor que se debe reintegrar no sea “mayor a la obligación impuesta al Estado”. Por lo que no se deben incluir valores que correspondan a “factores ajenos a la voluntad del servidor”. Excluyendo, por ejemplo, intereses de mora, atribuibles al pago inoportuno por parte de la entidad y que incrementan el valor que el Estado debe pagar producto de una condena.⁷

Para finalizar, identificar realmente el valor atribuible al agente del Estado, por cuanto no siempre todo el valor de la condena en contra del Estado es susceptible de trasladarse al agente Estatal contra quien se dirige la acción de repetición. Ejemplo, los aumentos de la condena por el tiempo que tarda en resolverse un proceso judicial o por condenas que superan la compensación equivalente al daño, cuando se establecen “medidas de no repetición dirigidas a superar problemáticas institucionales” (Corte Constitucional, Sentencia SU354 de 2020, punto 5.81, presupuesto 6).

Criterios que no son absolutos dada la existencia de una salvedad de índole legislativa. Si la “condena” en contra del Estado tiene origen en “sobrecostos en contratación y otros hechos irregulares”, por unidad de materia, interpretado como “otros hechos irregulares” en contratación, la obligación de reintegro de las sumas de dinero en favor del Estado por parte del agente del Estado ordenador del gasto es solidaria con “las demás personas que

7 Las condenas en contra del Estado a pagar determinada suma de dinero generan intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF durante los primeros 10 meses desde la ejecutoria de la obligación contenida en una providencia. Vencido el mes 10, generan intereses moratorios a la tasa comercial (Ley 1437 de 2011, art. 195.4).

concurran al hecho” (Ley 1474, art. 119).⁸ También cuando en materia de contratación el delegante y el delegado incurran en dolo o culpa grave en la producción de la condena en contra del Estado (Ley 678, art. 2, par. 4 y Sentencia C-372-02). De manera que no podrá invocarse la posibilidad de división o distribución de la condena.⁹

PROBLEMA Y OBJETIVO

Los criterios que garantizan el principio de proporcionalidad al establecer el valor que el agente del Estado debe reintegrar si es condenado en repetición presentan los siguientes interrogantes: ¿Cuál es la metodología para su estimación? Por ejemplo: ¿Cómo se distribuye la condena según las funciones y jerarquía dentro de la entidad? ¿Cómo se puede establecer el valor real que se debe reintegrar? o ¿qué tanto se disminuye el valor que se debe reintegrar cuando opera el atenuante por culpa grave?

De manera que el objetivo es proponer una función matemática que aporte en algo a estas dudas. Además, recopilar criterios jurisprudenciales sobre la forma en que se atenúa el monto que se debe reintegrar en materia de repetición.

Tratar el problema propuesto nos lleva a la presentación de las siguientes metodologías.

- El arbitrio judicial y seguimiento de precedentes a falta de derecho legislado.
- Propuesta de una función matemática sobre el monto que se va a reintegrar.
- Aplicación del precedente sobre la atenuación del monto que se debe reintegrar.

8 El derrotero constitucional para establecer el monto que se debe reintegrar conforme el grado de participación en los hechos no tuvo en consideración lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. De manera que es mencionado como excepción (Ley 1474 de 2011, art. 119).

9 Sobre obligaciones solidarias el artículo 1571 del Código Civil colombiano señala que el acreedor, en este caso el Estado, “podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por este pueda oponérsele el beneficio de división”.

Metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad

Los cuatro criterios de proporcionalidad están dados por la Corte Constitucional. Ahora, lo que buscamos es la metodología para establecer criterios objetivos que permitan establecer que tanto más o que tanto menos debe reintegrar el agente del Estado en la acción de repetición.

Los criterios objetivos en los ordenamientos jurídicos son necesarios en la medida en que con ellos se garantizan que las personas reciban “la misma protección y trato de las autoridades” (Constitución Política, 1991, art. 13) interpretando el derecho de la misma manera. En términos de “igualdad política”, las personas tienen derecho a recibir por parte de las autoridades del Estado “la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para los miembros más poderosos” (Dworkin, 1977, p. 295). De manera que la igualdad política estaría en riesgo si, por ejemplo, dos casos similares, en la aplicación de la atenuante por culpa grave, llegan a conclusiones distintas sobre el monto que debe reintegrar cada agente estatal. Si el atenuante es el mismo, en términos universalistas, la consecuencia jurídica debería ser igual como parámetro de protección de las personas que van a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades de la república.

No obstante, la pretensión universalista en todos los casos puede resultar deseable, más no real si partimos de la idea de que la ley no ha adquirido la capacidad de regularlo absolutamente todo, dando lugar a que los sistemas jurídicos sean complementados a través de otras fuentes como la jurisprudencia (Gény, 2000, pp. 91-93, 155, 524, 530; Josserand, 1938, pp. 102-106; Marinoni, 2012, pp. 252-253; Reichel, 1921, p. 145).¹⁰

10 Montesquieu, al defender la tesis de la tridivisión del poder en el siglo XVIII, asignaría al juez el rol de una especie de ser “inanimado” aplicador de la ley, distinguiendo la función judicial de la del legislador para evitar caer en la arbitrariedad de un juez, que a la vez es legislador. Ello como mecanismo de protección de las libertades de las personas al evitar la concentración de distintos poderes en una sola persona o en un solo poder (Montesquieu, 2016, pp. 327-339). Luego, la ley, como única fuente del derecho, entraría en crisis al evidenciar que no tenía la capacidad de regularlo absolutamente todo (Gény, 2000, pp. 91-93, 155, 524, 530; Josserand, 1938, pp. 102-106; Marinoni, 2012, pp. 252-253; Reichel, 1921, p. 145). Por otra parte, porque los ordenamientos jurídicos además de reglas también cuentan con principios que pueden dar paso a escenarios como el de inaplicar alguna regla para favorecer algún principio, o requieren de la jurisprudencia como mecanismo para determinar su contenido y alcance (Alexy, 1978, pp. 342; 2017, p. 65; Dworkin, 1977, pp. 91-92; Vedel, 1980, p. 46).

En la jurisprudencia como fuente del derecho es posible observar tres situaciones, que se enumeran a continuación:

La primera tiene como escenario la necesidad por parte del juez de decidir, pero se encuentra con la ausencia o insuficiencia de reglas o jurisprudencia que le aporte herramientas para la solución del caso desde la subsunción jurídica. Evento en el cual, el ordenamiento jurídico autoriza al juez la aplicación del “arbitrio judicial”. Aportar a ello es lo que motiva la proposición de las dos funciones matemáticas para determinar el monto que se debe reintegrar, sin que la pretensión sea brindar una sola respuesta; más bien, aportar elementos de juicio para la discusión metodológica.

La segunda establece el seguimiento por parte del juez de la interpretación tradicionalmente aceptada para la solución de casos similares —seguimiento del precedente—.

Por último, la posibilidad de apartarse de los precedentes si surge una norma que lo derogue o surja nueva interpretación mediante la cual el juez ofrezca una solución jurídica mejor¹¹ a la que en el pasado ha servido de pauta para la solución de casos similares.

A continuación, profundizamos sobre cada una de estas situaciones, a manera introductoria, y luego mediante la consolidación de la metodología para establecer el monto que se debe reintegrar en la acción de repetición.

ARBITRIO JUDICIAL

El arbitrio judicial es el “margen de apreciación con que cuentan los jueces y tribunales para decidir sobre las interpretaciones más correctas de las normas en relación con las controversias que deben resolver” (Real Academia Española).

En Colombia, el margen de maniobra judicial inicialmente está concebido desde finales del siglo XIX, gracias al artículo 48 de la Ley 153 de 1887, que busca evitar la “denegación de justicia” por el “silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley”. De manera que el poder judicial se encuentra convocado a decidir, incluso ante la insuficiencia normativa, evento en el cual el

11 En este punto, la mejor solución, desde el concepto de “derechos básicos” que hacen parte de la esfera de “inviolabilidad de la persona” y que hoy en día se encuentran contenidos en los catálogos de derechos humanos (Nino, 1985, pp. 95-97). Así, la mejor solución sería aquella que protege el derecho humano en discusión.

arbitrio judicial es la solución con la que el legislador dotó a los jueces para resolver los casos puestos a su consideración.

Hoy en día (2024), este margen de maniobra se encuentra establecido en las reglas procesales actuales, en donde los jueces están llamados a decidir incluso cuando “no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta”, pudiendo acudir para hacerlo a otras fuentes del derecho (Ley 1564, art. 42.6). También para dotar a los principios de contenido y alcance (Vedel, 1980, p. 46) como es posible observar, por ejemplo, en algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana.

Margen de apreciación para decidir casos, que no debe confundirse con arbitrariedad o capricho, pues dejaría de ser arbitrio judicial. De manera que está supeditada a una adecuada fundamentación.¹²

Seguimiento de los precedentes jurisprudenciales

Las reglas del discurso jurídico sugerirán que “cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse”(Alexy, 1978, p. 307). De manera que el precedente adquirirá fuerza gravitacional bajo el “paradigma universalista” que “exige que los jueces que actúan con posterioridad a él se ajusten a las normas o principios establecidos en el caso anterior como si estuvieran establecidos en la ley” (Dworkin, 1977, p. 442; Taruffo, 2020, p. 621).

En el derecho colombiano, el precedente es vinculante por razones de coherencia del sistema jurídico y seguridad jurídica, “por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles”, como mecanismo de protección de las libertades individuales, en garantía del principio de igualdad, “puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez” y por razones de control de la propia actividad judicial que “impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los

12 Alexy presenta reglas que sirven de ayuda para la fundamentación. Inicia con las reglas del discurso práctico general y las complementa con las reglas del discurso jurídico. Al respecto, véase *Teoría de la argumentación jurídica* (Alexy, 1978, p. 302-307). Vigo distingue distintos tipos de razonabilidad para justificar lo que podría entenderse como “adecuada fundamentación”. Entre ellos se encuentra la racionalidad orgánica y procedimental, la racionalidad sistémica o por coherencia, la racionalidad lógico lingüística o de fácil comprensión, la racionalidad teleológica, la racionalidad científica o conforme a las verdades evidentes, la racionalidad sociológica, la racionalidad fáctica y, por último, la racionalidad intencional o recta intención (Vigo, 2012; 2016).

obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente” (Sentencia SU047, punto 43).

Obligatoriedad de seguir los precedentes, que se concreta a través de las consecuencias por no seguir la jurisprudencia. Ellas podrían ser de índole sancionatorio para el juez que se aparta del precedente. Aunque ello no es frecuente, y además es extraño que sea la principal consecuencia. Entonces, la principal consecuencia estaría dada por la invalidez de la decisión a través de dos mecanismos procesales que ofrece el ordenamiento: el primero, mediante los recursos en sede ordinaria contra la providencia que se aparta del precedente; el segundo, mediante la tutela contra providencia judicial con el propósito de asegurar la disciplina para seguir los precedentes (Angulo-Name y Polanco-Jiménez, 2022, p. 563; López-Medina, 2006, pp. 124,130; Núñez, 2021, pp. 340, 345, 360). Otro mecanismo surge con la posibilidad de la activación de mecanismos internacionales de protección. Por ejemplo, cuando no se sigue el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con ello surge el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado respecto de alguno de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³

Separación de los precedentes

El seguimiento de los precedentes judiciales no es absoluto. En todo, caso existe la posibilidad para apartarse del precedente con la única condición que “quien quiera apartarse de un precedente asuma la carga de la argumentación” (Alexy, 1978, p. 307).

Carga de argumentación que impone que el juez que se aparte del precedente haga mención expresa de la jurisprudencial de la cual se separa

13 Las obligaciones del Estado colombiano respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son respeto, garantía y adopción de disposiciones de derechos humanos en el derecho interno (Ley 16 de 1972, arts. 1 y 2). Obligación que conlleva no solamente el tratado, sino también la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el particular, véanse casos como *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, párrafo 124; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo 225; *Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011, párrafo 193 y *Caso Gustavo Petro Urrego vs. Colombia*, párrafo 103. La fuerza vinculante de la Convención, desde el punto de vista constitucional, se encuentra regulada en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de 1991. Sobre la activación de mecanismos internacionales de protección en cuanto al sistema interamericano véase la Ley 16 de 1972, artículos 44 y 46.

(principio de transparencia). Por otra parte, los argumentos deben ser claros y razonables (Ley 1564, art. 7 y Ley 1437, art. 103).

Ejemplo para apartarse del precedente puede darse en los eventos en los que la jurisprudencia ofrece más de una solución, por lo que razonablemente podría ser adecuada cualquiera de las respuestas ofrecidas por la jurisprudencia, aceptando una solución y descartando otra; o por causa externa a la jurisprudencia, cuando, por ejemplo, es introducida una nueva norma jurídica que varía la forma tradicional para solucionar determinada controversia, o por necesidad de “corregir” el precedente para beneficiar algún derecho humano, o porque siendo adecuada en un momento determinado dejó de serlo en otro posterior (Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999, punto 44; C-621 de 2015, punto 3.8.8; C-836 de 2001, puntos 17, 19 y 21).

Metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad sobre el monto que se debe reintegrar en la acción de repetición

Determinar el monto que se debe reintegrar en la acción de repetición, desde el punto de vista que pretende el establecimiento de criterios objetivos, nos hace proponer dos funciones matemáticas que pueden contribuir con su estudio y discusión.

A partir de decisiones del Consejo de Estado es expuesta la metodología para la aplicación de la atenuante. Desde un enfoque universalista, la investigación sugiere la necesidad de la obligatoriedad y seguimiento de los precedentes jurisprudenciales, a menos que surja una solución mejor que proteja los derechos subjetivos del ser humano.

La justificabilidad está dada en contribuir con el estudio y la discusión de criterios objetivos que puedan servir de ayuda para la estimación del monto que se debe reintegrar. Por otra parte, contribuir a que la falta de reglas que determinen cómo debe operar el principio de proporcionalidad no derive en que resulte cercenada la “prohibición de exceso” con la imposición de condenas en repetición en contra del agente estatal que “vulnere los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas” (Sentencia SU 354 de 2020).

CÁLCULO DE LA BASE DEL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR SEGÚN EL FACTOR TEMPORAL

La base del monto que se debe reintegrar no es un asunto que constantemente se tenga que estimar. Si no hay atribución de valores ajenos a la conducta del agente del Estado contra el que se repite, la base será la misma del valor de la condena en contra del Estado.

Luego, el cálculo de la base del monto pretende excluir los valores que corresponden a “factores ajenos a la voluntad del servidor”, como la mora judicial, los intereses moratorios por el no pago oportuno de la condena en contra del Estado (Ley 1437, art. 192) y, en general, cualquier factor que acreciente el valor de la condena pero que no es atribuible al servidor en contra de quien se repite (Sentencia SU354 de 2020).

Ejemplo del aumento de la condena por la demora en un proceso judicial ocurre cuando la condena en contra del Estado se incrementa por el solo paso del tiempo. Imaginemos aquellas condenas que implican el reintegro de un servidor del Estado con el consecuente pago de todo lo dejado de percibir durante el tiempo que duró el proceso. En este caso, la condena será menor si el proceso tiene una duración corta. Pero si el proceso dura mucho tiempo, la condena será mayor. Similar situación ocurre en los procesos tributarios de devolución del pago en exceso, el cual genera intereses desde la negativa de devolución hasta la ejecutoria de la providencia que ordene la devolución (Estatuto Tributario, art. 863). La causa entonces de los intereses causados y, por ende, del monto de la condena, dependerá de la duración del proceso.

En estos eventos, al agente estatal únicamente podría serle atribuible el tiempo normal del proceso como parte del cálculo de la base para establecer el monto que se debe reintegrar, sin que sea dable atribuirle al agente del Estado factores que aumentan el monto de la condena y le son ajenos, como es el caso de la “mora judicial”.

Escenario en donde la regla de tres presta utilidad para estimar la base del monto que se debe reintegrar por parte del agente estatal. A continuación, se expone dicha regla.

$$Br = \frac{Vc * Ta}{Tr}$$

En donde:

Br: Base del monto que se va a reintegrar

Vc: Valor de la condena en contra del Estado

Ta: Tiempo atribuible al agente estatal

Tr: Tiempo real de duración del proceso

El valor desconocido es la Br, pero a través de los demás datos es posible determinarla. Así, el valor de la condena y el tiempo real de duración del proceso son datos con los que contamos. En cuanto al Ta, este valor sería igual al tiempo razonable de duración del proceso sin que sea posible atribuir la ausencia de regulación cuando, por ejemplo, el legislador no fijó un periodo. De manera que solo sería atribuible el plazo razonable y no las consecuencias de la demora judicial en resolver un caso.

La estimación del tiempo razonable está establecida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia como garantía de ser juzgado “sin dilaciones injustificadas”, y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tendiente a que la determinación de derechos y obligaciones esté dada en un “plazo razonable”.

El plazo razonable, en la Ley 1564 de 2012 —Código General del Proceso—, es de un año para dictar sentencia en primera o única instancia, y de seis meses para dictar sentencia en segunda instancia. Términos contabilizados a partir de la notificación del mandamiento de pago en el caso de procesos ejecutivos o del auto admisorio de la demanda en los demás eventos (art. 121).

La duración del proceso establecido en el Código General del Proceso no ha tenido aceptación dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al ser considerado incompatible con la naturaleza de los procesos en esta jurisdicción, pues cuenta con términos especiales y diferentes a los previstos en la Ley 1564 (Briceño, 2014, p. 9 y Consejo de Estado, 2019, exp. 11001-03-15-000-2019-00766-00/01).

Razón por la cual el término máximo del proceso en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no podría estimarse en 1,5 años en primera y segunda instancia, sino que a partir del acumulativo regulado, el máximo atribuible al agente estatal, sin incluir las variables, correspondería

a máximo 8 meses y 130 días hábiles en primera instancia y 46 días hábiles en segunda instancia.¹⁴

Ahora bien, para establecer la Br es necesario que tanto el Ta como el Tr estén expresados en la misma unidad de tiempo. Es decir, en años, meses, días hábiles o calendario. En cualquier evento, en una misma unidad de tiempo.

En cuanto a los días hábiles, al no representar una unidad fija de tiempo dentro del calendario, se podría estimar en número de meses con la

14 Término máximo para presentar la demanda-medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho: 4 meses (Ley 1437, art. 164), término máximo para la conciliación extrajudicial cuando el asunto es conciliable: 3 meses (Ley 2220, arts. 90, 94.3 y 96.3), admisión de la demanda, traslado de la demanda: 30 días (Ley 1437, art. 172), término para reforma de la demanda: 10 días (Ley 1437, art. 173), traslado excepciones: 2 días luego de la remisión de las excepciones y 3 días para pronunciarse sobre las excepciones (Ley 1437, arts. 172 y 201A), audiencia inicial: 1 mes siguiente (Ley 1437, art. 180.1), audiencia de pruebas: 40 días siguientes para fijar fecha y hora y máximo 15 días para la práctica de pruebas (Ley 1437, art. 180.10), alegatos de conclusión: 10 días (Ley 1437, art. 181.2), sentencia primera instancia: 20 días (Ley 1437, art. 181.2), notificación sentencia: 3 días (Ley 1437, art. 203) y recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia: 3 días (Ley 1437, art. 203).

Recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia: 10 días (Ley 1437, 247-1), concesión y remisión del expediente al superior (Ley 1437, 247.3) ejecutoria: 3 días (Código General del Proceso, art. 302), admisión de apelación en segunda instancia (Ley 1437, art. 243.4) ejecutoria: 3 días (Código General del Proceso, art. 302), paso del expediente al despacho para sentencia: 10 días (Ley 1437, art. 247.5) y sentencia de segunda instancia: 20 días (Ley 1437, art. 247.7).

Variable 1. Término máximo para presentar la demanda. El término máximo para presentar la demanda de manera oportuna varía según el medio de control (Ley 1437, art. 164).

Variable 2. Reforma de la demanda. Si hay reforma de la demanda el traslado se surte durante 15 días (demandados iniciales) o 30 días (nuevos demandados) (Ley 1437, art. 172).

Variable 3. Demanda de reconvenición. Si hay demanda de reconvenición el término de traslado es de 30 días (Ley 1437, art. 177).

Variable 4. Audiencia de alegaciones y juzgamiento. La Ley 1437 de 2011 prevé la posibilidad de prescindir de la presentación de alegatos y sentencia de forma escrita. En tal caso, la etapa de alegaciones y juzgamiento se surte de manera verbal dentro de los 20 días siguientes a la audiencia de pruebas (Ley 1437, art. 181.2).

Si no es posible dictar sentencia de manera verbal, el juez indicará el sentido del fallo y dentro de los 10 días siguientes lo consignará por escrito. Si no es posible indicar el sentido del fallo, la sentencia será proferida dentro de los 30 días siguientes (Ley 1437, art. 182).

Variable 5. Sentencia anticipada. Situación que conforme las causales establecidas por el legislador pueden tener lugar antes de la audiencia inicial (art. 182A.1); en caso de allanamiento o transacción (art. 182A.4 y 176) o en cualquier etapa del proceso (art. 182A.2 y 182A.3).

Variable 6. Pruebas en segunda instancia. En segunda instancia, en algunos eventos es factible el decreto y la práctica de pruebas (Ley 1437, art. 212). En este caso, la segunda instancia contará con el término de 10 días para la práctica de pruebas (art. 212) y 10 días para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia (L. 437, art. 247.5).

contabilización manual, descontando los días feriados y las vacantes según el calendario del año en que inició el caso donde se decidió la responsabilidad del Estado.

Lo mejor sería una regla universal de duración máxima. Podría ser estimar en términos generales que un mes se compone de 30 días. A su vez, de 8 días dentro de un mismo mes corresponden a sábados y domingos. El defecto es la falta de precisión. La ventaja permite, en términos universales, desde una ficción temporal, establecer el término máximo de duración garantizando bajo una misma unidad de medida que 20 días hábiles corresponden a un mes en el calendario.

Ficción para la estandarización que, si bien es arbitrario, en un sistema de congestión judicial garantiza la función de descarga aplicable a la jurisprudencia, por la cual “sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación” (Alexy, 1978, p. 261, 262). Por lo que el proceso contencioso administrativo, bajo un criterio ficticio para estandarizar, presentaría como término equivalente en meses que el proceso de lo contencioso administrativo tendría una duración aproximada y razonable de 16,8 meses, tanto en primera como en segunda instancia (tabla 15.1).

Tabla 15.1 Duración del proceso

Instancia	Duración	Equivalencia bajo criterios universales en meses
Primera instancia	8 meses y 130 días hábiles	14,5
Segunda instancia	46 días hábiles	2,3
Total		16,8

Fuente: elaboración propia.

Cálculo que, aunque guarda una pretensión universalista, siempre va a ser inexacto. La exactitud se desprende de la contabilización según el calendario del año en que inició el proceso. Lo anterior, por la necesidad de consideración de las variables y particularidades del caso que se pueden extender o reducir en términos de razonabilidad regulatoria o razonabilidad positivista. ¿Cuál debe ser la duración máxima de un proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo?

En cualquier evento, contabilizar el Ta , conforme el plazo razonable según el derecho positivo, permitirá que a través de la adopción de la regla de tres sea posible establecer el monto atribuible al agente estatal.

En términos numéricos, imaginemos un proceso laboral administrativo en el que se ordenó el reintegro y pago de todo lo que el servidor destituido injustamente dejó de percibir. La liquidación de lo dejado de percibir corresponde a cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000) como consecuencia que el periodo liquidable es el mismo de duración del proceso, el cual tardó 5 años, o lo que es lo mismo 60 meses. Valor que en nuestro ejemplo el Estado ya pagó. Ahora, imaginemos también que, según la contabilización según el calendario, el proceso máximo tendría que haber durado 16,8 meses.

$$Br = \frac{[Vc = \$ 400.000.000] * [Ta = 16,8 \text{ meses}]}{[Tr = 60 \text{ meses}]}$$

$$Br = \$ 112.000.000$$

Así las cosas, la base del monto que se debería reintegrar no serían los cuatrocientos millones de pesos que el Estado pagó, sino ciento doce millones de pesos (\$ 112.000.000). De manera que la mora judicial no sería atribuible al agente estatal y por tanto tampoco las consecuencias que de ella derivan como el aumento del valor de la condena en contra del Estado, por el cual es promovida la acción de repetición.

Otro ejemplo. Un servidor público de libre nombramiento y remoción es indebidamente desvinculado por el nominador en el marco del periodo electoral (ley de garantías) un 29 de enero de 2010. Lo indebido es porque durante el periodo electoral está prohibida la modificación de la planta de personal de la entidad (Ley 996, art. 38), restricción que el caso concreto transcurriría entre el 29 de enero y el 14 de marzo de 2010. Lo indebido sucedería entre este periodo de tiempo. De manera que la real expectativa de permanencia en el empleo del servidor de libre nombramiento y remoción sería hasta el 14 de marzo de 2010. Por lo que el tiempo posterior al 14 de marzo no sería imputable al agente estatal que produjo la desvinculación y contra quien se repite.

En este caso, el periodo liquidado sobre lo dejado de percibir tiene como extremo inicial la fecha de desvinculación un 29 de enero de 2010, y como extremo final la fecha de ejecutoria de la sentencia que restableció el derecho del servidor desvinculado, esto es, el 12 de marzo de 2014. En meses: 49,43.

El verdadero tiempo atribuible al agente estatal correspondería a la “verdadera expectativa” del servidor de libre nombramiento “de permanecer en el cargo”, esto es, del 29 de enero al 14 de marzo de 2010 conforme la naturaleza del empleo y el tiempo de la restricción para su desvinculación que en meses equivaldría a 1,5.

Ahora, si la entidad condenada pagó la suma de \$ 405.092.868 sin contemplar otros valores, la base de atribución de responsabilidad sería de \$ 12.292.925,4, haciendo uso de la metodología matemática propuesta.

$$\text{Br} = \frac{[Vc = \$ 405.092.868] * [Ta = 1,5 \text{ meses}]}{[Tr = 49,43 \text{ meses}]}$$
$$\text{Br} = \$ 12.292.925,5$$

Entonces, la Br, que corresponde al verdadero valor atribuible al agente estatal, sin incluir factores externos como la duración del proceso o factores que exceden la real expectativa del agente, no sería el valor pagado, sino que sería de doce millones doscientos noventa y dos mil novecientos veinticinco con cuatro pesos (\$ 12.292.925,4) (Consejo de Estado, 2019, exp. 11001-03-15-000-2019-00766-00/01).¹⁵

15 Ejemplo que nunca llegó a materializarse y es expuesto de manera ficticia sobre cómo podría haberse dado la sentencia de reemplazo para considerar factores de proporcionalidad. Ello, por cuanto dentro del trámite de la misma acción de tutela el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”, mediante sentencia del 02 de julio de 2021 con ponencia del consejero Alberto Montaña Plata, resolvió revocar el fallo de tutela que ordenaba dictar una nueva sentencia en cuanto a la liquidación de la condena al considerar que el fallo atacado no desconoció la SU-354 de 2020 al ser una sentencia de la Corte Constitucional “posterior a la expedición de la decisión cuestionada [...] en esa medida, no se puede predicar un desconocimiento de una Sentencia que no existía”. En términos de proporcionalidad, consideró acertada la decisión al tener como parámetros para su cálculo el “1) el valor neto, luego de descuentos y 2) la intervención de otros agentes estatales en la acusación del daño, para reducir la condena que fue impuesta”. En el salvamento de voto, el consejero Martín Bermúdez Muñoz, minoría dentro de la segunda instancia, consideró que el amparo constitucional debía mantenerse para proceder con el estudio de proporcionalidad (expediente 11001-03-15-000-2021-00752-01).

En un caso similar, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional SU354 de 2020, llegaría a conclusión similar en donde consideró desproporcional que el agente estatal en contra de quien se repite tenga que asumir el pago de salarios de ocho años que duró el proceso, cuando conforme la restricción de la ley de garantías (Ley 996, art. 38) esta no se extendería por más de cuatro meses. De suerte que el valor para liquidar la condena no debería ser \$ 714,276,027, sino conforme la real expectativa de permanencia en el cargo de quien se encuentra vinculado en un empleo de libre nombramiento y remoción en ley de garantías, lo que representaría una estabilidad de máximo cuatro meses. De manera que la Br sería solamente por los cuatro meses atribuibles al agente estatal y no los ocho años de duración del proceso, pasando de una condena en repetición de \$ 714,276,027 a \$ 29.884.311, correspondiente a la liquidación de costos laborales; más los intereses que correspondieron a \$ 28.926.499 (Corte Constitucional, Sentencia SU354 de 2020, punto 3.39 al 3.47 y Tribunal Administrativo de Boyacá, 2023, exp. 15001-23-33-000-2016-00344-00).

