

Ratio Juris

PUBLICACIÓN SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Vol. 19, N.º 39 pp. 568. Medellín-Colombia, 2024 (julio-diciembre), ISSN 1794-6638 / ISSNc: 2619-4066

DOI: 10.24142/raju

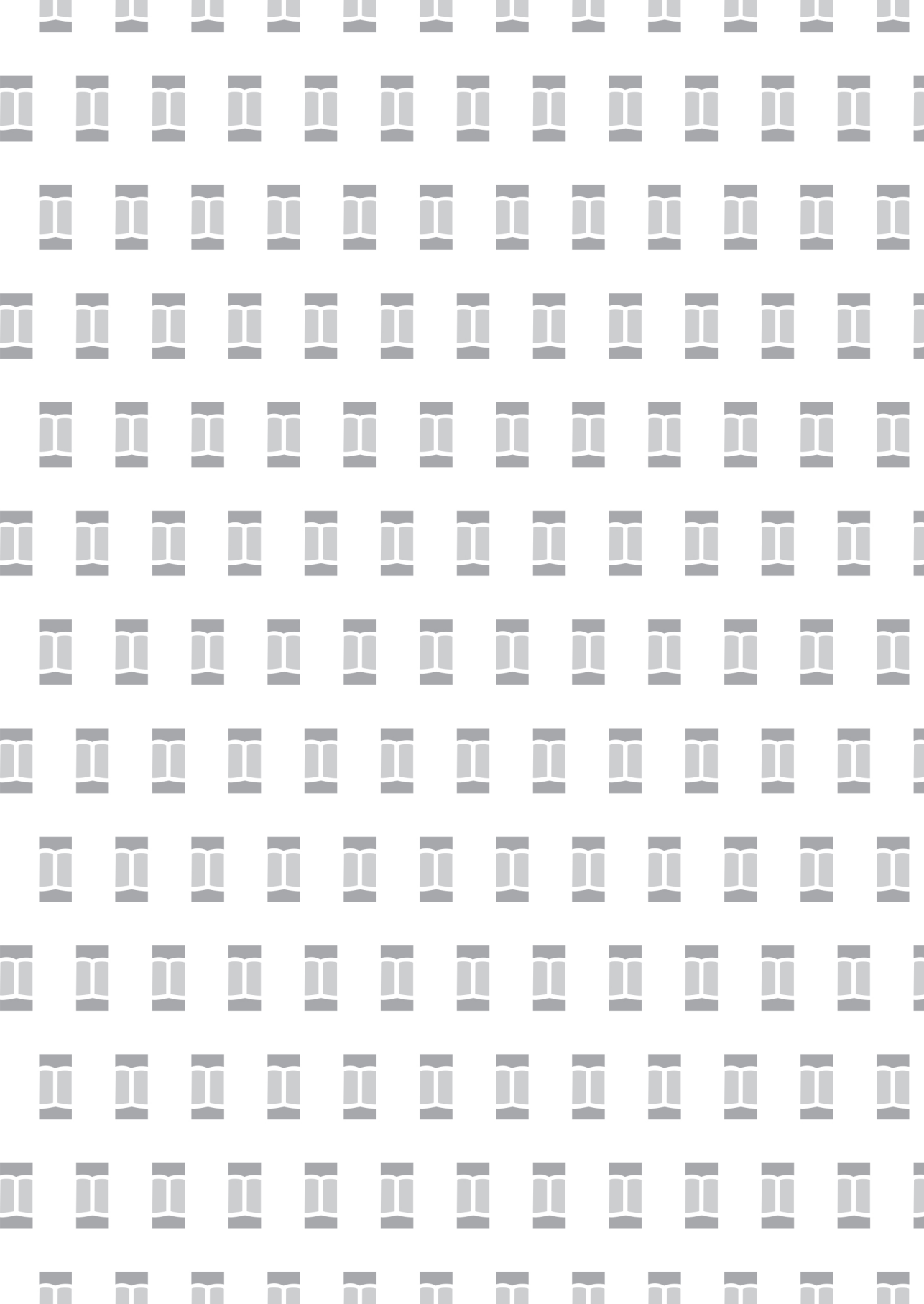
 Ediciones
UNAULA

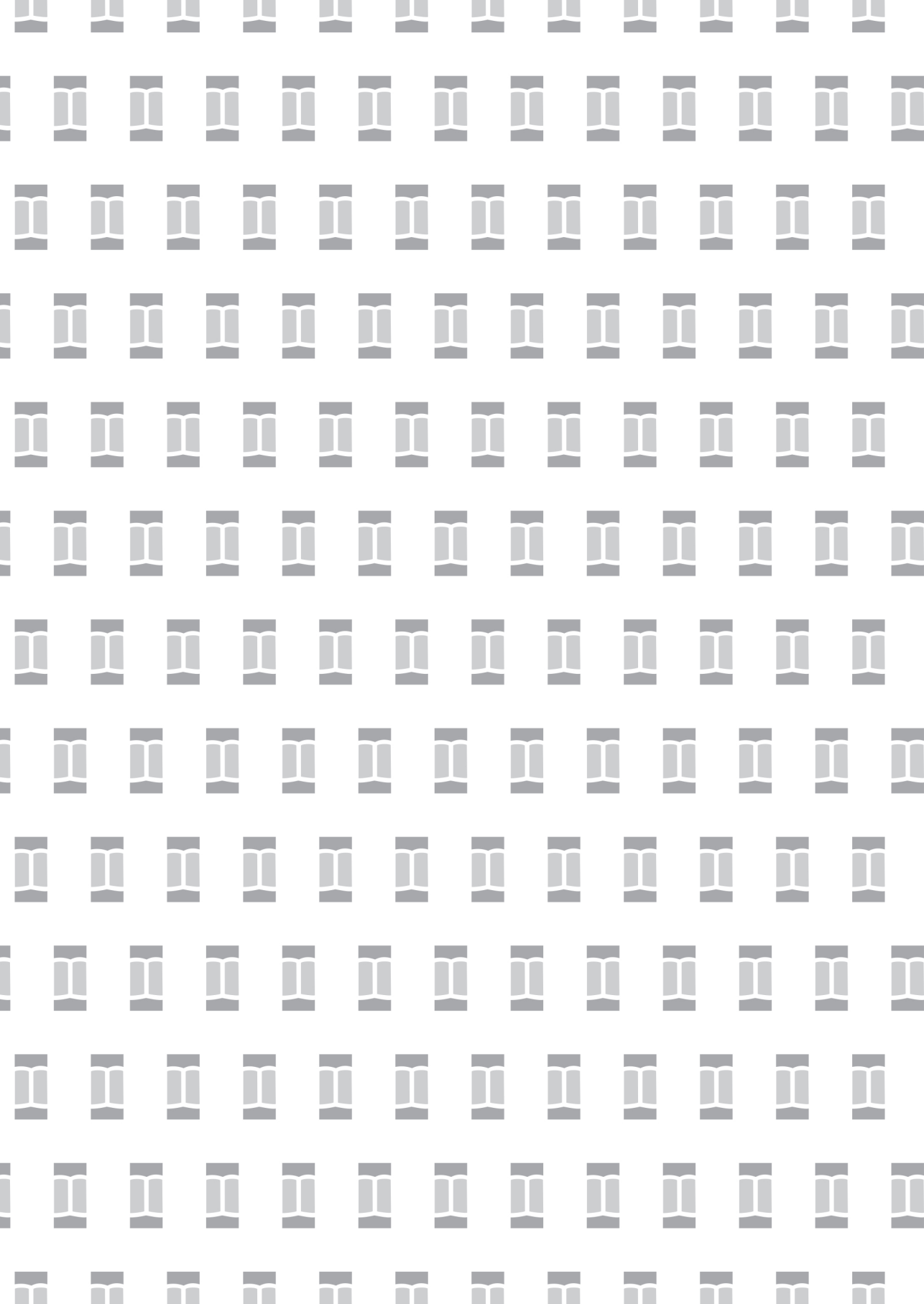
Misión de la revista

La revista *Ratio Juris*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana tiene como finalidad divulgar el conocimiento producto de investigaciones desarrolladas en el contexto nacional o internacional, en temas relacionados con el saber sociojurídico.

Mission

The journal *Ratio Juris*, from the Universidad Autónoma Latinoamericana School of law, has as goal to spread the knowledge produced through research carried out in the national and international context, in subjects related to the socio-legal knowledge.





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 39, julio-diciembre 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

ROBEIRO GONZÁLEZ GONZÁLEZ
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
INSTAGRAM: @TRAZOS_CM
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
Universidade de São Paulo Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Dra. Ana Paula Guimarães Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Porto, Portugal
apg@upt.pt
Universidade Portucalense Infante Dom Henrique Instituto Jurídico Portucalense: Porto

Dra. Clara María Mira González - cmira@CES.EDU.CO
Editora Revista CES Derecho

Dr. Waldir Leonel, Universidade Estadual de Mato grosso do Sul -
UEMS waldirleonel@uems.br

Dr. Óscar Eduardo Olivares Jatib Universidad Autónoma de Chile olivaresjatib@gmail.com

Mg. Enrique Rodríguez Caporalli - caporali@icesi.edu.co
Universidad Icesi

Mg. Angello Javier Peña Barrio - angellojavierpb@gmail.com
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 - eszupiany@gmail.com Litoral (UNL-CONICET). Santa Fe, Argentina

Dra. Vanessa Ortiz Piedrahita - vaortizp@unal.edu.co
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Mg. Jackeline Da Silva Jeronimo de Souza - Jack_sjs@hotmail.com
Universidade Federal da Bahia

Mg. Natalia Escobar Escobar - Natalia.escobare@unilibre.edu.co;
Universidad Libre

Dr. Omar Pezo Jimenez - omapezo@virtual.upt.pe
Universidad Privada de Tacna

Mg. Nohelia Elizabeth Diaz Correa - noheliaelizabethdiaz@gmail.com
Docente Universidad del Sinu – Cartagena. Docente Escuela de Policía Antonio Nariño.

Dr. Juli Ponce Solé - jpounce@ub.edu
Universidad de Barcelona

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

Dra. Raquel Freitag rkofreitag@academico.ufs.br
Universidade Federal de Sergipe

Mg. Thaís Tononi Batista - thaistononi@hotmail.com
Poder Judiciário do Espírito Santo/Brasil

Dr. Olegário Gurgel Ferreira Gomes - olegariofgomes@gmail.com
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 - 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

- 19.....El auge de las extremas derechas y la derechización del malestar
The rise of the far-right and the shifting of discontent to the right
Juan David Gelacio

Artículo de investigación

- 35.....Modelo de corte suprema para países de América Latina: Garantías procesales y función jurisdiccional en el modelo del debido proceso latinoamericano
Supreme Court Model for Latin American Countries: Procedural Guarantees And Jurisdictional Function In The Latin American Due Process Of Law Model
Pedro Augusto Silveira Freitas
- 69.....John Rawls na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
John Rawls in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court
Raphael Ricci Portella
- 93.....El Informe Final de la Comisión de la Verdad y [su impacto en] la configuración de Santiago de Cali como distrito especial
The Final Report of the Truth Commission and [its impact on] the Configuration of Santiago de Cali as a Special District
Tirson Mauricio Duarte-Molina, Juan David Mambuscay Burbano, Leonardo Sabogal Murcia

- 119.....Control de constitucionalidad y democracia: problemas en la esencia del argumento contra el control judicial de la legislación según Jeremy Waldron
- Constitutional review and democracy: problems at the core of the case against judicial review of legislation according to Jeremy Waldron
- Leandro Sánchez-Marín, Jhoan Sebastian David-Giraldo*
- 145.....Derecho, economía y sociedad: de la tricotomía sistémica al pluralismo jurídico
- Law, economy and society: from systemic trichotomy to juridical pluralism
- Daniel Marinho Corrêa*
- 169.....El imposible diafragma violencia/derecho: embates y combates entre legitimidad y legalidad. Las encrucijadas jurídico-morales de Walter Benjamin
- The Impossible Divide Between Violence and Law: Clashes and Conflicts Between Legitimacy and Legality The Juridical-Moral Dilemmas of Walter Benjamin
- Víctor Augusto Arteaga Villa*
- 241.....A análise econômica do direito e as falhas de mercado: a assimetria de informações como condição maximizadora da hipervulnerabilidade consumerista
- Economic Analysis of Law and Market Failure: Information Asymmetry as a Maximizing Condition of Consumer Hypervulnerability
- Lucas Soares de Carvalho, Sandro Marcos Godoy, Ricardo Pinha Alonso*
- 267.....Conceptual Foundations for Conducting Anti-Corruption Expertise in Public Administration in Ukraine
- Marco conceptual para la realización de peritajes anticorrupción en la administración pública de Ucrania
- Ihor Diorditsa, Yuriy Onishchyk, Viktor Dasiuk*

291.....Ideologia cautelar e poder punitivo: observações sobre a estruturação da cautelaridade no processo penal brasileiro

Ideología de la precaución y poder punitivo: observaciones sobre la estructura de la precaución en el proceso penal brasileño

Anayara Fantinel Pedroso

319.....Regularização fundiária urbana (reurb) enquanto política de gestão de conflitos fundiários no Brasil

La regularización del suelo urbano (reurb) como política de gestión de conflictos territoriales en Brasil

*Anderson Henrique Vieira, Arícia Fernandes Correia,
Talden Farias*

353.....La Ruta de la Integración Latinoamericana y su corredor vial:
¿un nuevo camino para las Indias?

The Latin American Integration Route and its road corridor:
a new path to the Indies?

Isabelle Dias Carneiro Santos

381.....Breve mirada al papel del derecho internacional en la formación de la sociedad global (del siglo XI al siglo XXI)

Brief look at the role of International Law in the formation of global society (11th century to 21st century)

José Luis Marín Fuentes

411.....La memoria colectiva de la protesta social del año 2021 en Colombia.
Una garantía a la verdad para las víctimas de violaciones de los derechos humanos

The collective memory of the social protest in Colombia in the year 2021.
A guarantee of the truth for victims of human rights violations

Kelly Natalia Melo Andrade, Luis Alfonso Torres Eraso

- 445.....Flexibilización probatoria en casos de falsos positivos en la jurisprudencia colombiana
Evidence flexibility in cases of false positives in colombian jurisprudence
Dany Steven Gómez Agudelo, Juan Esteban Aguirre Espinosa, Paula Andrea Malavera Pineda, Bryan Stiven Vásquez Moreno, Julián Camilo Giraldo Naranjo
- 477.....El derecho disciplinario jurisdiccional. Entre la manifestación ius puniendi y la concreción deontológica del artículo 26 constitucional
Jurisdictional Disciplinary Law: Between the Manifestation of Ius Puniendi and the Deontological Concretion of Constitutional Article 26
Juan Carlos Galvis Martínez
- 509.....Panorama jurídico para la interpretación del registro mercantil en el contexto tecnológico
A legal overview for the interpretation of the commercial register in the technological context
José Eduardo Valderrama Velandia
- 553.....Diplomacia digital durante el paro nacional de 2021: un análisis de las acciones digitales realizadas por el gobierno del presidente Iván Duque
Diplomacia digital durante a greve nacional de 2021: uma análise das ações digitais utilizadas pelo governo do presidente Iván Duque
Laura Melissa Olarte, David Javier Giraldo Infante

EDITORIAL

EL AUGE DE LAS EXTREMAS DERECHAS Y LA DERECHIZACIÓN DEL MALESTAR*

THE RISE OF THE FAR-RIGHT AND THE
SHIFTING OF DISCONTENT TO THE RIGHT

A ASCENSÃO DAS EXTREMAS-DIREITAS
E A DIREITIZAÇÃO DO DESCONTENTAMENTO

JUAN DAVID GELACIO**

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a1

Resumen

Este breve escrito propone abrir una discusión en torno a un fenómeno complejo pero marcado por su actual expansión, que se suma a una crisis civilizatoria en la que se enlazan diversas crisis como

* El presente artículo se deriva de la línea Constitucionalismo Crítico y Género, que hace parte del programa de investigación con código 2021 37-000016, denominado Dinámicas Territoriales y Conflictos Derivados de Proyectos del Desarrollo en Antioquia. Implicaciones para la Paz Fase II

** Docente investigador de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Filósofo y magíster en Estudios Políticos de la Universidad de Caldas. Coeditor de la revista *Ratio Juris*. CvLAC: https://scienti.colciencias.gov.co/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001540755, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=XDuW4tYAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3432-8237>, correo electrónico: juan.gelacio@unaula.edu.co

la ambiental, la cultural, la social, la económica, la ecológica y la del capital. Este fenómeno es el auge de las extremas derechas como resultado de la derechización del malestar y la configuración de neofascismos en relación con el capital; un malestar generado por la imposición del neoliberalismo y sus impactos altamente perjudiciales para la mayor parte de la población mundial, y por las insuficientes o nulas soluciones propuestas por la política tradicional. Mediante un análisis de textos y de situaciones concretas en las que se manifiestan los imagos y los marcos interpretativos de las extremas derechas, se describen algunos elementos constitutivos y se muestra cómo con la conducción de los afectos estas capturan ese malestar y generan tanto una polarización como un rol identitario hostil y virulento. Uno de los efectos más evidentes es la proliferación de la idea de una guerra civil por parte de las extremas derechas.