Último ejemplo, en donde la metodología no fue a través de la aplicación de la regla de tres, sino mediante la liquidación de la nómina correspondiente a 4 meses que para el caso del último evento corresponde al Ta. No obstante, si aplicáramos la regla de tres el resultado sería cercano al presentar una diferencia de \$1 22.809,9, constitutiva en una diferencia tolerable o explicable en datos temporales que podría permitir tener mayor precisión.

$$\text{Br} = \frac{[Vc = \$ 714.276.027] * [Ta = 4 \text{ meses}]}{[Tr = 96 \text{ meses } [8 \text{ años}]]}$$

$$\text{Br} = \$ 29.761.501,1$$

Si bien no existe una única respuesta, la regla de tres desde la generalidad del valor de la condena permite estimar la particularidad de la Br a un caso concreto que, en aras de mantener la vigencia del principio de

Al margen del criterio de temporalidad o de los efectos prospectivos o retrospectivos del precedente de la Corte Constitucional, consideramos que sirve como parámetro para explorar otras situaciones, que siendo ajenas al agente estatal aumentan el valor de la condena, de manera que no deberían ser atribuibles.

proporcionalidad, resulta importante evaluar al evitar atribuir más de setecientos millones cuando lo justo, en términos proporcionales, sería un poco más de veintinueve millones no más. Como se puede notar, ello permite mantener la “vigencia de la prohibición de exceso”.

DISTRIBUCIÓN DEL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR SEGÚN EL GRADO DE PARTICIPACIÓN Y JERARQUÍA FUNCIONAL A PARTIR DE CRITERIOS OBJETIVOS

Determinada la responsabilidad patrimonial del agente estatal, el juez debe decidir el monto que este debe reintegrar al Estado, pero procurando que “no se convierta en una decisión que, debido a su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas”. Siendo posible que la condena en contra del Estado tenga origen en el actuar de varios agentes del Estado, o incluso que el valor de la condena en contra del Estado sea atribuible a factores externos como, por ejemplo, por circunstancias como el “riesgo inherente a la actividad” o las “fallas estructurales” de la entidad (Sentencia SU354 de 2020, presupuesto 6).

En estos eventos, la Br, por la cual el Estado repite contra el agente Estatal, se deberá distribuir entre todos los agentes y factores generadores de responsabilidad.

El propósito es evitar que el agente estatal condenado en repetición asuma factores externos a él, como, por ejemplo, los hechos atribuibles a otros agentes, a terceros o incluso al mismo Estado.

La distribución de la Br, según las particularidades del caso y ante la carencia de regla jurídica para su estimación, tiene como solución el arbitrio judicial para que conforme la valoración judicial de las pruebas y se determine la distribución apropiada.

No obstante, es posible observar que, tanto para la atribución de responsabilidad como para la estimación del monto que se debe reintegrar, la Corte Constitucional ha propuesto la necesidad de valorar “las circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración”, así como los requisitos de formación y experiencia del empleo, jerarquía o retribución económica percibida (Sentencia SU354 de 2020, presupuesto 5 y 6).

Este artículo propone una función matemática para la estimación objetiva de la distribución del monto que se debe reintegrar al Estado por parte del agente estatal que sea hallado responsable en repetición, basándose en la jerarquía conforme la retribución percibida, y teniendo en cuenta que el grado de exigencia y responsabilidad no es igual para todos los agentes estatales. Por ejemplo, no es igual el grado de exigencia y responsabilidad de un servidor público del nivel directivo que el de un servidor público del nivel técnico o asistencial. Tampoco su remuneración.¹⁶

Con este propósito, para establecer las “circunstancias objetivas de las relaciones entre los funcionarios y la administración” al momento de distribuir el monto que se piensa reintegrar, se presenta la siguiente función matemática.

$$Res_{AE} = \frac{Salario_{AE}}{\sum_{AE=1}^n Salario_{AE}} \times 100$$

En donde:

Res: Responsabilidad según la distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación y jerarquía funcional a partir de criterios objetivos según la retribución percibida por el ejercicio de la función pública

AE: Agente Estatal

Salario AE: Salario del Agente Estatal en concreto a quien se le asigna la responsabilidad individual vía repetición

$\sum_{AE=1}^n Salario_{AE}$: Sumatoria del salario de todos los agentes estatales destinatarios de la responsabilidad vía repetición

Así, el monto que se deberá reintegrar será mayor a quien tiene una retribución mayor. Correlativamente, implicará un nivel de exigencia menor a quien tiene una menor retribución.

Imaginémonos el caso de un servidor público del nivel directivo, grado 28, con una asignación básica de \$ 18.226.195. Funcionario que ordena a un servidor del nivel asistencial, grado 5, con una asignación básica de \$

16 La jerarquía de los empleos está distribuida en los siguientes niveles: de mayor a menor: directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial (Decreto 1083 de 2015).

1.160.000, que conduzca un vehículo del Estado. Ambos son conscientes de que el conductor no es idóneo (por carecer de la función para conducir vehículos o por no tener permiso de conducción, etc.) y además el vehículo no cuenta con los seguros requeridos. Producto de dicha actividad pensemos en un accidente por el cual el Estado posteriormente es condenado a pagar determinada suma de dinero.

La acción de repetición, una vez establecida la responsabilidad de ambos servidores públicos, conforme el criterio de proporcionalidad jerárquica, nos lleva a determinar un mayor grado de responsabilidad del directivo y menor responsabilidad para el servidor del nivel asistencial. Para determinar qué tanto más o qué tanto menos debe reintegrar al Estado a cada uno se aplica la fórmula matemática propuesta (tabla 15.2).

Tabla 15.2 Fórmulas para calcular los valores que se deben reintegrar

Directivo	Asistencial
$Res_{AE} = \frac{\text{Directivo}}{\$ 19.386.195} \times 100$ $Res_{AE} = 94,02 \%$	$Res_{AE} = \frac{\text{Asistencial}}{\$ 19.386.195} \times 100$ $Res_{AE} = 5,98 \%$
Salario AE Directivo = \$ 18.226.195 Salario AE Asistencial = \$ 1.160.000 $\sum_{AE=1}^n \text{Salario}_{AE} = (\$ 18.266.195 + \$ 1.160.00) = \$ 19.426.195$	

Fuente: elaboración propia.

De manera que el monto que se debe reintegrar al Estado por parte de los agentes estatales se distribuiría así: un 94,02 % del monto de la condena deberá reintegrarlo al Estado el servidor público del nivel directivo. Y un 5,98 % el servidor del nivel asistencial.

Criterio objetivo para garantizar la proporcionalidad jerárquica que presta mayor funcionalidad cuando la participación en los hechos por parte de todos los agentes del Estado es lineal o similar, pero proporcionada de acuerdo con el nivel de exigencia exequible a cada uno a partir de la jerarquía y asignación salarial.

Otro ejemplo puede ser la insubsistencia (retiro del servicio) de un servidor público. La decisión la toma el nominador de la entidad con asignación básica de \$ 18.226.195. Previamente revisada y avalada de acuerdo con

el marco funcional por el asesor con una asignación básica de \$ 14.568.772; por parte del directivo “A” grado 7 con asignación de \$ 5.941.592 y el directivo “B” grado 9 con asignación de \$ 6.297.718 (tabla 15.3).

Tabla 15.3 Cálculos retiro de servidor público

Nominador	Asesor	Directivo “A”	Directivo “B”
$Res_{AE} = \frac{\$ 18.226.195}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 40,47 \%$	$Res_{AE} = \frac{\$ 14.568.772}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 32,35 \%$	$Res_{AE} = \frac{\$ 5.941.592}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 13,19 \%$	$Res_{AE} = \frac{\$ 6.297.718}{\$ 45.034.277} \times 100$ $Res_{AE} = 13,98 \%$
Salario AE Nominador = \$ 18.226.195. Salario AE Asesor = \$ 14.568.772 Salario AE Directivo “A” = \$ 5.941.592 Salario AE Directivo “B” = \$ 6.297.718 $\sum_{AE=1}^n Salario_{AE} = (\$ 18.226.195 + \$ 14.568.772 + \$ 5.941.592 + \$ 6.297.718) = \$ 45.034.277$			

Fuente: elaboración propia.

En este evento, el monto que debe ser retribuido por los agentes al Estado se distribuiría así: nominador el 40,47 %, asesor el 32,35 %, directivo “A” el 13,19 % y directivo “B” el 13,98 %.

No obstante, la función matemática no presta la misma utilidad cuando adicionamos criterios que permitan derivar en una mayor responsabilidad de algún agente del Estado. De manera que el grado de responsabilidad no obedecería únicamente según el nivel de exigencia jerárquica. Por ejemplo, cuando el grado de participación del servidor del nivel asistencial en los hechos que provocan la condena en contra del Estado es mayor que la participación del directivo.

Retomemos el ejemplo del vehículo. Si el servidor del nivel asistencial actúa al margen del servidor del nivel directivo y sin su consentimiento, pero aun así el directivo resulta declarado patrimonialmente responsable, por no extremar el cuidado de los bienes estatales, la respuesta sobre la distribución del monto que se debe reintegrar podría variar.

Aquí la solución de distribución de responsabilidad sobre el monto que se debe reintegrar ya no obedecerá al criterio objetivo jerárquico, pues la mayor atribución sería para el agente del nivel asistencial y no para el

nivel directivo, conforme el mayor grado de participación en los hechos por parte del primero.

Es por ello por lo que la función matemática no pretende cercenar la justicia, sino proporcionar un criterio objetivo en los casos lineales de responsabilidad cuando resulte aplicable. De lo contrario, la función deberá corregirse para el caso concreto a través del arbitrio judicial o margen de maniobra que tiene el juez para decidir al momento de valorar las pruebas.

La distribución aplicable como generalidad, con excepción de las acciones de repetición producto de “condenas” en contra del Estado por “sobrecostos en contratación” u “otros hechos irregulares” en contratación o cuando en materia de contratación el delegante y el delegado incurran en dolo o culpa grave en la producción de la condena en contra del Estado, son eventos en los cuales el valor de la condena puede ser exigible a cualquiera de los agentes sin que sea posible generar divisiones en la atribución del monto que se debe reintegrar al Estado (Ley 1474, art. 119; Ley 678, art. 2, parágrafo 4 y Sentencia C-372-02).

EL ATENUANTE SOBRE EL MONTO QUE SE DEBE REINTEGRAR

La Corte Constitucional introduce al derecho colombiano como mecanismo para “mantener la vigencia de la prohibición de exceso” y para distinguir las conductas dolosas de las conductas gravemente culposas por parte de los agentes que con su conducta han provocado condenas en contra del Estado, en la medida en que la conducta dolosa reviste mayor gravedad que quien actuó con culpa grave. En consecuencia, un mayor grado de responsabilidad patrimonial debe atribuirse a quien actuó con dolo y menor a quien actuó con culpa grave.

La pregunta entonces es cuanto menos debe reintegrar el agente estatal que produjo una condena calificable a título de culpa grave. Conocemos el mandato de la Corte que indica que quien actuó con culpa grave debe reintegrar menos que quien actuó con dolo. Luego que tanto menos, en cuanto debe atenuarse.

En este evento, el arbitrio judicial o margen de maniobra judicial, como mecanismo garante de la proporcionalidad, surge como herramienta para facilitar que el juez decida cuando no existe norma expresamente aplicable sobre qué tanto debe atenuarse el monto que se debe reintegrar al

Estado cuando el agente del Estado actuó a título de culpa grave (Ley 153 de 1887, art. 48 y Ley 1564, art. 42.6).

En efecto, el Consejo de Estado, en aplicación del arbitrio judicial, determinó que si la conducta que originó la condena en contra del Estado fue a título de dolo, el monto que se debería reintegrar sería del cien por ciento (100 %). No obstante, si la conducta que originó la condena en contra del Estado fue a título de culpa grave, el monto que se debería reintegrar sería el setenta por ciento (70 %). De manera que el atenuante es de un treinta por ciento (30 %).¹⁷

En lo sucesivo, para garantizar que las personas reciban la misma protección y trato por parte de las autoridades de la República (Constitución Política, art. 13), no tendría sentido que se reviviera el balance de razones para determinar cuanto menos debe reintegrar quien actúa con culpa grave. Como ya se expuso, por cuanto si el atenuante es el mismo, en términos universalistas, la consecuencia jurídica debería ser igual como parámetro de protección de las personas que van a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades de la República.

CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad y los criterios que lo garantizan, aunque sean establecidos en abstracto por la Corte Constitucional, deben concretarse y aplicarse a los casos individuales como mecanismo para “mantener la vigencia de la prohibición de exceso”.

Así los jueces se encuentran convocados a aplicar el principio de proporcionalidad, aunque “no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta”, pudiendo acudir para hacerlo a otras fuentes del derecho o incluso al arbitrio judicial para la primera solución y en lo sucesivo facilitar la aplicación de la solución mediante el seguimiento del precedente jurisprudencial.

17 Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2021, exp. 54001-23-31-000-2002-01577-01(58095), punto 6: “una conducta que se considere gravemente culposa, no puede tener la misma consecuencia que una desplegada de manera dolosa [...] al igual que lo consideró la Subsección, en fallos del 12 de diciembre 2019, expediente 49520 y de 4 de diciembre de 2020, expediente 65086, como la conducta desplegada por el demandado fue gravemente culposa, como se concluyó al analizar la imputación, la Sala estima procedente que el reembolso que se efectúe equivalga al 70 % de la condena”. Ley 678 de 2001, artículo 14: “cuantificará el monto de la condena atiendo [...] culpa grave o dolo”.

Para ello el presente estudio logra concluir con la presentación de dos funciones matemáticas. Una para el cálculo de la base del monto que se debe reintegrar según el factor temporal y otra para la distribución del monto que se debe reintegrar según el grado de participación y jerarquía funcional a partir de criterios objetivos con el único propósito de contribuir con su estudio y discusión.

En cuanto al atenuante, a partir del arbitrio judicial del Consejo de Estado, el monto que se debe reintegrar se disminuirá en un 30 % cuando la conducta sea calificable a título de culpa grave. De manera que en lo sucesivo es aconsejable el seguimiento de los precedentes.

Por último, sea oportuno concluir que es posible acumular los diferentes criterios de proporcionalidad en un mismo caso, salvo en los eventos de las acciones de repetición que deriven de hechos irregulares en materia de contratación y que provoquen condenas en contra del Estado, al tratarse del surgimiento en repetición de obligaciones solidarias, que dada su naturaleza no son divisibles.

REFERENCIAS

Alexy, R. (1978). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra Editores. <https://palestra publica.la/reader/teoria-de-la-argumentacion-juridica?location=1>

Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. Siglo del Hombre.

Angulo-Name, C. C. y Polanco-Jiménez, G. E. (2022). El precedente jurisprudencial como fuente del ordenamiento jurídico. ¿Por qué razón es obligatoria la jurisprudencia como fuente del derecho colombiano? *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 538-568. <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/3989/3224>

Briceño, M. T. (2014). La vigencia del Código General del Proceso en los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.consejo-deestado.gov.co/documentos/prensa/vigencodi.pdf>.

Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Ariel.

Gény, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Editorial Comares..

Josserand, L. (1938). *Derecho viviel. Tomo I-Volumen I*. Ediciones Jurídicas Europa, America Bosch y Cía. Editores.

López-Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis, Unian-des.

Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 18(1), 249-266. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>.

Montesquieu, C. de S. (2016). *El espíritu de las leyes*. https://elibro.net/es/ereader/usta/36695?as_all=El__esp%C3%ADritu__de__las__leyes&as_all_op=unaccent__icontains&prev=as.

Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Editorial Astrea.

Núñez, A. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma constitutiva. En *Teoría y práctica del precedente* (pp. 333-364). Tirant lo Blanch.

Reichel, H. (1921). *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del derecho y aplicación del último*. Reus.

¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la acción de repetición?
Estudio metodológico para la aplicación de criterios jurisprudenciales
sobre el principio de proporcionalidad

Taruffo, M. (2020). *Hacia la decisión justa*. Temis.

Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Editorial Aguilar.

Vigo, R. L. (2012). Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). *Prudentia Iuris*, (74). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2657>

Vigo, R. L. (2016). *Una teoría de la validez jurídica* - Dialnet. Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Marcial Pons. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5853894>.

REFERENTES JURISPRUDENCIALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006). Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de noviembre de 2010). Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2011). Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020). Sentencia Caso Petro Urrego vs. Colombia. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

República de Colombia (1999). Corte Constitucional. Sentencia SU047 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>.

República de Colombia (2001). Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.

República de Colombia (2002). Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-372-02.htm>.

República de Colombia (2006). Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2006. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-338-06.htm>.

República de Colombia (2015). Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>.

República de Colombia (2020). Corte Constitucional. Sentencia SU354 de 2020. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU354-20.htm>.

República de Colombia (21 de marzo de 2019). Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “C”. Sentencia de tutela de primera instancia del 21 de marzo de 2019 – Expediente 11001-03-15-000-2019-00766-00. <https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/procesos.aspx>.

República de Colombia (22 de mayo de 2019). Consejo de Estado – Sección Cuarta. Sentencia de tutela de segunda instancia del 22 de mayo de 2019 – Expediente 11001-03-15-000-2019-00766-01. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020190076601&corporacion=1100103>.

República de Colombia (19 de febrero de 2021). Consejo Estado – Sección Tercera – Subsección “A”. Sentencia del 19 de febrero de 2021 – Expediente 54001-23-31-000-2002-01577-01 (58095). <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=54001233100020020157701&corporacion=1100103>.

República de Colombia (15 de abril de 2021). Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia de tutela de primera instancia del 15 de abril de 2021 - Expediente 11001-03-15-000-2021-00752-00. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020210075200&corporacion=1100103>.

República de Colombia (2 de julio de 2021). Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “B”. Sentencia de tutela de segunda instancia del 2 de julio de 2021 - Expediente 11001-03-15-000-2021-00752-01. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020210075201&corporacion=1100103>.

República de Colombia (21 de julio de 2023). Tribunal Administrativo de Boyacá – Despacho N.º 5. – Auto que resuelve el incidente de liquidación de la condena el 21 de julio de 2023 Expediente 15001-23-33-000-2016-00344-00. <https://samai.consejodeestado.gov.co/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=15001233300020160034400&corporacion=1500123>.

REFERENTES NORMATIVOS

República de Colombia (1873). Congreso de la República. Ley 84 del 26 de mayo de 1873. “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 2.867 de 31 de mayo de 1873. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

República de Colombia (1887). Congreso de la República. Ley 153 del 24 de agosto de 1887. “Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 7151 de 28 de agosto de 1887. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1792950>.

República de Colombia (1972). Congreso de la República. Ley 16 del 30 de diciembre de 1972. “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 33780 de 5 de febrero de 1973. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1572401>.

República de Colombia (1989). Congreso de la República. Decreto 624 del 30 de marzo de 1989 [con varias modificaciones]. “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 38.756 de 30 de marzo de 1989. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario_pr035.html#863.

República de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

República de Colombia (2001). Congreso de la República. Ley 678 del 03 de agosto de 2001. “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 44.509 de 4 de agosto de 2001. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0678_2001.html.

República de Colombia (12 de julio de 2011). Congreso de la República. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos

de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 48.128 de 12 de julio de 2011. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html.

República de Colombia (18 de enero de 2011). Congreso de la República. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 47.956 de 18 de enero de 2011. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

República de Colombia (12 de julio de 2012). Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 48.489 de 12 de julio de 2012. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.htm.

República de Colombia (26 de mayo de 2012). Congreso de la República. Decreto 1083 del 26 de mayo de 2012. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 49.523 de 26 de mayo de 2015. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019891>.

República de Colombia (18 de enero de 2022). Congreso de la República. Ley 2195 del 18 de enero de 2022. “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial 51.921 de 18 de enero de 2022. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html.

República de Colombia (2 de junio de 2023). Presidente de la República. Decreto 905 del 2 de junio de 2023. “Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones”. Bogotá D.C, Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=210830>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

FACTORES DE RIESGO EN LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LOS POLICÍAS

FATORES DE RISCO NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR PARTE DE POLICIAIS

RISK FACTORS IN THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS BY POLICE OFFICERS

HUGO ALBERTO TAVAREZ-ALVARADO*

KARLA VILLAREAL-SOTELO**

FABIOLA PEÑA-CÁRDENAS***

RECIBIDO: 26 DE SEPTIEMBRE DE 2023 - ACEPTADO: 22 DE ENERO DE 2024 -

PUBLICADO: 29 DE JUNIO DE 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a17

Resumen

La seguridad de los ciudadanos siempre ha sido de importancia mayúscula para el buen funcionamiento de una sociedad; si el Estado es

* Licenciado en Criminología y Ciencias Forenses. Estudiante de la Maestría en Criminología y Ciencias Forenses de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

Correo electrónico: a2223718008@alumnos.uat.edu.mx

** Doctora en Criminología y Ciencias Forenses. Docente de la Maestría en Criminología y Ciencias Forenses de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

Correo electrónico: kvillar@docentes.uat.edu.mx

*** Doctora en Aprendizaje y Cognición. Docente de la Maestría en Criminología y Ciencias Forenses de la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Correo electrónico: fcardenas@docentes.uat.edu.mx

incapaz de proporcionar seguridad a sus gobernados estaría fallando a su principio fundador. El Estado ha implementado la Policía como medio para salvaguardar a la ciudadanía, pero está documentada la transgresión de derechos humanos por parte de esta. ¿Qué causa que los elementos policiales falten a su labor primordial de proteger y garantizar los derechos de la ciudadanía, y en cambio transgredan los derechos fundamentales de cada ser humano? El objetivo del presente texto es responder a la pregunta anterior mediante la exploración de la investigación académica realizada en distintos estudios, generando una síntesis que coadyuve al entendimiento de por qué se dan las violaciones a los derechos humanos por parte de los policías. La conclusión alcanzada refiere la complejidad y multifactorialidad presente en los procesos de interacción ciudadano-policía que terminan en la violación de derechos humanos, logrando identificar factores de riesgo de carácter biológico, ambiental, estructural y culturales, entre otros.

Palabras clave: factores de riesgo, derechos humanos, Policía, violación de derechos humanos, mexicanos.

Abstract

The security of citizens has always been of paramount importance for the proper functioning of a society; if the State is incapable of providing security to its citizens, it would be failing its founding principle. The state has implemented the police as a mean to safeguard citizens, but the transgression of human rights by police officers has been documented. What causes police officers to fail in their primary task of protecting and guaranteeing the rights of citizens, and instead transgress the fundamental rights of every human being? The objective of this study is to answer the above question by exploring the academic research carried out in different studies, generating a synthesis that contributes to the understanding of the reason for human rights violations by police officers. The conclusion reached refers to the complexity and multifactoriality present in the processes of citizen-police interaction that end in the violation of human rights, identifying risk factors of a biological, environmental, structural and cultural nature, among others.

Key words: risk factors, human rights, police, human rights violations, mexicans.

Resumo

A segurança dos cidadãos sempre foi de suma importância para o bom funcionamento de uma sociedade; se o Estado não consegue fornecer segurança aos seus governados, estaria falhando em seu princípio fundador. O Estado programou a polícia como meio de salvaguardar a cidadania, mas está documentada a transgressão dos direitos humanos por parte dos policiais. O que faz com que os agentes policiais falhem em sua tarefa primordial de proteger e garantir os direitos da cidadania e, em vez disso, violem os direitos fundamentais de cada ser humano? O objetivo do presente estudo é responder a essa pergunta por meio da exploração da pesquisa acadêmica realizada em diversos estudos, gerando uma síntese que contribua para o entendimento do motivo das violações aos direitos humanos por parte da polícia. A conclusão alcançada refere-se à complexidade e multifatorialidade presente nos processos de interação entre cidadãos e polícia que resultam em violações dos direitos humanos, identificando fatores de risco de natureza biológica, ambiental, estrutural, cultural, entre outros.

Palavras-chave: fatores de risco, direitos humanos, polícia, violação dos direitos humanos, mexicanos.

INTRODUCCIÓN

En el siglo xx y xxi, la incorporación e importancia de los Derechos Humanos (DDHH) a la vida política social se incrementó de manera exponencial. Prueba de esto es la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). En eventos más recientes, y a nivel local, se presentan con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 10 de junio del año 2011, que tiene como objetivo proteger, promover, garantizar y respetar los derechos humanos de todas las personas, ciudadanos mexicanos o no, que se encuentren en el territorio del Estado mexicano (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2021).

Así mismo, el Estado mexicano ha firmado y ratificado más de cien tratados internacionales en materia de derechos humanos, además, las reformas constitucionales en la materia, por consiguiente, el Estado mexicano tiene la obligación de garantizar, proteger, promover y respetar los derechos humanos (Koprivitz Ramos, 2018). Para lograr estos objetivos, el Estado mexicano cuenta con distintas herramientas administrativas y operativas; en estas últimas, podemos encontrar a la que nos ocupa, las corporaciones policiales y sus elementos. Las corporaciones policiales son un recurso ambivalente, ya que, por una parte, sus elementos coadyuvan en la protección y salvaguarda de los derechos humanos, y, por otro, los elementos de estas corporaciones policiales utilizan el poder que se les ha concedido para violar los derechos humanos de las personas que, en principio, deberían salvaguardar.

Las investigaciones sobre los factores de riesgo que provocan las violaciones de derechos humanos por parte de los policías son escasas en el Estado mexicano. Una excepción es el estudio realizado por Carlos Silva, en él que se exponen una serie de factores de riesgo que podrían influir en las violaciones a los derechos humanos por parte de los policías en la Ciudad de México, exponiendo factores de riesgo individuales, sociales, situacionales, institucionales y organizacionales (Silva, 2003). De manera similar, en la investigación de corte sociológico “Relaciones de autoridad y abuso policial en la ciudad de México”, se expone que este fenómeno obedece a factores de diferente nivel, proponiendo la “tradición” policial, ajena a los principios democráticos, como uno de los factores de riesgo (Alvarado Mendoza y Silva Forné, 2011). Este último punto podría deberse a la concepción de

seguridad pública desarrollada durante la guerra fría, que buscaba mantener la seguridad del Estado y no del ciudadano, haciendo uso de mecanismos de control, coacción y coerción (Montero Bagatella, 2013).

Según investigaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elementos policiales se han visto involucrados en presuntas violaciones a los derechos humanos en todo el territorio nacional, violaciones que incluyen la ejecución extrajudicial de civiles (Tlataya, Edo. Mex. 22 personas ejecutadas en 2014; Iguala, Guerrero, con las lesiones, asesinatos y desapariciones de estudiantes normalistas en septiembre de 2014; Rancho del Sol, Michoacán, presunto enfrentamiento que dejó 42 civiles privados de la vida en junio de 2015; entre otros), lesiones, violencia contra la libertad de expresión, corrupción, extorsión y colusión con el crimen organizado (CIDH, 2015).

Human Rights Watch (2020), en el Informe Mundial 2020, menciona que elementos policiales en México se vieron involucrados en la ejecución extrajudicial de ocho civiles. De manera similar, las comisiones de derechos humanos estatales emiten de manera constante recomendaciones por violaciones de derechos humanos por parte de elementos policiales; tal es el caso de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas (CODHET) que emite recomendaciones a la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Tamaulipas (SSPT) y a la Fiscalía General de Justicia del Estado de Tamaulipas por acciones violatorias de derechos humanos cometidas por sus elementos policiales (CODHET, 2023).

LA CONCEPCIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA

La concepción de seguridad ha variado a lo largo del tiempo, adaptándose al contexto de la humanidad y a los nuevos peligros emergentes. La seguridad ya no consiste en defenderse del actuar de estados extranjeros, sino que prevé la atención de problemáticas interiores. La seguridad como obligación del Estado puede verse desde dos ángulos distintos; primero, existen aquellos conceptos de seguridad que ponen al Estado como sujeto central de la seguridad; segundo, el concepto de seguridad tiene a la ciudadanía como objeto central de su función.

La primera concepción de seguridad mencionada era aplicable durante las épocas de guerra, especialmente durante la guerra fría. De acuerdo con lo propuesto por Montero Bagatella (2013), esta concepción de seguridad

refleja la esencia del deber ser del Estado; el concepto de seguridad se centra en el mantenimiento del orden a través del uso de la fuerza y supremacía del Estado frente a otros estados y en la identificación de los enemigos (y amigos) del Estado con el fin de enfrentarlos; además, el Estado generaba seguridad, con la finalidad de protegerse a sí mismo y no a sus gobernados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Esta concepción tradicional de la seguridad, denominada seguridad nacional, ha sido utilizada como argumento para ejercer y justificar el uso del poder de manera autoritaria, conllevando la suspensión y violación de derechos humanos (Montero Bagatella, 2013). Derivado de los atentados del 11 de septiembre, la aparición del terrorismo en su generalidad y el crimen organizado, se realizó un replanteamiento sobre la concepción de la seguridad nacional.

Segundo, a partir de la década de los noventa se buscó establecer una noción de la seguridad fundamentada en los Derechos Humanos, los procesos democráticos y el desarrollo (Montero Bagatella, 2013). En la actualidad, al hablar de seguridad se hace alusión a temas ambientales, culturales, económicos, políticos, educativos, servicios públicos y, sobre todo, derechos humanos, entre otros (Montero, 2013).

De esta manera, nace la conceptualización y adopción del concepto de Seguridad Ciudadana. Esta nueva perspectiva de seguridad busca la creación de un ambiente propicio y adecuado en el que las personas puedan tener un desarrollo óptimo y convivir de manera pacífica; demandando el estudio integral de las problemáticas con la finalidad de aplicar acciones preventivas y de control, y, además, involucrando al Estado, al sector privado, a las instituciones académicas, las asociaciones comunitarias y vecinales y a la sociedad en general (Villa-Mar, Vélez-Grajales, Cedillo, Restrepo y Munguía, 2020).

Este nuevo enfoque de seguridad ciudadana prevé el reconocimiento de la violencia como un problema de salud pública (OMS, 2002), permitiendo un análisis profundo desde la multidisciplinariedad, con la finalidad de lograr la identificación y mitigación de los factores de riesgo que generan violencia y, por ende, las violaciones a los derechos humanos. Esta nueva consideración nace del hecho de que año con año miles de personas, en todo el mundo, mueren a causa de hechos violentos; a pesar de que no cumple con el sentido tradicional de una enfermedad, genera incontables efectos biopsicosociales (Gonzales Leal, Pardo Gómez y Izquierdo Lao, 2017).

Por consiguiente, cuando surge un problema de seguridad ciudadana se está haciendo referencia al incumplimiento del Estado, que falta a su función de brindar protección y seguridad y provoca una grave disrupción en la relación sociedad-Estado.

SEGURIDAD COMO DERECHO HUMANO

Pero ¿por qué es la seguridad ciudadana un derecho humano? Siendo México un Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas, este ha firmado y ratificado diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos. Consecuentemente, en el ámbito internacional, del cual México es parte, el derecho humano a la seguridad se encuentra consagrado en distintos pronunciamientos, que son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 3°. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
- Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (1948), artículo 1°, “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
- Convención Americana de Derechos Humanos (1981), artículo 7°, “Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), artículo 9°, “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” (s. d.)

Es una obligación del Estado garantizar la seguridad de sus ciudadanos, y esto lo logrará mediante el control y la prevención de conductas violentas o delictivas, mediante las aplicaciones de políticas de seguridad ciudadana (CIDH, 2009).

LA POLICÍA COMO MEDIO PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD CIUDADANA

Según lo dispuesto en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (LGSNSP), la seguridad se conseguirá mediante distintas instituciones policiales, de Procuración de Justicia, instancias encargadas de aplicar las infracciones administrativas, la supervisión de las medidas cautelares, de suspensión condicional de los procedimientos, de los responsables de la prisión preventiva y ejecución de penas, así como otras instituciones que por motivo de su función tengan injerencia en el desarrollo de la seguridad pública del país (Congreso de la Unión, 2022).

Dentro de los entes que menciona la LGSNSP podemos encontrar a los policías de las instituciones policiales y las de procuración de justicia. Tomándose en cuenta la misión y visión de estos entes, el ente de las instituciones policiales cuenta con mayor interacción cotidiana con los ciudadanos (Alvarado Mendoza y Silva Forné, 2011), pues estas deberán implementar “acciones de prevención, disuasión y reacción para el combate a la delincuencia y la mitigación de la inseguridad” (Gobierno del Estado de Tamaulipas, s. f.), mediante la salvaguarda de la integridad y patrimonio de los gobernados, preservando las libertades públicas, el orden y la paz social (Congreso del Estado de Tamaulipas, 2023).

POLICÍAS ESTATALES Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el inicio de la llamada guerra contra el crimen organizado en el año 2006, en el Estado mexicano, las violaciones a los derechos humanos se han incrementado exponencialmente. Ministerios públicos, policías y elementos de las fuerzas armadas han cometido graves violaciones a los derechos humanos de manera generalizada; actos violatorios que van desde lesiones, privación ilegal de la libertad, extorsión, tortura, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales (Human Rights Watch, 2023).

Los policías, los ministerios públicos y militares frecuentemente emplean la tortura como medio para obtener información o confesiones sobre un supuesto hecho delictivo, a pesar de que el uso de información y confesiones obtenidas por medio de la tortura no tiene validez judicial en México (Human Rights Watch, 2023). Según datos mostrados en la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL), el 49,1 % de los hombres manifestó haber sufrido alguna agresión física por parte de los policías, des-

pués de haber sido detenido, mientras que el 39,8 % de las mujeres manifestó haber recibido agresiones físicas después de la detención, y de estas el 15,5 % declaró haber sufrido agresiones sexuales (INEGI, 2021). La población interna declara que soportaron patadas, puñetazos, asfixia o ahorcamiento, aislamiento e incomunicación, agresiones sexuales, robo o despojo de pertenencias y dinero y violencia psicológica.

En Tamaulipas se estima que el 54,8 % de las personas detenidas experimentan algún tipo de agresión física o violencia psicológica; esta cifra está 6,2 puntos porcentuales por encima de la media nacional (INEGI, 2021).

FACTORES DE RIESGO Y LA COMISIÓN DE CONDUCTAS ANTISOCIALES

En términos generales, cuando se habla de “riesgo”, o de que “existe riesgo”, se hace referencia a la posibilidad estadística de que un evento de características aversivas o no deseadas se presente en un momento determinado (Pita Fernández *et al.*, 2002). Los factores de riesgo, desde un punto de vista criminológico y de la salud, son todos aquellos elementos, humanos y no humanos, de carácter endógeno o exógenos (biológicos, ambientales, situacionales, económicos, sociales, psicológicos, culturales, etc.) que favorecen la ocurrencia de un determinado fenómeno adverso.

Las diferentes formas de violencia, incluidas las violaciones a los derechos humanos, comparten factores de riesgo subyacentes (OMS, 2002), que actúan de manera individual o conjuntamente.

Tomándose en cuenta lo anterior, Pita Fernández *et al.* (2002) mencionan que la identificación de los factores de riesgo contribuiría a:

- Predicción: la identificación de un factor de riesgo prevé un incremento en las probabilidades de que ocurra un determinado fenómeno.
- Causalidad: al identificar un factor de riesgo se da una correlación con su presencia y la ocurrencia del fenómeno, dando pauta a los estudios conducentes para determinar su posible causalidad.
- Prevención: cuando ya se ha hecho la correlación entre un factor de riesgo y la ocurrencia de un fenómeno, se pueden tomar acciones encaminadas a mitigar el factor de riesgo, logrando una reacción de las probabilidades de que se presente el fenómeno adverso.

Retomando, la identificación de los factores de riesgo desde el ámbito criminológico es de prioridad principal, esto contribuye al fin mismo de la criminología, la prevención de los delitos y las conductas antisociales.

Factores de riesgo desde la criminología

La naturaleza biopsicosocial de los miembros de una sociedad ha sido primordial en el estudio de los distintos factores de riesgo que inciden en la conducta del hombre (Pablos de Molina, 2007). Partiendo de este principio de la diversidad del hombre se desarrolló la clasificación dominante de los factores de riesgo, los cuales se dividen en factores biológicos, psicológicos y sociales (Redondo Illescas y Garrido Genovés, 2013).

Los primeros hacen referencia a todos aquellos que se podrían considerar dentro de la rama de la biología y que pueden favorecer la comisión de conductas antisociales, tales como el sexo, los efectos hormonales, las patologías cerebrales, las afectaciones en el sistema nervioso, los déficits vitamínicos, etc. (Solano Mandon y Ballesteros López, 2019). Los segundos hacen referencia a aquellos pertenecientes a la ciencia psicológica, tales como el desarrollo de la personalidad, el temperamento, procesos de aprendizaje, inteligencia, actividad cognoscitiva, trastornos psicóticos, filias, hiperactividad, etc. (García Medina y Armas Vargas, 2008). Por último, los factores de riesgo sociales hacen referencia a aspectos como la cultura, las relaciones sociales y sus tipos, los tabúes, el aprendizaje social, la disposición de la urbanidad (teoría ecológica), las subculturas, etc. (Redondo Illescas y Garrido Genovés, 2013).

Otra clasificación utilizada en criminología es aquella que divide los factores de riesgo de acuerdo con su naturaleza endógena o exógena (Rodríguez Manzanera, 2018). Los primeros serían aquellos inherentes al interior del individuo, propios de la constitución individual de las personas; este tipo de factores suelen ser de carácter biológico; por ejemplo, la herencia genética, los pares cromosómicos, la endocrinología, etc. (Canvello, 2000). Los factores exógenos serían todos aquellos que, al contrario de los endógenos, provienen del exterior del individuo, tales como las condiciones en las que se vive, las desigualdades, las dinámicas sociales, las experiencias personales, los desastres naturales, etcétera.

Finalizando, es de importancia no caer en el error de pensar que los factores de riesgo son excluyentes, ya que pueden coexistir sin importar

su naturaleza. Igualmente, se destaca el hecho de que un factor de riesgo aislado no siempre será suficiente para generar una conducta antisocial (Rodríguez Manzanera, 2018), pero esto dependerá del umbral de antisocialidad del individuo que esté siendo expuesto a dichos factores.

Factores de riesgo en la violación de derechos humanos

Los factores de riesgo en su generalidad, y desde la criminología, difieren de acuerdo con el fenómeno que se esté estudiando; esto indica que los factores de riesgo que aumentan la ocurrencia del fenómeno A no necesariamente incrementarán las probabilidades de ocurrencia del fenómeno B, a pesar de que pudieran llegar a ser fenómenos parecidos. De esta manera, es necesaria la realización de estudios especializados para conocer un determinado fenómeno.

Derivado de las distintas investigaciones realizadas en la materia, se aprecia el énfasis de que elementos como la raza (identidad o prejuicios raciales, xenofobia), el género (homofobia, perspectivas machistas o de poder entre los diferentes géneros) y la conducta de los sospechosos podrían ser determinantes en el uso de fuerza excesiva por parte de los elementos policiales (Silva, 2003). De manera similar, se destaca el papel organizacional de las instituciones policiales, aspectos como la cultura policial, los controles administrativos y los sistemas de incentivos podrían ser determinantes en la conducta policial (Holmes, 2000).

La impunidad es uno de los factores mencionados por Silva y Holmes. Habría que considerar la impunidad como uno de los (re)productores o reforzadores de las conductas abusivas por parte de los policías; esta se convertiría en un reforzador de conductas abusivas hacia los ciudadanos, pues no hay sanciones por ejercer de manera indebida el poder otorgado por el Estado.

Respecto a la raza como un factor determinante en el uso excesivo de la fuerza por parte de elementos policiales, se pueden identificar opiniones encontradas. Investigaciones sugieren que la identidad racial de los elementos policiales puede ser un factor detonante en el uso de violencia excesiva; de manera contraria, otros estudios sugieren que las características raciales no son determinantes en el uso excesivo de la fuerza por parte de los elementos policiales (Avdija, 2013; Westley, 1953).

Las investigaciones demuestran que la edad está correlacionada con el uso de la fuerza por parte de los elementos policiales. Según datos obtenidos por Williams y Hester (2003), los oficiales de mayor edad son menos propensos a usar la fuerza en encuentros con los ciudadanos, en comparación con los policías más jóvenes. Otra forma de analizar la edad como factor sería la cantidad de años que un oficial de policía ha ejercido su profesión; en estos términos (y en concordancia con lo anterior), los elementos policiales con menos años de servicio en los cuerpos policiales se ven involucrados en mayores casos de uso de violencia contra civiles (McElvain y Kposowa, 2004).

Otro elemento de interés es la cantidad de elementos policiales que se ven involucrados en un solo hecho donde se hizo uso indebido de la fuerza. Derivado de estudios realizados, se pudo hacer la siguiente correlación: a más elementos policiales intervinientes, mayor probabilidad de hacer uso indebido de la fuerza pública (Garnel *et al.*, 2002).

Diversas investigaciones han analizado el papel del género como factor de riesgo en los elementos policiales, y han mostrado que los elementos policiales del género femenino tienen menos probabilidades de hacer uso de la fuerza en sus encuentros con los ciudadanos, mientras que elementos policiales de género masculino presentan más tendencias a hacer uso de la fuerza (Bazley *et al.*, 2007). De manera similar, el género del civil con el que interactúen los policías podría determinar si se usa la violencia o no; los datos sugieren que los civiles masculinos que tienen un encuentro con elementos policiales son más propensos a experimentar el uso de la fuerza, a comparación del género femenino (Gau *et al.*, 2010).

Por último, las actitudes agresivas o la renuencia a la cooperación de los civiles podrían detonar el uso de la fuerza excesiva por parte de elementos policiales (Gau *et al.*, 2010). La actitud del policía juega un papel crucial; muchos datos sugieren que aquellos policías que presentan estrés, síndrome de Burnout o que no se encuentran satisfechos con su trabajo presentan mayores probabilidades de exhibir comportamientos agresivos o inadecuados en su labor (Manzoni y Eisner, 2006).

CONCLUSIONES

Las violaciones a los derechos humanos son un fenómeno complejo y multifactorial que requiere de una investigación exhaustiva para lograr identificar aquellos elementos que favorecen su ocurrencia. Una vez que estos puedan reconocerse, se debe trabajar en su mitigación, a fin de lograr un descenso en las violaciones de derechos humanos por parte de las policías. Para lograr este cometido se requiere trabajar en la adecuada rendición de cuentas de los organismos, realizar una mayor cantidad de investigaciones académicas en el tema, así como la sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Esta sería la única forma para conseguir un sistema de seguridad ciudadana basado en el respeto y la protección de los derechos humanos, y en el que los elementos policiales sean garantes y no violadores de derechos.

REFERENCIAS

Alvarado Mendoza, A. y Silva Forné, C. (2011). Relaciones de autoridad y abuso policial en la ciudad de México. *Revista Mexicana de Sociología*, 445-473. https://repositorio.colmex.mx/concern/articles/h415p983n?f%5B-creator_sim%5D%5B%5D=Silva+Forn%C3%A9%2C+Carlos&locale=es.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Avdija, A. S. (2013). Police use of force: An analysis of factors that affect police officer's decision to use force on suspects. *International Research Journal of Social Sciences*, 2(9), 1-6. <http://isca.in/IJSS/Archive/v2/i9/1.ISCA-IRJSS-2013-129.pdf>.

Bazley, T. D., Lersht, K. M. y Mieczkowski, T. (2007). Officer force versus suspect resistance: A gendered analysis of patrol officers in an urban police department. *Journal of Criminal Justice*, 35(2), 183-192. doi:10.1016/j.jcrimjus.2007.01.005.

Canvello, P. (2000). Criminología; la evolución del pensamiento internacional. *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, 19. <https://www.files.ethz.ch/isn/145593/71%20DI.pdf>.

Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas (CODHET). (26 de septiembre de 2023). *Recomendaciones*. <http://codhet.org.mx/recomendaciones/>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Organización de los Estados Americanos. https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/Seguridad-DDHH.pdf.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). *Situación de derechos humanos en México*. CIDH. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2021). *CNDH México*. <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-10-de-junio>.

Congreso de la Unión (2022). *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública*. Diario Oficial de la Federación.

Congreso del Estado de Tamaulipas (2023). *Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de Tamaulipas*. Periodico Oficial. www.

congresotamaulipas.gob.mx/Parlamentario/Archivos/Leyes/Ley%20Organica%20de%20la%20Administracion%20publica%2005%2009%2023.pdf.

García Medina, P. y Armas Vargas, E. (2008). Comorbilidad, personalidad, estilos educativos y problemas de conductas en adolescentes. *Anuario de Psicología Jurídica*, 18, 21-30.

Garnel, J. H., Maxwell, C. D. y Heraux, C. G. (2002). Characteristics associated with the prevalence and severity of force used by the police. *Justice Quarterly*, 19(4), 705-746. doi:10.1080/07418820200095401.

Gau, J. M., Mosher, C. J. y Pratt, T. C. (2010). An inquiry into the impact of suspect race on police use of tasers. *Police Quarterly*, 13(1), 27-48. doi:10.1177/1098611109357332

Gobierno del Estado de Tamaulipas (s. f.). *Conócenos*. <https://www.tamaulipas.gob.mx/seguridadpublica/conocenos/>.

Gonzales Leal, E. G., Pardo Gómez, M. E. y Izquierdo Lao, J. M. (2017). La violencia como problema de salud pública en Venezuela: algunas reflexiones desde la perspectiva del profesional de seguridad ciudadana. *MEDISAN*, 642-649.

Holmes, M. D. (2000). Minority threat and police brutality: Determinants of civil rights criminal complaints in U. S. municipalities. *Criminology*, 38(2), 343-368. doi:10.1111/j.1745-9125.2000.tb00893.x

Human Rights Watch (2020). *Informe mundial 2020; México*. Human Rights Watch.

Human Rights Watch (2023). *World report 2023*. Human Rights Watch https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/01/World_Report_2023_WEBSPREADS_0.pdf.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). (2021). *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL)*. INEGI. [chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf](https://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf)

Koprivitz Ramos, U. S. (2018). Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos: reflexiones sobre su aplicación en México. *Derechos humanos: Realidades y Desafíos*, 135-156.

Manzoni, P. y Eisner, M. (2006). Violence between the police and the public: Influences of work-related stress, job satisfaction, burnout, and situational factors. *Criminal Justice and Behavior*, 33(5), 613-645. doi:10.1177/0093854806288039

McElvain, J. P. y Kposowa, A. J. (2004). Police officer characteristics and internal affairs investigations for use of force allegations. *Journal of Criminal Justice*, 32(3), 265-279. doi:10.1016/j.jcrimjus.2004.02.006

Montero Bagatella, J. C. (2013). El concepto de seguridad en el nuevo paradigma de la normatividad mexicana. *Región y Sociedad*, 25(58), 203-238. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-39252013000300007&script=sci_abstract

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. OMS.

Pablos de Molina, A. G. (2007). *Criminología*. CEC - INPECCP.

Pita Fernández, S., Vila, A. y Carpena Montero, J. (2002). Determinación de factores de riesgo. *Cad Aten Primaria*, 75-78.

Redondo Illescas, S. y Garrido Genovés, V. (2013). *Principios de criminología*. Tirant lo Blach. <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/11/5220.-Principios-de-criminologia-Redondo.pdf>.

Rodríguez Manzanera, L. (2018). *Criminología*. Porrúa.

Secretaría General de Gobierno (2020). *Estructura orgánica de la Secretaría de Seguridad Pública*. Periodico Oficial.

Silva, C. (2003). *Center of U.S.-Mexican Studies*. <https://escholarship.org/uc/item/0wx5n64j>.

Solano Mandon, D. y Ballesteros López, Y. (2019). *Factores biológicos, sociales y de personalidad asociados a la conducta criminal*. Universidad Cooperativa de Colombia.

Villa-Mar, K., Vélez-Grajales, V., Cedillo, B., Restrepo, A. y Munguía, P. (2020). *Líderes para la gestión en seguridad ciudadana y justicia*. Banco Interamericano de Desarrollo.

Westley, W. A. (1953). Violence and the police. *American Journal of Sociology*, 59(1), 34-41. doi:10.1086/221264.

Williams, J. J. y Hester, G. (2003). Sheriff law enforcement officers and the use of force. *Journal of Criminal Justice*, 31(4), 373-381. doi:10.1016/S0047-2352(03)00030-8.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:
AUTONOMÍA, CONSENSO, DEMOCRACIA
Y DIGNIDAD HUMANA

JUSTIFICATION FOR HUMAN RIGHTS:
AUTONOMY, CONSENSUS, DEMOCRACY AND HUMAN DIGNITY

JUSTIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:
AUTONOMIA, CONSENSO, DEMOCRACIA E DIGNIDADE HUMANA

ANA PAULA BARBOSA-FOHRMANN*

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a18

* Doutora em Filosofia (2022) pelo Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ), Pós-Doutora (2009, 2013) e Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, junto ao Instituto de Direito do Estado, Teoria Constitucional e Filosofia do Direito (2007). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ, 2001). Bacharel em Direito pela UERJ (1995). Desde 2013, é Professora Adjunta de Teoria do Direito, da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). É Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFRJ), na linha de pesquisa de Sociedade, Direitos Humanos e Arte. É Professora Visitante da Westfälische Wilhelms-Universität Münster. CV: <http://lattes.cnpq.br/4012995260619181>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6331-1023>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=J1KiST-gAAAAJ&hl=fr>, correo electrónico: anapbarbosa@direito.ufrj.br

Resumen

Este artículo aborda la justificación de los derechos humanos de Carlos Santiago Nino desde la perspectiva de Robert Alexy. Para ello, se buscará mantener el paralelismo entre ambos autores. Es decir, en una primera parte se abordarán las líneas básicas de la teoría del discurso de Alexy y las del discurso moral de Nino. En la segunda parte se abordará la autonomía, el consenso y la democracia en ambos autores. En la tercera y última parte se examinará la justificación que hace Nino del principio de dignidad humana, que se conecta con el principio de autonomía, uno de los pilares de su discurso moral. Dado que Alexy no hace ningún comentario sobre la justificación de Nino del principio de dignidad humana, el razonamiento de Alexy al respecto no será analizado. Este artículo sigue una metodología hipotético-deductiva, con un enfoque teórico-analítico, utilizando como fuentes bibliográficas escritos originales de Nino y Alexy. El objetivo, por tanto, es presentar cómo Nino reflexiona sobre los valores morales, así como sobre los elementos que componen su discurso moral. Esto se hará, como ya se ha dicho, a partir de los comentarios de Alexy, quien inevitablemente adopta un punto de vista comparativo (con su propia teoría) y, en ocasiones, crítico.

Palabras clave: justificación, derechos humanos, autonomía, consenso, democracia, dignidad humana.

Abstract

This paper deals with Carlos Santiago Nino's justification for human rights from Robert Alexy's perspective. For this purpose, it will seek to keep parallelism between both authors. That is, in the first part, it will address the basic lines of Alexy's theory of discourse and those of Nino's moral discourse. In the second part, it will deal with autonomy, consensus, and democracy in both authors. In the third and final part, it will examine Nino's justification for the principle of human dignity, which is connected to the principle of autonomy, one of the pillars of his moral discourse. Since Alexy does not make any comment on Nino's justification for the principle of human dignity, Alexy's reasoning on that will not be analyzed. This paper follows

a hypothetical-deductive methodology, with a theoretical-analytical approach, using original writings by Nino and Alexy as bibliographic sources. The objective, therefore, is to present how Nino reflects on moral values, as well as on the elements that make up his moral discourse. As mentioned, this will be addressed based on Alexy's comments, which inevitably adopts a comparative point of view (with his own theory) and, on occasions, critical.

Keywords: justification; human rights; autonomy; consensus; democracy; human dignity.

Resumo

Este artigo aborda a justificação dos direitos humanos de Carlos Santiago Nino na perspectiva de Robert Alexy. Para isso, ele procurará manter o paralelismo entre os dois autores. Em outras palavras, na primeira parte, serão abordadas as linhas básicas da teoria do discurso de Alexy e as do discurso moral de Nino. Na segunda parte, serão abordados autonomia, consenso e democracia em ambos os autores. Na terceira e última parte, será examinada a justificação do princípio da dignidade humana realizada por Nino, que está ligada ao princípio da autonomia, um dos pilares do seu discurso moral. Dado que Alexy não comenta a justificação do princípio da dignidade humana apresentada por Nino, a justificação de Alexy a este respeito não será analisada. Este artigo segue uma metodologia hipotético-dedutiva, com abordagem teórico-analítica, utilizando escritos originais de Nino e Alexy como fontes bibliográficas. O objetivo, portanto, é apresentar como Nino reflete sobre os valores morais, bem como sobre os elementos que compõem o seu discurso moral. Isso será realizado, como já mencionando, com base nos comentários de Alexy, que inevitavelmente adota um ponto de vista comparativo (com sua própria teoria) e, por vezes, crítico.

Palavras-chave: justificação; dignidade humana; autonomia; consenso; democracia; dignidade humana.

INTRODUCCIÓN

Robert Alexy y Carlos Santiago Nino¹ justifican los derechos humanos sobre la base de una reinterpretación de la razón práctica de Kant. Las teorías de ambos autores abordan un elemento fundamental, a saber, el valor moral de la autonomía. Este artículo examina no solo la autonomía, sino también la democracia y el consenso en Nino desde la perspectiva de Alexy. Además, Nino analiza la justificación del principio de dignidad humana. Por ello, este artículo se dividirá en tres partes. En la primera se analizan las líneas básicas de la teoría del discurso de Alexy y del discurso moral de Nino. La segunda parte aborda algunos de los elementos estructurantes del discurso de ambos autores, a saber, la autonomía, el consenso y la democracia. La tercera y última parte se centrará en la justificación de la dignidad humana por parte de Nino.

Este artículo sigue una metodología hipotético-deductiva, con un enfoque teórico-analítico, utilizando como fuentes bibliográficas escritos originales de Nino y Alexy. El objetivo, como ya se introdujo, es presentar cómo Nino reflexiona sobre valores morales, como la autonomía y la dignidad humana, así como otros dos elementos que componen su discurso moral, que son el consenso y la democracia. Esto se llevará a cabo, como ya se mencionó, con base en los comentarios de Alexy. Al comentarlos Alexy adopta inevitablemente un punto de vista comparativo (con su propia teoría) y, en ocasiones, crítico. Finalmente, como Nino fue influenciado, entre otros autores, por John Rawls, ocasionalmente se harán referencias a puntos de la teoría rawlsiana que están vinculados con la de Nino.

LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DEL DISCURSO Y DEL DISCURSO MORAL

Alexy (1995) aboga por una visión de Kant (2009; 2011) de los derechos humanos. Su teoría se basa en los principios de universalidad y auto-

1 Nino fue profesor visitante de filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de Yale y profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Murió en un accidente aéreo en 1993 a la edad de 52 años. Su teoría fue recibida con el paso de los años en Brasil. Para esto véase Barbosa-Fohrmann (2012), Bunchaft (2012), Caballero Lois y Lima Marques (2013), Costa Barbosa (2002a; 2002b; 2007), Garrido da Silva (2007), Karam y Godoy (2010), Lobo Torres (2003), Reis (2002) y Shecaira (2015).

mía. Fundamentándose en Nino, el autor define el principio de universalidad de la siguiente manera: “cada persona tiene ciertos derechos” (Alexy, 1995, p. 127). El término “humano” significa “seres racionales”, “personas”. La definición del principio de autonomía tiene dos variantes: privada y pública. La autonomía privada se basa en la elección individual y la implementación de una concepción individual del bien. El objeto de la autonomía pública no es solo la elección del bien como base compatible con la elección de los demás, sino también la realización de una concepción política de lo justo y del bien. Relacionados con esta visión están los derechos humanos y la democracia. Por otro lado, el concepto es un concepto liberal de derechos humanos, lo que significa que fue fundado en la Ilustración y el período de las revoluciones burguesas.

Para justificar la visión universalista, Alexy (1995) aplica la teoría del discurso, cuyos dos objetivos son justificar el discurso práctico y los derechos humanos. La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. El autor lo explica: “Según ella, una norma es correcta y por tanto válida si puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, el de un discurso racional y práctico” (Alexy, 1995, p. 129).² Esta teoría presupone, por tanto, un procedimiento de argumentación.

También tiene ciertos elementos significativos, como coherencia, universalización, claridad lingüístico-conceptual, verdad empírica, consideración de las consecuencias y ponderación (Alexy, 1995). El objetivo es lograr la imparcialidad del discurso. Para hacer esto, se deben seguir algunas reglas con el fin de garantizar una argumentación libre e igual; dichas reglas son:

- 1) Cualquiera que sepa hablar puede participar en el discurso. 2) (a) Cualquiera puede cuestionar cualquier afirmación. (b) Cualquiera puede introducir cualquier afirmación en el discurso. (c) Todos pueden expresar sus actitudes, deseos y necesidades. 3) A ningún hablante se le podrá impedir ejercer sus derechos establecidos en (1) y (2) mediante coerción dentro o fuera del discurso (Alexy, 1995, p. 130).

Esto se debe a que los individuos deciden libre y equitativamente lo que aceptan. Una suposición general que conduce a una satisfacción general de los intereses individuales. Alexy (1995) resume estas ideas así:

2 Todas las traducciones de Alexy fueron realizadas por la autora.

Un supuesto central de la teoría del discurso es que, en primer lugar, el acuerdo en el discurso puede depender de argumentos y, en segundo lugar, que existe una relación necesaria entre el acuerdo universal en condiciones ideales y los conceptos de corrección y validez moral (p. 131).