Palabras clave: extremas derechas, neofascismo, capitalismo, afectos, guerra civil.

Abstract

This brief paper proposes to open a discussion around a complex phenomenon marked by its current expansion, which adds to a civilizational crisis where various crises intertwine, such as environmental, cultural, social, economic, ecological, and capital crises. This phenomenon is the rise of the far-right as a product of the shifting of discontent to the right and the configuration of neo-fascisms in relation to capital; a discontent generated by the imposition of neoliberalism and its highly detrimental impacts on the vast majority of the global population, along with the insufficient or nonexistent solutions provided by traditional politics. Through an analysis of texts and concrete situations where the imagos and interpretative frameworks of the

far-right manifest, this paper seeks to identify some of their constitutive elements and show how, through the manipulation of emotions, this discontent was captured by the far-right through polarization and the creation of a hostile and virulent identity role. One of the most evident effects is the proliferation of the idea of a Civil War propagated by the far-right.

Keywords: far-right, neo-fascism, capitalism, emotions, civil war.

Resumo

Este breve texto propõe abrir uma discussão em torno de um fenômeno complexo, mas marcado por sua expansão atual, que se soma a uma crise civilizatória na qual se entrelaçam diversas crises, como a ambiental, cultural, social, econômica, ecológica e do capital. Este fenômeno é a ascensão das extremas-direitas como produto da direitização do descontentamento e da configuração de neofascismos em relação ao capital; um descontentamento gerado pela imposição do neoliberalismo e seus impactos altamente prejudiciais para a grande maioria da população mundial, além das insuficientes ou inexistentes soluções fornecidas pela política tradicional. Por meio de uma análise de textos e de situações concretas onde se manifestam os ícones e marcos interpretativos das extremas-direitas, busca-se identificar alguns de seus elementos constitutivos e mostrar como, através da condução dos afetos, esse descontentamento foi capturado por elas por meio da polarização e da configuração de um papel identitário hostil e virulento. Um dos efeitos mais evidentes é a proliferação da ideia de uma Guerra Civil promovida pelas extremas-direitas.

Palavras-chave: extremas-direitas, neofascismo, capitalismo, afetos, guerra civil.

No se trata de ir en contra de la verdad o de relativizarla sin más, sino de dejarla entre paréntesis y abrir las puertas a la especulación. Tiempo habrá de regresar al depósito bancario de lo verdadero para validar, con el crédito allí depositado, el resultado de los negocios emprendidos sin cobertura. No me gusta la ingeniería económica, pero habrán advertido que la economía neoliberal ha funcionado más o menos de esta manera durante varias décadas. Es cierto que al final el experimento acabó en bancarrota, pero una cosa es jugar con el dinero, sobre todo si es de los demás, y otra muy distinta apostar por nuestra imaginación con la garantía que ofrece la honestidad intelectual del apostador. En este caso solo puede haber ganancias. Hay que animarse, pues, a pensar, a especular.

Josep María Català, *La gran espiral. Capitalismo y paranoia*

La afirmación de que nos encontramos en un momento crucial para nuestro futuro (si aún es posible pensar en el futuro, bajo las condiciones que en este momento son habituales) no expresa una novedad de la que no tengamos noticia. Solo especulo. Aunque resulta evidente que existe una gran cantidad de elementos que confluyen para traernos a este momento crucial, no es este un texto para desplegar esos elementos; antes bien, trataré de enfocarme en un asunto muy particular, pero que reviste la mayor importancia a la hora de pensar en este momento coyuntural, y además intentaré comprender cómo han ganado tanto terreno en términos culturales y políticos las extremas derechas, para vislumbrar las posibles derivas por donde se podría encauzar un posible futuro.

Todo esto tiene que ver con lo que se ha denominado derechización del malestar (Fernández, 2024), que se configura mediante el impulso de neofascismos y, con ellos, del auge (cultural-electoral) de las extremas derechas¹ en el mundo, lo cual alienta de manera persistente la utopía neoliberal,

1 Hablo de extremas derechas en plural para hacer un énfasis comprensivo en el hecho de que no todas las derechas (extremas) ni sus líderes más representativos acogen de manera uniforme y homogénea los imagos, principios y valores que son consustanciales a ellas, sino que cada una organiza jerárquicamente y dependiendo de sus intereses y sus contextos esos elementos constitutivos para movilizar los afectos y generar la adhesión a un nosotros que se presenta como hostil y violento contra todo aquello que no recoja sus intereses.

que no es otra que el ensamblaje entre vida y capital. Tempranamente, en el siglo XX, Walter Benjamin sostenía que no se podía abordar la cuestión del fascismo sin plantear la del capitalismo. Por eso se hace necesario establecer los vínculos, más bien evidentes, entre este auge y los fascismos históricos, el populismo y las formas o técnicas de comunicación en tiempos digitales.

Si bien es cierto que no hay hoy una continuidad sin trabas del fascismo de las décadas del veinte y del treinta del siglo pasado, pues aquel se ha sabido renovar profundamente después de 1945 (Forti, 2024), sí existen algunos rasgos característicos que permiten reconocer una relación en términos de los principios y valores sobre los que se asienta, y la proyección de un modelo de vida al cual pueden atender. Son visibles algunos elementos generalizables y reconocibles, como el racismo, la xenofobia, el desprecio hacia el Estado de derecho, los ultranacionalismos, los liderazgos mesiánicos y una relación, para nada unívoca y, al contrario, muy compleja y hasta paradójica, entre el neofascismo y el neoliberalismo (Guamán *et al.*, 2019).

Dice Berardi (2024) que nos enfrentamos a una época feroz, que supone exponernos a altos niveles de violencia y a un individualismo extremo, y que esa ferocidad responde, sin duda, a un malestar que se ha venido apoderando de nuestras subjetividades durante los últimos cuarenta años, a partir del despliegue ilimitado (al menos en su pretensión) del semiocapitalismo y de un recetario (que deambula entre el ensayo y el error, sin perder nunca el mando de la situación) creado a la medida del neoliberalismo realmente existente. Una combinación profusa pero altamente peligrosa hace de fortín para incubar y mezclar, en un peligroso cóctel, emociones y sentimientos que surgen del deterioro societal, cultural, económico y político que el neoliberalismo ha dejado a su paso, canalizando prácticas y discursos que se expanden con suprema facilidad a través del mundo digital.

Estas fuentes han generado cambios profundos, aunque evidentes desde el punto de vista societal y antropológico; y en un nivel mucho más sutil, también han causado cambios psíquicos que han removido las estructuras tradicionales. Pero estas transformaciones no habrían sido posibles sin dispositivos que permitieran un despliegue expedito y casi trepidante temporalmente, y tal vez el más determinante sea el mundo digital, donde se asienta la psicoesfera. Es factible que nunca en la historia humana nos hubiéramos enfrentado a cambios tan abruptos, incluso tan imperceptibles, en periodos tan cortos, como en el transcurso de los últimos veinte años.

Estos cambios profundos y vertiginosos han traído consigo la instauración/imposición de una nueva normalidad, una nueva razón mundo, según Laval y Dardot (2013), que oscila entre la profusión de emociones tristes, el odio fácil y la precariedad de la vida en todas sus manifestaciones. Normalidad que, como sostiene con solidez Fernández (2024), no es ningún refugio que haya que proteger, sino que es precisamente el nido de la serpiente. Porque la normalidad instaurada funciona a la manera de una policía ontológica (Chamayou, 2024) mediante la cual ciertos atributos (valores, imagos, prácticas y discursos de las entrañas del neoliberalismo) sirven como frontera en una particular y muy problemática distinción: nosotros, los buenos, versus ellos, los malos.

Una de las aristas claves para la comprensión de este fenómeno complejo apunta hacia la idealización sobre la apropiación de recursos por parte de los otros/ellos, que de entrada no los merecen, por lo que cualquier cualidad distributiva queda saldada bajo la noción del mérito para el justo acceso a los recursos, lo que supone una lucha feroz de uno a uno, en la que la norma general de conducta es la competencia, y en la que solo sobrevive quien de antemano posee algún recurso que lo ubica en una condición óptima; una sublimación del estado de naturaleza que parece que siempre subyace al contrato social.

Se trata de una determinación que no carece de violencia, para constituir un nosotros absolutamente distinguible, como propósito de las extremas derechas que promueve una cerrazón de las propias convicciones y los propios principios, los cuales deben proteger mediante una securitización permanente de la existencia, obliterando cualquier posibilidad de participar de una existencia común en la diferencia, conducidos por una influencia muy fuerte sobre el estado anímico colectivo, que en una sociedad hipermediatizada consiguen con suma facilidad los canales (redes sociales y *mass media mainstream*) a través de los cuales es posible identificar los afectos y reconducirlos como malestar, para enfrentarlos de manera virulenta contra los otros que se invisten de diferencia.

Los afectos son hoy un botón muypreciado en términos de capacidad de movilización y de creación de cuestiones tan conflictivas como el sentido común o la opinión pública, que si se miran detenidamente, se producen para generar un ambiente hostil frente a quien se aparte de ellas. Y ello porque hoy es más fácil influir en los afectos de los individuos a través de imágenes que no necesitan mayor explicación, solo algún eslogan que

las acompañe y que tenga como objetivo penetrar nuestra subjetividad, no buscando legitimidad para su puesta en escena, sino abriendo posibilidades para replicarlo, como idea propia, frente al resto del mundo; eso constituye de manera cuasi espontánea amores, odios, esperanzas, displaceres, objetos de rechazo y admiración, que se despliegan en medio de interacciones facilitadas por el mundo digital, a la vez que condicionadas por este, lo cual determina de manera directa nuestro lugar en el mundo y las instituciones que legitiman los acuerdos materiales para que estas se impongan, produciendo una relación circular con los sistemas sociales en los que habitamos y por medio de los cuales interpretamos y justificamos lo que (nos) sucede (Nunes, 2024).

Así, los afectos sirven estratégicamente para librar una guerra que las extremas derechas pretenden dar sin tregua, como los cruzados, con el fin de imponerse en la batalla cultural, en los universos simbólicos en cuanto imaginarios aspiracionales y en los asuntos electorales. Estrategia política que ya había planteado, desde la segunda década del siglo xx, Walter Lippmann, uno de los ideólogos del neoliberalismo (Stiegler, 2023). De ahí la importancia de construir un nosotros, como atalaya imprescindible para imponerse. Un nosotros que es también trinchera y vindicación de las emociones tristes, por el cual se canalizan las conductas y se influye en los afectos:

Nosotros también significa *nuestro* nosotros, que no es el de ustedes. Sabemos que ustedes dicen “nosotros”, pero no lo dicen *como nosotros*. Lo sabemos por nuestras prácticas, por nuestros usos y por nuestras ideas, que son diferentes de las suyas. Eso es el nosotros: la posibilidad de ser todo el mundo, la promesa vaga, en el lenguaje, de una pertenencia universal, a la vez que asignación concreta a una identidad particular, a aquello que nosotros somos y ustedes no, aun cuando, a su manera, ustedes digan también “nosotros” (García, 2021, pp. 9-10).

Se proponen un influjo y una necesidad imperiosa de constituir ese nosotros y generar un profundo sentido de pertenencia que se encuentra permanentemente en peligro de ser asaltado por los otros, guardianes de una diferencia insalvable que hay que corregir o extirpar a como dé lugar; un régimen identitario que muestra su faz violenta y reaccionaria, presupuestaria de los neofascismos —ceranos al fascismo desplegado en la primera mitad del siglo xx—, producto de la imposición del consumo y, con ello, de la agresividad y la frustración generada por la obediencia a un orden social o modelo de vida al que no todos pueden pertenecer (Fernández, 2024).

Los listones que emplazan la trinchera ideológica de las extremas derechas se configuran a partir de una serie de elementos que juegan un papel histórico importante a la hora de establecer relaciones entre sí (en tanto sirven para la construcción del otro/enemigo dentro del fascismo histórico), que responden a estragos y horrores causados por estas doctrinas en diferentes momentos de los últimos cien años.

Pueden agruparse los siguientes elementos: el conservadurismo social (defensa dogmática de la familia heteropatriarcal, el matrimonio, la religión, las normas sociales establecidas); la economía de libre mercado (individualismo propietario, contratos, desregulación, reducción de la intervención del Estado, impulso del emprendimiento, idolatría por el mercado); el populismo (retórica virulenta contra las élites políticas tradicionales, conocidas como la casta, a las que responsabilizan de la crisis, promesas de una verdadera “representación” de la gente común y de soluciones de mercado para la crisis); el autoritarismo (liderazgo fuerte y centralizado, especie de mesianismo, poder ejecutivo robusto, debilidad en la separación de poderes, procesos de seguridad violentos frente a las resistencias populares); el nacionalismo (superioridad y defensa de la nación frente a cualquier amenaza interna o externa, preservación de la identidad nacional, cultura, tradiciones); la antinmigración (la percepción del inmigrante como una amenaza no potencial, sino actual, atenta contra el trabajo, los recursos y la identidad nacional).

Otro elemento que podría incluirse, aunque suele ser más difuso, es el de un escepticismo frente a la globalización (al menos frente a un tipo de globalización neoliberal que promovió procesos de deslocalización industrial, así como la flexibilidad en materia migratoria). No planteo un listado exhaustivo, ni afirmo que estos elementos tengan un orden jerárquico inamovible; simplemente señalo que estos elementos heterogéneos son constitutivos de las extremas derechas y que cada una de ellas y sus máximos representantes estructuran un orden dinámico de carácter estratégico para agruparlos según los contextos político-económicos en los que pueden emerger. Su consolidación supone un fuerte carácter moral con el que se presentan, cuyo principio rector es la libertad individual en el contexto del mercado, limitando de manera definitiva una discusión racional sobre sus efectos a nivel colectivo.

Esta moralización de lo político radicaliza un fenómeno, la polarización, que si bien no es nuevo, sí se ha visto exacerbado por la implementación de una dicotomía (nosotros/ellos) entre buenos y malos, zanjando y

reduciendo la infinita complejidad humana en unos imagos y marcos interpretativos que suponen una definición inamovible, no solo de la realidad, sino de aquello que tomamos por naturaleza humana. Esta moralización no deja de ser ambigua si tenemos en cuenta que el operador discursivo de las extremas derechas no es la verdad, sino la instauración de los hechos alternativos que dan origen a la posverdad,² que hace que las teorías de la conspiración se asuman como una religión secularizada y, con ello, que el asunto de la verdad sea algo en última instancia irrelevante (Abadi, 2023), ya que además entronca muy bien en la presentación de esos hechos alternativos y en la fuga de la confrontación racional bajo algún marco de regímenes de verdad (la verdad como correspondencia que durante la modernidad tuvo un estatuto epistemológico altamente reputado).

Asimismo, la polarización exacerbada permite observar de mejor manera cierta inclinación de la cultura occidental por la destructividad, que además de estar institucionalizada está incorporada psíquicamente (Fernández, 2024), lo que facilita el establecimiento de una frontera en la que se despliegan con total facilidad una adhesión y una devoción por la fuerza bruta como posibilidad de restablecimiento del orden (capitalista) y una indiferencia o crueldad hacia los otros, superfluos y prescindibles, por una aparente diferencia o frontera ontológica que los hace problemáticos y, por ello mismo, expuestos a la supresión.

Y esa frontera es problemática por diversos motivos, pero esencialmente por dos: en primer lugar, reduce la infinita complejidad de la vida humana, y con ella, la de las posibilidades relacionales mediante las que aquella se despliega, en un contendor de carácter moral que supone de manera inmediata una falaz superioridad de unos sobre otros; y en segundo lugar, una vez consumada esta brutal limitación/reducción, se asienta esa policía ontológica mediante una violencia exasperada y expandida que obstruye cualquier posibilidad de discusión pública o común sensata, en la que de antemano se imponen los valores y marcos interpretativos fijos, más allá

2 Tras su elección en el 2016, Trump lanzó una serie de afirmaciones que resultaron falsas (afirmó, por ejemplo, que había ganado el voto popular, que había tenido la mayor victoria electoral desde Reagan y que la multitud que lo acompañó a su posesión fue la más numerosa de la historia). Kellyanne Conway, funcionaria del gobierno de Trump, aclaró esta última afirmación sosteniendo que “la mayor multitud de la historia” no se trataba de una falsedad, sino de un hecho alternativo (Abadi, 2023). Esta “anécdota histórica” sirve como origen de toda una estrategia comunicacional política que está en el corazón de la posverdad.

de los cuales no existe lo posible. Arendt (citada por Stanley, 2018) sostenía que el fascismo se manifiesta de manera más fácil en una sociedad atomizada, en la cual sus integrantes no encuentran la posibilidad de relacionarse más allá de sus diferencias; precisamente, una sociedad como la actual.

De esta manera, la revolución antropológica que conlleva el capitalismo en su fase actual (neoliberal) se empapa de múltiples elementos del fascismo clásico y refuerza algunas actualizaciones gracias a los dispositivos emergentes propios de nuestra época (digital), que facilitan este proceso habilitando nuestras pasiones tristes y promoviendo el odio y el resentimiento como afectos necesarios para sobrevivir a la crisis, lo que hace que el neofascismo opere como un gran poder de atracción sobre nuestra economía libidinal, pues simplifica la existencia humana gracias a que entendemos lo mucho que valemos frente a los otros, sacrificables y prescindibles; pero también se aprovecha de la debilidad humana, ya que nos insta a creer que nuestro sufrimiento es soportable siempre y cuando aquellos a los que despreciamos sufran más (Stanley, 2018).

Asistimos al nacimiento y al avance de un neopopulismo reaccionario que es una prolongación aterradora del “There is no alternative” o TINA tatcheriano por otros medios (Zabala, 2021), y a la consolidación sin ambages de un neautoritarismo de mercado que se muestra como elemento constitutivo de los neofascismos (Guamán *et al.*, 2019), como se puede observar recientemente en América Latina con los ejemplos de Bukele y Milei, sin olvidar a Bolsonaro ni los períodos de Álvaro Uribe, que lograron apalancar los procesos de seguridad como nodo embrionario del orden social que se pretende ¿constituir?, ¿imponer?, ¿defender?, ¿restablecer?, ¿todas las anteriores?, por parte de las extremas derechas, lo que demuestra de manera fehaciente que el capitalismo en su fase actual (¿la última?) no requiere de la democracia, y que puede funcionar sin ella.

El caso de Grecia³ es un clarísimo ejemplo de ello. Pero no es el único. Cabe recordar el 6 de enero del 2021 por el asalto al Capitolio, en

3 El 5 de julio del 2015 se llamó al pueblo griego a un referéndum (soberanía y voluntad popular, estratos constitutivos de la modernidad política) con el cual se decidía si se aceptaban los términos de pago por parte de Grecia a sus acreedores principales (Comisión Europea, Fondo Monetario Internacional, Banco Central Europeo y, sin mucha vergüenza, el Banco Central Alemán como direccionador del pago inmediato). Ganó el No en el referéndum; no obstante, estas instituciones económico-políticas internacionales desconocieron el resultado de una decisión democrática y presionaron de manera más fuerte para que se efectuara el pago de la deuda.

Washington, por parte de seguidores de Trump y aupados por conspiracionistas a la cabeza de QAnon; o el 8 de enero del 2023, cuando seguidores de Bolsonaro asaltaron la Plaza de los Tres Poderes (Congreso, Presidencia y Supremo), en Brasilia. No era la democracia lo que defendían o querían restaurar, sino un proyecto político, forjado por un liderazgo mesiánico que propone la solución a la crisis desatada por la política tradicional y el sistema que lo soporta, y que, según ellos, los excluye, y quiere imponerse de manera violenta, incluso sobre lo que queda del ocaso democrático.

El nuestro es un tiempo en el que convive un sentimiento difuso de que, por diversas razones, las cosas no pueden continuar como están (y que, si continúan, es simplemente porque quienes se benefician de ellas tienen la fuerza necesaria para imponer su voluntad); y la sensación de que las cosas no podrían ser de otra manera, apoyada en el hecho de que la forma como vivimos, nos relacionamos y nos entendemos está completamente atravesada por dispositivos como el consumo, el individualismo, la competencia, el “emprendedurismo de sí”, el punitivismo. Si [...] las promesas de buena vida del capitalismo contemporáneo parecen cada vez más sospechosas, nuestra “servidumbre pasional” sigue profundamente arraigada al estado actual de cosas, incluso entre aquellos que se oponen conscientemente (Nunes, 2024, p. 19).

Tal vez sea este sentimiento difuso el que ha sabido capturar a las extremas derechas para configurar un proyecto político-antropológico que saca provecho de la crisis político-económica, mientras no hace más que profundizar la crisis civilizatoria, porque poner en el centro neurálgico de sus propuestas a la libertad no hace más que desnudar sus miserias, ya que la enfrenta de manera directa y violenta contra otras formas de vida que escapan no solo a su comprensión, sino también al pilotaje al que se verían sometidas y que produciría su exclusión, no solo imaginaria, sino también material. Emerge la figura de Alain de Benoist (integrante del Grupo de Investigación y Estudio sobre la Civilización Europea, GRECE, por sus siglas en francés), para quien “ya no se trata de tomar el poder, sino de dotarlo de un alimento ideológico, filosófico y cultural capaz de orientar (o contradecir) sus decisiones” (citado por Forti, 2024).

No es osado entonces plantear que después del ocaso democrático asistimos a un nuevo régimen, el de la libertad de empresa, que sustituye de

manera lapidaria la idea que teníamos de democracia, según la cual la vida pierde su valor (mediante los procesos de seguridad, la guerra permanente, el punitivismo) y de lo que se trata es de la mera supervivencia, en una versión terrorífica de darwinismo social y del hundimiento definitivo del proyecto de la modernidad (según el lugar desde donde se le mire), que ha tenido un papel fuerte en el canon occidental.

Las extremas derechas han sabido acoger elementos propios de la teoría crítica y desvincularlos de las posibilidades emancipatorias para construir su propia retórica y marcos discursivos, adelantándose en gran parte del mundo a las posiciones de la izquierda tradicional (Forti, 2024). Por ello, han desarrollado, como el fascismo histórico, la capacidad de apropiarse de todo aquello que para bien o para mal ha fascinado a la gente, y lo han elevado a instancias hasta hace poco impensables, porque han sido capaces de “leer los climas emocionales de rechazo, de daño, de resentimiento, poniéndolos al servicio de proyectos que los intensifican” (Fernández, 2024, p. 107).

Es a través de un secuestro semántico que han hecho suyas actitudes de transgresión, rebeldía e inconformismo que les han servido para imponerse en la opinión pública, ganando adhesiones en medio de “un espacio ideológico confuso” (Corcuff, citado por Forti, 2024), en el que el sentido de pertenencia y el afianzamiento de un rol identitario que conforma un amplio Nosotros, carente de reflexión pero allanado por la cercanía de los afectos, se presenta como suficiente y genera una especie de marco general de violencia para la defensa de ese Nosotros inmovible. Todo un marco ideológico que exalta el individualismo propietario, el neodarwinismo social, la figura del emprendedor, la radicalización de los privatismos familiar y profesional, el consumo de masas mediante el endeudamiento y el rechazo al “perverso” Estado del bienestar (Ruitort, 2021) se ha hecho sentido común.

Esta configuración ruda del rol identitario, agrupada en un Nosotros heterogéneo, interclasista e incluso caótico a su manera (la gente de bien en Colombia o el ciudadano de bien en Brasil, por traer un par de ejemplos concretos), alimenta una idea peligrosa que se extiende con la misma facilidad con que se originan el odio y la hostilidad entre diferentes, según la cual la radicalización y la polarización son los canales conductores de afectos y pasiones, no de ideas ni argumentos, y encuentran la materialización a través de la figura de la guerra civil. Ya se ha escuchado en Colombia, con un grito furioso ultranacionalista/anticomunista contra el gobierno actual de izquierda; se escuchó y mantiene ecos latentes en Brasil tras la derrota de

Bolsonaro en su intento por reelegirse; se ha escuchado en España, en la voz de los furibundos prosélitos de Abascal; resuena con fuerza en Estados Unidos como amenaza si Trump no logra la victoria en las próximas elecciones de noviembre. Y así, podría enumerar otros ejemplos en los que las extremas derechas auguran una guerra civil como devenir y solución a los tiempos que corren.

Esta idea, por su animosa peligrosidad, debería servir como revulsivo para desertar de ese gélido Nosotros, los buenos; pero el malestar ha sido tan profundo para muchos que la promesa de guerra civil se convierte en un aliciente y en la realización moral de hacer no solo lo justo, sino además lo necesario. Un *telos* fabricado mediante la conducción de los afectos, el ensalzamiento de las pasiones tristes, las *fake news*, la posverdad, la providencia del mercado, la divinización del derecho de propiedad, los procesos identitarios y la simplificación de la plural, diversa e infinita condición humana.

Hace falta más que un llamado a la contención electoral de las extremas derechas a nivel mundial, donde han crecido en términos de representación en diversas instancias. No se trata de caer de manera desprolija en la batalla cultural que proponen, replicando las técnicas comunicacionales (del grito al grito, del insulto al insulto), ni descalificando de manera abrupta un fenómeno y a un grupo de personas que se recogen y sienten una poderosa afiliación a un Nosotros de cara al desamparo en el que las ha dejado el capitalismo como orden social y como sistema económico. Apurar una gran transformación, un cambio social importante, depende también de un deseo alternativo, no sometido al capitalismo libidinal que no deja de ser atractivo, poderoso e incluso depredador, como el que hoy nos cobija (Fernández, 2024).

Es necesario comprender el fenómeno del auge de esta (im)postura política atendiendo a un proceso de sensibilización, de recuperación de una sensibilidad que permita la aparición de una inteligencia colectiva para luchar contra un fenómeno intolerable, como sostiene Dardot (citado por Fernández, 2024). Una vez ganado un horizonte de comprensión amplio, se debe apostar por la imaginación política como compuerta que se abre al reencantamiento del mundo mediante la sensibilidad, entendida esta como “una cualidad esencialmente *receptiva*, que no busca dominar, forzar y conquistar, sino acoger, escuchar y dejarse afectar por los fenómenos del mundo” (Fernández, 2024, p. 95). En última instancia, las soluciones no están a la vuelta de la esquina, hay que construirlas; y no hay mejor manera de hacerlo que de forma colectiva, apropiándonos de nuestros afectos y deseos,

y configurando una sensibilidad común que permita elaborar las respuestas a este peligroso fenómeno. Las apuestas son altas, pero hay que animarse a pensar, a especular.

REFERENCIAS

- Abadi, D. (2023). *Conspiranoia*. Ediciones Isla Desierta.
- Berardi, F. (2024). *Desertemos*. Prometeo Editorial.
- Català, J. M. (2016). *La gran espiral. Capitalismo y paranoia*. Sans Soleil Ediciones.
- Chamayou, G. (2014). *Las cacerías del hombre. Historia y filosofía del poder cinegético*. LOM Ediciones y Tinta Limón Ediciones.
- Fernández, A. (2024). *Capitalismo libidinal. Antropología neoliberal, políticas del deseo, derechización del malestar*. NED Ediciones.
- Forti, S. (2024). ¿La extrema derecha otra vez de moda? Metapolítica, redes internacionales y anclajes históricos. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/310-extrema-derecha-otra-vez-de-moda/>.
- García, T. (2021). *Nosotros*. Ediciones Isla Desierta.
- Guamán, A., Martín, S., Aragoneses, A. y Ramas, C. (2019). *Neofascismo. La bestia neoliberal*. Siglo XXI Editores.
- Laval, C. y Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Editorial Gedisa.
- Nunes, R. (2024). *Bolsonarismo y extrema derecha global. Una gramática de la desintegración*. Tinta Limón Ediciones.
- Ruitort, B. (2021). *Bucles neoliberales y neoconservadores. Imaginario social y poder*. Icaria Editorial.
- Stanley, J. (2020). *Cómo funciona el fascismo. Diez conceptos clave para entender el auge y los peligros de los nuevos tiranos del mundo*. Blackie Books.
- Stiegler, B. (2023). *Hay que adaptarse. Tras un nuevo imperativo político*. Kaxilda, La Cebra y Palinodia.
- Zabala, S. (2021). *Sin ataduras. La libertad en la época de los hechos alternativos*. Altamarea Ediciones.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

MODELO DE CORTE SUPREMA PARA PAÍSES
DE AMÉRICA LATINA: GARANTÍAS PROCESALES
Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN EL MODELO
DEL DEBIDO PROCESO LATINOAMERICANO

SUPREME COURT MODEL FOR LATIN AMERICAN COUNTRIES:
PROCEDURAL GUARANTEES AND JURISDICTIONAL FUNCTION
IN THE LATIN AMERICAN DUE PROCESS OF LAW MODEL

MODELO DE CORTE SUPREMA PARA PAÍSES DA AMÉRICA
LATINA: GARANTIAS PROCESSUAIS E FUNÇÃO JURISDICCIONAL
NO MODELO DO JUSTO PROCESSO LATINO-AMERICANO

PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a2

* Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo, em regime de cotutela com a Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna e pela Faculdade Milton Campos. Diretor Executivo do Instituto de Direito Processual. Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/12203911/pedro-augusto-silveira-freitas>; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5996127703022191>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0455-402X>; Correio eletrônico: pedrosilveirafreitas@gmail.com.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo establecer las principales características de las cortes supremas, para constituir un modelo aplicable y practicable en la cultura jurídica latinoamericana. Por lo tanto, se busca agrupar perspectivas comunes entre las cortes supremas dentro de este ámbito jurídico-político. Se parte del supuesto de que el diseño de principios compartidos por las cortes supremas puede propiciar la prestación de una tutela judicial más acorde con la realidad jurídica latinoamericana, así como la estructuración de instituciones más duraderas y fortalecidas dentro del sistema jurídico de cada país. Sin pretender generalizar, y resguardando las particularidades de la cultura jurídica de cada país, resulta importante establecer líneas directrices sobre la constitución y la función de las cortes supremas en Latinoamérica. La metodología utilizada se refiere a la revisión de la bibliografía producida sobre la cultura latinoamericana y sobre el papel moderno atribuido a las cortes supremas en esta realidad jurídico-cultural. En conclusión, se puede afirmar que un modelo general de corte suprema puede contribuir al fortalecimiento democrático y a la integración de la región latinoamericana, otorgando la máxima protección a los derechos humanos.

Palabras clave: modelo de corte suprema, América Latina, derechos humanos, justo proceso.

Resumo

O presente artigo objetiva estabelecer as principais características das cortes supremas, a fim de constituir um modelo aplicável e praticável na cultura jurídica latino-americana. Busca-se, portanto, agrupar perspectivas que sejam comuns às cortes supremas no âmbito dessa cultura jurídico-política. Parte-se do pressuposto de que o delineamento de princípios comuns às cortes supremas pode permitir a prestação de uma tutela jurisdicional mais adequada à realidade jurídica latino-americana, bem como a estruturação de instituições mais duradouras e fortalecidas dentro do sistema jurídico de cada país. Sem a

pretensão generalizante, bem como resguardando as particularidades da cultura jurídica de cada país, se mostra importante o estabelecimento de linhas mestras sobre a constituição e a função das cortes supremas na Latino América. A metodologia utilizada refere-se à revisão da bibliografia produzida sobre a cultura latino-americana e sobre o moderno papel atribuído às cortes supremas nessa realidade jurídica-cultural. Ao final, pôde-se concluir que um modelo geral de corte suprema pode contribuir para o fortalecimento democrático e para a integração da região Latino América, outorgando a máxima proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: modelo de corte suprema, América Latina, direitos humanos, justo processo.

Abstract

The present article aims to establish the main characteristics of the supreme courts in order to constitute an applicable and practicable model within Latin American legal culture. Therefore, it seeks to group perspectives that are common to supreme courts within this legal-political context. It is assumed that outlining common principles for supreme courts can allow for the provision of more adequate judicial protection within the Latin American legal reality, as well as the structuring of more enduring and fortified institutions within the legal system of each country. Without aiming for generalization, and safeguarding the particularities of each country's legal culture, it is important to establish guidelines on the constitution and function of supreme courts in Latin America. The methodology used refers to the review of literature produced on Latin American culture and on the modern role attributed to supreme courts in this legal-cultural reality. In conclusion, it can be argued that a general model of Supreme Court can contribute to democratic strengthening and regional integration in Latin America, granting maximum protection to human rights.

Keywords: supreme court model, Latin America, human rights, due process of law.

INTRODUÇÃO

Hay que ver lo que es el silencio / en las afueras de Valdivia /
por eso no conocerá / la comunidad del subsuelo / la comunión
de las raíces / porque estos muertos fallecidos / murieron antes
de morir. / Sin embargo, según entiendo / el corazón
es una hoja / el viento la hace palpar

Pablo Neruda

A América Latina representa uma vasta extensão territorial, composta por diversos países, localizada no continente americano, que compreende desde o território do México, ainda na América do Norte, até o extremo sul da América do Sul, entre Argentina e Chile. O território latino-americano é formado desde a Península de Iucatã, passando pelo Istmo do Panamá e todo o interior da América do Sul, até a chamada Terra do Fogo.

Trata-se de um continente composto por povos marcados pela diversidade cultural, originária, histórica e política, que, apesar dos inúmeros desafios, buscam fortalecer suas instituições democráticas e garantir a proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Apesar das notáveis diferenças que caracterizam os países que compõem essa região, é possível identificar diversas igualdades político-culturais, que tornam possível a aglutinação e a harmonização de interesses comuns e o fortalecimento da integração regional. Oteiza (2010) descreve as características comuns existentes entre os países que compõem essa região, destacando que “os Estados desta região frequentemente atravessam processos similares, visivelmente interdependentes” (p. 4).