Nino (1989) aboga por la no neutralidad del discurso moral. La justificación de las reglas morales del discurso no es necesaria porque la moralidad no puede ser justificada por la moralidad. Según Alexy (1995, p. 132; 1997, p. 195), tal justificación sería circular.

Las justificaciones morales son las justificaciones últimas. No es necesario buscar una justificación de la moralidad porque una justificación de la moralidad presupone la aplicación de ciertos principios. Pero ¿qué principios deberíamos aplicar para justificar los principios últimos? Si se aplicaran estos principios, ¿de qué reglas podrían derivarse? Todo esto parece inútil (Nino, 1989).

Pero ¿por qué hay que ser moral? ¿Qué respondes cuando alguien pregunta: “¿Qué razón moral tengo yo para hacer lo que prescribe la moral, que no sea una razón que derive de los mismos principios morales?” (Nino, 1989, p. 127). Las razones y el deber son morales porque nuestra razón práctica no reconoce otras razones y deberes de una autoridad superior (Nino, 1989). Esto también confirma que la moralidad es la “justificación última” del discurso. No hay que justificarlos. Esto sería imposible si existiera otra autoridad, otra facultad distinta de nuestra razón. No existe tal activo adicional.

A lo sumo, según Nino (1989), sería concebible una sociedad en la que los juicios dependieran de una autoridad religiosa y donde los argumentos fueran, en última instancia, divinos. Ese no es el caso. No existe conexión entre los juicios morales y la voluntad divina. Nino (1989) añade lo siguiente: “en el discurso moral están excluidos argumentos, formas de persuasión o técnicas de motivación basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades —humanas o divinas—”. Esto refuerza la inutilidad de buscar una justificación última de la moralidad (Nino, 1989, p. 109).

Nino (1989) renuncia así a una justificación última y al intento de encontrar un argumento trascendental que pueda justificar estas reglas morales. La razón para ello es la siguiente:

Nuestra práctica del discurso moral está históricamente determinada [...] y no es universal en el tiempo ni en el espacio [...]. A la gente que se niega a escuchar razones no se la puede convencer [...]. En lugar de una justificación final, solo es posible una explicación, “why a society develops a moral system and a practice of moral discourse and why individuals tend to participate in that practice” (Alexy, 1997, p. 195; Alexy, 1995, p. 132).

Contrariamente a Nino (1989), según Alexy (1995) las reglas morales se pueden basar en un argumento trascendental, aunque débil por su limitada validez. Pero eso no significa que este argumento no pueda tener un carácter universalista. Debido a su debilidad, tiene una validez limitada, lo que, junto con la tesis de la maximización de la utilidad individual y la premisa empírica de dotar a las personas de un interés en lo correcto, hace que las reglas del discurso sean válidas. Los derechos humanos se basan directamente en la teoría del discurso. Para que esto suceda, se deben cumplir algunas premisas, a saber, el argumento de la autonomía, el consenso y la democracia; argumentos que se complementan y refuerzan entre sí.

LAS PREMISAS DE LA TEORÍA DEL DISCURSO Y DEL DISCURSO MORAL: AUTONOMÍA, CONSENSO Y DEMOCRACIA

La justificación del principio de autonomía

El argumento de la autonomía es que cualquiera que participe seriamente en el discurso moral asume la autonomía de su interlocutor. Una variación del argumento de la autonomía en relación con la seriedad del discurso se puede encontrar en Nino (1989).

No se puede ignorar que la autonomía en Nino (1989) se deriva, en cierta medida, de la interpretación del término “equilibrio reflexivo” de John Rawls (1971). En el primero esta expresión está implícita:

Es necesario armonizar conclusiones acerca de la estructura formal del discurso moral, convicciones valorativas particulares y principios normativos generales. La meta es hallar principios generales plausibles que, por un lado, justifiquen nuestras convicciones sobre la solución justa de casos particulares y, por el otro, satisfagan las exigencias formales del discurso moral (Nino, 1989, p. 200).

En el estado original de Rawls (1971), la aplicación de las reglas formales del discurso moral justifica ciertos principios de justicia en un equilibrio reflexivo:

Considered judgments are simply those rendered under conditions favourable to exercise of the sense of justice, and therefore in circumstances where the common excuses and explanations for making a mistake do not obtain. The person making the judgment is presumed, then, to have the ability, the opportunity, and the desire to reach a correct decision (or at least, not the desire not to). Moreover, the criteria that identify these judgments are not arbitrary. They are, in fact, similar to those that single out considered judgments of any kind. And once we regard the sense of justice as a mental capacity, as involving the exercise of thought, the relevant judgments are those given under conditions favorable for deliberation and judgment in general (pp. 47-48).

Al decidir sobre los distintos juicios, se eligen algunos y se excluyen otros. Esta decisión consiste en una consideración individual racional. Por ejemplo, el juez, el legislador o el ciudadano tienen la capacidad de evaluar diferentes opiniones, pensamientos y proyectos sociales y mantener la decisión de sus creencias originales. Para Rawls, esto caracteriza un juicio basado en un equilibrio reflexivo.

Sin embargo, Nino (1989) afirma que puede haber errores en la aplicación de estas normas y en la evaluación de los factores relevantes. Por lo tanto, sugiere que es necesario lograr un equilibrio reflexivo más amplio que el de Rawls (1971). Entonces, ¿cómo se produce este mayor equilibrio? Para Nino (1989), esto tiene lugar entre las creencias intuitivas privadas y los principios esenciales públicos en general. Tales principios incluyen creencias intuitivas, por un lado, y reglas o aspectos formales del discurso moral, por el otro. Además, el autor sugiere que hay que excluir aquellas intuiciones que no pueden justificarse sobre la base de principios plausibles. También hay que cambiar ciertos principios que no corresponden a intuiciones fijas o que no pueden derivarse de reglas formales del discurso moral. Pero hay que cambiar la reconstrucción de las reglas formales si estas reglas no permiten derivar principios plausibles.

Según Rawls (1971), el intuicionismo significa la posibilidad de sopesar nuestros juicios considerados en función de ciertos criterios. La siguiente cita explica esta interpretación:

Intuitionism holds that in our judgments of social justice we must eventually reach a plurality of first principles in regard to which we can only say that it seems to us more correct to balance them this way rather than that. Now there is nothing intrinsically irrational about this intuitionist doctrine. Indeed, it may be true. We cannot take for granted that there must be a complete derivation of our judgments of social justice from recognizably ethical principles. The intuitionist believes to the contrary that the complexity of the moral facts defies our efforts to give a full account of our judgments and necessitates a plurality of competing principles. He contends that attempts to go beyond these principles either reduce to triviality, as when it is said that social justice is to give every man his due, or else lead to falsehood and oversimplification, as when one settles everything by the principle of utility. The only way therefore to dispute intuitionism is to set forth the recognizably ethical criteria that account for the weights which, in our considered judgments, we think appropriate to give to the plurality of principles (p. 39).

Parece que el amplio equilibrio reflexivo que propone Nino (1989) apunta a la corrección de la aplicación de las reglas del discurso moral y los factores relevantes que presuponen los principios de justicia. Pero esta aplicación depende de un determinado procedimiento basado en una intuición, que a su vez implica el equilibrio de principios. La única objeción al intuicionismo reside en los criterios éticos que justifican el equilibrio de principios. Rawls (1971) abre así la posibilidad de negar el equilibrio reflexivo. Según Nino (1989), esta posibilidad se abre cuando se aborda la aplicación de estos principios. Por eso sugiere un amplio equilibrio reflexivo.

¿Pero es efectivo este equilibrio reflexivo? Responder a esta pregunta justifica la autonomía moral.

Las reglas procedimentales de los juicios morales se basan en la efectividad de nuestra experiencia social actual del discurso moral para reducir el conflicto y lograr la cooperación a través de acciones y actitudes convergentes. Se excluyen argumentos, modos de persuasión o técnicas de motivación que se basan en la obediencia dogmática a ciertas autoridades humanas o divinas. Esto se debe a que el objetivo del discurso moral es lograr la convergencia entre acciones y actitudes, y solo es posible si los individuos aceptan libremente que ciertos principios pueden regir sus acciones y actitudes hacia las acciones de los demás (Nino, 1989). Esto caracteriza la autonomía moral de Kant (2009), porque la acción se basa en el respeto voluntario de la

ley. El agente se convierte en legislador de sí mismo y la moral se concreta entonces en el consenso.

En el sentido de los principios de Nino (1989), el principio moral de autonomía se basa en el hecho de que cada individuo debe ser libre de elegir sus proyectos de vida. El Estado y otros miembros de la sociedad no deben interferir en esta elección. Si hay interferencia, el Estado desempeñará un papel específico. A través de sus instituciones, el Estado apoyará la búsqueda de la realización de proyectos de vida individuales. Por tanto, la voluntad individual está en el centro del principio de autonomía. Este principio también permite a cada individuo tratar como justo su juicio deliberativo sobre una determinada acción y, en consecuencia, elegir libremente sus proyectos de vida.

Según Alexy (1995), discurso y autonomía se complementan. Existe una estrecha relación entre corrección moral o verdad y autonomía. Cualquiera que esté interesado en la corrección moral del discurso se denomina “participante genuino del discurso” que asocia este interés y autonomía (Alexy, 1995, p. 153). En este sentido, la justificación del principio de autonomía es hipotética, porque este principio se aplica solo a determinados individuos que han optado por respetar la autonomía de los demás. Sin embargo, puede ser que un individuo no esté interesado en participar genuinamente en el discurso. ¿Qué se debe hacer entonces? Primero, un participante genuino debe participar seriamente en el discurso en un sentido pleno. En segundo lugar, aquellos que no tienen un interés genuino en participar en el discurso deben al menos actuar en el discurso como si aceptaran este principio si quieren maximizar sus beneficios a largo plazo.

Pero se puede decir que no se elimina el riesgo de tiranía porque el participante puede disimular. Para Alexy (1995), este riesgo se puede evitar porque la ley garantiza la autonomía. Esta autonomía se traduce jurídicamente en la ley general de autonomía, que incluye los derechos humanos y los derechos fundamentales, o en el derecho general a la libertad. Sin embargo, se puede mantener el mismo argumento: la tiranía es un riesgo constante. Esto puede suceder porque puede haber un reconocimiento legal meramente formal de la autonomía.

Alexy explica el razonamiento de Nino (1989):

Según Nino, cualquiera que participe seriamente en el discurso se involucra en la siguiente “norma básica del discurso moral” (basic

norm of moral discourse): “It is desirable that people determine their behaviour only by the free adoption of principles that, after sufficient reflection and deliberation, they judge valid” (Alexy, 1995, p. 148).

Quien acepta esta norma, acepta también que su interlocutor tenga autonomía en el discurso y en el ámbito de acción. Si esta norma básica (principio de autonomía): “fuera necesariamente presupuesta por todos en todo discurso moral, sería discursivamente imposible negar la autonomía moral o jurídica de otros en otro discurso” (Alexy, 1995, p. 148). La norma básica de Nino (1989) corresponde al principio de autonomía de Alexy (1995). Cualquiera que hiciera eso estaría cometiendo una contradicción performativa. Para Alexy (1995, p. 148), esto es lo que Nino llama “inconsistencia pragmática”.

Alexy (1995) no está de acuerdo con la interpretación de Nino (1989). La respuesta de la autonomía moral y jurídica supone la importancia de una participación seria en el discurso. Un discurso moral es serio si se quieren resolver conflictos sociales a través de un consenso controlado y generado discursivamente. Un consenso generado discursivamente es un consenso basado en un discurso. Este consenso es controlado discursivamente si puede ser cuestionado en cualquier momento. En consecuencia, se debe crear discursivamente un nuevo consenso. Cualquiera que quiera resolver conflictos sociales a través de un consenso generado y controlado discursivamente acepta el derecho de su interlocutor a basar su comportamiento en principios que juzgue correctos y válidos después de su consideración. De esta manera, se reconoce el principio de autonomía. Con este reconocimiento queda abolida la separación entre acción y discurso. Esto permite trasladar la libertad y la igualdad en el discurso al ámbito de la acción. “El discurso y la autonomía se convierten en dos caras de una misma cosa” (Alexy, 1995, p. 150).

Autonomía y derechos

¿Cómo conecta Nino los términos “autonomía” y “derechos”? En primer lugar, la consideración moral de los principios de los derechos humanos no implica que no tengan también estatus normativo. En su sistema normativo, los derechos subjetivos y las respectivas autorizaciones y obligaciones tienen una justificación moral adicional basada en valores. Esta es la relación entre moral y derecho, entre principios morales y el sistema

de derechos individuales o subjetivos. Ambos realizan valores. Nino (1989) enfatiza:

El concepto de derecho individual deja de ser una noción puramente deóntica (como lo es, en cambio, cuando se lo define a partir de la ausencia o presencia de ciertas obligaciones) para ser, al menos parcialmente, una noción valorativa: un elemento esencial de la caracterización es, en efecto, que el tratamiento que es contenido del derecho sea un bien, algo valioso, para los miembros de la clase a la que se adscribe el derecho (p. 37).

Estos derechos individuales tienen ciertas características: 1) presuponen la existencia del titular del derecho; 2) restringen determinadas acciones de terceros o sus capacidades implícitas y 3) justifican la obligación respectiva que surge de un acto u omisión de la otra parte en la relación jurídica. El objeto de esta relación se basa en algunos puntos: qué significa un bien para el titular del derecho, qué tipo de bienestar puede ofrecer ese bien a este titular del derecho y cómo puede tener libre acceso a este bien. Si no puedes responder estas preguntas, dice Nino, estás cometiendo un error moral. Estas son también las características de los derechos humanos (Nino, 1989). Los principios de los derechos humanos son principalmente objeto de un discurso moral, realizan valores y se basan en la autonomía moral de la persona. Son objeto del discurso moral porque se derivan de una convergencia de acciones y actitudes individuales y son libremente aceptados por los individuos. Esta convergencia conduce al consenso.

Nino (1989) deriva los principios jurídicos de los derechos humanos de la autonomía moral. Por ejemplo, el principio de inviolabilidad humana rechaza la maximización de la autonomía individual en detrimento de los demás. El principio de dignidad humana consiste en gran medida en una excepción al principio de inviolabilidad: la dignidad humana expresa el consentimiento de personas cuya autonomía es limitada. En otras palabras, la dependencia de la autonomía de la voluntad de los beneficiarios que engloban estos principios últimos implica que los derechos humanos dependen de la voluntad de los titulares del derecho.

Además, estos principios morales y legales de Nino (1989) son en realidad los principios básicos que adopta el liberalismo. Por lo tanto, estos principios básicos también pueden basarse en los aspectos estructurales del discurso moral, es decir, escuchar las razones de otra persona, contraargumentos que

den lugar a la idea de una evaluación imparcial, el intento de conciliar nuestras acciones con nuestro comportamiento sobre la base de la aceptación voluntaria de los mismos principios de comportamiento de los demás.

Como ya se mencionó, tres factores dan forma al discurso: la autonomía, el consenso y la democracia. El sistema jurídico también puede basarse en esto. En otras palabras, el argumento de la autonomía en el discurso se basa en el principio de autonomía. El principio de autonomía se justifica en primer lugar moralmente. Pero el principio de autonomía es parte del sistema jurídico porque la convivencia requiere que la ley regule el ejercicio del principio moral de autonomía. De esta manera, el principio moral de autonomía toma forma de ley en los derechos humanos y fundamentales. Para Alexy (1995), el principio jurídico de autonomía corresponde al concepto de “derecho general a la autonomía” o “derecho general a la libertad”. En sus palabras:

Si son necesarios tanto la forma de la ley como la salvaguardia de la autonomía del individuo, entonces el principio de autonomía corresponde directamente a un derecho general a la autonomía, que representa el derecho humano y fundamental más general. Este derecho también puede denominarse “libertades civiles generales” (p. 153).

Alexy (1995) formula el derecho a la autonomía o libertad de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a juzgar libremente lo que es necesario y lo que es bueno y actuar en consecuencia” (p. 153). Este derecho *prima facie* tiene el carácter de principios. Todavía se puede limitar para promover la autonomía de los demás y los bienes colectivos. Todo ello se lleva a cabo en el marco de los derechos humanos y fundamentales. El derecho a la autonomía justifica tales derechos porque conduce a un catálogo concreto y específico de derechos humanos y fundamentales. Por un lado, un determinado derecho concreto es un caso especial del derecho a la autonomía. Así es como se puede justificar todo el catálogo de libertades civiles concretas. Por otro lado, ciertos derechos son necesarios para que uno pueda actuar de forma autónoma. De esta manera, se pueden establecer los derechos a la protección del Estado, los derechos sociales básicos y el derecho a un nivel mínimo de subsistencia. Estos dos conjuntos de derechos permiten la protección de los derechos privados y el uso público de la autonomía. Este último grupo incluye la libertad de expresión, de reunión y de prensa, así como el derecho a elecciones universales, libres, iguales y secretas.

El significado del término “consenso”

Como se mencionó, el consenso Nino (1989) se basa en la posibilidad de reducir los conflictos y la convergencia entre acciones y actitudes individuales. Pero esto solo es posible si los individuos aceptan libremente que ciertos principios gobiernen sus acciones y actitudes hacia las acciones de los demás. Estos principios de conducta deben cumplir unas condiciones mínimas, deben ser públicos, generales, supervenientes y universales. Un principio es público si todos los individuos pueden conocerlo. Es general cuando resuelve normativamente casos concretos y generales que se basan en propiedades, relaciones y hechos generales. Un principio es superveniente si se basa en circunstancias fácticas. Esto se debe a que las propiedades y relaciones generales son esencialmente fácticas. Un principio es universal cuando todos los individuos, independientemente del tiempo y el espacio, pueden aceptarlo y aplicarlo sin importar sus circunstancias personales. Si un individuo puede justificar un principio de esta manera, todos los demás también pueden hacerlo. Entonces, se puede decir que la superveniencia se refiere a la estructura (como la generalidad) de un principio y la universalidad a su aceptación y aplicación.

Según Nino (1989), los participantes en el discurso aceptan voluntariamente los mismos principios de comportamiento para poder superar los conflictos y llegar a consensos. Explica que la discusión moral tiene como objetivo resolver los conflictos y establecer la cooperación a través del consenso —en cierto sentido, esto es una aplicación del equilibrio reflexivo de Rawls (1971)—. Este consenso, a su vez, presupone la libre aceptación de principios públicos, generales, supervenientes y universales que justifican acciones y actitudes individuales. De modo que todo aquel que participa en una discusión moral asume la responsabilidad de aceptar libremente los principios morales liberales como fines en sí mismos o como medios para otros fines. Por lo tanto, estos principios no deben ser invocados cuando los imparta una autoridad que utilice amenazas o cualquier forma de coerción psicológica. En otras palabras, estos principios liberales justifican la autoridad. Nino (1989) lo basa en la democracia y el discurso.

Según Alexy (1995), el argumento del consenso complementa el argumento de la autonomía. Se trata de una adición necesaria basada tanto en la imparcialidad como en la igualdad. Por eso autonomía y universalidad se combinan en forma de igualdad e imparcialidad.

La igualdad es un resultado necesario del discurso. Pero eso no implica que se aplique en condiciones ideales. La razón de esto es:

Los derechos humanos desiguales no pueden justificarse en un discurso ideal porque en él los argumentos a favor de una distribución desigual de los derechos humanos no se sostienen debido a la libertad, la igualdad y la racionalidad de la argumentación que allí prevalece (Alexy, 1995, p. 157).

Sin embargo, se pueden plantear algunas objeciones a la justificación teórica del discurso de la igualdad de derechos humanos. Por ejemplo, es controvertido si alguien que está interesado en la corrección y respeta las reglas del discurso no está de acuerdo con las condiciones ideales de igualdad en derechos humanos. Cuando existan conflictos de intereses, los argumentos de los oponentes se mantendrán siempre que todos los involucrados en el discurso puedan verificarlos. Esto significa que a un racista que niega la igualdad de los derechos humanos por motivos religiosos, metafísicos o mágicos, generalmente no se le permite participar en el discurso ideal. En este caso, es evidente que hay consenso (Alexy, 1995).

Alexy (1995) combina los argumentos del consenso y la autonomía. Según el argumento de la autonomía, un participante en el discurso asume la autonomía de los interlocutores del discurso como un valor positivo. Incluso, si no participa seriamente en el discurso, al menos debe desempeñar este papel, es decir, debe pretender aceptar la autonomía como un valor positivo si quiere maximizar su utilidad en el largo plazo.

Esta relación entre los dos argumentos conduce a este importante resultado: la autonomía y los derechos asociados a ella ya no necesitan justificarse en el marco del argumento del consenso. Ya han sido justificados por el argumento de la autonomía de la estructura del discurso, y no solo del discurso ideal (Alexy, 1995, p. 161).

En relación con los derechos humanos, los derechos a la libertad pueden basarse en el argumento de la autonomía. La autonomía y la igualdad también están estrechamente relacionadas. Tomemos como ejemplo la autonomía política y los derechos de voto de tres clases. La decisión política de los miembros de las clases bajas está dominada por los miembros de las clases altas, considerando la situación de una parte de la población que

quedó en desventaja en la elección. El ejemplo muestra que, si se evalúa positivamente la autonomía política, también se debe evaluar negativamente la distribución desigual de los derechos políticos. Esto también se aplica a la autonomía privada y los derechos correspondientes. La conexión entre los argumentos del consenso y la autonomía tiene como resultado esencial la distribución equitativa de los derechos humanos (Alexy, 1995).

La autonomía también se refiere a intereses humanos fundamentales. Esto se debe a que el argumento basado en el consenso está vinculado al supuesto de que ciertos intereses de los participantes en un discurso ideal son aceptados o legitimados bajo condiciones ideales de imparcialidad argumentativa. Esta suposición puede justificarse sobre la base de una teoría del discurso particular que puede atribuirse a la percepción de la persona. Desde este punto de vista, el interés por la autonomía juega el papel principal. Esta situación no solo complementa el argumento de la autonomía, sino que también lo fortalece. Todo el mundo estaría de acuerdo con el principio de autonomía en el discurso ideal. Por tanto, se ofrecería una segunda justificación a este principio, que justificaría también los derechos generales y especiales de autonomía (Alexy, 1995).

Basándose en esto, el autor llega a esta conclusión:

El resultado provisional es que el argumento del consenso conduce a la igualdad de derechos humanos y, por tanto, al principio liberal de universalidad. Para quienes están interesados en la corrección moral, esto establece una validez subjetiva o motivacional de este principio, y para quienes no tienen tal interés, una validez objetiva o institucional de este principio (Alexy, 1995, p. 163).

Al respecto, se pueden hacer las siguientes críticas. Principalmente, es difícil especificar cuál es la diferencia entre generalidad y superveniencia cuando los dos términos se refieren a la estructura, es decir, a las circunstancias fácticas de un principio.

Por lo tanto, Alexy (1997) complementa esta condición del consenso de Nino (1989) de la siguiente manera:

Al igual que la generalidad, la superveniencia se refiere a la forma en que se formulan los principios. Según Hare, expresiones normativas como “bueno” y “debería” son supervenientes porque su uso depende

de predicados empíricos. Si la acción h1 es necesaria pero la acción h2 está prohibida, entonces debe haber una diferencia fáctica entre h1 y h2 que justifique la diferente clasificación normativa. No se puede decir: “h1 concuerda exactamente con h2 en todos los aspectos excepto en el aspecto en que h1 está ordenado y h2 está prohibido”. La superveniencia vincula el discurso moral con razones empíricas. Nino se refiere a un aspecto esencial de esta idea cuando exige que los principios morales deben estar vinculados a propiedades empíricas o fácticas que puedan ser determinadas por todos. Se excluyen así normas opacas como “lo que es malo está prohibido” (Alexy, 1997, pp. 190-191).

El argumento democrático

Además de analizar la estructura del discurso moral, la justificación de los principios liberales y los derechos que de ellos se derivan, Nino (1989) también se ocupa de la justificación de las instituciones, especialmente la autoridad y el castigo.

Así, “la justificación que hace Nino de la autoridad de la ley en la democracia y, por tanto, de la forma democrática de gobierno, tiene un carácter genuinamente teórico del discurso” (Alexy, 1997, p. 213).

Si bien la democracia tiene este carácter discursivo, hay que explicar que el punto de partida de la teoría de la democracia de Nino reside en la diferencia entre discursos ideales y reales (Barbosa-Fohrmann, 2012). Pero ¿cómo puede conectar la verdad del discurso con un discurso real cuando se sabe que los procedimientos democráticos reales no pueden garantizar la verdad del discurso? La respuesta tiene que venir de su teoría del constructivismo epistemológico. Según esta teoría, es posible construir tres tesis, que a su vez provienen de la teoría del discurso: 1) “la discusión promueve el acceso a la verdad moral”, 2) “la necesidad del carácter comunicativo del discurso” o “tesis de la comunicación” y 3) “la tesis del falibilismo” (Alexy, 1997, p. 214). La primera tesis se basa en el hecho de que un discurso real apunta a un consenso en el que las reglas del discurso se utilizan en la medida de lo posible para que este discurso real se acerque a un consenso ideal. Se puede entonces confirmar que contiene una fuerte presunción de corrección. La segunda tesis afirma que los participantes en el discurso comunican sus intereses y los discuten con los demás. La tercera tesis dice que solo es posible una suposición de corrección. Esto implica que un consenso real es

falible porque solo existe una aproximación al discurso ideal (Alexy, 1997). El autor resume las conclusiones sobre la relación entre discurso y democracia en Nino (1989):

La relación entre verdad, discurso y democracia puede describirse como una relación de doble aproximación: solo en el discurso podemos acercarnos lo más posible a la verdad moral, solo en la democracia podemos acercarnos al discurso (Alexy, 1997, p. 215).

Sin embargo, el verdadero discurso apunta a la resolución de conflictos sociales y no al consenso. En este sentido, el consenso en democracia es reemplazado por el gobierno de la mayoría. Cabe señalar que el consenso también puede ser sustituido por el gobierno de la mayoría cuando no hay convergencia entre el discurso real y el ideal, como sugiere Nino (1989). Por tanto, sería mejor decir que la posibilidad de consenso no ha sido reemplazada por el gobierno de la mayoría, sino que se ve complementada por él. Entonces, en realidad no elimina la posibilidad de consenso. Por otro lado, si el discurso real apunta a resolver conflictos sociales, ¿no está implícitamente dirigido al consenso? Como la solución de los conflictos sociales está implícita en el término “consenso”, se puede decir que la solución de los conflictos sociales es una condición del consenso. Esta es una abstracción. Se puede decir que la abstracción está en el ámbito de lo posible. En este sentido, todo conflicto en una sociedad pluralista es, en principio, solucionable. La siguiente cita de Rawls (1996) es significativa sobre el término “abstracción”:

There is a distinction between general and comprehensive views that are abstract. When justice as fairness begins from the fundamental idea of society as a fair system of cooperation and proceeds to elaborate that idea, the resulting conception of political justice may be said to be abstract. It is abstract in the same way that the conception of a perfectly competitive market, or of general economic equilibrium, is abstract: that is, it singles out certain aspects of society as especially significant from the standpoint of political justice and leaves others aside. But whether the conception that results itself is general and comprehensive, as I have used those terms, is a separate question. I believe the conflicts implicit in fact of reasonable pluralism force political philosophy to present conceptions of justice that are abstract,

if it is to achieve its aims; but the same conflicts prevent those conceptions from being general and comprehensive (pp. 154-155).

Es imposible predecir si todos los conflictos sociales se resolverán realmente, pero al menos es posible. De modo que el gobierno de la mayoría en la democracia no reemplaza al consenso. A lo sumo se puede decir que el gobierno de la mayoría es un criterio para medir el consenso en una sociedad pluralista. La condición (la solución de los conflictos sociales) y el criterio (la regla de la mayoría) conducen a una meta (el consenso). Esta es una solución procedimental a los conflictos sociales y al problema filosófico de fundamentar el discurso real en el discurso ideal.

Alexy (1997) también comenta que la democracia como gobierno de la mayoría puede ser en sí misma discursiva. Para justificar esto, hay una razón estructural y otra de fondo:

El argumento estructural dice que la competencia por la mayoría en una democracia crea un fuerte incentivo para que todos convenzan a tantos conciudadanos como sea posible de la exactitud de sus propios puntos de vista mediante argumentos [...]. En este sentido, la democracia es esencialmente discursiva. El argumento del contenido dice que la lucha por el consenso y la necesidad de compromisos conducen al hecho de que “in general democratic decisions are probably more impartial and consequently more correct than the decision which an individual or a minority would have taken outside the democratic process” (p. 215).

Este discurso real también se basa en algunos elementos del discurso ideal, a saber: corrección de los argumentos, imparcialidad y consenso. Es particularmente importante para el consenso que el discurso real realmente conduzca al consenso (meta). Nino (1989) también sigue un procedimiento. El discurso real se complementa con el discurso ideal. No existe una separación real entre los dos. Se están acercando.

Como ya se analizó, Nino (1989) utiliza, por así decirlo, el equilibrio reflexivo de Rawls (1971); pero su punto de vista al respecto es restrictivo. Para él, los conflictos sociales solo pueden resolverse en democracia. Eso no significa que se pueda llegar a un consenso al respecto.

La conexión entre democracia y derechos fundamentales según Nino

Nino (1989) todavía conecta la democracia y los derechos fundamentales. Su sistema de derechos fundamentales se basa en principios jurídicos, que en última instancia también son morales. Estos principios se incorporan a una constitución porque la fuente principal de legitimidad de la constitución y sus principios es el discurso ético y moral. Además, esta legitimidad se basa en la autonomía o libertad de los individuos para aceptar los derechos y obligaciones sociales mediante el consenso. Está claro que estos derechos y obligaciones se derivan de principios morales generales. En este sentido, Nino (1989) sigue la teoría de Rawls (1971), porque en primer lugar hay un procedimiento implícito en la tesis de Nino (1989). Este procedimiento se basa en los conceptos de “abstracción” y “universalidad”, que tienen contenido moral.

Además, los individuos no aceptan coerción injustificada por parte de la autoridad al formular el contrato social y más tarde la constitución. La racionalidad y autonomía de los individuos determinan la distribución futura de derechos y obligaciones de este contrato social y, en consecuencia, la obligación de obedecer sus normas y principios morales. Así pues, este tratado cataloga los principios morales, a saber, democracia, autonomía, inviolabilidad y dignidad humana, que son esenciales para una sociedad democrática.

Para reforzar la calidad discursiva de la democracia, Nino (1989) la conecta con los derechos fundamentales. Por un lado, los derechos fundamentales se basan en el discurso moral. Por otra parte, se determinan sus respectivos alcances y se resuelven los conflictos entre ellos en el marco del procedimiento democrático. La protección de los requisitos del proceso democrático que atañe al Tribunal Constitucional garantiza estos derechos. Esto puede suceder a menos que “la mayoría haga que los ideales personales sean legalmente vinculantes” (Alexy, 1997, p. 216).

Alexy (1997) plantea tres objeciones al sistema de Nino (1989). En primer lugar, el modelo de Nino (1989) no incluye los derechos sociales básicos mínimos (alimentación, indumentaria, vivienda para la existencia y autonomía del individuo). Alexy tiene razón en este punto de su crítica. Esto se debe a que Nino (1993) argumenta sobre la posibilidad de garantizar derechos sociales básicos desde la perspectiva del liberalismo conservador. En sus palabras:

There is still room for an authentic conservative liberalism in the consensus which provides the basis for a constitutional practice inspired by liberalism – the orientation of which towards either a more conservative or progressive position should be brought about by the democratic process. This genuine conservative liberalism is based not on the spurious distinctions, which we dismissed, but on the need to preserve a personal autonomy against excessive positive duties which are correlative to social rights. According to that position, these duties, when surpassing a certain threshold, may threaten the exclusion of the very possibility of undertaking a life plan of our own, with an excessive concentration of power in state organs and with the sequel of abuse and corruption, leading in the end to the restriction of the personal autonomy of the least favoured people. With this I imply that though the total and absolute denial of social rights lies outside the limits of constitutional liberalism, the precise scope of those rights, vis-à-vis those of property and commerce, is to be established through the democratic process of discussion and decision-making (Nino, 1993, p. 299).

En segundo lugar, al Tribunal Constitucional no le preocupa resolver conflictos de derechos fundamentales. Como ya se mencionó, el proceso democrático determina el alcance de los derechos fundamentales. Esto también significa que Nino (1993) enfatiza en todas partes la tarea del legislativo. El Tribunal Constitucional no desempeña ningún papel significativo en este contexto. Parece que no tiene control sobre la resolución de conflictos de derechos fundamentales. Alexy (1997) hace la siguiente crítica a esto:

Una mirada a la práctica de los tribunales constitucionales muestra que el seguimiento de la resolución de conflictos de derechos fundamentales es parte de su pan de cada día. La razón de esto es que una solución desproporcionada a un conflicto de derechos fundamentales significa la violación de un derecho fundamental (pp. 216-217).

En tercer lugar, no está claro por qué el Tribunal Constitucional no está obligado a defender los derechos fundamentales. No hay razón para ello si se sabe que el legislador no puede proteger plenamente los derechos fundamentales (Alexy, 1997).

LA JUSTIFICACIÓN DE NINO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Nino (1989) considera la dignidad humana primero como un principio moral y luego como un principio legal. La teoría sobre la dignidad y sobre los derechos fundamentales de Alexy (1994) no se analiza porque él considera la dignidad humana en un sistema jurídico particular, que es el alemán, y la pondera en este sistema. La discusión de su posición debe tener lugar en el marco de este sistema (Costa Barbosa, 2006; 2008).

Nino (1989) basa el principio de la dignidad humana en la teoría universalista de Rawls (1971). Entre otras cosas, su discusión incluye el derecho a elegir libremente un plan de vida y puntos de vista sobre el pluralismo, la diferencia y el consenso. Según Alexy (1997):

El propio Nino asigna su teoría a una “family of approaches” que, históricamente hablando, se remontan a Kant, mantienen metodológicamente un constructivismo metaético puesto en discusión principalmente por Rawls y representan principios sustancialmente liberales, según los cuales lo “liberal” aquí significa que el sentido anglosajón debe entenderse como “liberal, social y democrático” (p. 187).

Nino (1989) señala que la expresión de la voluntad del individuo depende de su situación social y de sus tendencias psicológicas. En consecuencia, las personas deben ser tratadas de acuerdo con estas expresiones de voluntad porque esto les permite perseguir diferentes planes de vida.

Por eso, el principio de dignidad humana dicta que todas las personas deben ser tratadas de acuerdo con sus decisiones, intenciones y expresiones de consentimiento. Si se utiliza este principio, y si no está justificado utilizar otros principios que describen diversas características de los individuos (el color de su piel, el nivel de su inteligencia), esta directriz, que establece la dignidad humana, implica un elemento fundamental de una percepción liberal de la sociedad. Si no se puede justificar el uso de principios que abarcan otras características individuales, las instituciones o políticas que se basan en ellos se vuelven ilegítimas porque aceptan la discriminación entre las personas. Tales instituciones pueden discriminar a las personas a través de algunos factores (los efectos de la distribución de los recursos o la concesión de sentencias) que no están vinculados a la voluntad de cada individuo (Alexy, 1997).

Sin embargo, hay otros aspectos individuales que una visión liberal de la sociedad tiene en cuenta. Se puede ampliar el significado del principio de dignidad humana para incluir las creencias y opiniones de las personas. Esta consideración es explicativa porque analíticamente se separa la decisión o el consentimiento del individuo de la idea de que una creencia u opinión se toma en serio. Alexy (1997) comenta sobre esto: “el principio de dignidad de la persona exige que se tome en serio la voluntad de las personas. Permite que las decisiones, intenciones y declaraciones de intenciones sean reconocidas como requisitos previos para las obligaciones y responsabilidades” (p. 197).

Según Nino (1989), las creencias y opiniones de las personas se toman en serio cuando las demás creencias del mismo individuo y las de otras personas coinciden. Esto significa que una creencia puede utilizarse, modificarse o abandonarse. Pero estas acciones no se concretan en los cambios en la realidad. Por ejemplo, no es un requisito que esta realidad, mediante la manipulación del cerebro humano, se ajuste a tales creencias. Más bien, se presentan argumentos a favor o en contra de esta creencia.

Esto lleva a Nino (1989) a la pregunta:

¿Qué significa tomar en serio las decisiones o el consentimiento de un individuo? Ante todo debe aclararse que una decisión o una manifestación de consentimiento no es lo mismo que los deseos y preferencias de un individuo, aunque unos y otros están interrelacionados (p. 289).

Una pista para una explicación y justificación de esta decisión es que existe una brecha entre los deseos del individuo y su decisión basada en esos deseos. Quizás sea incluso esta diferencia la que hace que el individuo parezca responsable e independiente de sus propios deseos. Este establece el equilibrio entre sus deseos cuando ese individuo decide actuar y, por la conexión lógica entre decisión y acción, también decide actuar intencionalmente. Esto implica respetar los deseos de los demás y no limitarse a cumplir los propios deseos. En este marco, Nino (1989) corrige la implementación de los planes de vida que las personas eligen y desean de forma independiente. Esto implica respetar los deseos de los demás y no limitarse a cumplir los propios deseos. En este marco, Nino corrige la implementación de los planes de vida que las personas eligen y desean de forma independiente.

Respecto a Rawls (1971), es posible imponer tal restricción. En su teoría no prefiere la cuestión de una acción intencional según la elección de un proyecto de vida. Esto se debe a que trata directamente con el principio de la dignidad humana y a que este principio se sitúa dentro del círculo de los valores de libertad e igualdad que justifican la distribución de la justicia. No podría ser de otra manera, porque la intención de Rawls (1971) probablemente antecede al problema de justificar el principio de dignidad humana. Quiere explicar este sistema básico de principios originales. Estos principios establecen otros, aunque es claro que emanan de esta red primaria de principios. Este es el caso de la dignidad humana.

En el caso de Nino (1989), el respeto por los deseos individuales existe fundamentalmente por las consecuencias que las personas soportan de sus decisiones. Lo que significa que experimenta estas consecuencias a lo largo de su vida. Pero aún puede cambiar su realidad (es diferente en el caso de los credos), porque este cambio es una forma por medio de la cual se puede lograr coherencia entre las decisiones de diferentes individuos.

Pero ¿en qué sentido están conectados el consenso entre las personas y la realidad cambiante? Con respecto al principio de dignidad humana, esta relación es la siguiente: se debe considerar la decisión como parte del proyecto de vida individual, siempre y cuando no viole otros principios. Nino (1989) confirma así que los demás principios hacen coherentes los diferentes deseos individuales. En la teoría de Nino esto depende de otros principios, a saber: inviolabilidad y autonomía de la persona.

Sin embargo, la relación entre el principio de autonomía y el principio de dignidad humana no resulta obvia a primera vista. Alexy (1997) apoya esta interpretación de la siguiente manera:

La norma básica del discurso moral, que forma la base de tales argumentos, a diferencia del principio de la dignidad de la persona, no se basa en expresiones de voluntad (voliciones) o decisiones (decisiones), sino en la libre aceptación de principios que se consideran válidos después de suficiente reflexión y consideración. Aquí se trata de juicios, allí se trata de decisiones. Hay una diferencia categórica entre los dos. Sin embargo, esta brecha probablemente pueda salvarse. Tiene sentido utilizar el principio de autonomía personal como puente. Si esto sucede, el respeto a las expresiones de voluntad y decisiones del individuo se convierte en un aspecto parcial del respeto a la autonomía personal. Sin embargo, cabe preguntarse si el principio de

dignidad de Nino aún puede mantener su carácter independiente en el sistema de los cuatro principios o si se convierte en un subprincipio del principio de autonomía (pp. 212-214).

Se interpreta que la diferencia entre los dos términos “autonomía” y “dignidad humana” es que, por un lado, la autonomía pertenece al ámbito de los deseos individuales; por otra parte, la dignidad humana debe clasificarse en el ámbito de la decisión individual. También se puede decir que esta decisión es el resultado concreto de tales deseos.

El principio de autonomía sienta las bases del principio de dignidad humana, porque los deseos individuales se vuelven moralmente significativos cuando se concretan en un proyecto de vida. Satisfacer estos deseos individuales es un foco del principio de autonomía. Sin embargo, también puede darse el caso de que el principio de dignidad humana proporcione la base para el principio de autonomía. Esto puede suceder porque el valor de elegir planes de vida implica al menos una determinada decisión individual. Estas decisiones deben ser tomadas seriamente por los individuos porque serán responsables de ellas. Además, el principio de dignidad humana tiene prioridad sobre el de autonomía cuando la dignidad humana justifica las restricciones voluntarias o permisibles a esa autonomía (Nino, 1989).

Hay algunos puntos de convergencia entre el principio de dignidad humana y los principios de inviolabilidad y autonomía. Por ejemplo, no constituye una violación del principio de inviolabilidad si el individuo que se somete a él desea un determinado menoscabo y los sacrificios asociados a él, porque lo ha consentido. Esto implica que la voluntad del individuo deteriorado es un medio para beneficiar a otros (Nino, 1989).

Pero ¿por qué alguien soportaría una discapacidad o haría un sacrificio voluntariamente? La respuesta proviene del principio de autonomía humana. Los individuos discuten entre sí en la búsqueda de la concreción de sus proyectos de vida. Pero también coinciden en que sus consentimientos conducen a la compatibilidad de estos diferentes planes de vida. Esto significa que los individuos comienzan a llegar a acuerdos entre sí para lograr un consenso. Comienzan a actuar de conformidad con las prohibiciones, obligaciones, responsabilidades y autorizaciones que se hayan concretado en el ordenamiento jurídico. Así, el principio de inviolabilidad justifica las propias decisiones, las funciones de los derechos (prohibiciones, obligaciones, responsabilidades y permisos), y el principio de autonomía especifica el

contenido del consenso entre las personas y las funciones de los derechos. El principio de dignidad humana está sujeto en última instancia a la dinámica de los derechos (efectividad) (Nino, 1989).

El sistema jurídico no estimula una determinada voluntad individual, por ejemplo, la de utilizar a otros como meros medios para llevar a cabo el propio proyecto de vida. A la vista de las consecuencias normativas, esta voluntad no puede ser más específica. El derecho reconoce consecuencias normativas para algunas acciones que se derivan de la voluntad individual, en la medida en que es previsible que las personas quieran cooperar entre sí para realizar sus propios proyectos de vida mediante restricciones recíprocas. La ampliación del ámbito de actuación presupone que la ejecución voluntaria establezca tanto la autorización de una parte como la obligación jurídica de la otra. La atribución de estas consecuencias normativas a diferentes acciones de los individuos cambia su deseo en función de sus características y consecuencias físicas, porque esta es una forma de lograr la armonía entre las decisiones individuales. Pero para producir consentimiento y justificar ciertas distribuciones de recursos, el sistema jurídico debe asegurar de antemano las consecuencias normativas de ciertos actos generales. Como consecuencia de la ejecución de determinados actos, esta asignación de responsabilidades, obligaciones y derechos debe cumplir una condición: debe justificarse independientemente del consentimiento de los individuos, porque el recurso al consentimiento solo es válido y necesario cuando se otorgan tales obligaciones y derechos concedidos a determinadas personas (Nino, 1989).

Por ejemplo, para justificar moralmente la punibilidad de las consecuencias jurídicas normativas de actos generales, es importante que el sistema de prohibición sea justo. Este sistema debe evitar también que los individuos sean utilizados por sus semejantes como un mero medio en la búsqueda de la realización de sus proyectos de vida. La validez de un contrato depende no solo de la materialización del consentimiento de las partes, sino también de un estatus jurídico normativo. Este estatus jurídico garantiza que la autonomía de un individuo no esté subordinada a la del otro en ausencia de consentimiento. Un contrato es, por tanto, moralmente inválido si tiene como base un sistema de prohibiciones que permite materializar un plan de vida individual para necesariamente subordinarse a otro (Nino, 1989).

Finalmente, Nino (1989) nos recuerda que los principios fundamentales del liberalismo se basan en los aspectos estructurales del discurso moral, porque los individuos actúan moralmente cuando escuchan las razones de

los demás. Cuando no están de acuerdo con los argumentos de los demás, intentan armonizar con ellos sus argumentos. El consenso supone una adopción voluntaria de los mismos principios de comportamiento, lo que conduce a la compatibilidad entre las acciones y actitudes de los involucrados. Esto significa que todos pueden lograr una vida digna.

CONCLUSIÓN

Con base en lo analizado a lo largo de este artículo, podemos concluir argumentando que tanto Nino como Alexy basan sus discursos sobre la justificación de los derechos humanos en la moral kantiana; y, en el caso de Nino, también en Rawls. En otras palabras, ambas teorías adoptan sobre ellas una perspectiva universalista, abstracta e hipotética. Sin embargo, como se puede observar, el discurso moral de Nino también se basa en la experiencia social, lo que le confiere un sesgo particularista, real e histórico, mientras que el de Alexy adopta un punto de vista ideal.

El principio moral de autonomía en Nino, que se vuelve legal en el Estado de derecho democrático y constitucional, subyace a todos los demás principios morales, aunque podemos interpretar el principio de dignidad como fundamento del principio de autonomía. Esta relación no está del todo clara en Nino.

Alexy critica la amplitud de la teoría de Nino en varios puntos, así como la visión de Nino sobre los derechos humanos (que están anclados en principios morales y legales), ya que Alexy entiende que Nino adopta una perspectiva liberal conservadora al no abordar los derechos mínimos básicos. Además, en la teoría de Nino, según Alexy, el Tribunal Constitucional no es responsable de resolver los conflictos de derechos fundamentales y, por tanto, no los defiende. El papel más importante lo atribuye Nino al Poder Legislativo.

No era el objetivo de este texto examinar cómo Alexy analiza la dignidad humana. Esto se debe a que Alexy considera la dignidad humana desde un determinado ordenamiento jurídico, que es el alemán, y la considera dentro del ámbito de dicho sistema. Por tanto, el debate sobre su posición debe tener lugar dentro de este sistema. La dignidad humana se refleja así en el marco de una experiencia constitucional real e histórica, alemana y no precisamente ideal, anclada en el discurso moral, aunque podemos reflexionar —y esto queda para un futuro artículo— cómo se establece la relación entre

la autonomía, uno de los pilares de su teoría del discurso, y de la dignidad humana, que orienta, como principio-norma, la Ley Fundamental de 1949.

Por todo eso, Nino adopta, al igual que Alexy (a través del análisis y crítica de este a aquello), una perspectiva ideal, pero al mismo tiempo real, de la justificación de los derechos humanos.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1994). *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp.
- Alexy, R. (1995). *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Suhrkamp.
- Alexy, R. (1997). Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte. En B. Ziemke, T. Langheid, H. Wilms y G. Haverkate (Dirs.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag* (pp. 187-217). C. H. Beck.
- Barbosa-Fohrmann, A. P. (2012). Die Theorie der Menschenrechtsprinzipien von Carlos Santiago Nino. *Verfassung und Recht in Übersee*, 3, 295-304.
- Bunchaft, M. E. (2012). Direitos fundamentais e democracia constitucional. Um diálogo entre Habermas e Nino. *Direitos Fundamentais e Justiça*, 17, 244-270.
- Caballero Lois, C. y Lima Marques, G. (2013). A desconstrução semântica da supremacia judicial e a necessária afirmação do judicial review. Uma análise a partir da democracia deliberativa de Habermas e Nino. *Seqüência (Florianópolis)*, 66, 113-136.
- Costa Barbosa, A. P. (2002a). A fundamentação do princípio da dignidade humana. En R. Lobo Torres (Dir.), *Legitimação dos Direitos Humanos* (pp. 51-96). Renovar.
- Costa Barbosa, A. P. (2002b). *Legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. Renovar.
- Costa Barbosa, A. P. (2006). Possibilidade de relativização do princípio da dignidade humana de acordo com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. *Arquivos de Direitos Humanos*, 8, 65-80.
- Costa Barbosa, A. P. (2007). A legitimação moral da dignidade humana e dos princípios de direitos humanos. En R. Lobo Torres (Dir.), *Legitimação dos Direitos Humanos* (pp. 137-168). Renovar.
- Costa Barbosa, A. P. (2008). *Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988. Ein Rechtsvergleich*. Lit.
- Garrido da Silva, A. (2007). Direitos humanos, constituição e discurso de legitimação. Possibilidades e Limites da Teoria do Discurso. En R. Lobo Torres. (Dir.), *Legitimação dos Direitos Humanos* (pp. 11-96). Renovar.

Kant, I. (2009). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Barcelona: Barcarolla.

Kant, I. (2011). *Crítica da razão prática*. WMF Martins Fontes.

Karam, V. y Godoy, M. G. (2010). Constitucionalismo e democracia. Soberania e poder constituinte. *Rev. Direito GV* 6 (1).

Lobo Torres, R. (2003). A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. En I. W. Sarlet (Dir.), *Direitos fundamentais sociais. Estudos de Direito Constitucional, internacional e comparado* (pp. 1-46). Renovar.

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.

Nino, C. S. (1993). On social rights. En A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. Wright y D. Wyduckel (Dirs.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag* (pp. 295-300). Duncker & Humblot.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Belknap, Harvard University.

Rawls, J. (1996). *Political liberalism*. Columbia University.

Reis, J. (2002): Princípios morais e direitos humanos na obra de Carlos Santiago Nino. En R. Lobo Torres (Dir.), *Legitimação dos direitos humanos* (pp. 315-349). Renovar.

Shecaira, F. P. (2015): Legal scholarship and the subject matter of jurisprudence. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 101(3), 411-427.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

USO LEGÍTIMO DE LA FUERZA: UN ESTUDIO RESPECTO
A SU UTILIZACIÓN EN LAS ÁREAS URBANAS DE
COLOMBIA POR LAS FUERZAS PÚBLICAS

LEGITIMATE USE OF FORCE: A STUDY ON ITS UTILIZATION
IN URBAN AREAS OF COLOMBIA BY PUBLIC FORCES

USO LEGÍTIMO DA FORÇA: UM ESTUDO SOBRE SUA
UTILIZAÇÃO NAS ÁREAS URBANAS DA COLÔMBIA,
POR DAS FORÇAS PÚBLICAS

JOSÉ JAVIER NUVAEZ-CASTILLO*
ANDRÉ S FELIPE RONCANCIO-BEDOYA**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a19

* Abogado, Licenciado en Trabajo Social. Magíster Scientarium en Gerencia de Proyectos de Investigación y Desarrollo. Doctor en Ciencias Políticas, Pos doctor en Integración y Desarrollo de América Latina, Decano de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0974-3738>, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=NO2k3wEAAAAJ>,

Correo electrónico; josenuvaez@americana.edu.co, jjnuvaez@gmail.com

** Decano de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana – Investigador y Líder de Grupo de Investigación Law and Science. Abogado, Licenciado en Trabajo Social. Especialista en Derecho Médico. Magíster Scientarium en Gerencia de Proyectos de Investigación y Desarrollo. Doctor en Ciencias Políticas, Posdoctor en Integración y Desarrollo de América Latina, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0974-3738>, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=NO2k3wEAAAAJ>, Correo Electrónico; josenuvaez@americana.edu.co, jjnuvaez@gmail.com

Resumen

El uso legítimo de la fuerza en el territorio colombiano está amparado por los instrumentos jurídico-normativos internacionales y nacionales, por consiguiente, se planteó analizar, a través de un estudio, el alcance del uso legítimo de la fuerza empleada en territorios urbanos de la nación por parte de las fuerzas públicas. Se trabajó con el paradigma de investigación interpretativa aplicando el modelo de investigación documental- analítico, con un procedimiento documental- bibliográfico para el análisis de toda información pertinente, acompañada de la técnica de recopilación de información documental y la hermenéutica crítica. De esta manera, se logró identificar que el Estado colombiano, desde diversos instrumentos internacionales, adapta y logra prever que dentro de su ordenamiento jurídico se establezca la organización, la forma y el reconocimiento de la fuerza pública en la ley, al igual que los procedimientos judiciales. Por otra parte, se evidencia la necesidad de la actualización de este organismo por parte del Estado como una medida esencial para poder contar con mayor probabilidad de aplicación de fuerza legítima al abrigo de los derechos fundamentales con los que todo colombiano cuenta.

Palabras clave: seguridad ciudadana, uso de la fuerza, derechos fundamentales, proporcionalidad.

Abstract

The legitimate use of force in Colombian territory is supported by international and national legal-normative instruments. Therefore, the objective of this study was to analyze the scope of the legitimate use of force employed in urban areas of the nation by the public forces. Likewise, the interpretative research paradigm was employed, applying the documentary-analytical research model with a documentary-bibliographic procedure for the analysis of all relevant information, accompanied by the technique of collecting documentary information and critical hermeneutics applied to said texts. In this sense, it was possible to identify that the Colombian State, through various international instruments, adapts and ensures that its legal system establishes

the organization, form, and recognition of public force in the law, as well as judicial procedures. On the other hand, there is evidence of the need for updating this organism by the State as an essential measure to have a greater probability of applying legitimate force in accordance with the fundamental rights that every Colombian possesses.

Keywords: citizen security, use of force, fundamental rights, proportionality.

Resumo

O uso legítimo da força, no território colombiano, é respaldado por instrumentos jurídico-normativos internacionais e nacionais, portanto, o objetivo deste estudo foi analisar o alcance do uso legítimo da força empregado em áreas urbanas da nação pelas forças públicas. Além disso, trabalhou-se com o paradigma de pesquisa interpretativa, aplicando o modelo de pesquisa documental-analítica, com um procedimento documental-bibliográfico para a análise de todas as informações pertinentes, acompanhado da técnica de coleta de informações documentais e da hermenêutica crítica aplicada a esses textos. Nesse sentido, foi possível identificar que o Estado Colombiano, por meio de diversos instrumentos internacionais, adapta e prevê que em seu ordenamento jurídico seja estabelecida a organização, forma e reconhecimento da força pública na lei, assim como os procedimentos judiciais. Por outro lado, evidencia-se a necessidade de atualização deste organismo pelo Estado como uma medida essencial para poder contar com maior probabilidade de aplicação de força legítima à luz dos direitos fundamentais que todo colombiano possui.

Palavras-chave: segurança cidadã, uso da força, direitos fundamentais, proporcionalidade.

INTRODUCCIÓN

El uso legítimo de la fuerza, en el territorio colombiano, está amparado por los instrumentos jurídico-normativos internacionales y nacionales; por esta razón, desde la celebración del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, congreso realizado del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 en La Habana (Cuba), se comenzaron a generar espacios, lineamientos, políticas y directrices encaminadas al uso de la fuerza por parte de los Estados y sus miembros, y, a la vez, se le dieron límites a ese uso de la fuerza, en un panorama de uso pero no abuso (Naciones Unidas, 2021).

Por esto, no resulta innecesario señalar que al momento de hablar de un balance entre funcionarios + fuerza no controlada = desproporción dicha fuerza se encuentra legitimada, y pierde su esencia al desbordar el peligro o el riesgo a minimizar los resultados de un exceso de la misma, lo que implica la preparación del funcionario o entrenamiento para usar la fuerza, el grado del riesgo, las amenazas, el peligro o la situación de violencia a la que se enfrentan los funcionarios, la poca comprensión y claridad normativa respecto de la obligación del uso de la fuerza y el derecho del no exceso de esa fuerza empleada, que inclusive, en algunos casos, ha trascendido a instancias internacionales.

En tal sentido, los estándares internacionales dejan un derrotero de normas para seguir y que sirven para entender el uso de la fuerza a falta de una norma interna; asimismo, este alto tribunal cita los lineamientos establecidos en la Resolución 14 de 1990 de las Naciones Unidas, la cual establece y da comienzo al desarrollo de los principios, reconoce que existen ocasiones que dan pie al empleo de las armas de fuego y que dichas ocasiones no siempre pueden ser evitadas, proponiendo entonces que los funcionarios que ponen en marcha el acatamiento de la ley adquieran el deber de cumplir con lo siguiente:

1. Identificarse como autoridades y advertir el uso armas de fuego, dejando una brecha de tiempo dada la advertencia, la cual se puede cortar en caso de que la integridad de los funcionarios corra peligro.
2. Preferir medidas carentes de violencia, dejando en segundo plano el uso de armas de fuego y dando la posibilidad de resolver la pro-

blemática por medios distintos a las armas de fuego (el principio de necesidad).

3. Que exista concordancia entre la gravedad del delito, el objetivo buscado y la fuerza utilizada (principio de proporcionalidad).
4. Minimizar los daños y las lesiones, así como actuar con respeto y en aras de proteger la vida humana.
5. Que se presten, lo antes posible, asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas.
6. Comunicar el hecho inmediatamente a sus superiores.

Con base en ello, es válido pensar que el Gobierno colombiano adopta las medidas internacionales para usar legítimamente la fuerza de acuerdo con lo señalado en su constitución política, en la que se reconoce a la Policía nacional como órgano de la fuerza pública y señala además en el artículo 218 que la misma tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, pero se observa que, aun así, se siguen presentando situaciones y condiciones que generan una gran desproporción entre la fuerza utilizada y el resultado de aminorar el peligro o los actos de violencia.

¿Está la ciudadanía colombiana, del sector urbano, enterado del alcance de sus derechos y de sus obligaciones respecto de las vías de hecho y del uso de fuerza sobre ellos por parte de los miembros de la fuerza pública?