No âmbito jurídico, uma dessas similitudes é a presença de cortes supremas na maioria dos países latino-americanos. Apesar de funcionarem e serem constituídas de maneiras diferentes, as cortes supremas representam instituições que desempenham um papel crucial na América Latina, na medida em que auxiliam: na promoção da estabilidade política e democrática; na proteção das garantias constitucionais, dos direitos fundamentais e das liberdades individuais e coletivas; na redução das desigualdades regionais; no fortalecimento da integração regional. Todas essas, são características peculiares do contexto latino-americano, que devem ser levadas em consi-

deração quando da constituição e da reflexão de um modelo geral de corte suprema para a região.

A análise, portanto, recai sobre as *escolhas* que a comunidade jurídica latino-americana faz em relação ao modelo de corte suprema, a partir das necessidades daquele determinado país, de sua cultura e dos recursos que dispõe, reconhecendo que essas escolhas têm implicações profundas para a estabilidade institucional, a promoção de direitos e a tutela das liberdades.

Conforme argumentado por Kern (2014):

As the principle of the separation of powers as understood today sets no precise limits to a “public interest” role of the Supreme Court and neither the definition of what is “public interest” and “private interest” nor the allocation and combination of the relevant procedural issues are unequivocal, every legal system and every generation must decide on the features of its procedural law that define the role of its Supreme Court. This decision must be taken according to the needs, culture and resources of the respective society (p. 34).

No desenvolver do presente estudo, serão exploradas as diferentes abordagens para a construção de um modelo de corte suprema para os países da América Latina. Ao fazê-lo, espera-se contribuir para o diálogo sobre o fortalecimento das instituições democráticas e para a busca de um modelo geral de corte suprema que promova o Estado de direito, a justiça e a proteção dos direitos fundamentais na região. A par desse objetivo, os estudos centralizam-se nos seguintes questionamentos: quais seriam as características gerais de uma corte suprema a ser implementada e praticada no contexto dos países que integram a região da América Latina? Esse modelo de corte suprema pode contribuir para o fortalecimento democrático e para a integração da região Latinoamérica?

O artigo estrutura-se da seguinte forma: no segundo capítulo, demonstra-se as relações existentes entre a cultura jurídica e o justo processo, a fim de fundamentar a construção de um modelo de corte suprema nos ordenamentos de cultura jurídica latino-americana; o terceiro capítulo apresenta lineamentos gerais para um modelo de órgão jurisdiccional comum, a partir de três perspectivas distintas, a função, as garantias e a internacionalização; em sede de conclusão almeja-se apresentar respostas aos questionamentos formulados, estabelecendo parâmetros gerais para a constituição de um modelo geral de corte suprema para a América Latina.

ENTRE CULTURA JURÍDICA E JUSTO PROCESSO: CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE CORTE SUPREMA NOS ORDENAMENTOS DE CULTURA JURÍDICA LATINO-AMERICANA

A construção de um modelo de corte suprema para os ordenamentos jurídicos latino-americanos se encontra intimamente ligado à cultura vigente na sociedade para a qual é construída, desenvolvida e aplicada (Silveira, 2021, pp. 32-44). Exatamente nesse sentido, Dinamarco (1993) aponta que o processo “é instrumento e é técnico, mas pelo canal da sua instrumentalidade jurídica e social e política recebe os influxos do clima cultural que o envolve, tanto como o direito substancial” (p. 219).

As facetas que caracterizam a cultura de uma dada sociedade —as quais, por um lado, constituem opções axiológicas, políticas e ideológicas e, doutro lado, representam as idiossincrasias daquele nicho social—, exercem insuperável influência sobre as escolhas para constituição e o funcionamento de uma corte suprema. Entre a corte suprema e a cultura jurídica de cada país latino-americano, se estabelece uma relação de recíprocas influências: as regras que constituem e que estruturam a corte suprema são diretamente influenciadas pela cultura da sociedade latino-americana na qual se encontra inserida; a corte suprema influencia importantemente a cultura que se encontra à sua volta, interagindo e modificando o cenário político-social daquele país latino-americano.

O estudo desenvolvido Chase (2014) demonstra que o método de resolução de conflitos tem sua origem na cultura à qual se refere. O estudo centra-se em dois argumentos centrais:

O primeiro é o fato de este processo resolutivo refletir a cultura em que está inserido —seus valores, seu arranjo social, sua metafísica e os símbolos através dos quais estes elementos são exteriorizados; o segundo é que esta relação é reflexiva— ou seja, a forma de resolução de conflitos será, também, um componente deste movimento contínuo de manutenção e construção da cultura em que está imerso (p. 187).

Conquanto Taruffo (2009) aponte certos empecilhos para que a cultura jurídica processual exerça influência significativa sobre a cultura em geral —especialmente no que se refere à não repercussão da leitura e da

escrita para fora do ambiente da doutrina estritamente processual—, é igualmente certo que o autor acena para duas perspectivas referentes ao modo como o processo civil influi sobre a cultura:

Da un lato, il processo civile rappresenta una parte rilevante dell'ordinamento giuridico, e quindi la cultura che lo riguarda —che è principalmente, anche se non soltanto, una cultura tecnica— costituisce una parte della cultura giuridica, e quindi anche una parte della cultura generale. Dall'altro lato, la società circostante non può fare a meno di rendersi conto dell'esistenza della giustizia civile, e quindi se si fa riferimento alla cultura in senso lato ci si può chiedere come essa percepisca e valuti un fenomeno socialmente così importante come l'amministrazione della giustizia civile (Taruffo, 2009, pp. 90-91).

A diversidade cultural, no entanto, não impede que possa ser pensado um modelo geral de corte suprema para a América Latina, especialmente a partir da observância daqueles princípios gerais e fundamentais do processo. Esses princípios fundamentais se encontram previstos na modelagem do justo processo, tratando-se de perspectiva teórica responsável pelo estudo e pela prática do processo civil na contemporaneidade. Muito embora seja improvável estabelecer uma ordem principiológica universal e monolítica quanto ao direito processual, e, mais especificamente, quanto à estruturação de uma corte suprema, nada existe de contraditório em afirmar, conforme esclarece Taruffo (2000, pp. 1083-1084), por outro lado, a existência de princípios gerais ou de linhas mestras na compreensão do fenômeno processual e no funcionamento do órgão jurisdicional.

Necessário reconhecer, além disso, que esses princípios essenciais do processo civil encontrarão, igualmente, diferenciações e adaptações em cada uma daquelas culturas que irá atuar. Em outras palavras, ainda que seja possível distinguir alguns lineamentos gerais para a constituição de um modelo de corte suprema, devem ser levadas em consideração as idiossincrasias de cada ordenamento jurídico, próprias de cada país latino-americano. Nesse sentido, já se pôde afirmar que

a partir da relação mutuamente implicada entre o particular, o abrangente e o variável, que passam a interagir na interface da cultura com o direito, pode-se ressaltar, respectivamente, que: i. as sociedades continuarão a desenvolver o direito de acordo com a sua cultura e

respectivas idiossincrasias, de tal modo que o caráter generalizante da tradição jurídica não elimina as singularidades dessas comunidades —particularidade—; ii. a tradição jurídica privilegia, tão somente, as linhas mestras da cultura e do direito, as quais são sistematizadas numa mesma categorização, de tal forma que alterações pontuais no regramento jurídico não são suficientes para deslocar um sistema de uma tradição jurídica para outra —abrangência—; iii. nem as particularidades do ordenamento jurídico, nem mesmo a generalidade da tradição jurídica, têm o intuito de impedir a comunicação entre os sistemas e ou de afastar o contato entre as culturas, sendo comum a circulação e a importação de institutos jurídicos de realidades jurídico-culturais diferentes —variabilidade— (Silveira, 2021, p. 41).

Exatamente nesse sentido é que, na atualidade, sedimentou-se a compreensão de que o fenômeno processual deve ser orientado pelo modelo de *justo processo*, o qual consagra: 1) a base normativa mínima e irreduzível das garantias processuais; 2) os valores e a ética que estruturam a compreensão e na conformação do fenômeno processual, especialmente a par da difusão do processo enquanto direito humano. O justo processo representa o conjunto de conhecimentos, inseridos na ciência do direito, organizados com o fim de explicar, de desenvolver, de interpretar e de unificar o fenômeno do direito processual, amplamente difundidos no caldo cultural da América Latina (Silveira, 2019; 2020b; 2021).

Conforme sustentado por Comoglio (2002):

En definitiva, prescindiendo de toda posible integración o sucesiva rectificación, las bases mínimas interpretan la plena y convencida adhesión —en el área hispano-latinoamericana, hoy particularmente cohesionada y compacta— a los valores ético-morales, sobre los cuales se funda la esencia del “proceso justo”. Ellas caracterizan y marcan profundamente la evolución histórica de las garantías fundamentales de justicia, acelerando la transición de la era del “Estado de derecho” a aquella del “Estado de justicia”, así como —ya lo he advertido en otra parte— el pasaje paralelo desde el “debido proceso legal”, tradicionalmente entendido en sentido formal, al proceso “justo”, modernamente concebido en una acepción sustancial, rica de significados ético-deontológicos (p. 238).

Para além da função de síntese e de agrupamento hermenêutico quanto aos direitos e às garantias processuais, o justo processo carrega em si significativa carga ética, sem a qual seria impossível às cortes constitucionais elaborarem provimentos jurisdicionais substancialmente justos. Para Comoglio (2004, p. 165), a garantia de justiça substancial impõe considerar como devido não qualquer processo que seja extrinsecamente justo, mas um processo que seja intrinsecamente justo e equitativo, de acordo com os parâmetros ético-morais aceitos pelo sentimento comum dos homens livres de qualquer época e país, na medida em que se mostre capaz de alcançar uma justiça verdadeiramente imparcial, fundada na natureza e na razão. De igual forma, Theodoro Júnior (2009) estabelece a relação existente entre a garantia de justiça substancial e o comportamento dos sujeitos processuais, donde se extrai o fundamento necessariamente ético do justo processo. Segundo o referido autor, “a própria meta de fazer justiça aos litigantes, perseguida pela função jurisdiccional, reclama um compromisso natural do processo com um valor ético, caro aos fundamentos do Estado Democrático de Direito” (p. 11).

A partir da relação existente entre a cultura jurídica latino-americana e o modelo de justo processo torna-se possível a reflexão e a identificação dos conceitos essenciais que devem compor e estruturar o funcionamento de uma corte suprema no contexto latino-americano.

CORTES SUPREMAS NA LATINOAMÉRICA: LINEAMENTOS PARA UM MODELO JURISDICCIONAL COMUM, A PARTIR DA FUNÇÃO, DAS GARANTIAS E DA INTERNACIONALIZAÇÃO

As cortes supremas desempenham um papel fundamental no contexto dos países da América Latina, atuando como verdadeiros pilares da proteção dos direitos fundamentais, da harmonização entre os poderes do Estado e da coesão da sociedade civil. A busca por um modelo ideal de corte suprema para a América Latina é um desafio complexo e multifacetado, já que envolve uma análise profunda das funções que deve desempenhar no ordenamento jurídico dos países que integram a região, bem como a definição de um conjunto de garantias e princípios processuais mínimos que garantam o justo julgamento dos casos.

O estabelecimento de um modelo ideal de corte suprema para a América Latina irá perpassar, conforme se verá adiante, pela análise sobre: 1) as funções que deve desempenhar no ordenamento jurídico no qual se encontra inserida; 2) o conjunto de garantias e princípios processuais mínimos para realizar o justo julgamento; 3) a internacionalização da corte suprema, a partir do contexto latino-americano.

Funções da corte suprema na América Latina

Como sumariamente visto anteriormente, as cortes supremas desempenham um papel de suma importância na regularidade institucional dos Estados democráticos. No contexto dos países latino-americanos, a corte suprema assume diversas funções e atribuições específicas, que podem ser identificadas com o clássico exercício da função jurisdicional adjudicatória dos conflitos, a harmonização entre os demais poderes de Estado e a própria sociedade civil organizada, bem como a representação de setores sociais historicamente marginalizados mediante a assunção de posição contramajoritária na proteção dos direitos humanos, dos direitos das minorias, dos povos originários, dos trabalhadores e dos consumidores, bem como dos direitos sociais, da natureza e do meio-ambiente, bem como na tutela da igualdade étnico-racial, de gênero, sexual e social.

No exercício dessas competências atribuídas à corte suprema, constata-se a existência de tensão entre os interesses públicos, consistentes na expectativa coletiva de uniformização jurisprudencial e de desenvolvimento do direito, e o interesse privado, identificado pela pretensão individual de justa resolução do caso concreto. Kern (2014) apresenta a seguinte distinção entre o interesse privado e público, presente no debate sobre a constituição de uma corte suprema:

Typically, “private interest” in this context is equated with the interest the parties to litigation have in obtaining a correct decision of their individual case (individual justice). From this perspective, the Supreme Court is seen as the court with the most qualified judges who will discover and correct mistakes of the lower courts. [...] “Public interest” in turn can, according to this logic, be defined as any general interest in the decision of an individual case, that is, an interest which someone else, i.e., a person different from the parties to litigation, may have. Typically, the general interest alluded to in this context is

the interest in a uniform application of the law and, in most modern legal systems, the interest in the development of the law (pp. 18-19).

No contexto latino-americano essa tensão entre o público e o privado assume contorno próprios e deve ser resolvida mediante proposta conciliadora e harmonizadora entre ambos os interesses, sem a exclusão absoluta de nenhum deles. Isto porque, nos países que integram a América Latina, tanto a resolução do caso concreto com justiça, quanto o aprimoramento jurisprudencial do direito, assumem especial importância, de modo que a corte suprema não poderia abdicar radicalmente de nenhum deles, ainda que para isso tenha que praticar certo hibridismo no exercício de suas competências, qual seja, resolver adequadamente o caso concreto e auxiliar o desenvolvimento do direito. Conforme argumenta Ricci (2009):

Ciò dimostra che l'interrogativo del vedere se la funzione della Cassazione sia quella della tutela dell'*ius litigatoris* o dell'*ius constitutionis* è in fin dei conti superfluo, perché essa esercita contemporaneamente l'una e l'altra funzione. Il problema sta solo nella diversa riuscita degli effetti. E cioè mentre la tutela della *ius litigatoris* è sempre attuata dalla Corte con pienezza di risultati ogni qual volta decide, non così avviene anche per la funzione nomofilattica, la quale dopo le modifiche imposte della riforma del 2006 non può venire praticata come dovrebbe (pp. 600-601).

Por essa razão, a competência atribuída às cortes supremas latino-americanas deve ser estruturada mediante os seguintes eixos funcionais: 1) a corte suprema deve, *prioritariamente*, contribuir para o desenvolvimento do direito, mediante a interpretação dos textos normativos e a expedição de orientação aos demais órgãos judiciários, à administração pública e à sociedade civil, quanto ao significado do direito, em tutela do *jus constitutionis* (Mitidiero, 2017a, pp. 53-54); 2) *excepcionalmente*, a corte suprema também deverá, nos casos que assim justifiquem, exercer a correção das decisões judiciais e o controle da legalidade, evitando-se a manutenção de injustiças e viabilizando o acesso à justiça sem a oposição de obstáculos desarrazoados, em tutela do *jus litigatoris* (Mitidiero, 2017a, p. 79).

Tendo em vista as circunstâncias político-jurídico-culturais da América Latina, a constituição da corte suprema não pode prescindir de nenhuma das competências. Em outras palavras, de acordo com Oteiza (2010, p. 20),

os casos concretos devem ser resolvidos com justiça, ainda que seja razoável a previsão de certos filtros recursais sem que implique limitação desproporcional à garantia de acesso à justiça, mas levando-se em conta a capacidade institucional da Corte em cooperar com o aprimoramento interpretativo do direito.

Paralelamente à tensão entre interesses públicos e privados, a corte suprema também deve ser atribuída a função de uniformizar o sentido do direito, mediante a edição de precedentes judiciais, outorgando eficácia vinculativa às decisões judiciais proferidas. Sobre a correlação que se estabelece entre os precedentes judiciais e as cortes supremas, Taruffo (2007) assim esclarece:

La funzione principale delle corti supreme in molti ordinamenti, di common law e de civil law, che è di assicurare il controllo di legittimità attraverso la fissazione di precedenti destinati a proiettarsi come punti di riferimento sulle decisioni degli altri giudici. Con formula sintetica si può parlare di “nomofilachia attraverso il precedente”, proprio per indicare che la funzione tipica di una corte suprema è di assicurare l’uniforme rispetto della legge attraverso decisioni “universalizzabili” e proiettate verso il futuro (p. 37).