El desarrollo de la presente investigación se genera en un momento crucial respecto al uso de la fuerza por parte de los miembros de la fuerza pública. En Colombia, en los últimos años, ha crecido la atención hacia este tema. Un ejemplo de este interés se puede ver en el caso del joven Dilan Cruz, quien falleció en el año 2019 después de percibir en su humanidad el catastrófico impacto de una bala de goma a la altura del cráneo, disparada por un arma autorizada por el Estado y utilizada por un miembro del ES-MAD (Lewin, 2023); por otra parte, el lamentable hecho del fallecimiento de Javier Ordoñez (“La familia de la víctima aceptó el perdón que le ofreció la Policía nacional”, 2021), por un mal procedimiento de los miembros de la Policía; un claro e inequívoco acto de usos desmedido de los medios de fuerza aplicable para la reducción de las amenazas o peligros.

Este estudio aporta nuevos elementos para la comunidad académica y científica y dará a conocer a la sociedad aspectos relacionados con los derechos de los ciudadanos; también permitirá que salgan a relucir las obligaciones del Estado con la finalidad de generar una interacción clara sobre las condiciones normativas de aplicación del uso legítimo de la fuerza.

METODOLOGÍA

Se trabajó haciendo uso de los parámetros impuestos por el paradigma de investigación interpretativo, con un tipo de investigación documental-analítico. Para Arias (2006, p. 114), esta investigación se puede definir como aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos, siendo, a la vez, analítico, porque examina el origen y las causas de la situación estudiada.

En ese sentido, se empleó el diseño bibliográfico, cuyos datos se consiguen de fuentes secundarias, es decir, que han sido previamente procesados por investigadores que realizaron trabajos en el mismo ámbito. Asimismo, se utilizó como técnica la observación documental, que se emplea cuando las unidades que deben ser estudiadas son documentales.

De igual forma, se aplicó la hermenéutica y el análisis de contenido que habilita distintas herramientas que permiten abordar las temáticas de estudio, los hechos históricos del mundo, las situaciones de la cotidianidad, los textos literarios diversos, los autores de distintos medios, los videos y la cinematografía con intenciones de llegar a una comprensión profundizada y completa; además de interpretar los fenómenos presentes en el estudio.

Finalmente, la propuesta metodológica permitió establecer el cuadro epistémico, metodológico, con el propósito de realizar de forma eficiente el análisis de las variables seleccionadas en esta investigación; claro está, todo esto sin dejar de lado las consideraciones éticas de confidencialidad y respeto.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

El objetivo central de la investigación es realizar un estudio del alcance del uso legítimo de la fuerza por parte de los integrantes de la fuerza pública en los territorios urbanos de Colombia. Por lo tanto, se desarrollan los siguientes aspectos:

Uso legítimo de la fuerza en Colombia

El uso de la fuerza en Colombia se encuentra plasmado en la constitución como un apéndice de las estructuras públicas con la misión de mantener la debida normalidad de toda la ciudadanía; esto implica que tal aplicación debe ser proporcional al hecho a reprimir o neutralizar, sin generar vulneraciones a los derechos de los actores que se encuentren envueltos en el asunto; en este sentido, Vásquez-Hincapié y Gil-García (2017) subrayan la esencia constituyente, donde se enmarcó la fuerza pública con énfasis en su deber, definida como un medio para asegurar con vigor los fines del Estado y, en razón de hacer prevalecer el orden constitucional, a su vez que escudan los derechos y las libertades de todos los colombianos en todo el territorio.

Sin embargo, el caso del joven Dilan Cruz, quien falleció, en el año 2019, a manos de la fuerza pública después de que una bala de goma lo impactara a la altura del cráneo, proveniente de un arma autorizada por el Estado y utilizada por un miembro del ESMAD. Es importante recordar que el ESMAD es un equipo especializado para actuar en la neutralización de manifestaciones públicas cuando estas se constituyan en motines, amenazas a la sana convivencia social, o cuando origina disturbios en detrimento de la paz ciudadana.

Es en este punto se abre el debate con la intención de reflexionar hasta dónde es realmente legal el uso de armamentos denominados no letales para persuadir las manifestaciones. Es así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2020) exhorta al Estado de Colombia a investigar y esclarecer los hechos sobre el uso excesivo de la fuerza empleada en las manifestaciones del 2019.

Por consiguiente, en Colombia se deben tener en cuenta diversos instrumentos internacionales y nacionales como medidas que corroboran la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre los cuales figuran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1976), especialmente por medio de lo estipulado en los artículos 2, 6, 7 y 9 donde se exponen las cualidades que tiene el Estado de preservar sus riquezas naturales, bienes y servicios, así como garantizar la seguridad ciudadana en un marco de políticas de paz, y certificar que los ciudadanos pueden gozar del pleno principio de la libertad de expresión y derecho a la vida; es así que debe existir concordancia por parte de las fuerzas públicas

al emplear la disuasión de las manifestaciones públicas y privadas en razón de la proporcionalidad de ataque de los manifestantes.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966) establece, en sus artículos 8.1, 8.2 y 12, los mecanismos para que los ciudadanos se organicen en sindicatos o agrupaciones que les permitan direccionar las protestas en conformidad a sus derechos de libre expresión, pero también en mantener la paz, la tranquilidad mental y la protección de los bienes públicos del resto de ciudadanos no involucrados directamente en las manifestaciones; de ese modo, se visualiza el principio de equidad de la fuerza para ser empleada con el debido ajuste de los dispositivos de prevención pública.

En ese sentido, se vislumbra en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Naciones Unidas, 1987) que ninguna persona puede ser maltratada o torturada por el mero acto de participar en manifestaciones públicas en donde se exprese vulnerabilidad de sus derechos, por lo tanto, se hace pertinente formar a los funcionarios públicos en este sentido, con la intención de evitar la aplicación de uso excesivo de la fuerza contra los manifestantes. Visión complementada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en sus artículos 3 y 5, que establecen el derecho a la vida y la prohibición de la tortura.

Es así como el Estado colombiano, desde diversos instrumentos internacionales, debe asegurar el correcto acatamiento de la ley y los procedimientos judiciales en caso de verse violentada; por consiguiente, a nivel nacional, se tiene como premisa la Constitución Política de 1991 donde se reafirman estos acuerdos, y que catalogan al país como una democracia participativa, expresión en garantía de los derechos fundamentales de la ciudadana como es la debida protesta en el contexto del respeto a las leyes que se han establecido.

En complemento, se aplica la “Resolución 02903 sobre el uso de la fuerza, empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales por la Policía nacional”, con la intención de regular el uso de la fuerza por medio de lo expresado en su artículo 7, donde se exponen los cinco principios para el uso de la fuerza, que son:

1. Principio de proporcionalidad: es el deber del funcionario público, al aplicar la fuerza en contra de manifestantes, actuar con prudencia y procurar no excederse.

2. Principio de legalidad: se da como una garantía de transparencia, puesto que la ley determina cuáles son los casos del uso de la fuerza.
3. Principio de racionalidad: libertad de medir la fuerza que es necesaria emplear.
4. Principio de necesidad: buscar métodos distintos al uso de la fuerza, que de no funcionar darían pie al uso moderado a intenso de la fuerza.

La violación de alguno de los principios precitados supone la posible vulneración de los principios del derecho a la legítima participación de los manifestantes, destacándose la posibilidad de ser impactados negativamente en su existencia y desde donde podría generarse afección a su persona en detrimento de los derechos esenciales para la vida colectiva.



Figura 18.1 Niveles del uso de la fuerza policial

Fuente: Valderrama (2021).

Para una efectiva aplicación de la fuerza, el funcionario debe tener un estado mental idóneo, conocimiento de la legislación y manipulación adecuada de las armas; situación que se logra mediante la formación oportuna y de calidad con la intención de que los funcionarios adopten un pensamiento

de seguridad ciudadana, siendo recurrente la adecuada inversión por parte del Estado para concretar tales fines (González y Betancourt, 2018).

De lo expuesto, es evidente la importancia del reconocimiento de los instrumentos internacionales que marcan la líneas de interpretación normativa y jurídica sobre el reconocimiento del uso de la fuerza legítima, al mismo tiempo que se logra identificar la relación que debe existir entre la norma y la conformación de los órganos del Estado que propendan a garantizar la seguridad y el orden, de acuerdo con los mandatos normativos, y a mantener un equilibrio entre quien desde la norma puede ejercer la fuerza legítima y la sociedad civil.

Normas que determinan quiénes son los actores facultados para usar legítimamente la fuerza

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2020), en el cuadernillo de jurisprudencia N.º 25, orden público y uso de la fuerza, establece los parámetros de proporcionalidad que debe aplicar la fuerza pública a fin de que no lleguen a excederse en sus funciones y sus deberes en la vulneración de los derechos humanos de los manifestantes; por motivo de lo planteado en Colombia, la Constitución de 1991 establece, en la Policía nacional, el organismo para ejercer la aplicación de la fuerza con la intención de neutralizar a los manifestantes sin que esto represente menoscabo a su integridad como personas.

En ese sentido, y de acuerdo con la Constitución Política en su artículo 218, que la Policía Nacional, tiene la facultad como órgano de velar por el orden y mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Asimismo, se reconoce dicha facultad en el artículo 22 del Código Nacional de Policía y Convivencia (CNPC), en el cual se dispone que la utilización de la fuerza legítima corresponde de manera exclusiva a los miembros uniformados de la Policía Nacional

Es así como uno de los principales retos que tiene la policía como órgano direccionado como principal responsable de velar por el adecuado ejercicio de las manifestaciones públicas, es la de repensar su cuerpo de inteligencia con la intención de estar a la vanguardia de ejecutar con mayor pertinencia, los retos sociales derivados de las manifestaciones en Colombia.

Por lo tanto, el Estado colombiano debe avocarse a generar un plan estratégico en el mediano y largo plazo con la intención de gestionar una coacción policial contundente, pero a la vez cumplidora de los derechos fundamentales, ambas acciones garantizan la real paz que la ciudadanía requiere, desde una confrontación con las fuerzas especializadas en el orden público.

Determinación de los principios y su aplicación en la materia

En la clave de interpretación existen dos consideraciones que son de especial importancia al momento de determinar las condiciones de estructuración, políticas y jurídicas, de la racionalización del ejercicio de la fuerza, las cuales derivan de la práctica, tanto del principio de proporcionalidad y del principio de reciprocidad, y establecen condiciones claras de materialización de los mecanismos y las condiciones de equiparación de las variables de determinación y motivación en las formas del uso de la fuerza.

En esta determinación, las obligaciones que se asumen están articuladas para establecer la graduación de la aplicación de la cantidad de fuerza que desde el Estado se debe equiparar; este ejercicio de racionalización determina que estas condiciones logren ir más allá del espectro de discrecionalidad.

Esta caracterización implica que deben implementarse protocolos convencionales que fijen luego estas medidas de apropiación y la forma como se establece la relación entre el derecho y la acción de fuerza, creando un criterio unidireccional que regule y motive la acción legítima de las fuerzas del Estado.

En este sentido, esta interacción se modula a partir de la generación de condiciones que pueden tener una regulación amplia y que reconocen un núcleo más fuerte de garantismo en perspectiva de derechos humanos, en tanto fijan las condiciones de interpretación, que determinan y motivan la condición de actuación; luego, la validación de la misma y, finalmente, dicha condición se apropia de una caracterización más amplia de la revisión de los elementos que jurídicamente y administrativamente se deben tomar.

Por esta razón, al momento de presentar la idea de límites funcionales los mismos logran algunos elementos clave para identificar la variabilidad de operación: una motivación cierta, la fijación de un vínculo de colisión de derecho, que establece luego entonces las medidas de aplicación de estos

derechos y con los mismos la graduación de la respuesta, que si bien no garantiza de forma universal los excesos, regula que los mismos estén dados por la fundamentación constitucional que se presenta en la colisión. En este sentido, es claro que se dimensiona que este margen de análisis supone determinar cómo se establece el criterio de análisis que reconoce: 1) la toma de decisiones bajo un margen racional y la dimensión del escenario en concreto, 2) una disrupción que parte del reconocimiento del punto de interacción entre el derecho referido y la colisión propuesta y 3) determinar la acción como constitucionalmente válida o inválida a partir de las condiciones que se toman en el acto considerado, lo que de plano deja ver que es necesario establecer que en todo caso las actuaciones de la autoridad se constituyen tanto de forma legítima como legal (figura 18.2).

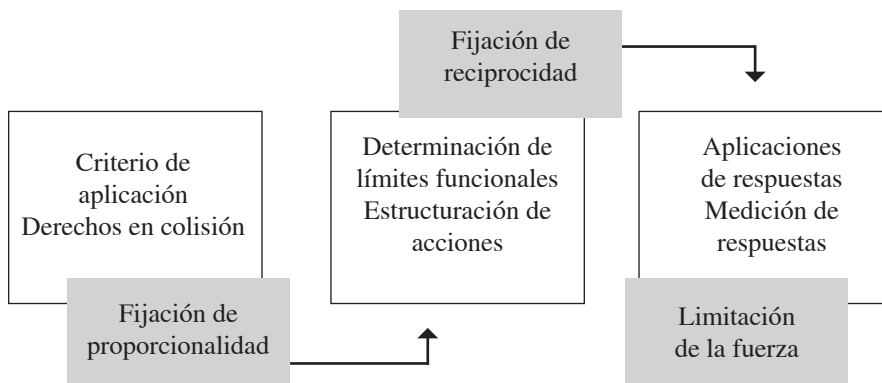


Figura 18.2. Principios

Fuente: elaboración propia.

Este criterio de aplicación, estructura y fundamenta que se adopte una vocación eficiente pero acorde a los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos, lo que posibilita un margen de ejercicio que se sustenta en su graduación y en su aplicación bidireccional, conforme a lo que la instancia estatal exija (Naranjo, 2014). Para finalizar, se comprueba que existe un marco de estructuración suficiente y necesaria para salvaguardar esa permanente tensión que existe entre la fuerza legítima y los derechos humanos, en donde es claro que siempre el Estado se encuentra legitimado para preservar el orden público.

CONCLUSIÓN

El Estado colombiano, en el marco de los instrumentos internacionales, debe velar para que la Constitución y la ley sean el deber cumplido dentro del territorio nacional, con el fin de evitar vulnerar la misma, así como los procedimientos judiciales en caso de verse violentada.

Asimismo, en Colombia se reconoce la fuerza pública como órgano garante de velar y resguardar la seguridad y la paz dentro del territorio nacional; en ese sentido, la Constitución reconoce la creación y existencia de la fuerza pública en cabeza de la Policía nacional, acompañada en su conjunto con las fuerzas militares, tal como se evidenció en el artículo 218 constitucional y el artículo 22 CNPC.

En consecuencia, el Estado colombiano debe avocarse a generar un plan estratégico en el mediano y largo plazo con la intención de gestionar una coacción policial contundente, pero a la vez cumplidora de los derechos fundamentales.

En este sentido, se amplía la fórmula de interacción, en donde si bien se reconoce la labor y su importancia, la misma se articula con las condiciones de proporcionalidad y reciprocidad que se desprenden desde la perspectiva del derecho internacional sobre los derechos humanos, estableciendo que se entienda una naturalización desde el bloque de constitucionalidad. Esto implica reconocer que bajo este fundamento se logren excluir las dinámicas de integración que se ponen bajo el criterio de responsabilidad del Estado, y con la misma una suerte de materialización de sus condiciones. Que no pueden articularse de forma indistinta sobre esta facultad estatal (Navia, 2006).

Es claro que las condiciones contemporáneas exigen la articulación permanente entre las condiciones de orden público y derechos humanos, en donde no es factible asumir que el respeto de los derechos humanos tenga implícita una disminución de las capacidades de la acción del Estado, las cuales deben tener una fórmula de fundamentación teórico-práctica que dimensione como los alcances en clave de constitucional van a depender más de la fijación de fundamentación que adopta cada uno de los protocolos y la formación en los criterios de armonización tanto normativa como política, en donde el Estado reconoce que la proporcionalidad y la no reciprocidad constituyen un insumo que posibilita cada vez mejores estándares, y que no implica una exclusión bajo ningún criterio de la fuerza.

Se concluye, entonces, que puede hablarse de un proceso de constitucionalización y convencionalización del ejercicio legítimo de la fuerza, y que cada vez debe estar orientado a que se regule y se materialicen estas condiciones, tanto normativas como positivas, del Estado, que siendo parte reconoce y garantiza su potencialidad y su gradualidad, para que cada vez más la fuerza pública sea más legítima y proporcione seguridad jurídica en sus actuaciones (Vásquez y Gil, 2017).

En tanto existan márgenes de cumplimiento de estos estándares de una forma clara y suficiente se lograrán establecer mejores condiciones y mejores parámetros para materializar la forma de ganar institucionalidad y con ello mejores parámetros de acción que permitan establecer una viabilidad que no pugna con los criterios de articulación de una teoría de los derechos humanos y menos de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (91), 11-29.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2020). La CIDH condena el uso excesivo de la fuerza policial y expresa preocupación por hechos de violencia en el marco de las manifestaciones públicas en Colombia. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/219.asp>.

Corte IDH (2020). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 25. Orden público y uso de la fuerza. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo25.pdf>.

Ferreres-Comella, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (46), 161-188. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932020000200161&script=sci_arttext.

González, M. y Betancourt, M. (2018). La transformación del Ejército nacional de Colombia: una interpretación teórica. *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (22), 70-84. <https://doi.org/10.17141/urvio.22.2018.3093>.

La familia de la víctima aceptó el perdón que le ofreció la Policía nacional (2021). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/bogota/javier-ordonez-historia-del-asesinato-bogota-537555>.

Lewin, J. E. (2023). Cuatro años del disparo a Dilan Cruz en Colombia. *El País*. <https://elpais.com/america-colombia/2023-11-23/cuatro-anos-del-disparo-a-dilan-cruz-colombia-se-mira-en-un-espejo-roto.html>.

Liu, S. I. (2009). El principio de reciprocidad y la globalización del derecho desde la perspectiva de la regla de oro. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17487/1/ContentServer.pdf>.

Ministerio de Defensa Nacional (2017). Resolución 02903 sobre el uso de la fuerza, empleo de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales por la Policía Nacional. <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/resolucion-02903-uso-fuerza-empleo-armas.pdf>.

Naciones Unidas (1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1966-PactoDerechosEconomicosSocialesyCulturales.htm>.

Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

Naciones Unidas (1987). Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. https://cti2024.org/wp-content/uploads/2020/11/UNCAT-OPCAT-treaties_ES.pdf.

Naranjo, L. C. G. (2014). Aproximación hermenéutica entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 10(9), 145-158. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/327>.

Navia, R. N. (2006). Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad. En R. Abello, *Derecho internacional contemporáneo: lo público, lo privado, los derechos humanos* (pp. 84-85). Universidad del Rosario, https://mail.anuariocdi.org/contemporaneo/1_2_derecho%20imperativo.pdf.

Pappier, J. (2020). Las políticas de seguridad de Colombia necesitan una reforma urgente. Una nueva masacre expone la necesidad de una fuerza de policía civil más sólida. <https://www.hrw.org/es/news/2020/10/01/las-politicas-de-seguridad-de-colombia-necesitan-una-reforma-urgente>.

Policía Nacional de Colombia Dirección General - Oficina de Planeación (2007). *Lineamientos generales de política para la Policía Nacional de Colombia. Tomo 1*. <https://pdpa.georgetown.edu/Security/citizensecurity/Colombia/politicas/lineamientospolicia.pdf>.

Sticca, M. A. (2017). El rol del principio de proporcionalidad en el derecho internacional público. *Revista de la Facultad*, 8(1), 1-20. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S2314-30612017000100007&script=sci_arttext.

Valderrama, D. (2021). Niveles del uso de la fuerza policial. <https://lpderecho.pe/niveles-uso-fuerza-policial/>.

Vásquez-Hincapié, D. y Gil-García, L. (2017). Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia. *Prolegómenos*, 20(39), 139-162. <https://doi.org/10.18359/prole.2728>.

Vásquez-Isaza, J. D. (2021). Retos de los cuerpos policiales para afrontar los actos criminales durante la protesta social en Chile, Colombia, Ecuador y Perú en tiempos de pandemia. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 16(32), 467 - 492. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.313>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS
ADUANEROS EN LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO*

AUTOMATION OF CUSTOMS PROCEDURES
IN TRADE FACILITATION

A AUTOMATIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS
ADUANEIROS NA FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO

VÍCTOR NIKIFOROVICH SÍDOROV**

Recibido: 26 de septiembre de 2023 - Aceptado: 22 de enero de 2024 -

Publicado: 29 de junio de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n38a20

* He completado este artículo en el marco de la Misión Gubernamental “Sistema legal ruso en las realidades de la transformación digital de la sociedad y el Estado: adaptación y perspectivas para responder a los desafíos y amenazas modernos (FSMW-2023-0006)”. Número de registro: 1022040700002-6-5.5.1.

** Profesor Asociado del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Jurídica Estatal de Moscú en honor a O. E. Kutafin. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0818-7370>, Correo electrónico: svn-svn@yandex.ru

Resumen

Este artículo resalta la importancia de la automatización de los procedimientos aduaneros para facilitar el comercio internacional. Los estudios se centraron principalmente en la automatización de los procedimientos aduaneros a través del intercambio de documentos en formato electrónico, lo que respalda las disposiciones del Convenio de Kyoto Revisado y las tendencias de “comercio sin papel” y “comercio transfronterizo sin papel”. Al mismo tiempo, los beneficios para el comercio internacional se pueden lograr si los requisitos establecidos por las agencias gubernamentales, incluidas las autoridades de salud y seguridad, así como los organismos gubernamentales especializados encargados de los controles fronterizos, también pueden recibir datos en formato electrónico. En otras palabras, se requiere una presentación única de datos a través de un sistema de comunicación que permita que todas las autoridades gubernamentales accedan a la información relevante sobre las mercancías, especialmente a través de una ventanilla única para el comercio. Esto puede brindar más oportunidades para el comercio internacional, especialmente al fomentar una alta colaboración entre los diversos organismos gubernamentales relacionados con el comercio internacional y los participantes en dicho comercio.

Palabras clave: facilitación del comercio, automatización de procedimientos aduaneros, ventanilla única.

Abstract

This article highlights the importance of automating customs procedures to facilitate international trade. Studies have primarily focused on the automation of customs procedures through the exchange of electronic documents, aligning with the provisions of the Revised Kyoto Convention and the trends of “paperless trade” and “cross-border paperless trade”. At the same time, the benefits for international trade can be realized if the requirements imposed by government agencies, including health and safety authorities, as well as specialized government bodies responsible for border controls, can also receive data in electronic format. In other words, a single presentation

of data is required through a communication system that allows all government authorities to access relevant information about goods, especially through a single window for trade. This can provide more opportunities for international trade, particularly by fostering high collaboration among various government agencies related to international trade and the participants in such trade.

Keywords: trade facilitation, automation of customs procedures, single window.

Resumo

Este artigo destaca a importância da automatização dos procedimentos aduaneiros para facilitar o comércio internacional. Os estudos focaram principalmente na automatização dos procedimentos aduaneiros por meio da troca de documentos em formato eletrônico, o que apoia as disposições da Convenção de Quioto Revisada e as tendências de “comércio sem papel” e “comércio transfronteiriço sem papel”. Ao mesmo tempo, os benefícios para o comércio internacional podem ser alcançados se os requisitos estabelecidos pelas agências governamentais, incluindo as autoridades de saúde e segurança, bem como os organismos governamentais especializados encarregados dos controles fronteiriços, também puderem receber dados em formato eletrônico. Em outras palavras, é necessária uma apresentação única de dados por meio de um sistema de comunicação que permita que todas as autoridades governamentais acessem as informações relevantes sobre as mercadorias, especialmente através de uma janela única para o comércio. Isso pode proporcionar mais oportunidades para o comércio internacional, especialmente ao fomentar uma alta colaboração entre os diversos organismos governamentais relacionados ao comércio internacional e os participantes nesse comércio.

Palavras-chave: facilitação do comércio, automatização de procedimentos aduaneiros, janela única

INTRODUCCIÓN

El uso de las tecnologías de la información fue objeto de análisis en calidad de componente complementario (Yasui y Engman, 2005), dado que se sostenía que el logro de la facilitación del comercio podía alcanzarse prescindiendo de las tecnologías de la información. Según Widdowson (2004), la automatización no constituye una condición especial de la facilitación del comercio. Yasui y Engman (2005) corroboran que las tecnologías de la información no pueden ser consideradas como una “panacea” para la facilitación del comercio.

Las tecnologías de la información se emplearon primordialmente con el propósito de automatizar procesos, particularmente en lo que respecta a los procedimientos aduaneros y la administración de documentos comerciales. La utilización de tecnologías de la información para automatizar los procedimientos aduaneros representa una modalidad específica mediante la cual la tecnología puede contribuir al Estado en el ejercicio de sus competencias y abordar las deficiencias (Mathews, 1997; Naciones Unidas, 2008).

Un elemento de gran relevancia en la incorporación de las tecnologías de la información en la facilitación del comercio fue la modernización de las aduanas (Wulf y McLinden, 2005). Un indicio claro de este proceso se manifiesta en las disposiciones incluidas en el Convenio de Kyoto relativo a la aplicación de las tecnologías de la información en los procedimientos aduaneros, así como en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Las tecnologías de la información han desempeñado un papel fundamental en la mejora de la eficiencia del comercio internacional en las fronteras, y tienen una función primordial en la automatización de los procesos administrativos asociados con las transacciones comerciales, tanto a nivel nacional como transfronterizo.

De acuerdo con los resultados de un estudio global que evaluó la implementación de diversas medidas de facilitación del comercio, incluyendo aquellas relacionadas con el comercio sin papel, se observó una variabilidad significativa entre los países más desarrollados y los menos desarrollados. Se constató que algunas medidas se implementaban de manera más extensa que otras (Naciones Unidas, 2021). Por ejemplo, medidas como sistemas aduaneros automatizados, la presentación electrónica de declaraciones aduaneras y la disponibilidad de conexión a Internet para las aduanas y otras

agencias de control comercial se habían implementado, al menos en fase piloto, en más del 90 % de los países, y más de la mitad de ellos habían alcanzado la implementación completa. De manera similar, el pago electrónico de aranceles y tasas aduaneras se había realizado, al menos en fase piloto, en más del 80 % de los países. Estos resultados señalan que la mayoría de las economías han estado trabajando activamente en el desarrollo de infraestructuras y servicios de tecnología de la información y comunicación, elementos fundamentales para la consecución de un sistema de comercio sin papel eficiente.

Es importante destacar que las tecnologías de la información no se limitan exclusivamente al ámbito del comercio sin papel, sino que tienen un impacto significativo en el comercio en general, pudiendo transformar la manera en que se producen y consumen bienes (Marín-Galeano y Valencia-Grajales, 2020) y generando reducciones sustanciales en los costos comerciales. Varios estudios han demostrado que la aplicación de las tecnologías de la información en el comercio transfronterizo puede conducir a importantes ahorros en los costos de las transacciones. Estos ahorros pueden variar dependiendo del tipo de transacción y del grado de digitalización alcanzado en cada contexto, pero, en general, se han registrado reducciones significativas. De acuerdo con investigaciones, los ahorros pueden oscilar entre el 20 % y el 87 % en comparación con las transacciones tradicionales (Duval y Kravchenko, 2017).

En realidad, las tecnologías de la información abarcan un amplio espectro de aplicaciones que van más allá del “comercio sin papel” e incluyen el “comercio transfronterizo sin papel”, que abarca aspectos como el pago electrónico de derechos e impuestos aduaneros, la solicitud electrónica de reembolsos aduaneros, las leyes y regulaciones para transacciones electrónicas, la autoridad de certificación reconocida que emite certificados digitales, el intercambio electrónico de declaraciones de aduanas, el intercambio electrónico de certificados de origen, el intercambio electrónico de certificados sanitarios y fitosanitarios, así como el cobro sin papel de pagos de una carta de crédito documentaria. La combinación de medidas de facilitación del comercio sin papel y del comercio transfronterizo sin papel puede generar sinergias y obtener beneficios aún mayores en términos de reducción de costos y mejora de la eficiencia en el comercio transfronterizo.

A pesar de las ventajas y beneficios que ofrecen, como la agilización de los trámites y la reducción de costos, la implementación de medidas de

comercio transfronterizo sin papel puede ser un proceso lento. Según un informe, la implementación del comercio sin papel alcanza el 64 % (Naciones Unidas, 2021). No obstante, el nivel de implementación del “Comercio sin papel transfronterizo” es considerablemente bajo, llegando al 38 %.