Essa função assume especial relevância no contexto latino-americano, na medida em que a existência de precedentes judiciais fortes, de observância obrigatória, tende a contribuir para a efetivação dos direitos, bem como para o impedimento quanto ao descumprimento e violações reiteradas, possibilitada pela incontrolável incerteza do sentido dos textos normativos. O precedente judicial teria, pois, a finalidade precípua de impedir que o direito pudesse ser bandeado aleatoriamente, evitando a sua corrosão e esvaziamento, especialmente em um contexto de litigância repetitiva e de graves e recorrentes violações de direitos elementares à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a corte suprema, ao editar o precedente judicial, passa a exercer a função de nomofilaquia, mediante a atribuição de sentido adequado ao direito (Taruffo, 1991, p. 13).

O adequado exercício da função nomofilática autoriza reconhecer que a corte suprema assume a função de tutoria do ordenamento jurídico mediante a edição de precedentes judiciais, cuidando e aprimorando o significado extraível dos textos normativos. Nesse sentido já se pôde afirmar que:

O precedente judicial passa, então, a atuar mediante nomofilaquia e, nessa medida, a exercer a função de tutor do ordenamento jurídico, prestando tutela jurisdiccional ao significado extraível dos textos normativos. A nomofilaquia conferida pelo precedente judicial decorre da irreversível pluralidade semântica da linguagem jurídica, exigindo que os órgãos colegiados do Poder Judiciário, especialmente os Tribunais Superiores, realizem, mediante procedimento argumentativo intersubjetivamente controlável, a interpretação dos textos normativos, conferindo-lhes sentido axiológica e juridicamente adequado (Silveira, 2021, p. 152).

No contexto dos países da América Latina, que possuem diversas fontes legiferantes e inúmeras disputas sociais quanto ao sentido dos textos normativos, é essencial que a corte suprema exerça, com independência e com propósito harmonizador, a função de interpretar os textos normativos, assegurando a exata observância da legislação por meio de uniforme interpretação.

Para além dessas funções, próprias do exercício da judicatura, a corte suprema também desempenha a importante função de representação popular dos diversos segmentos sociais, das inúmeras origens e dos diferentes povos que habitam as muitas regiões da América Latina, bem como do pluralismo ideológico que convive e se comunica no contexto político latino-americano. Segundo argumentado por Bagni (2014):

Quello che mi preme sottolineare e che l'ipotesi della selezione popolare dei giudici costituzionali non dovrebbe essere scartata a priori come peregrina, sulla base dei solo argomento politico, soprattutto in contesti come quello latino-americano, dove spesso esiste un corto-circuito rappresentativo e dove importanti componenti della comunità sono da sempre state relegate ai di fuori dei sistema istituzionale. La garanzia di partecipazione, onnipresente nei testi costituzionali ed emersa nel corso dei processi costituenti, ha preteso um posto anche all'interno della funzione di controllo di costituzionalità, e credo sia dovere dei giurista cercare di comprenderne la portata, elaborando, se necessario, nuovi modelli interpretativi del fenomeno (pp. 1409-1410).

Essa representatividade deve ocorrer em três níveis distintos, mas interdependentes: 1) na composição dos membros da corte suprema, de modo que possa representar, proporcionalmente, as diversas camadas da

população latino-americana, seja em relação aos segmentos de classe, de origem, de gênero, de raça e de orientação sexual e religiosa; 2) na participação perante a corte suprema, de modo a permitir que a comunidade jurídica, por intermédio de representantes adequados, possa participar efetivamente do processo de tomada de decisão; 3) na proteção dos direitos de nacionalidade e de ancestralidade pela corte suprema, a fim de proteger os povos originários, bem como assegurar aos concidadãos latino-americanos a proteção e a tutela de seus direitos, sem que haja exclusão ou qualquer discriminação aos imigrantes.

Para além dessa competência, a corte suprema também desempenha relevante função no cenário político e constitutivo dos Estados latino-americanos, assegurando a devida estabilidade e harmonização entre os próprios poderes do Estado e a sociedade civil. Quando surgem conflitos macropolíticos, a corte suprema, atuando como árbitro imparcial e como conciliadora das desavenças complexas e interinstitucionais, deve assegurar a correta interpretação da Constituição e das leis, garantindo que nenhum poder se torne excessivamente dominante, contendo as crises institucionais e promovendo a governança democrática (Oteiza, 2010, p. 4).

Sob esse aspecto, conforme argumentado por Dinamarco (1998, pp. 10-11), a corte suprema dispersa sua atuação em vários sentidos: centraliza a harmonização entre os órgãos políticos, na medida em que se posiciona no ápice da estrutura judiciária e assume a qualidade de guarda máximo da Constituição; promove a preservação dos direitos humanos, caracterizado pelos diversificados remédios constitucionais e legais destinados à produção das tutelas jurisdicionais diferenciadas e integrantes da jurisdição constitucional das liberdades; constitui a unidade do direito nacional, evitando o risco de dispersão de julgamentos.

A corte suprema se constitui, portanto, como pedra angular na estruturação do Estado Democrático de Direito, especialmente nos países latino-americanos. Isto porque a corte suprema assegura o respeito à Constituição, bem como protege os direitos individuais e coletivos e promove a harmonia entre os poderes do Estado. Como visto, na atualidade latino-americana, as funções de uma corte suprema podem ser apreendidas nas seguintes dimensões: 1) harmonizar os interesses públicos e privados; 2) uniformizar o sentido do direito; 3) representação popular dos diferentes povos latino-americanos; 4) assegurar a estabilidade entre os poderes do Estado e a sociedade civil.

Conjunto de garantias e princípios processuais aplicáveis às cortes supremas na América Latina

A construção de um modelo de corte suprema para o contexto da América Latina pressupõe a observância de garantias e de princípios processuais específicos, projetados para regular o funcionamento e a realização dos julgamentos desse órgão jurisdiccional, de forma a permitir que a jurisdição possa atuar mediante um processo justo, conforme anteriormente delineado. O conjunto desses direitos processuais assume especial relevância, na medida em que estruturam a forma como o Estado, em cada um dos países latino-americanos, realiza os seus julgamentos e profere suas decisões.

O núcleo jurídico comum referente ao direito ao processo, integrantes da cartilha teórica que compõe o modelo do justo processo, é composto pelas seguintes garantias judiciais (Silveira, 2020b, p. 51): 1) dispor de um instrumento efetivo contra os atos que violem os seus direitos; 2) ser julgado por tribunais e por juízes competentes, independentes, imparciais e estabelecidos anteriormente por lei, seja no que se refere aos direitos de natureza civil, seja quanto às acusações criminais; 3) participar ativamente de seu julgamento, por meio de amplo e efetivo contraditório, valendo-se de todos os meios moralmente legítimos de prova, ainda que não expressos em lei; 4) acompanhar o seu julgamento que deverá ser, em regra, realizado de forma pública e, obrigatoriamente, em um tempo razoável; 5) ser considerado inocente até que reste definitivamente comprovada a sua culpa.

Todas essas garantias são diretamente aplicáveis aos julgamentos realizados perante a corte suprema. No entanto, diante das particularidades dos procedimentos praticados nesse ambiente jurisdiccional e à vista do contexto latino-americano, algumas garantias e princípios assumem dimensões normativas específicas —nesse breve ensaio, tidas como *binômios estruturantes*—, a fim de que a corte suprema possa desempenhar sua função estatal, bem como as partes e interessados possam ter assegurados os seus direitos processuais.

Na primeira ordem dessas garantias, se encontra o binômio estruturante representado pelo *acesso à justiça-para quem não tem*, conferindo a todos o poder de acessar a corte suprema, bem como de requerer a prestação de tutela jurisdiccional em benefício de seus interesses, sem que ocorra discriminações desarrazoadas. A garantia de acesso à justiça, nesse contexto, pode ser dimensionada em perspectivas distintas, mas complementares:

1) de natureza formal, mediante a previsão de instrumentos processuais que permitam a quaisquer interessados acionar, ainda que de forma excepcional, a corte suprema, reclamando a proteção de seus direitos; 2) de natureza substancial, a partir da produção de decisões efetivas e justas, capazes de conceder a melhor e mais adequada interpretação do direito pela corte suprema; 3) de natureza estrutural, a fim de que a corte suprema se organize para atender as demandas, mediante atuação impessoal e com respeito aos procedimentos previstos em lei.

Conforme argumentam da Costa *et al.* (2019), ao discorrem sobre o contexto brasileiro, diretamente aplicável aos demais países latino-americanos:

É de se esperar, portanto, que as escolhas políticas sobre acesso à justiça no Brasil que foram realizadas ao longo dos anos posteriores à Constituinte por inúmeras reformas legislativas, tenham sido também influenciadas pelos discursos e interesses desses atores, que são, afinal, os principais usuários do sistema de justiça brasileiro. Nossa hipótese, mais uma vez, é a de que essas reformas foram pouco a pouco transformando a pauta redistributiva do direito social ao acesso à justiça em uma “não-questão” (MATEI, 2007). A pauta de que se fala nesse artigo, portanto, é aquela que reconhece a escassez do direito ao acesso à justiça e que, a partir daí, busca fazer escolhas redistributivas, priorizando dar acesso aos que não o tem, em detrimento dos que repetidamente se utilizam das Cortes (p. 158).

Para que essas dimensões do acesso à justiça sejam viabilizadas, se faz imprescindível que os ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos prevejam a existência de instrumentos processuais, de natureza recursal ou de competência originária, utilizáveis e acessíveis às cortes supremas. A técnica processual deverá harmonizar os interesses públicos e privados, corrigindo a interpretação da legislação de direito material e de direito processual realizada pela cortes inferiores e uniformizando o direito, tal como já indicado pelos estudos realizados pelo Instituto de Direito Europeu e pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado e pelo código-modelo direcionado para a própria América Latina (ELI *et al.*, 2021, p. 211; IIDP, 1988).

Assim, os ordenamentos jurídicos latino-americanos devem, idealmente, contemplar os seguintes instrumentos processuais: 1) recursos extraordinários, a serem interpostos pelas partes em processos já instaurados,

por meio dos quais a corte suprema possa sindicalizar a correta aplicação da legislação ao caso concreto, corrigindo eventuais injustiças na aplicação da legislação material ou ilegalidades na concretização da legislação processual, bem como assegurando a uniformidade na interpretação da lei (Oteiza, 2006, p. 189); 2) ação originária de amparo jurisdiccional, ajuizada por quaisquer interessados, sem a necessidade da existência de prévio processo instaurado, de modo a autorizar a atuação direta da corte suprema na defesa das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, bem como no resguardo dos precedentes vinculantes proferidos por aquele órgão jurisdiccional (Dinamarco, 1998, p. 09); 3) ações para controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a serem ajuizadas por determinados legitimados previstos em lei, permitindo que a corte suprema fiscalize a validade da legislação editada pelos demais poderes do Estado (Rosenn, 2004, p. 161); 4) processos de natureza estrutural, a fim de que a corte suprema disponha de instrumental suficientemente adequado para resolver, de modo dialogal, problemas e questões enraizadas no tecido social e possa promover mudanças socialmente relevantes (Saraiya, 2022, p. 272).

Para além da previsão das técnicas processuais e das formas especializadas de tutela jurisdiccional, também se mostra essencial, no contexto de acesso à justiça, que a corte suprema adote medidas suficientemente capazes para permitir que os hipossuficientes possam fazer efetivo uso do sistema de justiça, bem como para impedir que os litigantes habituais façam uso estratégico e manipulado do sistema de justiça (Comoglio, 2004, p. 410). Isto porque, no contexto latino-americano, deve ser considerado que os litigantes habituais interagem com o sistema de justiça de forma diferente comparativamente aos litigantes eventuais, o que afeta substancialmente a forma de acesso ao sistema de justiça, tendo em vista a variedade de vantagens decorrentes de sua habitualidade e contínua presença nesse ambiente institucional.

Conquanto escrito num contexto norte-americano, em outra época, Galanter (2018) argumenta que os sujeitos processuais atuam com vantagens que permeiam o ambiente dos julgamentos, decorrentes das disparidades existentes nos serviços judiciários e no auxílio prestado às partes, bem como do próprio conjunto de regras oficiais regulamentares da arena processual.

As conclusões alcançadas encontram ampla aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos da América Latina, no seguinte sentido:

Em razão de diferenças em seus tamanhos, no estado do direito e em seus recursos, alguns dos atores na sociedade têm muitas oportunidades para utilizar os tribunais (no sentido amplo) para apresentar (ou se defender de) reclamações, enquanto outros fazem isso apenas raramente. Podemos dividir esses atores entre aqueles que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente (participantes eventuais ou PEs) e aqueles jogadores habituais (JHs), que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo. [...] Permitam-nos refinar essa noção de JH em um “tipo ideal” (se assim se preferir): uma unidade que já teve e antecipa a litigância repetitiva, que corre pouco riscos com o resultado de qualquer caso e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo. [...] Um PE, por outro lado, é uma unidade cujas demandas são muito amplas (em relação ao seu próprio tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo de resolução) para serem administradas rotineira e racionalmente (Galanter, 2018, pp. 46-48).

Diante das relevantes funções desempenhadas pela corte suprema, deve ser observado o binômio estruturante *participação efetiva-representatividade adequada* no âmbito dos procedimentos instaurados perante aquela instância jurisdicional, a fim de se assegurar que a comunidade jurídica, em contraditório ampliado, participe do processo de interpretação e de significação do direito, bem como de permitir que a corte suprema seja o vetor de catalização entre o direito e a sociedade civil. Ao discorrer sobre a participação popular, Bagni (2014) assim elucida:

Dove la partecipazione popolare non ha trovato spazi dedicati, se non nelle forme più note della democrazia rappresentativa e, in limitati casi, di quella diretta, le Corti costituzionali, attraverso il recepimento di alcuni degli strumenti processuali analizzati, potrebbero porsi come motore di un rinnovato incontro della comunità con il testo costituzionale e con i suoi valori, contribuendo in maniera costruttiva e a-partitica alia ri-definizione in atto della forma di Stato di molti Paesi europei, Italia inclusa (pp. 1413-1414).

A participação de todos os sujeitos que integram a comunidade jurídica se mostra, na maioria dos casos, inviável do ponto de vista organizacional e prático. Por essa razão, a participação deve ocorrer por intermédio

de representantes adequados, papel que pode ser desempenhado pelos *amici curiae* (Silveira, 2022; 2023). Desse modo, as cortes supremas latino-americanas devem estimular a intervenção dos *amici curiae*, admitindo a sua participação nos casos em que: 1) exista algum tipo relevante de interesse público, o que deve ser presumido diante da relevância jurídica, política e social do papel exercido por uma corte suprema (Cabral, 2004, p. 30); 2) a contribuição possa ser ofertada em favor do aprimoramento da tutela jurisdiccional prestada pela corte suprema, tornando participativo o julgamento dos recursos ou das ações originárias (Bazán, 2014, p. 194).

Observa-se, assim, que os *amici curiae* possuem o potencial de suprir o déficit de representação nos procedimentos que são desenvolvidos perante a corte suprema, na medida em que tais sujeitos processuais fornecem elementos informativos que irão dimensionar a realidade vivenciada pelos grupos representados e sob os quais incidirá a orientação jurisprudencial. Esse aporte de informações, no entanto, não é realizado de forma neutra, mas sim de modo intencional, ideológico e estrategicamente direcionado à defesa dos interesses do grupo representado pelo *amicus curiae*, apresentando, sob essa ótica, qual seria o sentido do direito mais adequado aos interesses do grupo representado.

Todavia, a representatividade adequada exige não só que o *amicus curiae* tenha capacidade de proteger de modo adequado os interesses da classe representada, mas também que o próprio grupo dos *amici curiae*, admitidos pela corte suprema, seja capaz de demonstrar que todos os interesses, de todos os grupos e de todas as classes, se encontram presentes e devidamente representados e possam, de modo igualitário, apresentar os sentidos que intentam adscriver ao direito (Oteiza y Verbic, 2010, p. 293).

Em outras palavras, a representatividade deve ser verificada e fiscalizada em dois vetores distintos, mas complementares: 1) o *amicus curiae* —no singular— deve possuir capacidade para representar adequadamente os interesses daquele grupo específico; 2) os *amici curiae* admitidos —no plural— devem, quando considerados conjuntamente, ser capazes de representar a completude pluralista de toda a sociedade e de todos os interesses envolvidos na questão a ser resolvida pela corte suprema, evitando-se a sub-representação ou mesmo a não-representação.

Por fim, importante ressaltar que somente mediante representatividade adequada, estimulada e controlada pela corte suprema, é possível legitimar as decisões tomadas por este órgão jurisdiccional. Apenas dessa

forma, ou seja, com ampla participação da comunidade jurídica mediante abrangente representatividade adequada, estará respeitado o devido processo legal e legitimada a tutela jurisdicional, que, no recorte apresentado, é prestada mediante o desempenho das funções atribuídas à corte suprema, em países da América Latina.