EL CONVENIO DE KYOTO REVISADO

El uso de las tecnologías de la información constituye un elemento fundamental en la implementación del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kyoto), firmado el 18 de mayo de 1973 y en vigor desde el 25 de septiembre de 1974, con su versión actualizada que entró en vigor en el 2006. El Convenio de Kyoto aborda cuestiones relacionadas con los procedimientos aduaneros que resultan excesivamente onerosos y establece que los datos de importación deben ser presentados ante las autoridades aduaneras en la declaración. En virtud de este régimen, la información requerida en la declaración debe incluir los datos necesarios para la evaluación y recaudación de derechos e impuestos, la elaboración de estadísticas y la aplicación de la legislación aduanera.

Las autoridades aduaneras deben permitir la presentación de la declaración de mercancías y los documentos correspondientes a través de medios electrónicos. Por ejemplo, la norma transitoria 3.18 resalta que la aduana debe aceptar la presentación de documentos de manera electrónica, mientras que la norma transitoria 3.21 permite la presentación electrónica de la declaración de mercancías. Tanto las disposiciones 3.21 como 3.18 del convenio establecen el principio de la presentación electrónica de la declaración de mercancías, así como la autorización de documentos justificados mediante comunicación electrónica.

De acuerdo con el convenio, la aduana debe definir las condiciones para la implementación de las tecnologías de la información y debe adherirse a los estándares internacionales. La introducción de las tecnologías de la información debe realizarse en colaboración con las partes interesadas, incluyendo exportadores, importadores y proveedores de servicios. La norma 3.11 del capítulo 3, referente a las “Formalidades de desaduanamiento y otras formalidades aduaneras del convenio”, se enfoca en que la declaración en formato electrónico debe ser congruente con la declaración en formato en papel y debe basarse en estándares internacionales para el intercambio

electrónico de información. Esta norma dispone que el contenido de la declaración de mercancías en formato electrónico debe coincidir con el diseño de la página modelo de las Naciones Unidas. El formulario de la declaración de mercancías presentada electrónicamente se basará en las normas internacionales para el intercambio de información electrónica, tal como se indica en las Recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera en relación con la tecnología de la información.

El capítulo 7 del Convenio de Kyoto Revisado referente a la “Aplicación de las Tecnologías de la Información” constituye una sección específica dedicada a la implementación de las tecnologías de la información. Este capítulo establece un estándar que indica que las aduanas, siempre que sea factible, deben emplear las tecnologías de la información y las comunicaciones electrónicas para mejorar el control aduanero. Esto incluye la automatización de los procedimientos aduaneros y el intercambio de información en formato electrónico entre las autoridades aduaneras y los participantes en el comercio exterior, como un medio para incrementar la eficiencia en las actividades de las autoridades aduaneras.

En dicho capítulo se detalla que el uso de las tecnologías de la información se respalda en los procedimientos aduaneros siempre que resulte rentable tanto para las aduanas como para el comercio. En los casos en que el volumen de operaciones no sea suficiente para justificar el uso de las tecnologías de la información, los estándares establecidos en el convenio no se aplican. Según la norma 7.1, la Administración de Aduanas emplea la tecnología de la información con el propósito de respaldar las operaciones aduaneras cuando su utilización sea económicamente viable y eficaz, tanto para la aduana como para el comercio.

Además, este capítulo implica que la legislación nacional debe contemplar métodos de comercio electrónico como una alternativa a los documentos en papel, así como métodos electrónicos para la autenticación, el derecho de las aduanas a archivar información para uso propio y el intercambio de información electrónicamente con otras administraciones aduaneras y con todas las partes autorizadas. Conforme a la norma 7.4, las disposiciones normativas deben considerar los métodos de comercio electrónico como una alternativa viable a los documentos en papel, métodos de autenticación tanto electrónicos como en papel, el derecho de la Administración de Aduanas a conservar información para su propio uso y, cuando corresponda, a intercambiar dicha información con otras administraciones

aduaneras y otras partes legalmente autorizadas, utilizando técnicas de comercio electrónico.

El capítulo en cuestión incorpora estándares relacionados con la implementación de aplicaciones informáticas. Conforme a la norma 7.2, la Administración de Aduanas está obligada a adoptar sistemas o aplicaciones informáticas que sean internacionalmente aceptables. La norma 7.3 sugiere que la adopción de tecnología de la información debe llevarse a cabo después de realizar consultas, en la medida de lo posible, con todas las partes directamente afectadas.

Por otro lado, el capítulo 9 del Convenio de Kyoto Revisado, titulado “Información, resoluciones y reglamentos proporcionados por la aduana”, contiene las siguientes normativas: la aduana debe tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que toda la información relevante de carácter general en relación con la legislación aduanera esté fácilmente accesible para cualquier persona interesada; además, la aduana debe hacer uso de la tecnología de la información para facilitar la provisión de dicha información.

Estas disposiciones, establecidas en el convenio, sentaron las bases para el desarrollo del comercio sin papel, que permite la presentación y el procesamiento de la información y los documentos requeridos para el comercio de manera electrónica. Con el comercio sin papel, las empresas pueden presentar sus declaraciones de aduana y otros documentos relacionados con el comercio de forma electrónica en lugar de utilizar documentos en formato papel (Goldby, 2019, pp. 225-242; Ndonga, 2015, p. 36).

El comercio sin papel se ha convertido en una práctica ampliamente adoptada en el ámbito del comercio internacional, utilizado para cumplir con los contratos (ICC, 2010), gestionar datos de transporte (BIMCO, 2014) y llevar a cabo acuerdos de financiación del comercio (ICC, 2019). La adopción del comercio sin papel conlleva varios beneficios para la facilitación del comercio, ya que reduce los tiempos de espera y los costos asociados a los procesos aduaneros y comerciales (Duval y Utoktham, 2011; Shepherd y Wilson, 2009; Wilson *et al.*, 2005).

EL ACUERDO DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO DE LA OMC

El Acuerdo de Facilitación del Comercio (AFC) es un tratado multilateral promovido por la Organización Mundial del Comercio (OMC) cuyo objetivo principal radica en simplificar y agilizar los procedimientos

aduaneros, así como en mejorar la transparencia en el ámbito del comercio internacional. En este contexto, las tecnologías de la información desempeñan un rol esencial en la ejecución efectiva del AFC.

A diferencia de acuerdos comerciales previos, como aquellos resultantes de la Ronda Uruguay, que no abordaron explícitamente el tema de las tecnologías de la información y su relación con el comercio internacional, el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC reconoce la relevancia de las tecnologías de la información en el comercio y establece medidas específicas para fomentar su utilización.

Dentro de las disposiciones del Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC, se contemplan diversas medidas específicas relacionadas con la aplicación de tecnologías de la información y comunicación para mejorar la facilitación del comercio internacional. En primer lugar, se encuentra la implementación de sistemas electrónicos de notificación y gestión aduanera, en los cuales los miembros de la OMC están obligados a establecer sistemas electrónicos que permitan la transmisión electrónica de información y los documentos, incluyendo declaraciones de aduanas, facturas comerciales y documentos de transporte. Además, se promueve el uso de la firma electrónica como un medio para autenticar y validar documentos relacionados con el comercio.

El acuerdo reconoce la importancia de la firma electrónica en el contexto del comercio internacional y promueve a los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a autorizar su aplicación en los procesos aduaneros y comerciales. Asimismo, contempla diversas medidas relacionadas con el uso de tecnologías de la información y comunicación para facilitar el comercio internacional, como las que se enumeran a continuación: 1) promueve el intercambio electrónico de datos, estableciendo la obligación para los miembros de la OMC de permitir y fomentar la transferencia electrónica de información entre las autoridades aduaneras y otras agencias gubernamentales pertinentes para el comercio; 2) fomenta la cooperación en materia de tecnologías de la información entre los miembros de la OMC con el propósito de garantizar la interoperabilidad de los sistemas electrónicos utilizados en los procedimientos aduaneros y comerciales y 3) reconoce el derecho de los países en desarrollo y menos desarrollados a recibir asistencia técnica y formación con el fin de fortalecer su capacidad para emplear tecnologías de la información en la facilitación del comercio.

El Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio contempla diversas disposiciones que, si bien no abordan directamente el uso de tecnologías de la información y la comunicación, pueden ser aplicadas a través de su utilización, con el propósito de mejorar la eficiencia y la transparencia en los procedimientos aduaneros y comerciales. Entre estas disposiciones se encuentran las siguientes:

El artículo 1, titulado “Publicación y disponibilidad de la información”, estipula que los miembros de la OMC deben publicar información relevante acerca de los procedimientos y requisitos de importación, exportación y tránsito de manera clara y accesible. El empleo de plataformas en línea y otros medios electrónicos puede facilitar la publicación y el acceso a esta información por parte de los operadores comerciales.

El artículo 2 exige que los procedimientos aduaneros y comerciales sean previsibles y que cualquier modificación a estos procedimientos sea anunciada con anticipación. El uso de herramientas electrónicas, como sistemas de notificación en línea, puede ser empleado para mantener informados a los operadores comerciales sobre las modificaciones y garantizar la previsibilidad en los procedimientos.

Además, los artículos 5, 7 y 8 del acuerdo abordan la necesidad de comunicación y publicación, aspectos que pueden beneficiarse ampliamente de la implementación de tecnologías de la información. Ejemplos de esto incluyen la gestión de riesgos (según lo establecido en el párrafo 4 del artículo 5 “Otras medidas para aumentar la imparcialidad, la no discriminación y la transparencia” del acuerdo), la tramitación previa a la llegada (según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 “Levante y despacho de las mercancías” del acuerdo), así como los envíos urgentes (conforme al párrafo 8 del Artículo 7 “Levante y despacho de las mercancías” del acuerdo) que están relacionados con la automatización del entorno aduanero y pueden ser integrados a través de una ventanilla única para el comercio.

El artículo 10, denominado “Formalidades aduaneras y documentos electrónicos”, establece que los documentos y las formalidades aduaneras pueden ser presentados y procesados de manera electrónica. Asimismo, el artículo 10.4.1 del Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio promueve la simplificación de los procedimientos fronterizos y la documentación, incentivando a los miembros a utilizar tecnología de la información para implementar una ventanilla única de presentación de documentos y datos. Por

su parte, el artículo 10.4.4 obliga a los miembros a emplear tecnología para simplificar los procesos fronterizos.

Por último, el artículo 12 establece que los procedimientos de inspección y liberación deben ser ágiles y eficientes. La utilización de sistemas electrónicos de inspección y el intercambio de información entre las autoridades aduaneras y los operadores comerciales pueden contribuir significativamente a mejorar la eficiencia de dichos procedimientos.

LAS TECNOLOGÍAS UTILIZADAS EN LA AUTOMATIZACIÓN ADUANERA

En el contexto de la automatización aduanera han surgido sistemas de información de notable relevancia, entre ellos el Sistema de Intercambio Electrónico de Datos (EDI) y el Sistema Aduanero Automatizado, conocido como SIDUNEA. Este último, desarrollado por la Organización Mundial de Aduanas, se erigió como uno de los primeros sistemas concebidos para la gestión electrónica de los procesos aduaneros, adaptándose y desplegándose en diversos países con sus respectivas adecuaciones y versiones.

El SIDUNEA se enfoca primordialmente en las formalidades aduaneras asociadas con el despacho de mercancías y los procedimientos aduaneros. Su objetivo central radica en optimizar y simplificar los trámites aduaneros, tales como la presentación electrónica de declaraciones aduaneras y la computación de gravámenes e impuestos, entre otros aspectos relevantes. Asimismo, este sistema abarca funciones auxiliares, como la posibilidad de realizar pagos electrónicos de aranceles aduaneros y la realización de evaluaciones automatizadas de riesgos.

Es imperativo subrayar que el SIDUNEA no abarca la totalidad de los elementos inherentes a los procesos comerciales. A pesar de su capacidad para facilitar la presentación electrónica de documentos aduaneros, existen otros componentes del comercio sin papel que pueden requerir soluciones suplementarias y sistemas complementarios. Esto implica que la concepción de recibir servicios a través de una plataforma única no se ajusta plenamente a la realidad de los procesos comerciales internacionales.

En el contexto del comercio internacional, se observa la participación de diversas agencias gubernamentales, entre las que se incluyen las entidades de aduanas, inmigración, seguridad alimentaria y otras de natu-

raleza similar. Estas entidades, con frecuencia, deben colaborar de manera coordinada para garantizar el acatamiento de las regulaciones y normativas del comercio internacional, así como para facilitar el despacho y el flujo de bienes y servicios a través de las fronteras.

Las tecnologías de la información ofrecen la posibilidad de potenciar la coordinación y colaboración entre diversas agencias gubernamentales en el ámbito de la facilitación del comercio. Estas tecnologías pueden ser empleadas para automatizar el entramado completo de procesos gubernamentales relacionados con el comercio internacional. Esto abarca desde la obtención de permisos y licencias hasta la gestión de controles sanitarios y fitosanitarios, así como la verificación del cumplimiento de normativas y regulaciones. Estas tareas involucran no solo a las entidades aduaneras, sino también a otras autoridades gubernamentales que pueden intervenir en el proceso, como las responsables de temas de salud, seguridad y control fronterizo.

Como menciona Van Stijn *et al.* (2011, p. 27), las tecnologías de la información se perciben como una herramienta esencial para lograr la armonización y el intercambio de datos electrónicos entre diversas autoridades gubernamentales. Esta integración se lleva a cabo a través de lo que se conoce como “ventanilla única”.

Aunque no existe una definición universalmente aceptada del concepto de “ventanilla única”, la mayoría de las autoridades gubernamentales y los estudiosos se basan en la formulación que se encuentra en la Recomendación N.º 33 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas de 2004, elaborada por el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y las Transacciones Electrónicas (CEFACT). Según esta recomendación, una ventanilla única se define como “un mecanismo que permite a las partes involucradas en operaciones comerciales y de transporte presentar información y documentos estandarizados utilizando un único canal de entrada para cumplir con todos los requisitos regulatorios relacionados con la importación, exportación y tránsito”.

El concepto de la “ventanilla única” en el ámbito del comercio internacional surgió como parte de una iniciativa destinada a simplificar los procedimientos aduaneros y a mejorar la eficacia en la gestión de la información entre las autoridades gubernamentales y los actores del comercio. Los procedimientos aduaneros, caracterizados por su extensidad y complejidad,

requieren que las empresas cumplan con numerosos requisitos de importación y exportación, lo que implica la presentación de múltiples documentos y la realización de trámites ante diversas entidades gubernamentales. La falta de coordinación y colaboración entre estas diferentes agencias gubernamentales involucradas en los procesos aduaneros constituía una de las principales fuentes de complicaciones en dichos trámites.

El propósito fundamental de la ventanilla única para el comercio radicaba en abordar estas problemáticas, estableciendo un punto de acceso único a través del cual los importadores y exportadores pudieran presentar toda la información y documentación requerida para llevar a cabo sus transacciones comerciales. De esta manera, el objetivo primordial de la ventanilla única era la simplificación del comercio al aligerar la carga administrativa a la que se enfrentaban las empresas al efectuar importaciones o exportaciones de mercancías. Además de permitir la presentación electrónica de documentos, la ventanilla única contribuía a la reducción de los tiempos de espera y de los costos asociados a los procedimientos aduaneros.

Asimismo, cabe destacar que la implementación de la ventanilla única también implicó mejoras en la transparencia y en la eficiencia de los procedimientos aduaneros, ya que propició una mayor coordinación y colaboración entre las diversas agencias gubernamentales y los participantes en el comercio.

LA AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADUANEROS A NIVEL REGIONAL

La facilitación del comercio se erige como un pilar fundamental en el estímulo del desarrollo económico, tanto a nivel doméstico como en el marco de las integraciones regionales. En el contexto de estas últimas, las medidas orientadas a facilitar el comercio adquieren una relevancia incontestable al promover una integración más eficaz y fluida entre las naciones miembros, contribuyendo así a la construcción de cadenas de valor regionales más sólidas y al aprovechamiento óptimo de las ventajas comparativas de cada uno de los países integrantes. Esto implica una intensificación de la cooperación en diversos ámbitos, como la mejora de la infraestructura de transporte, la facilitación aduanera, la armonización regulatoria y la promoción de la interoperabilidad de los sistemas comerciales.

En el ámbito regional, la facilitación del comercio puede hallarse implícita en el contexto de los acuerdos comerciales regionales. Estos acuerdos regionales comúnmente incorporan disposiciones vinculadas a asuntos aduaneros que se enfocan en el cumplimiento de las regulaciones (Baur, 2020, p. 93), la prestación de asistencia administrativa mutua y la gestión de las normas preferenciales de origen (ICC, 2017; OMA, 2014) a través de la emisión de certificados de origen, así como la implementación de medidas arancelarias comunes (Maur, 2011, p. 111; Soamiely, 2011) y la armonización de las regulaciones aduaneras (Mercosur, 2010; UE, 2013), con el propósito primordial de simplificar el comercio internacional. A pesar de que no se haga referencia explícita a la “facilitación del comercio”, en muchos de estos acuerdos se persigue principalmente fomentar un entorno comercial más ágil y reducir los obstáculos que dificultan el intercambio de bienes y servicios entre los países miembros (Baur, 2020, p. 93; Pardo, 2014, p. 47).

A lo largo del tiempo, los acuerdos comerciales regionales han experimentado un proceso de expansión que ha abarcado diversos aspectos relacionados con la facilitación del comercio (Fefer y Jones, 2017; Kieck, 2020; OMC, 2015, p. 50; Naciones Unidas, 2019). Esta evolución se ha producido en consonancia con los estándares estipulados en el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC, lo cual denota el reconocimiento de la trascendencia de simplificar y agilizar los procedimientos comerciales con miras a promover una mayor eficiencia en el ámbito del comercio regional. Estos avances se materializan a través de iniciativas como la automatización de los procesos aduaneros, la armonización de las normativas y regulaciones, la promoción del intercambio de información electrónica, la instauración de ventanillas únicas y la promoción de la colaboración entre las autoridades aduaneras de las naciones implicadas.

El desarrollo de la noción de una ventanilla única ha estado centrado en el ámbito nacional, y persigue el propósito de simplificar y agilizar los procedimientos comerciales dentro de un país específico. En numerosas naciones, la implementación de ventanillas únicas a nivel nacional ha sido una parte integral de las reformas comerciales y aduaneras destinadas a optimizar los procesos y facilitar el comercio.

No obstante, para que la ventanilla única adquiera una verdadera efectividad en el contexto de la cadena de suministro internacional, es imperativo que los sistemas posean interoperabilidad entre distintos países. A nivel regional, se reconoce ampliamente la relevancia del intercambio de

datos transfronterizo y la instauración de una ventanilla única regional (Widdowson *et al.*, 2019, p. 115). Esta persigue la integración y coordinación de las Ventanillas Únicas Nacionales de diversos países dentro de una región específica, con el propósito de facilitar las transacciones transfronterizas e internacionales y fomentar la integración regional (McMaster y Nowak, 2007; UNNEXT y ESCAP, 2018, p. 3).

LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO EN LA UNIÓN ECONÓMICA EUROASIÁTICA

La Unión Económica Euroasiática (UEE), en calidad de entidad regional de integración, representa el resultado de los esfuerzos de las naciones postsoviéticas en la creación de procesos de integración. Desde el año 1991 se han buscado enfoques que permitan establecer procesos de integración más completos en el espacio postsoviético. La formación de la Unión Aduanera Euroasiática marcó un hito ambicioso en la creación de un mercado único euroasiático y en el fomento del comercio entre los miembros de la Unión (Gnutzmann y Gnutzmann, 2020). El desarrollo de la Unión tuvo sus inicios con la creación de la Unión Aduanera, y la eliminación de las barreras aduaneras ha sido y sigue siendo un factor determinante que influye en el desarrollo económico de la Unión.

Desde la constitución de la Unión Económica Euroasiática se ha intensificado el compromiso de los cinco países miembros para facilitar el flujo de mercancías entre ellos. El artículo 25 del Tratado Fundacional de la Unión Económica Euroasiática (2014), en conjunto con las otras tres libertades esenciales (servicios, capital y mano de obra), establece la libre circulación de mercancías como uno de los principales instrumentos para el avance de la UEE.

Tras la creación de la UEE, la mayoría de los esfuerzos de los Estados miembros se orientaron hacia la consecución de un mercado común de bienes y una unión aduanera. En la actualidad, la UEE está llevando a cabo notables iniciativas para la configuración de un mercado común. Esto incluye la planificación de la instauración de un mercado de energía común en el 2015, la creación de mercados comunes de petróleo y gas en el 2014, así como la conformación de un mercado monetario en el 2014, el 2018 y el 2019.

La facilitación del comercio ocupa un lugar fundamental en el marco de la UEE. El Tratado Constitutivo de la Unión Económica Euroasiática

(2014) establece diversas disposiciones para impulsar la armonización en la Unión. Esto comprende la implementación de un arancel externo común de la UEE, así como la adopción de medidas reguladoras comunes para el comercio con terceros países. Se prevé la instauración de un régimen unificado de comercio con terceros países y una normativa aduanera común. Además, se contempla la libre circulación de bienes entre los territorios de los Estados miembros sin necesidad de declaraciones o controles veterinarios y fitosanitarios, entre otras medidas.

A nivel regional, en la UEE se está trabajando en concordancia con las disposiciones del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC. Estos esfuerzos se centran en la simplificación de los trámites aduaneros, la reducción de las barreras regulatorias en la gestión del comercio exterior, la automatización de las operaciones aduaneras y la disminución de los plazos para el levante de mercancías. Los principios establecidos en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de manera indirecta, a través del Código Aduanero de la Unión Económica Euroasiática, influyen en la legislación aduanera de cada país miembro.

De acuerdo con las normativas del Acuerdo, los Estados que han ratificado este documento deben notificar al Secretariado de la OMC la implementación de medidas para simplificar los procedimientos relativos a aspectos como el procedimiento de importación, exportación y tránsito (1.4), la introducción de la ventanilla única (10.4.3), la regulación de los servicios de los agentes aduaneros (10.6.2) y el establecimiento de puntos de contacto para el intercambio de información (12.2.2).

LA VENTANILLA ÚNICA DE LA UNIÓN ECONÓMICA EUROASIÁTICA

Las tecnologías de la información desempeñan un papel de suma relevancia en el proceso de consolidación de la UEE. La asignación de recursos provenientes de los cinco países miembros de la UEE hacia la transformación digital, que implica la adopción de tecnologías digitales para la automatización de diversos procesos, marca un hito en la evolución de la integración regional. Este hito se traduce en la creación de un espacio digital unificado en el ámbito de la UEE.

La importancia del desarrollo del espacio digital en los Estados miembros de la UEE ha quedado inequívocamente plasmada en los pilares centrales de la Agenda Digital de la UEE hasta el año 2025. En dicho marco,

la transformación digital se erige como un elemento fundamental para el fomento del crecimiento económico y el progreso. La meta subyacente en el desarrollo del espacio digital es respaldar los objetivos de la UEE, los cuales se orientan hacia la promoción de la libre circulación de bienes, servicios, capitales y fuerza laboral. Este enfoque se traduce en la búsqueda de una mayor competitividad regional y una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos de la UEE.

De hecho, los países que componen la UEE han concebido diversas estrategias y programas nacionales destinados a impulsar el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Estas iniciativas subrayan de manera enfática la relevancia de la utilización de las tecnologías digitales como motor del crecimiento económico y como un paso hacia la instauración de una aduana digital, según lo señalado por Moser (2020).

La implementación de una ventanilla única ha sido un principio cardinal en la estructura de la Unión Aduanera Euroasiática (UAE) desde su instauración en el 2012. Se destaca que la adopción de una ventanilla única se erige como una herramienta de gran relevancia en el fomento de la colaboración entre los Estados miembros que conforman la UEE, como se establece en el año 2017.

El Código Aduanero de la Unión Económica Euroasiática contempla la posibilidad de utilizar una ventanilla única para los procedimientos aduaneros relacionados con la llegada, salida, declaración y la presentación única de documentos ante las autoridades aduaneras.

El proceso de implementación de la ventanilla única a nivel regional en la UEE se inició en 2014 el y se basa en las ventanillas únicas nacionales, las cuales están conectadas al Sistema Integral de Información de la Unión Económica Euroasiática, facilitando el intercambio de información entre estas ventanillas únicas nacionales. Se espera que los datos presentados en estas ventanillas únicas sean reconocidos de manera mutua.

Las directrices principales para el desarrollo de una ventanilla única se encuentran establecidas en una decisión tomada en el 2014. La aprobación de esta decisión reflejó la determinación de los Estados miembros de la UEE de establecer ventanillas únicas a nivel regional y ha servido de incentivo tanto para los Estados miembros como para el sector privado en la creación de ventanillas únicas nacionales. Este documento resalta la necesidad de armonizar los enfoques divergentes en el desarrollo de las ventanillas únicas nacionales y de unificar los esfuerzos destinados a su desarrollo.

LA VENTANILLA ÚNICA EN RUSIA

El primer paso hacia la implementación de la ventanilla única en el contexto de la UEE consiste en la creación de ventanillas únicas nacionales en los cinco Estados miembros de esta organización. Al examinar los perfiles de los países integrantes de la UEE, se aprecia una notable disparidad en la disponibilidad de información entre ellos. La implementación de una ventanilla única, conforme al artículo 10.4 del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ha conducido a que los Estados miembros de la UEE sean clasificados en la categoría “C”, lo que es aplicable a Armenia y Kirguistán.

El nivel de avance en la implementación de una ventanilla única en el ámbito de la UEE presenta variaciones significativas. Los países miembros de la Unión, a saber, la República de Armenia, la República de Kazajistán, la República Kirguisa y la Federación Rusa, exhiben diferentes grados de progreso en relación con la implementación de la ventanilla única. Según datos del 2017, el nivel de implementación de ventanillas únicas nacionales en los países miembro de la UEE se sitúa en un 54,6 %. Es importante señalar que no todos los Estados miembros cuentan con una ventanilla única nacional o, en aquellos lugares donde sí existen, su funcionamiento no es plenamente efectivo. Se establecen fechas previstas para la implementación de ventanillas únicas nacionales, como el 31 de diciembre del 2020 en el caso de Armenia, el 22 de febrero de 2023 en Kazajistán y el 31 de diciembre de 2022 en la República Kirguisa (OMC, 2019c).

El artículo 254 de la Ley de Regulación Aduanera de 2018 destaca la función primordial de las autoridades aduaneras en diversos aspectos fundamentales. Estos aspectos comprenden la mejora de los controles aduaneros y los procesos de declaración, la creación de condiciones propicias para las operaciones aduaneras relacionadas con bienes y vehículos que cruzan la frontera aduanera de la Unión (según Davydov, 2022), la implementación de tecnologías de la información y la adopción de medidas de gestión aduanera en consonancia con los estándares internacionales aplicables en el ámbito aduanero. La legislación dedica secciones específicas a varias instituciones vinculadas a la facilitación del comercio, con especial énfasis en la gestión de riesgos, los Operadores Económicos Autorizados y la ventanilla única.

Conforme a la Estrategia de Desarrollo Aduanero hasta el año 2030, el Servicio Federal de Aduanas de la Federación de Rusia se propone

desarrollar y modernizar una ventanilla única a nivel nacional, garantizando su interconexión con ventanillas únicas extranjeras.

En los últimos años, el Estado, las asociaciones empresariales, como la Cámara de Comercio e Industria, y los propios exportadores han colaborado en la creación de la denominada “ventanilla única”. En el 2018, como parte del decreto presidencial en el contexto del proyecto nacional “Cooperación Internacional y Exportación”, se formuló el proyecto federal “Medidas sistémicas para el fomento de la cooperación internacional y las exportaciones”, que engloba la implementación del sistema de información conocido como “ventanilla única” para los exportadores. A fines del 2019, se puso en marcha la plataforma técnica que comprende el panel del exportador, directorios y repositorios de documentos electrónicos.

En el año 2020 se implementó un sistema de ventanilla única basado en la plataforma denominada “Mi Exportación”. Este sistema posibilita la interacción electrónica entre los participantes en el comercio y las autoridades gubernamentales, así como los órganos de control financiero, especialmente las aduanas, las entidades tributarias y los servicios financieros. Como entidad independiente, esta plataforma ofrece una serie de servicios estatales, entre los cuales se encuentran la declaración aduanera, la validación de la tasa de IVA al 0 %, el control de divisas, la solicitud de apoyo gubernamental para sufragar parte de los costos de transporte de productos, además de la participación en ferias respaldadas por el Estado.

Además, se brinda la posibilidad de obtener certificados y licencias en formato electrónico, que pueden ser compartidos con todas las partes interesadas. A partir del 2021, los participantes en el comercio a través de la plataforma “Mi Exportación” tienen acceso a documentos de permisos altamente solicitados en formato digital, como el certificado veterinario, el certificado fitosanitario, el certificado de origen y el certificado de libre venta. En este contexto, el exportador ya no necesita gestionar directamente la obtención de estos documentos ni interactuar con múltiples agencias, ya que basta con presentar una solicitud en “Mi Exportación”, y el sistema recopilará automáticamente toda la información requerida de las entidades pertinentes.