Pacheco (2009) sob a ótica das ações coletivas, relaciona a representatividade adequada com a legitimação ativa, o devido processo legal e a tutela jurisdicional efetiva aos direitos supraindividuais, nos seguintes termos:

En este entendido, pensamos que la representatividad adecuada es una noción que cabe vincular con la garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. Con el debido proceso, pues constituye una medida de resguardo para la protección de los derechos e intereses de todos los miembros de la colectividad: tanto de los que están interviniendo en las causas, con participaciones más o menos importantes (demandante principal o tercero coadyuvante, por ejemplo); como de aquellos que se hallan completamente ajenos al devenir de la causa (los ausentes). Con la tutela jurisdiccional efectiva, ya que la presencia de un actor con adecuada representatividad es señal de seriedad para el debate y de eficiencia del proceso (p. 262).

No contexto da Latinoamérica também se mostra relevante que a corte suprema, ao se desincumbir das inúmeras funções, as realize de forma fundamentada e com ampla publicidade, do que decorre o dever de respeito ao binômio denominado *fundamentação analítica-publicidade ampliada*.

Nesse sentido, as decisões judiciais proferidas pelas cortes supremas devem expor, de forma racional e analítica, razões jurídicas que sejam relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas, demonstrando, fundamentadamente, os motivos que sustentam aquela determinada interpretação do direito e a resolução da questão jurídica apresentada. Trata-se, portanto, de, não somente resolver adequadamente o caso concreto, mas também apresentar para a comunidade jurídica os fundamentos que justificam aquela opção jurisdicional resolutiva, fazendo-os conhecidos e colocando-os à prova da refutabilidade e à crítica racional (Mitidiero, 2012, p. 62).

A fundamentação das decisões judiciais, para além de justificar a solução apresentada ao caso concreto, quando realizada pelas cortes supremas, avança no sentido de realizar um discurso socialmente difuso, suficientemente capaz de racionalizar e de legitimar a prestação da tutela jurisdicional

em benefício do sistema jurídico, promovendo a sua unidade. Justamente por isso, a fundamentação das decisões judiciais se apresenta como uma premissa estruturante substancial, na medida em que deve estar presente, de forma incondicional, em quaisquer das ações ou dos recursos julgados pela corte suprema (Zaneti, 2016, p. 362).

A apresentação de uma fundamentação analítica e racional pela corte suprema, isoladamente, não é suficiente, na medida em que se mostra estruturalmente essencial que as decisões judiciais sejam amplamente publicadas e divulgadas, seja para que a comunidade jurídica daquele país conheça os fundamentos invocados pela corte suprema, seja para que os demais países latino-americanos também possam conhecer os precedentes produzidos pelas demais cortes supremas. A publicização das decisões judiciais proferidas por uma corte suprema decorre da necessidade de se propagar e de se difundir quais são os sentidos atribuídos aos inúmeros textos normativos que integram a ordem jurídica, tornando o direito cognoscível e confiável, seja em nível interno, seja em nível internacional (Mitidiero, 2017b, p. 39).

A publicidade das decisões judiciais se trata, portanto, de uma garantia processual e, além disso, de uma característica essencial da regra do *stare decisis*, sem a qual o sistema de precedentes judiciais, instituído em favor das cortes supremas, ruiria, tendo em vista que não seria possível à sociedade civil, aos próprios órgãos judiciários e aos demais países latino-americanos conhecerem as razões jurídicas que, adquirindo força vinculante, passaram a compor e a entremear a ordem jurídica.

Segundo Ferreira (2005):

No quadro geral das garantias processuais, a publicidade ombreia-se com as demais, prestando-se à revelação transparente da jurisdição civil aos olhos populares, além de servir à plena efetividade do contraditório, realizando a nobre missão suplementar de permitir a fiscalização dos atos estatais pelos verdadeiros detentores da soberania do poder do Estado. Não há relação de precedência ou de preferência entre os princípios processuais, mas clara concorrência deontológica prevista pelo sistema com o objetivo de alcançar a otimização da tutela dos direitos fundamentais. Tratando-se de garantia que dá expressão aos outros princípios processuais de igual importância deontológica, é bastante natural que a publicidade interpenetre-se em outros postulados fundamentais, fenômeno que se visualiza com

maior clareza no âmbito da garantia da motivação das decisões judiciais, mas que, igualmente, opera-se no contexto das garantias do contraditório, do juiz natural, do duplo grau e da legalidade, quer na sua feição meramente interna, quer externa (pp. 155-156).

Por fim, no âmbito de um modelo latino-americano de corte suprema, assume especial relevância as garantias afetas à atuação dos juízes que integram a Corte, seja frente às demais autoridades estatais e poderios da elite econômica, seja em relação às próprias partes do processo, traduzido pelo binômio estruturante *independência-imparcialidade*.

É premente a proteção da independência da corte suprema, mediante a construção de mecanismos que assegurem: 1) a separação entre o Poder Judiciário, a Administração Pública e os interesses dos detentores do capital econômico, a fim de se impedir a revisão política de suas decisões, bem como para que possa livremente desenvolver sua função contramajoritária e de proteção aos direitos fundamentais das minorais e dos menos favorecidos; 2) uma carreira profissional estável e devidamente estruturada, com resguardo às garantias, ao menos, da vitaliciedade e da irredutibilidade de subsídios, bem como regras adequadas quanto à vitaliciedade ou ao tempo de exercício do mandato; 3) mecanismos de cumprimento e de acatamento das decisões proferidas, especialmente por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, em sede do controle de constitucionalidade dos atos normativos ou do processamento e execução de decisões de caráter estruturante.

Nesse sentido, Rivera (2008) destaca:

Por ello consideramos que, como parte del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, los Estados latinoamericanos deben fortalecer sus sistemas de control de constitucionalidad, garantizando la independencia de los órganos encargados del control de constitucionalidad, otorgándoles potestades decisorias, y mejorando la legislación procesal (p. 593).

Esses elementos são fundamentais para consolidar a garantia de independência dos juízes que integram as cortes supremas, bem como auxiliam a construção de um modelo de instituição judiciária capaz de atuar como salvaguarda da legalidade, da estabilidade jurídica e, no âmbito político, como contraponto ao poder majoritário. Conforme apontam Engelmann *et*

al. (2017), a independência dos juízes no contexto latino-americano estaria relacionada com o estabelecimento de algumas condições, nos seguintes termos:

Também um volume significativo de trabalhos, cujo foco é a reforma do Judiciário na América Latina, dedica-se a discutir a problemática da independência do Poder Judiciário a partir de indicadores mais gerais que têm por objetivo avaliar o desempenho judicial nos regimes democráticos. Para esses trabalhos, destacam-se como fatores relevantes para a independência judicial: 1) a presença de mecanismos que assegurem a independência jurisdiccional à autonomia administrativa; 2) o respeito às decisões judiciais por parte dos Executivos e Legislativos; 3) a garantia dos direitos humanos; 4) a garantia de carreira para os juízes; e 5) a existência da possibilidade constitucional de revisão judicial. Tais fatores são apontados, por essa literatura, como essenciais para a afirmação de um modelo de instituições judiciais capaz de agir como garantia da legalidade, da segurança jurídica e, em termos políticos, como um poder contramajoritário (p. 905).

Caso estas características elementares da independência judiciária não sejam respeitadas, utilizando-se de expedientes administrativos ou legislativos para redução do seu âmbito de proteção, a própria corte suprema, em legítimo exercício de autoproteção, poderá declarar a invalidade desses atos, assegurando o exercício da judicatura constitucional de forma independente. Moraes (1998) assinala, nesse sentido, que, “o próprio Judiciário poderá garantir sua posição constitucional, mediante controle judicial desses atos, de onde concluímos a ampla possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos que desrespeitem o livre exercício desse Poder” (p. 60).

A defesa institucional e da comunidade jurídica quanto à garantia de atuação independente deve corresponder, em igual medida, à atuação rigorosamente imparcial dos juízes que compõem a corte suprema, sem que isso implique uma atuação despropositadamente neutra. Os juízes da corte suprema, estando resguardados pela garantia da independência, devem exercer suas funções de forma imparcialmente justa. Em decorrência dessa obrigação, devem buscar manter a sua imparcialidade e a honestidade, a fim de darem tratamento igualitário às partes, sem qualquer tipo de favorecimento ou de prejuízo. Para além do comportamento pautado pela equidade, os juízes das cortes supremas, justamente por resolverem questões de alta relevância jurídica, política e social, solvendo os grandes dilemas da sociedade,

devem evitar, o máximo quanto possível, a propagação de preconceitos, de tendências e de vieses cognitivos.

Como se pôde argumentar, as garantias e os princípios processuais que integram o modelo do justo processo exercem especial influência na estruturação, no funcionamento, no autocontrole e na legitimidade da atuação de uma corte suprema. Apesar do justo processo possuir ampla aplicabilidade nas atividades desenvolvidas na instância de uma corte superior, algumas perspectivas devem ser amplificadas e especificadas, a partir daquilo que se denominou *binômios estruturantes* de um modelo de corte suprema para países da América Latina, conforme acima destacado.

Internacionalização e integração das cortes supremas na América Latina

As cortes supremas, para além do relevante papel desempenhado internamente, direcionado ao próprio ordenamento jurídico, também assume especial relevância no contexto internacional, ao concorrer para a construção identitária entre os vários países que integram a região da Latinoamérica. Por essa razão, as cortes supremas, no exercício de suas competências regulares, não devem atuar de forma isolada; pelo contrário, devem levar em consideração a interdependência e a interação entre os diferentes organismos internacionais de resolução de conflitos, bem como tomar em atenção os pronunciamentos das cortes dos demais países latino-americanos.

As cortes supremas devem atuar, no espectro de sua funcionalidade internacional, observando os seguintes princípios: 1) a independência nacional do país no qual se encontra inserida; 2) a prevalência dos direitos humanos na tomada de decisões judiciais; 3) a autodeterminação dos povos, especialmente aqueles originários e tradicionais; 4) a igualdade entre os Estados que integram a região da Latinoamérica, bem como aqueles outros que com eles interagem; 5) a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos, quando forem judicializados perante o foro de sua competência; 6) o repúdio ao terrorismo e ao racismo; 7) a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; 8) a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A grande parte desses princípios se encontra expressamente prevista no caput e no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição da República

Federativa do Brasil, servindo de modelo a ser exportado para a modelagem geral proposta no presente estudo. Sobre esse dispositivo, da Silva (2013), ao tratar da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, anota que “as nações que compõem a organização internacional buscam estimular a construção de uma identidade regional, apoiada em uma história comum e sob os princípios do multilateralismo, respeito às regras jurídicas nas relações internacionais, direitos humanos e a democracia” (p. 28).

Esse conjunto normativo acaba por implicar a adoção de uma abordagem transconstitucional, contribuindo para a resolução de problemas complexos que transcendem as fronteiras nacionais, bem como levando em consideração a interconexão e a interdependência das diferentes ordens jurídicas. A adoção de uma normativa constitucional comum tende a unificar e a harmonizar o conjunto normativo dos direitos previstos nos países que integram a região da América Latina, elaborando-se um novo direito constitucional latino-americano, bem como promovendo a unidade e a integração da região.

Neves (2014), ao discorrer sobre o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na América Latina, ressalta que:

O transconstitucionalismo não se restringe a relações entre duas ordens jurídicas, podendo envolver entrelaçamentos triangulares ou multiangulares entre ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional. Especialmente no tocante aos direitos humanos, verifica-se um transconstitucionalismo pluridimensional envolvendo diversas ordens jurídicas, que se desenvolve, igualmente, de formas as mais diferentes, na América Latina. Nessa matéria, a invocação de precedentes a outras ordens jurídicas não se restringe ao direito constitucional de estados estrangeiros, conforme tratado no item 4 deste artigo, mas também às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais (pp. 206-207).

Streck y de Oliveira (2012), ao discorrerem sobre a caracterização do direito constitucional comum latino-americano, assim destacam:

Como antes anotado, um traço do novo constitucionalismo latino-americano e de outras Constituições, como a brasileira, é apostar na formação de uma identidade comum da América Latina, mais

ainda talvez da América do Sul, o que transcende as ligações econômicas. A Lex Legum de 1988 é comprometida com esta perspectiva, força do parágrafo único do art. 4º. E esse dispositivo não pode ser meramente retórico (p. 144).

Nesse sentido, Carpizo (2006), à época Presidente do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional, escreveu:

Así como América Latina es una realidad y una idea que se constitucionalizan, el Derecho Constitucional Latinoamericano y el Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano son realidades e ideas al servicio de una meta común y mayor: el perfeccionamiento de nuestros sistemas constitucionales dentro de la democracia y la gobernabilidad, que hacen suya la tendencia de la cohesión y la integración de la región (p. 107).

As cortes supremas, além disso, devem levar em consideração o conjunto normativo constituído pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos —também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969—, bem como a jurisprudência produzida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A referência e a observância ao contexto internacional permitem que as cortes supremas, ainda que por meio de atuação local, contribuam com a efetivação dos direitos humanos no contexto da América Latina, bem como auxiliem com a concretização do ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria.

Por esse motivo, as cortes supremas não podem se desvencilhar da eficácia normativa decorrente do estatuto do homem previsto na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, prevendo direitos e liberdades, tais como: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à vida; direito à integridade pessoal; proibição da escravidão e servidão; direito à liberdade pessoal; liberdade de consciência e de religião; liberdade de pensamento e de expressão; direito de retificação ou de resposta; direito de reunião; liberdade de associação; proteção à família; direito ao nome; direitos da criança; direito à nacionalidade; direito à propriedade privada; direito à circulação e residência; direitos políticos; igualdade perante a lei; proteção judicial e desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Como se pôde perceber, no contexto de América Latina, é fundamental que as cortes supremas se insiram no movimento de internacionalização

e de integração, a fim de proteger os direitos humanos previstos na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Essa inserção tem o potencial de contribuir para a constituição de um estatuto harmônico e protetivo dos povos que integram a Latinoamérica.

PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

La primavera / cruza las montañas / con su traje / de viento /
las flores amarillas / llenan de oro fragante / las viejas cicatrices /
de la tierra, / todo camina, / todo / vuela, / y van y vienen / las noticias del
mundo, / el crecimiento / de la historia, los pasos / de los conquistadores
abrumados / por el Trabajo humano, / más altas / que las más altas piedras
/ está el hombre, / en la cima / de los Andes / el hombre, / el invencible /
desarrollo, / el paso de los pueblos. / Y a la altura / nevada,
/ levantando / la cabeza, dejando / las manos en la pala / mira
el chileno, / sin miedo, sin tristeza. / La nieve, el mar, la arena, /
todo será camino. / Lucharemos

Pablo Neruda

A existência de uma corte suprema no contexto dos países da América Latina é primordial para o asseguramento e a proteção das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, bem como para a manutenção do Estado democrático de direito e a integração dos países da Latinoamérica. Nesse sentido, as cortes supremas atuam como contrapesos ao poderio político e econômico: assegurando que a vontade do povo seja respeitada e que os direitos democráticos sejam preservados; garantindo que a democracia beneficie a todos, especialmente os mais vulneráveis; promovendo a solidariedade, a cooperação e a justiça social em toda a região.

Em uma região marcada por desigualdades socioeconômicas e por instabilidades institucionais, as cortes supremas representam guardiãs dos direitos dos menos privilegiados, garantindo que as políticas públicas de promoção da justiça social e as promessas decorrentes dos direitos humanos sejam efetivamente cumpridas. Além disso, a corte suprema deve assumir a posição contramajoritária na proteção dos direitos humanos, dos direitos das minorias, dos povos originários, dos trabalhadores e dos consumidores, bem como dos direitos sociais, da natureza e do meio-ambiente, bem como na tutela da igualdade étnico-racial, de gênero, sexual e social.

As cortes supremas na América Latina desempenham um papel essencial como defensoras da justiça social, da estabilidade democrática e da integração regional. Por essa razão, faz-se imprescindível a sua defesa, a sua proteção e o seu aprimoramento por parte de toda a comunidade jurídica, cooperando com a sua missão institucional de promover uma sociedade socialmente mais justa.

Atualmente, a Latinoamérica se distingue dos países europeus que a colonizaram, bem como se distancia culturalmente dos países norte-americanos. Após os inúmeros processos de descolonização e independência, se produziu e se fortaleceu coloridos jurídico-culturais vibrantes e idiossincráticos, próprios de uma extraordinária e independente cultura latino-americana. Nesse sentido, as escolhas que a comunidade jurídica realiza quanto ao funcionamento e à estrutura das cortes supremas não pode prescindir e nem mesmo desconsiderar essas características próprias e estruturantes da sociedade e dos povos latino-americanos. De igual modo, as cortes supremas que atuam em tal contexto devem assimilar esse caldo cultural, para dele extrair características funcionais próprias e poder produzir resultados eficientes e justos.