A partir del 2023, la lista de servicios que pueden ser proporcionados en formato electrónico a través del principio de ventanilla única se ha expandido e incluye: 1) la emisión de licencias y otros tipos de permisos por parte del Ministerio de Industria y Comercio de la Federación de Rusia para la

importación y exportación desde Rusia; 2) la emisión de permisos por parte del Servicio Federal de Supervisión Veterinaria y Fitosanitaria para el tránsito a través de su territorio de animales, productos veterinarios, alimentos y aditivos para animales (relativo a los procedimientos necesarios para la importación de productos sujetos a control); 3) la emisión de opiniones por parte del Servicio Federal de Supervisión de la Utilización de Recursos Naturales para la exportación desde el territorio de la UEE de animales salvajes, ciertas plantas silvestres y materias primas medicinales, así como especies de animales salvajes raras y en peligro de extinción incluidas en los libros rojos de los Estados miembros de la UEE (con el fin de obtener una licencia para la exportación de ciertos tipos de productos) y 4) la emisión de opiniones por parte de Rosrybolovstvo para la exportación desde el territorio de la UEE de peces vivos, crustáceos, moluscos, invertebrados y huevos de artemia con el fin de obtener una licencia de exportación.

Con el propósito de establecer una comunicación efectiva entre los servicios gubernamentales y la plataforma de ventanilla única, el Centro de Exportación de Rusia logró la conexión con el Sistema de Interacción Electrónica Interdepartamental. Asimismo, se aseguró la integración con el sistema estatal de identificación, reconocido como el Sistema de Identificación y Autenticación Único, que permite la identificación de empresas y el acceso a los registros necesarios. Estas recientes modificaciones han posibilitado que la Plataforma Digital obtenga más de treinta nuevos datos procedentes de once agencias federales de ejecución a través de este sistema.

La implementación del sistema de ventanilla única conllevó cambios significativos en la legislación de divisas, establecidos en la Ley 173-FZ, la cual entró en vigencia el 1 de julio del 2021. Esta normativa establece que un importador registrado y que haya comenzado a utilizar el sistema de información de ventanilla única ya no puede presentar documentos en formato papel ante el banco. El banco únicamente podrá obtener los documentos a través de esta ventanilla única. Para garantizar que el sistema tenga conocimiento de qué banco está conectado y dónde el banco debe obtener los documentos, se ha establecido la condición de que, al abrir una cuenta en cualquier entidad bancaria, el residente debe proporcionar información sobre las cuentas abiertas al operador de la plataforma, no más tarde del siguiente día hábil después de la apertura de la cuenta.

Es importante señalar que el sistema de apoyo estatal de Rusia está principalmente dirigido a las grandes empresas, lo que hace que el

lanzamiento del sistema de información de ventanilla única sea especialmente relevante para el segmento de las pequeñas y medianas empresas (Davydov, 2023). Los servicios proporcionados por la ventanilla única simplifican de manera significativa el proceso de acceso a los mercados internacionales para las empresas orientadas a la exportación, incluso para aquellas que están dando sus primeros pasos en el comercio exterior.

En la plataforma digital se ha establecido un ecosistema completo que tiene como objetivo principal incentivar el crecimiento de las exportaciones no relacionadas con energía ni materias primas. Esto se logra mediante la reducción de los costos administrativos que suelen obstaculizar la entrada de las empresas nacionales en los mercados internacionales.

Los desarrolladores de la plataforma se han propuesto como objetivo fundamental aumentar el número de exportadores y el volumen de sus actividades de exportación. La finalidad de la plataforma no se limita únicamente a simplificar la interacción entre el gobierno y las empresas, sino que también busca acompañar a los usuarios en cada etapa de su proceso de exportación (Mosér, 2023). Durante este proceso, se han tenido en cuenta estándares internacionales, en particular, los principios clave de obtener información una sola vez y utilizarla de manera múltiple.

No obstante, es importante destacar que esta ventanilla única se distingue de la ventanilla única tradicional, que se ocupa principalmente de la regulación administrativa del comercio exterior, es decir, del intercambio de información y documentos entre las agencias de logística, aduanas y tarifas. En Rusia, la ventanilla única no se limita únicamente a los servicios gubernamentales convencionales, sino que también incluye servicios empresariales que abarcan la capacitación para nuevos exportadores, análisis de mercados, selección de mercados y servicios de *marketing* proporcionados por socios de la plataforma. Además, se brindan servicios financieros para exportadores, especialmente en áreas como seguros y financiamiento.

CONCLUSIÓN

La facilitación del comercio es fundamental tanto a nivel nacional como en el contexto de las integraciones regionales. Promover un entorno comercial más fluido y reducir los obstáculos al comercio es esencial para el desarrollo económico. Los acuerdos comerciales regionales a menudo incluyen disposiciones relacionadas con la facilitación del comercio, como la

simplificación de procedimientos aduaneros y la armonización de normas. Además, la implementación de ventanillas únicas nacionales y la búsqueda de la interoperabilidad entre países son pasos cruciales para agilizar el comercio internacional y fomentar la integración regional.

A lo largo de nuestro estudio, hemos explorado en detalle el concepto y la implementación de las ventanillas únicas en el contexto de la facilitación del comercio internacional, centrándonos en ejemplos específicos, como la plataforma “Mi Exportación” en Rusia. Este sistema de ventanilla única representa un avance significativo en la promoción del comercio internacional al simplificar y agilizar los procedimientos aduaneros, facilitar el acceso a documentos de permisos en formato digital y ofrecer servicios integrales que respaldan a las empresas exportadoras.

La ventanilla única en Rusia no solo implica la simplificación de los procedimientos aduaneros, sino que también abarca servicios adicionales para los participantes del comercio, como el análisis de mercado y los servicios financieros. Esto contribuye a la promoción de las exportaciones, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, y fomenta la expansión de los mercados internacionales.

REFERENCIAS

- Baur, G. (2020). *The european free trade association*. Cambridge.
- BIMCO (2014). Electronic bills of lading clause 2014. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/electronic-bills-of-lading-clause-2014>.
- Davydov, R. V. (2022). Nuevas tecnologías y nuevos enfoques. *Control Aduanero*, (2), 12-20.
- Davydov, R. V. (2023). La administración aduanera federal está haciendo todo para apoyar a las empresas. Regulación aduanera. *Control Aduanero*, (2), 3-7.
- Duval, Y. y Kravchenko, A. (2017). Digital trade facilitation in Asia and the Pacific. <https://www.unescap.org/sites/default/d8files/knowledge-products/DigitalTradeFacilitation.pdf>, 70.
- Duval, Y. y Utoktham, Ch. (2011). *Trade costs in Asia and the Pacific: Improved and sectoral estimates*. Trade and Investment Division Staff Working Paper 04/11. UNESCAP.
- Fefer, R. F. y Jones, V. C. (2017). WTO Trade facilitation agreement. Congressional Research Service. <https://sgp.fas.org/crs/row/R44777.pdf>.
- Goldby, M. (2019). *Electronic documents in maritime trade. Law and practice*. Oxford University Press.
- Goldby, M. (2019). Facilitating the transition to paperless trade: The role of single windows. En S. Rai y J. K Winn (Eds.), *Trade facilitation and the WTO* (pp. 36-56). Cambridge Scholars Publishing.
- Gnutzmann, H. y Gnutzmann, A. (2020). The cost of borders: Evidence from the Eurasian Customs Union. University of Hannover. <http://hdl.handle.net/10419/216964>.
- International Chamber of Commerce (ICC). (2010). Incoterms: reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales. Disponible en: <https://cdn5.tibagroup.com/wp-content/uploads/sites/5/2013/10/incoterms-2010-version-oficial1.pdf>.
- International Chamber of Commerce (ICC). (2013). *Uniform rules for bank payment obligations*. International Chamber of Commerce.
- International Chamber of Commerce (ICC). (2017). Business recommendations on rules of origin in preferential trade agreements: policy

statement. <https://www.tralac.org/images/docs/11574/business-recommendations-on-rules-of-origin-in-preferential-trade-agreements-icc-policy-statement-may-2017.pdf>.

International Chamber of Commerce (ICC). (2019). Uniform Customs and Practices on Documentary Credits, Electronic Supplement (eUCP). <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/06/icc-uniform-customs-practice-credits-v2-0.pdf>.

Kieck, E. (2020). Trade facilitation and customs. En A. Mattoo, N. Rocha y M. Ruta (Eds.), *Handbook of deep trade agreements* (pp. 293-319). World Bank. <http://hdl.handle.net/10986/34055>.

Marín-Galeano, M. S. y Valencia-Grajales, J. F. (2020). Del derecho comercial a la economía solidaria. *El Ágora USB*, 20(1), 210-225. <https://doi.org/10.21500/16578031.4650>.

Mathews, J. T. (1997). Power Shift. *Foreign Affairs*, 76(1), 50-66. <https://doi.org/10.2307/20047909>.

Maur, J.-Ch. (2011). *Regionalism and trade facilitation*. World Bank.

McMaster, J. y Nowak, J. (2007). The evolution of electronic trade facilitation: Towards a global single window trade portal. https://www.researchgate.net/publication/228581401_The_Evolution_of_Electronic_Trade_Facilitation_Towards_a_Global_Single_Window_Trade_Portal.

Mercosur (2010). El Código Aduanero del aprobado en 2010 mediante la Decisión del Consejo de Mercado Común 27/10. http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/DEC2710_s.pdf.

Moser, S. V. (2020). Formación del instituto legal de la aduana electrónica: experiencia rusa. *Lagunas en la legislación rusa*, (1), 186-199.

Mosér, S. V. (2023). Enfoques científicos y metodológicos para la creación de una matriz de datos como una herramienta prioritaria para el desarrollo del mecanismo de “ventanilla única” en los Estados miembros de la Unión Económica Euroasiática. *Lagunas en la legislación rusa*, 16(2), 284-296.

Naciones Unidas (2008). *United Nations e-Government Survey 2008 - From e-Government to Connected Governance*. United Nations. <https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2008-survey/unpan028607.pdf>.

Naciones Unidas (2019). *Digital and sustainable trade facilitation*. Global Report.

Naciones Unidas (2021). *Digital and sustainable trade facilitation*. Global Report. <https://www.unescap.org/kp/2022/untf-survey-2021-global>.

Ndonga, D. (2015). *Single windows and trade facilitation: A tool for development*. Kluwer Law International.

Neufeld, N. (2014). *Trade facilitation provisions in regional trade agreements. Traits and trends*. WTO.

Organización Mundial de Aduanas (OMA). (2014). Directrices sobre la certificación del origen. http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/es/pdf/topics/origin/instruments-and-tools/guidelines/guidelines-on-certification-endorsed_es.pdf?la=en

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2015). Informe de comercio mundial.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2019a). Notificación de los compromisos de las diferentes categorías en virtud del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Comunicación de la República de Armenia.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2019b). Notificación de los compromisos de las diferentes categorías en virtud del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Comunicación de Kazajstán.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2019c). Notificación de los compromisos de las diferentes categorías en virtud del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio. Comunicación de la República Kirguisa.

Pardo, G. (2014). Acuerdos comerciales de Colombia en materia económica. Competencias. La jerarquía de los acuerdos en el derecho comparado. En G. Pardo (Ed.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior* (pp. 3-69). Editorial Universidad de Rosario.

Shepherd, B. y Wilson, J. S. (2009). Trade Facilitation in ASEAN member countries: Measuring progress and assessing priorities. *Journal of Asian Economics*, 20(4), 367-383. <https://developing-trade.com/wp-content/uploads/2014/11/DTC-Article-Chapter-2009-3.pdf>.

Soamiely, A. (2011). Customs unions. En J.-P. Chauffour y J.-C. Maur (Eds.), *Preferential trade agreement policies for development: A handbook* (pp. 111-121). World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2329/634040PUB0Pref00Box0361517B0PUBLIC0.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Unión Económica Euroasiática (2012). Decisión del Consejo Económico Supremo de la Unión Económica Euroasiática del 19 de diciembre

de 2012 N.º 21, sobre la implementación de las principales direcciones de integración.

Unión Económica Euroasiática (2014a). Acuerdo de intercambio de información, incluyendo información confidencial, en el ámbito financiero con el propósito de crear condiciones en los mercados financieros para garantizar la libre circulación de capitales.

Unión Económica Euroasiática (2014b). Acuerdo de la Unión Económica Euroasiática, firmado el 29 de mayo de 2014. https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0003610/itia_05062014.

Unión Económica Euroasiática (2015). Decisión del Consejo Económico Supremo de la Unión Económica Euroasiática del 08 de mayo de 2015, N.º 12, sobre el concepto para la formación de un mercado eléctrico común de la Unión Económica Euroasiática.

Unión Económica Euroasiática (2017a). Decisión del Consejo Económico Supremo de la Unión Económica Euroasiática del 29 de mayo de 2014, N.º 68, sobre las principales direcciones para el desarrollo del mecanismo de “ventanilla única” en el sistema de regulación de la actividad económica exterior.

Unión Económica Euroasiática (2017b). Development status of the single window mechanism. http://www.eurasiancommission.org/ru/act/tam_sotr/edinoe_okno/Documents/9281012-en.pdf.

Unión Económica Euroasiática (2017c). Sobre las principales direcciones de la implementación de la agenda digital de la Unión Económica Euroasiática hasta 2025.

Unión Económica Euroasiática (2018). El Acuerdo de la Unión Económica Euroasiática sobre la armonización de la legislación de los Estados miembros de la Unión Económica Euroasiática en el ámbito del mercado financiero.

Unión Económica Euroasiática (2019). Resolución del Consejo Económico Supremo de la Unión Económica Euroasiática del 01.10.2019, N.º 20, sobre el concepto para la formación de un mercado financiero común de la Unión Económica Euroasiática.

UNNEXT y ESCAP (2019). Cross-border single window interoperability: a managerial guide. <https://www.unescap.org/sites/default/files/CROSS-BORDER%20SINGLE%20WINDOW%20INTEROPERABILITY.pdf>.

Unión Europea (2013). Reglamento (UE) 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea 269, de 10 de octubre de 2013.

Van Stijn, E, Klievink, B. y Tan, Y.-H. (2011). Innovative ICT solutions for monitoring and facilitating international trade. *Network Industries Quarterly*, 13(3), 26-29.

Widdowson, D, Blegen, B., Short, G. L., Garcia-Godos, E. y Kashubsky, M. (2019). Single window in the context of the WTO trade facilitation agreement. *World Customs Journal* 13(1), 101-128. [https://worldcustomsjournal.org/Archives/Volume%2013%2C%20Number%201%20\(Mar%202019\)/1877%2001%20WCJ%20v13n1%20Widdowson%20et%20al.pdf?t=1563333690](https://worldcustomsjournal.org/Archives/Volume%2013%2C%20Number%201%20(Mar%202019)/1877%2001%20WCJ%20v13n1%20Widdowson%20et%20al.pdf?t=1563333690).

Widdowson, D. (2004). *Managing risk in the customs context. Customs modernization handbook*. World Bank.

Wilson, J. S, Mann, C. L. y Otsuki, T. (2005). Assessing the benefits of trade facilitation: A global perspective. *The World Economy*, (28), 841-871.

Wolffgang, H.-M., Brovka, G. y Belozerov, I. (2013). The Eurasian Customs Union in transition. *World Customs Journal*, 7(2), 93-104. [https://worldcustomsjournal.org/Archives/Volume%207%2C%20Number%202%20\(Sep%202013\)/08%20Wolffgang%20Brovka%20and%20Belozerov.pdf](https://worldcustomsjournal.org/Archives/Volume%207%2C%20Number%202%20(Sep%202013)/08%20Wolffgang%20Brovka%20and%20Belozerov.pdf).

Wulf, L. de y McLinden, G. (2005). The role of information technology in customs modernization. En L. De Wulf y J. B. Sikol (Eds.), *Customs modernization handbook* (pp. 285-310). World Bank. <https://doi.org/10.1596/0-8213-5751-4>.

Yasui, T. y Engman, M. (2005). *The role of automation in trade facilitation*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/841420380004>.

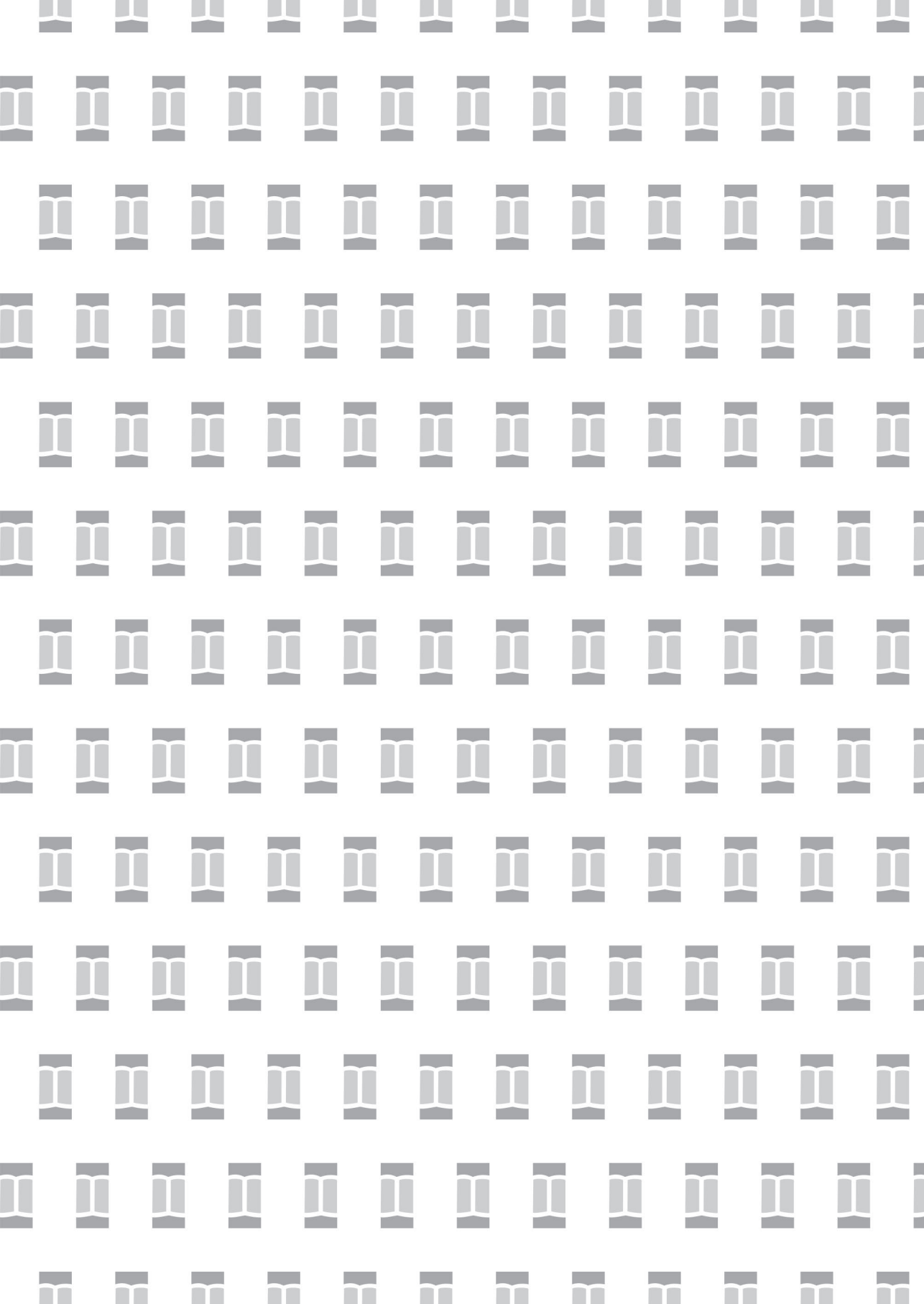
Indicaciones para autores, guía de buenas prácticas
y enlace para enviar los artículos

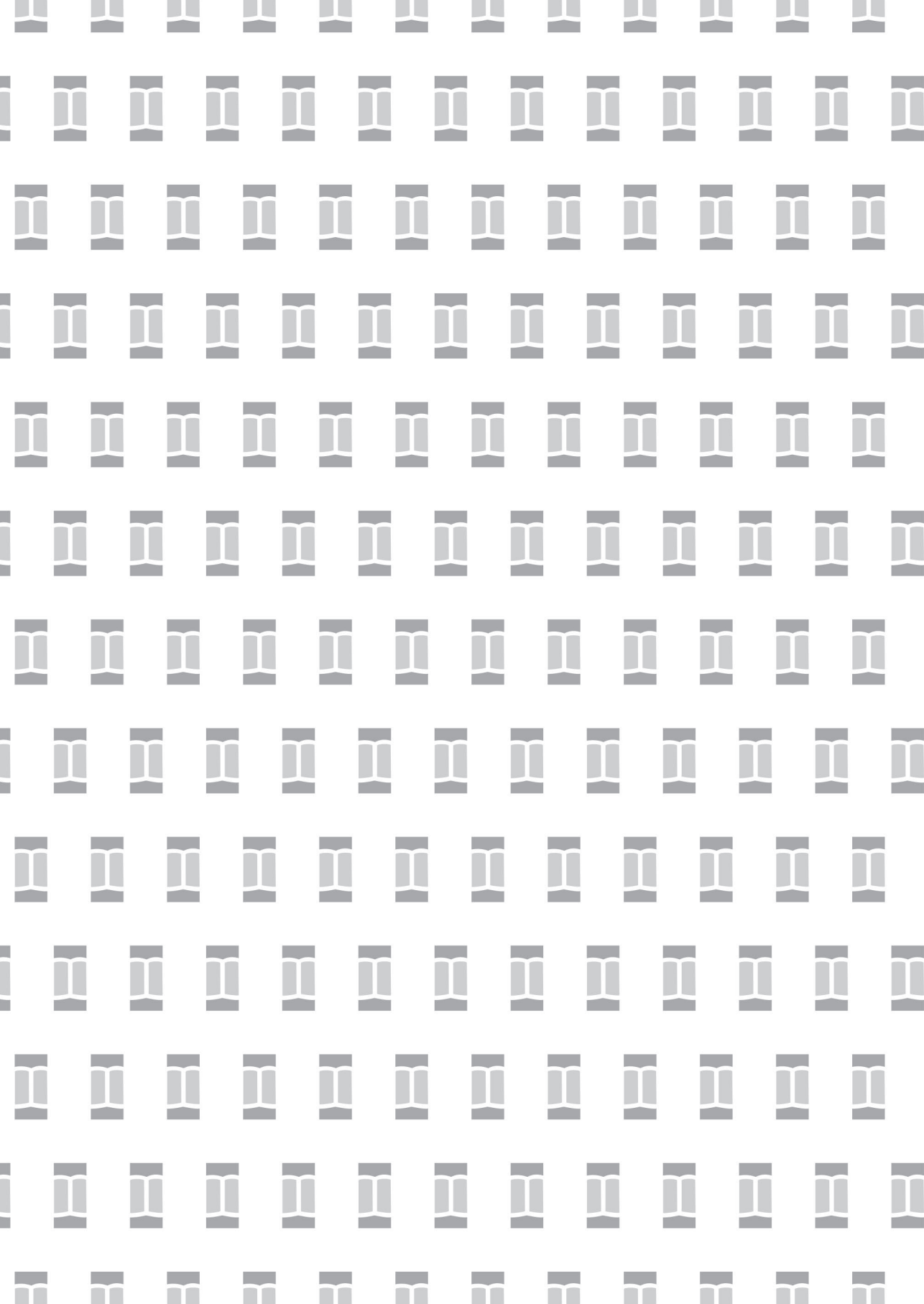
https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/pautas_eticas

<https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/login>



REVISTA Ratio Juris
se terminó de diagramar en septiembre de 2024
Fuentes tipográficas: Toronto 11 puntos para texto
corrido y Calibri en 14 puntos para títulos





Contenido

Editorial

- 21 Visibilización de la ciencia en las redes sociales: retos y oportunidades desde una perspectiva jurídica del derecho de autor
Pedro Luis Ramírez Berrio, Andrea María Valencia Grajales, Cristian Alexander Hernández Durango, José Fernando Valencia Grajales

Artículo de investigación

- 41 Análisis jurídico de normas con perspectiva de género sobre mujeres privadas de la libertad en sentencias de declaratoria de estado de cosas inconstitucional
Eddy Karina Mena Pérez, Clara María Mira González
- 65 Análisis de la ruta de la oferta institucional de Medellín para personas desplazadas debido al conflicto armado con énfasis en la restauración de su proyecto de vida —Fase documental—
Angy Plata Álvarez, Francy Plata Álvarez, Angélica Vargas Bernal
- 99 Decisiones judiciales en segunda instancia del poder judicial de Ceará sobre el tipo penal “violación al vulnerable” (Ceará-Brasil, 2017 a 2020)
Irlena Maria Malheiros da Costa, Homero Chiaraba
- 125 El buen gobierno y la correcta administración pública: el caso de la Corte Constitucional de Colombia y el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
Juan Sebastián Duque-Posada, Cristian Camilo Carrillo-Benítez, Santiago Agudelo-Taborda
- 159 El estándar mínimo de prueba en el proceso penal. Estudio a partir de los criterios jurídicos para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia, con enfoque en el pensamiento de Michele Taruffo
Juan Camilo Yepes Yarce, Luis Orlando Toro Garzón
- 189 The minimum standard of proof in the criminal process. Study based on the legal criteria for the imposition of custodial sentencing in Colombia, with a focus on the thought of Taruffo
Juan Camilo Yepes Yarce, Luis Orlando Toro Garzón
- 217 La ideología política, las creencias sociales y la polarización como obstáculos psicosociales para la democracia y la paz en Colombia, 2016-2020
Juan David Villa-Gómez, Ivonne Leadith Díaz-Pérez, Tatiana Saavedra-Flórez, Carlos Andrés Sánchez-Jaramillo, Alfonso Insuasty Rodríguez
- 259 Political ideology, social beliefs, and polarization as psychosocial barriers to democracy and peace in Colombia 2016–2020
Juan David Villa-Gómez, Ivonne Leadith Díaz-Pérez, Tatiana Saavedra-Flórez, Carlos Andrés Sánchez-Jaramillo, Alfonso Insuasty Rodríguez
- 299 Impeachment, parlamentarização e destituição presidencial abusiva na América Latina: uma investigação sobre a instabilidade presidencial na América Latina
Magnus Henry da Silva Marques, Alexandre Bernardino-Costa
- 333 La fase intermedia en el proceso penal colombiano como mecanismo de protección del principio acusatorio: una necesidad con motivo de la conmemoración de las dos décadas de la Ley 906 de 2004
Mateo Ledesma Cano
- 361 La lectura y la escritura a partir de los manuscritos de revistas jurídicas latinoamericanas indizadas en Scopus y Wos
Hugo González Aguilar
- 391 De escenarios políticos de reconocimiento a identidades de género no conformes
Paula Andrea Ramírez Monsalve
- 425 From political scenarios of recognition to non-conforming gender identities
Paula Andrea Ramírez Monsalve
- 455 Sobre o surgimento dos direitos linguísticos enquanto categoria jurídica
Marcos Paulo Santa Rosa Matos
- 491 Transfobia e heteronormativismo em uma política carcerária “à brasileira”
Neissa dos Santos Pereira, Bacildes Azevedo Moraes Terceiro
- 521 Una mirada freudiana al origen del Estado moderno: relación con el totemismo
Simón Bolívar Serna
- 547 Deslocamentos humanos por desastres ambientais e o instituto do refúgio internacional: o caso das Ilhas Carteret e a necessidade de reconhecimento dos refugiados climáticos
Thiago Dos-Santos-da-Silva
- 583 ¿Cuál es el monto que se debe reintegrar al Estado en la acción de repetición? Estudio metodológico para la aplicación de criterios jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad
Guillermo Ernesto Polanco Jiménez
- 617 Factores de riesgo en la violación de derechos humanos por parte de los policías
Hugo Alberto Tavaréz-Alvarado, Karla Villareal-Sotelo, Fabiola Peña-Cárdenas
- 633 Justificación de los derechos humanos: autonomía, consenso, democracia y dignidad humana
Ana Paula Barbosa-Fahrmann
- 663 Uso legítimo de la fuerza: un estudio respecto a su utilización en las áreas urbanas de Colombia por las fuerzas públicas
José Javier Nuñez-Castillo, André s Felipe Roncancio-Bedoya
- 679 La automatización de los procedimientos aduaneros en la facilitación del comercio
Victor Nikiforovich Sidorov

Vol. 19, N.º 38 pp. 712. Medellín-Colombia, 2024, ISSN 1794-6638 / ISSNc: 2619-4066 / DOI: 10.24142/raju



UNAULA®
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

ISSN 1794-6638