Das considerações até então formuladas, podem ser retomadas as seguintes ideias, alçadas, agora, a título de conclusão do presente estudo. Um modelo de corte suprema idealizado para os países da América Latina pressupõe a observância das seguintes características, que deverão ser harmonizadas com as particularidades de cada ordenamento jurídico latino-americano:

- a. a corte suprema deve desempenhar as seguintes *funções* no ordenamento jurídico no qual se encontra inserida: harmonizar os interesses públicos e privados, contribuindo, prioritariamente, para o desenvolvimento do direito, bem como, excepcionalmente, para justiça do caso concreto; uniformizar o sentido do direito, mediante a edição de precedentes judiciais e o exercício da nomofilaquia; representação popular dos diversos segmentos sociais, das inúmeras origens e dos diferentes povos latino-americanos; assegurar a devida estabilidade e harmonização entre os próprios poderes do Estado e a sociedade civil;
- b. possuir um *conjunto de garantias e princípios processuais* mínimos para realizar o justo julgamento, a partir dos seguintes binômios estruturantes de um modelo de corte suprema para países da América Latina: *acesso à justiça-para quem não tem*, permitindo que as partes e demais interessados possam efetivamente acionar os serviços judiciários prestados pela corte

suprema, especialmente na proteção e asseguramento das garantias constitucionais, dos direitos fundamentais e sociais, que ainda apresentam extrema defasagem na América Latina; *participação efetiva-representatividade adequada*, viabilizando a participação da comunidade jurídica nos processos de tomada de decisão, por meio de representantes adequados, rompendo os ciclos presentes no contexto latino-americano de marginalização e de sub-representação dos grupos e das classes historicamente excluídos das instâncias de poder, em razão da classe social, da origem étnica ou regional, da raça, da orientação sexual, do gênero e da idade; *fundamentação analítica-publicidade ampliada*, permitindo que as razões e os fundamentos utilizados pela corte suprema sejam dispersados pela comunidade jurídica e pela sociedade civil em geral, a fim de que o direito possa se tornar amplamente conhecido, aumentando o status de cidadania das populações da Latinoamérica, ainda desconhecedoras de seus direitos básicos e fundamentais, bem como promovendo a integração interpretativa dos direitos comuns aos países latino-americanos; *independência-imparcialidade*, assegurando aos juízes da corte suprema condições estruturais e materiais para atuarem de forma independente e imparcial, com medidas de contenção às retaliações praticadas pelos demais poderes de Estado ou pelo grande poderio econômico, a fim de que possam exercer livremente a função contramajoritária, mediante a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis;

- c. promover a *internacionalização* e a *integração* da corte suprema a partir do contexto latino-americano e de uma perspectiva descolonizadora, a fim de proteger os direitos humanos previstos na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

CONCLUSÕES

Estabelecidas essas conclusões, e considerando o contexto latino-americano, pode-se concluir que, levando em consideração as características gerais referentes à função, às garantias e à internacionalização, um modelo geral de corte suprema pode contribuir para o fortalecimento democrático e para a integração da região Latinoamérica, outorgando a máxima proteção às garantias constitucionais e aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

Bagni, S. (2014). Democratizzazione della giustizia costituzionale in America Latina: uno sguardo da fuori. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 68(4), 1387-1414.

Bazán, V. (2014). *Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, 8(28), 173-201.

Cabral, A. P. (2004). Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, 29(117), 9-41.

Carpizo, J. (2006). Derecho constitucional latinoamericano y comparado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, 73-108.

Chase, O. G. (2014). *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Editora Marcial Pons.

Comoglio, L. P. (2002). Garantías mínimas del “proceso justo” civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1(2), 217-238.

Comoglio, L. P. (2004). *Etica e tecnica del “giusto processo”*. G. Giappichelli Editore.

da Costa, S. H., Gabbay, D. M. y Asperti, M. C. A. (2019). Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito (RBSD)*, 6(3), 151-181.

da Silva, A. P. (2013). Os princípios das relações internacionais e os 25 anos da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, 50(200), 15-32.

Dinamarco, C. R. (1993). *A instrumentalidade do processo*. Editora Malheiros.

Dinamarco, C. R. (1998). A função das cortes supremas na América Latina. *Revista Forense: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*, 94(342), 3-12.

Engelmann, F., Veiga, J. y Bandeira, M. (2017). A Construção da autonomia política do judiciário na América Latina: Um estudo comparado entre Argentina, Brasil, Chile Colômbia e Venezuela. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, 60(4), 903-906.

European Law Institute (ELI), International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) y ELI-Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (2021). *From transnational principles to European rules of civil procedure*. Oxford University Press.

Ferreira, R. J. (2005). *A garantia processual da publicidade*. Editora Revista dos Tribunais.

Galanter, M. (2018). *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Editora FGV Direito SP.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). (1988). *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: Historia, antecedentes, exposición de motivos*. <http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/02/cpcmodeloespanhol.pdf>.

Kern, C. A. (2014). The role of the Supreme Court. *Revista de Processo*, 9(228), 15-36.

Mitidiero, D. F. (2012). Fundamentação e precedente; dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, 37(206), 61-78.

Mitidiero, D. F. (2017a). *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. Editora Revista dos Tribunais.

Mitidiero, D. F. (2017b). *Precedentes: da persuasão à vinculação*. Editora Revista dos Tribunais.

Moraes, A. (1998). Controle externo do poder judiciário; inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, 35(140), 59-64.

Neruda, P. (2015). *Teus pés toco na sombra: e outros poemas inéditos*. Editora José Olympio.

Neves, M. (2014). Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Internacional de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, 51(201), 193-214.

Oteiza, E. (2006). El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista de Processo*, 31(136), 151-195.

Oteiza, E. (2010). A função das cortes supremas na América Latina: História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, 35(187), 181-230.

Oteiza, E. y Verbic, F. (2010). La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. *Revista de Processo*, 35(185), 283-308.

Pacheco, C. M. (2009). Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos. *Revista de Processo*, 34(175), 244-277.

Ricci, G. F. (2009). La Suprema Corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 63(2), 571-602.

Rivera, J. A. (2008). Los tribunales constitucionales en América Latina y la protección de la ciudadanía. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 8, 588-620.

Rosenn, K. S. (2004). Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. *Revista de Direito Administrativo*, 235, 59-185.

Saraiva, C. B. (2022). Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. En S. C. Arenhart, M. F. Jobim y G. Osna (orgs.), *Processos estruturais* (pp. 239-174). Editora Juspodivm.

Silveira, P. A. (2019). O justo processo enquanto direito do homem e da mulher: educação em direitos humanos como condição para alcançar a cidadania. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 27(116), 273-296.

Silveira, P. A. (2020a). Imperativos do processo justo: o desenvolvimento de técnicas processuais e a especialização da tutela jurisdicional, a partir da obra do Professor Humberto Theodoro Júnior. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, 76, 455-477.

Silveira, P. A. (2020b). *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. [Dissertação de Mestrado Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais]. <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/33671>.

Silveira, P. A. (2021). *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. Editora Tirant lo Blanch.

Silveira, P. A. (2022). A participação da comunidade jurídica na formação do precedente judicial: a atuação dos amici curiae na escolha do sentido do direito. En L. Ribeiro y L. G. Reis (orgs.), *Jurisprudencialização do direito no Código de Processo Civil de 2015: Aspectos críticos* (pp. 251-276). Editora Thoth.

Silveira, P. A. (2023). Da liberdade do dissenso à virtuosidade do consenso: a contratualização do sentido do direito na formação do precedente judicial consensual. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2(2), 643-711.

Streck, L. L., de Oliveira, F. (2012). Um direito constitucional comum latino-americano; por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 10(11), 121-151.

Taruffo, M. (1991). *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Il Mulino.

Taruffo, M. (2000). Dimensioni transculturali della giustizia civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 54(4), 1047-1084.

Taruffo, M. (2007). *Precedente e giurisprudenza*. Editoriale Scientifica.

Taruffo, M. (2009). Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 63(1), 63-92.

Theodoro Júnior, H. (2009). Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, 6(33), 5-18.

Zaneti, H. (2016). *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Editora Juspodivm.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

JOHN RAWLS NA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JOHN RAWLS IN THE JURISPRUDENCE
OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

JOHN RAWLS EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA BRASILEÑA

RAPHAEL RICCI PORTELLA*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a3

Resumo

As ideias de John Rawls são importantes para a manutenção das democracias constitucionais contemporâneas, sendo utilizadas, muitas vezes, em fundamentações de decisões proferidas por Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais. Através de uma pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial, o presente trabalho tem como

* Doutorado em andamento em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes. Presidente da Comissão Especial de Direito da Concorrência e Licitação da 57 subseção da OAB/RJ, Barra da Tijuca. Advogado pela Universidade Gama Filho. Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/873916/raphael-ricci-portella>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7182-7638>, correio eletrônico: raphael@portellaadvogados.com

objetivo analisar como as ideias desenvolvidas por John Rawls são aplicadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) —tanto nos acórdãos, quanto nas decisões monocráticas—, analisando cada um dos resultados da busca. A metodologia utilizada na pesquisa foi a seguintes 1) acessar o site oficial do STF; 2) selecionar a opção de buscar jurisprudências da Corte; 3) buscar pela palavra-chave “Rawls”. A pesquisa realizada até o dia 05 de fevereiro de 2024 e nos apresenta o total de trinta e três decisões, das quais são vinte e quatro acórdãos e nove decisões monocráticas. Aplicando o raciocínio lógico-dedutivo, concluímos que há uma utilização dos conceitos da teoria rawlsiana por grande parte dos Ministros do STF (aposentados e em atividade), sem que possamos afirmar que há uma consagração total e irrestrita das ideias do autor.

Palavras-chave: John Rawls, Supremo Tribunal Federal (STF), jurisprudência.

Abstract

John Rawls’ ideas are important for the maintenance of contemporary constitutional democracies, and are often used in the reasoning of decisions rendered by Supreme Courts and Constitutional Courts. Through a documentary, bibliographic and jurisprudential research, the present work aims to analyze how the ideas developed by John Rawls are applied in the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) —both in the judgments and in the monocratic decisions— analyzing each of the results of the search. The methodology used in the research was as follows: 1) access the official website of the STF; 2) select the option to search for the Court’s jurisprudence; 3) search for the keyword “Rawls”. The research carried out until February 5, 2024 and presents us with a total of thirty-three decisions, of which

there are twenty-four judgments and nine monocratic decisions. Applying logical-deductive reasoning, we conclude that there is a use of the concepts of the Rawlsian theory by most of the Justices of the Supreme Court (retired and active), without being able to affirm that there is a total and unrestricted consecration of the author's ideas.

Keywords: John Rawls, Brazilian Supreme Court (STF), jurisprudence.

Resumen

Las ideas de John Rawls son importantes para el mantenimiento de las democracias constitucionales contemporáneas, y se utilizan a menudo en el razonamiento de las decisiones dictadas por las cortes supremas y los tribunales constitucionales. El presente trabajo tiene como objetivo analizar, mediante una investigación documental, bibliográfica y jurisprudencial, cómo se aplican las ideas desarrolladas por John Rawls en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) —tanto en las sentencias como en las decisiones monocráticas—, teniendo en cuenta cada uno de los resultados de la búsqueda. La metodología utilizada en la investigación es la siguiente: 1) acceder a la página web oficial del STF; 2) seleccionar la opción de búsqueda de la jurisprudencia de la Corte; 3) buscar la palabra clave “Rawls”. La investigación se llevó a cabo hasta el 5 de febrero de 2024 y presenta un total de treinta y tres decisiones, de las cuales veinticuatro son sentencias y nueve son decisiones monocráticas. Aplicando el razonamiento lógico-deductivo, concluimos que existe un uso de los conceptos de la teoría rawlsiana por parte de la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema (jubilados y activos), sin que se pueda afirmar que exista una consagración total e irrestricta de las ideas del autor.

Palabras clave: John Rawls, Corte Suprema (STF), jurisprudencia.

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo desenvolvido para conclusão da matéria Filosofia e Sistemas do Pensamento Jurídico, ministrada pelos Professores Maurício Mota e Daniel Pêcego, no curso de Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Para apresentar casos concretos que permitissem um debate dos conceitos desenvolvidos na teoria de John Rawls, resolvi realizar um levantamento jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal (STF), logrando êxito em localizar decisões que os utilizaram em suas respectivas fundamentações. Neste contexto, o presente trabalho é desenvolvido através de uma pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial, com objetivo analisar como as ideias desenvolvidas por John Rawls são aplicadas na jurisprudência do STF —tanto nos acórdãos, quanto nas decisões monocráticas—, analisando cada um dos resultados da busca.

A importância das ideias desenvolvidas por John Rawls para a preservação das democracias constitucionais contemporâneas pode ser comprovada por sua utilização em julgamentos sensíveis no Brasil, tais como a análise da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, do sistema de cotas com base em critérios étnico-raciais, da alegação de mora legislativa do direito à morte, dentre outros casos. Mesmo existindo críticas às ideias rawlsiana, há um consenso da importância dessas para a retomada do interesse filosófico político sobre a Justiça, uma vez que gerou uma reflexão normativa nas democracias contemporâneas em questões como a tolerância, justiça política, justiça distributiva etc., restaurando a própria teoria política normativa.

A metodologia utilizada para cumprir o objetivo do trabalho é a seguinte: 1) acessar o site oficial do STF; 2) selecionar a opção de buscar jurisprudências da Corte; 3) buscar pela palavra-chave “Rawls”. A pesquisa foi realizada até o dia 5 de fevereiro —que não indica nenhuma limitação temporal de acesso aos acórdãos existentes até a citada data— nos apresenta o total de trinta e duas decisões, das quais são vinte e três acórdãos e nove decisões monocráticas, que serão apresentados em ordem cronológica do mais antigo para o mais recente, o que nos dará uma visão evolutiva do ponto.

No primeiro capítulo faremos uma breve análise da Teoria da Justiça de John Rawls, desatando a ideia central da teoria de justiça e alguns dos principais conceitos utilizados para a compreensão dela. Tal ponto facilitará a compreensão do terceiro capítulo, quando analisaremos as decisões que fazem referência à Rawls e utilizam conceitos como consenso sobreposto, justiça distributiva, razão pública, entre outros.

No Segundo capítulo realizamos uma busca pela introdução das ideias rawlsiana no Brasil, valendo de metodologia de busca na plataforma Periódicos da CAPES pelo nome “John Rawls”, ordenando da mais antiga para a mais nova e filtrando a busca em resultados em língua portuguesa. O estudo mais antigo que localizamos foi escrito por Álvaro de Vita, com o título A tarefa prática da filosofia política em John Rawls, datando de 1992. Apresentamos os artigos que são encontrados até o ano 2000 e destacamos a importância da tradução, para o português, de diversas obras de John Rawls.

O terceiro capítulo fará uma análise da utilização das ideias de John Rawls na jurisprudência do STF, utilizando a metodologia já apresentada acima. Destacamos cada uma das decisões encontradas, com a indicação do tipo e número da ação, relator e/ou redator de acórdão, data de julgamento e publicação da decisão, com um resumo do caso concreto e indicação da citação de John Rawls em voto de algum dos Ministros, sempre tentando contextualizar a citação com o caso concreto. Isso será feito com as decisões monocráticas.

Os capítulos nos apresentarão um panorama de como é feita a abordagem das ideias de John Rawls nas decisões do STF e da importância das mesmas para a preservação das democracias constitucionais contemporânea.

UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

John Rawls foi um dos filósofos políticos contemporâneos mais influentes, reverenciado até por aqueles que criticaram algumas de suas ideias, com inquestionáveis contribuições para o Direito. Tentar analisar todas as suas ideias —desenvolvidas desde 1958, reunidas no livro Uma teoria da justiça, revisto em 1990, com ideias aperfeiçoadas em outros livros, como O Liberalismo político de 1993— fugiria do objetivo do presente trabalho, razão pela qual nos limitaremos a apresentar a ideia básica da teoria da justiça como equidade e destacar alguns conceitos que foram utilizados nas decisões do STF.

A ideia básica da teoria da justiça de John Rawls, que facilitará a compreensão dos conceitos que serão apresentados, eleva a teoria do contrato social ao mais alto nível de abstração para definir como objeto do acordo original a escolha de princípios de justiça como estrutura básica (Rawls, 2016, p. 13). Os princípios são definidos por pessoas livres e racionais, em uma situação inicial de igualdade —puramente hipotética, onde ninguém

conhece sua posição na sociedade ou a sorte na distribuição de recursos, habilidades, inteligência, força etc., por trás do véu da ignorância (Rawls, 2016, pp. 22-23)— que definem as condições fundamentais para a sociedade e chegam à um consenso sobreposto, que regerá todos os acordos subsequentes, tais como a escolha de uma Constituição, definições de regras de legislatura etc. Essa maneira de encarar os princípios de justiça como um consenso na situação inicial de igualdade ou equitativa é chamada, por John Rawls, de justiça como equidade (Rawls, 2016, pp. 14-15). Nessa, os princípios de justiça são apresentados como: 1) princípio da liberdade igual; 2) princípio da diferença.

O que sustentarei é que as pessoas presentes na situação inicial escolheriam dois princípios bem diferentes: o primeiro requer igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, ao passo que o segundo afirma que as desigualdades sociais e econômicas, por exemplo, as desigualdades de riqueza e autoridade, só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade (Rawls, 2016, pp. 17-18).

Com isso, podemos pontuar alguns conceitos de Rawls que são utilizados nas decisões do STF: 1) sociedade bem-ordenada; 2) justiça como equidade; 3) posição original; 4) consenso sobreposto; 5) princípios da justiça; 6) sociedade plural; 7) justiça distributiva; 8) razão pública; 9) justiça intergeracional; 10) mínimo social; 11) liberdades básicas.

Sociedade bem-ordenada é aquela regulada pela concepção pública de justiça, isto é, aquela em que todos chegam a um consenso e sabem que os outros também consentem quanto aos princípios de justiça, assim como as instituições fundamentais os atendam. Logo, os indivíduos reconhecem a existência de um consenso comum que as reivindicações —inclusive as suas— podem ser julgadas (Rawls, 2016, p. 5).

Justiça como equidade é a maneira como se chega aos princípios de justiça, partindo de pessoas livres e racionais, que em uma posição originária de igualdade ou equidade —puramente hipotética, onde ninguém conhece sua posição na sociedade ou a sorte na distribuição de recursos, habilidades, inteligência, força etc., por trás do véu da ignorância— chegam ao consenso de condições fundamentais para uma sociedade (Rawls, 2016, pp. 13-14).

Posição original é o ponto de partida apropriado para garantir um consenso equitativo entre os indivíduos, ou seja, posição puramente hipotética,

onde ninguém conhece sua posição na sociedade ou a sorte na distribuição de recursos, habilidades, inteligência, força etc., por trás do véu da ignorância (Rawls, 2016, pp. 21 e 23).

Princípios de justiça são aqueles definidos a partir de uma posição original e alcançado através de um consenso sobreposto, que admitem a compreensão da justiça como equidade, originariamente defendidos por Rawls como princípio da liberdade igual e princípio da diferença (Rawls, 2016, pp. 14-19).

Consenso sobreposto é a aceitação dos mesmos princípios de justiça, por todos os indivíduos que estavam na posição original, mantendo-se em todos os acordos subsequentes, tais como a escolha de uma Constituição, definições de regras de legislatura etc. (Rawls, 2016, pp. 482).

Justiça distributiva é tratada no princípio da diferença, regulando a distribuição das vantagens sociais e da riqueza, em uma derivação da ideia de justiça como equidade, principalmente quanto aos bens primários (Rawls, 2016, p. 74).

Justiça intergeracional ou entre gerações guarda relação com a definição de um mínimo social para saber qual seria o princípio justo de poupança, do ponto de vista da posição original, sem nenhuma interferência do que se passou ou do que irá se passar. Trata-se de uma obrigação da geração presente para com as reivindicações das gerações futuras, respeitando a posição original (Rawls, 2016, p. 359).

Mínimo social é a definição daquilo que satisfaça as necessidades básicas de um indivíduo, que deve ser definido com base na posição original (Rawls, 2016, pp. 355-356).

Liberdades básicas é um conceito que deriva do primeiro princípio de justiça de Rawls, assegurando que todos os indivíduos tenham iguais liberdades fundamentais (Rawls, 2016, p. 74).

Razão pública é a característica de uma sociedade democrática em que os indivíduos devem agir respeitando o dever de civilidade e de reciprocidade, viabilizando o debate e a decisão em uma sociedade plural, ou seja, justifica-se o poder político quando esse é exercido de acordo com os elementos essenciais são razoavelmente aceitos por todos os indivíduos (Rawls, 2000, pp. 261-262).

Sociedade plural, ligado ao conceito de pluralismo razoável, apresenta-nos diferentes crenças e convicções que se organizam por meio de doutrinas abrangentes como a filosófica, religiosa, moral, que deverão encontrar

uma base de justificação pública para resolução de questões políticas fundamentais, sem interferência das doutrinas abrangentes (Rawls, 2000, p. 27).

A INTRODUÇÃO DA TEORIA RAWLSIANA NO BRASIL

Após a sua obra *Uma Teoria da Justiça*, os estudos produzidos por John Rawls difundiram-se na academia, o que pode ser notado por diversos trabalhos acadêmicos que foram desenvolvidos por outros autores —seja para elogiar, seja para criticar— desde a década de 1970. Neste viés, tentamos localizar os primeiros trabalhos que tenham introduzido as ideias de Rawls no Brasil, utilizando a seguinte metodologia: 1) realizamos buscas do nome de “John Rawls” para localizar artigos científicos nas plataformas Periódicos da CAPES; 2) ordenamos a busca da data mais antiga para a mais recente.

O resultado nos apresentou 5 109 trabalhos, sendo 462 em português. O mais antigo que foi localizado na busca é do ano de 1992 e foi escrito por Álvaro de Vita, com o título “A tarefa prática da filosofia política em John Rawls” (de Vita, 1992, pp. 5-24). No artigo, o autor desenvolveu as ideias de Rawls, que enfrentava as questões políticas do mundo contemporâneo como passíveis de resposta razoáveis, desde que adotada a Teoria da Justiça por ele desenvolvida. No mesmo periódico que publicou o trabalho citado anteriormente, a busca localizou o artigo de John Rawls com o título “Justiça como Equidade: uma concepção política, não metafísica”, traduzida por Regis de Castro Andrade (Rawls, 1992, pp. 25-59) cujo original é de 1985 com o título “Justice as fairness: political not metaphysical” (Rawls, 1985). Até o ano de 2000 a pesquisa localizou outros 4 (quatro) trabalhos acadêmicos brasileiros que citam John Rawls, quais sejam: 1) Pablo da Silveira, com o título “Pode um liberal apoiar a subvenção à arte?” (da Silveira, 1995, pp. 159-180); 2) Sônia T. Felipe, com o título “A concepção pública de Justiça em John Rawls” (Felipe, 1996, pp. 129-136); 3) Álvaro de Vita, com os títulos “Justiça distributiva: a crítica de Sem a Rawls” (de Vita, 1999a, pp. 471-496) e “Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva” (de Vita, 1999b, pp. 41-59).

Com base na metodologia proposta, pode-se afirmar que a introdução das ideias rawlsiana no Brasil remonta ao início da década de 1990, com traduções de textos originais de John Rawls e artigos científicos que apresentavam suas ideias. A introdução se consolida com a tradução dos livros de Rawls para o português, dos quais se destacam: 1) o livro *Uma teoria da*

justiça; 2) o livro *O liberalismo político*; 3) o livro *Justiça como equidade: Uma reformulação*.

Os fatos nos permitem compreender o tempo em que as ideias são apresentadas no Brasil, sua maturação na academia e a sua utilização como referência em decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em especial no STF.

RAWLS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A pesquisa de jurisprudência analisou as decisões do STF —sejam elas colegiadas ou monocráticas— que citam, expressamente e diretamente, John Rawls como referência bibliográfica. Os processos foram localizados após a utilização da seguinte metodologia: 1) acessar o site oficial do STF; 2) selecionar a opção de buscar jurisprudências da Corte; 3) buscar pela palavra-chave “Rawls”. A pesquisa realizada até o dia 5 de fevereiro —que não indica nenhuma limitação temporal de acesso aos acórdãos existentes— nos apresenta o total de trinta e duas decisões, das quais são vinte e três acórdãos e nove decisões monocráticas. Conforme já destacamos, optamos por apresentar cada um dos casos em ordem cronológica, partindo da mais antiga decisão para a mais recente, o que é possível através de organização do resultado no próprio site do STF. Dividimos a análise em decisões colegiadas e decisões monocráticas.

As decisões colegiadas

A decisão colegiada mais antiga que foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4078, cujo Relator foi o Min. Luiz Fux e teve como redatora do acórdão a Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/11/2011 e publicado em 13/04/2012. No caso discutia-se a inconstitucionalidade do inciso I do art. 1.º da Lei n.º 7.746/1989 —que prevê 1/3 (um terço) da composição de membros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) oriundos da magistratura—, objetivando uma interpretação sistemática da Constituição para impedir a inclusão de membros da magistratura que fossem oriundos do “quinto constitucional”. O relator Min. Luiz Fux, ao analisar o mérito, defendeu que o dispositivo violaria o art. 104 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), especialmente o espírito plúrimo da composição do STJ entre membros da magistratura, Ministério Público e advogados. Rawls é citado —especificamente no livro *Justiça e democracia*— para justificar o papel de uma

conclusão intuitiva no Direito, que prevê em uma sociedade democrática ideias fundamentais intuitivas implícitas, formulando uma concepção política de justiça. Destacou que o parágrafo único do art. 104 da CF/88 nos faz intuir que estamos nos referindo à magistrados de carreira ou que já sejam juízes por um tempo razoável (STF, 2012a).

O segundo caso encontrado é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgada em 12/04/2012 e publicada em 30/04/2013. O caso analisou a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo e reconheceu a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da referida gravidez seria tipificada como crime de aborto. As citações feitas à Rawls são encontradas nos votos da Min. Rosa Weber, da Min. Cármen Lúcia e do Min. Gilmar Mendes. A primeira citação —referente ao livro *O liberalismo político*— é feita na análise da ponderação entre os direitos da gestante e a vida do feto anencéfalo, invocando a existência de uma sociedade plural e a impossibilidade de admitir valores absolutos em uma democracia contemporânea. A segunda citação —do livro *Uma teoria da justiça*— inicia o voto partindo da ideia de sociedade bem-ordenada, isto é, estruturada para promoção do bem de seus membros através de uma concepção comum de justiça. Destaca que, do ponto de vista rawlsiano da justiça como equidade, a consciência individual não deve ser respeitada de forma absoluta e não há uma liberdade absoluta de convicções morais, razão pela qual devemos decidir como agir diante de uma consciência equivocada, nos fazendo regredir a ideia da posição original para definir os princípios que cada um de nós consentiria, o que deve ser assegurado através de ação das instituições. Na conclusão do segundo voto, novamente utiliza os ensinamentos de Rawls para reforçar a ideia de uma justiça como equidade. O terceiro voto cita Rawls ao transcrever trecho do livro *Proteção do Direito à Vida: a questão do aborto*, de Paulo Gustavo Gonet Branco, ou seja, não há uma citação direta (STF, 2012b).

No julgamento da ADPF n.º 186, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/04/2012 e publicado em 20/10/2014, foi analisada a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base em critérios étnico-racial (cotas) na seleção de candidatos para ingresso em instituições públicas de ensino superior. A citação de Rawls é encontrada no voto do relator —referindo-se ao livro *Uma teoria da justiça*— quando trata da ideia de justiça distributiva, isto é, transformação do direito à isonomia ou igualdade em igualdade de possibilidades, especialmente na participação equitativa de

bens sociais. Afirmar-se que somente por meio de uma justiça distributiva, que se materializa através de uma intervenção estatal, superam-se as desigualdades que ocorrem em uma realidade fática, destacando que o modelo constitucional brasileiro incorporou mecanismos institucionais que corrijam as distorções e assegurem uma justiça distributiva (STF, 2012c).

O quarto caso encontrado é o Recurso Extraordinário (RE) n.º 567.985, tema 27 de Repercussão Geral (RG), de relatoria do Min. Marco Aurélio, tendo como redator de acórdão o Min. Gilmar Mendes, em julgamento realizado em 18/04/2013 e publicado em 03/10/2013. O julgamento declarou a inconstitucionalidade de critério legal obrigatório, para obtenção de benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente, fixado em menos de ¼ do salário mínimo como renda familiar mensal. Rawls é citado no voto do relator Min. Marco Aurélio —através do livro *O liberalismo político*— quando afirma que uma sociedade verdadeiramente democrática deve eliminar a forma aguda de pobreza, destacando que se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, este seria o dever estatal de entregar prestações básicas e necessárias à sobrevivência dos indivíduos (STF, 2013a).

O julgamento da ADI n.º 5540, de relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 03/05/2017 e publicado em 28/03/2019, declarou a inconstitucionalidade de norma de Constituição Estadual que exigia a autorização da Assembleia Legislativa para o processamento de Governador de Estado por crimes comuns (STF, 2017a). No mesmo sentido encontramos a ADI n.º 4764, de relatoria do Min. Celso de Mello, tendo como redator do acórdão o Min. Roberto Barroso, julgado em 04/05/2017 e publicado em 15/08/2017. Em todos os casos não há citação direta à Rawls. A sua localização se deu em razão da citação de um livro de Roberto Gargarella, cujo título é *As Teorias da Justiça* depois de Rawls: um breve Manual de Filosofia Política, em votos proferidos pelo Min. Edson Fachin (STF, 2017b).

Sétimo julgado localizado na pesquisa é a ADI n.º 4439, de relatoria do Min. Roberto Barroso, tendo como redator do acórdão o Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/09/2017 e publicado em 21/06/2018. Declarou a constitucionalidade do ensino religioso facultativo nas escolas públicas, desde que fosse assegurado o acesso e o tratamento de todas as confissões religiosas. As citações feitas à Rawls —referindo-se ao livro *O liberalismo político*— são encontradas nos votos do Min. Roberto Barroso, do Min. Edson Fachin, Min. Luiz Fux. No primeiro encontramos ao apresentar uma sociedade moderna, plural e secular sem esquecer a importância do papel

da religião, destacando a necessidade de uma convivência respeitosa entre as distintas crenças, destacando a necessidade de prevalecer a razão pública em um espaço público. O exercício de um poder político só é adequado se for exercido conforme a Constituição, cujos elementos essenciais foram eleitos pelos indivíduos de forma livre e igual, tudo com base em uma razão comum. Apontando que a escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira, destaca que ela deve contar com a participação de todas as religiões e daqueles que optaram por não ter religiões. No segundo também se invoca o conceito de razão pública, que destaca a necessidade de o exercício do poder político adequado ser exercido de acordo com uma Constituição, que traga os elementos essenciais eleitos por todos os cidadãos. No terceiro também apresenta a ideia de razão pública, em um contexto semelhante ao já narrado no primeiro (STF, 2017c).

Na ADI n.º 2566, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, tendo como redator do acórdão o Min. Edson Fachin, julgado em 16/05/2018 e publicado em 23/010/2018, foi declarada a inconstitucionalidade de lei que proibia o proselitismo religioso em rádio comunitária. A citação feita à Rawls é encontrada no voto do Min. Luiz Fux —mencionando o livro *O liberalismo político*— quando trata da ideia de razão pública. Aponta que a rádio seria um serviço público que repercute nas liberdades básicas do cidadão, isto é, elemento constitucional essencial e justiça básica, que reclamam o uso da razão pública. Essa conduz a discussão em valores que podem ser esperado dos outros. Sendo um serviço público com exclusividade, para difundir informações e gerar inclusão social, a razão pública inspira uma programação que se aproxime de uma neutralidade ideológica sempre que possível (STF, 2018).

Há localização do Mandado de Injunção (MI) n.º 6825-AgR, de relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 11/04/2019 e publicado em 27/05/2019. O MI alegava uma mora legislativa em relação ao direito à morte digna, sendo reconhecida a inadequação da via eleita para o caso. No voto do relator há citação à Rawls —mencionando o artigo “A ideia de um consenso sobreposto”— ao afirmar que a dignidade humana pode ser considerada como o grande consenso sobreposto em um constitucionalismo global, isto é, em uma sociedade plural e bem-ordenada devemos partir de uma posição originária, sob o véu da ignorância, para fixação de um consenso mínimo da concepção pública de justiça. Neste viés, há um consenso global de que todos entendem que a dignidade da pessoa humana deve ser um bem básico e protegido. Destaca

sua previsão em inúmeras Constituições, em documentos internacionais e decisões de Cortes Constitucionais e internacionais (STF, 2019a).

O décimo julgamento é a ADI 5624-MC-Ref, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 06/06/2019 e publicada em 29/11/2019. A ação analisou a constitucionalidade de dispositivo da lei das estatais que permitiam a alienação de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias. A citação de Rawls é encontrada no voto do Min. Luiz Fux —especificamente citando o livro *O liberalismo político*— quando analisou a existência de diferentes visões ou interpretações conferidas ao art. 173 da CF/88, destacando a ideia de consenso sobreposto e da razão pública para indicar que se a Constituição não aponta de forma categórica a condução da intervenção do Estado na economia, só fixando balizas, o Judiciário deve ter uma deferência ao entendimento do Legislativo ou do Executivo (STF, 2019b).

Na ADI n.º 5346, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18/10/2019 e publicado em 06/11/2019, declarou-se a inconstitucionalidade de lei estadual que concedia à ex-governadores, em caráter vitalício, o direito de serviços de segurança e motoristas custeados pela Administração Pública estadual. Semelhante aos já mencionados julgamentos da ADI n.º 5540 e da ADI n.º 4764 não há uma citação direta à Rawls. A sua localização se deu em razão da citação de um livro de Roberto Gargarella, cujo título é *As Teorias da Justiça depois de Rawls: um breve Manual de Filosofia Política*, em voto proferido pelo Min. Edson Fachin.

As ADFP n.º 457, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, julgada em 27/04/2020 e publicada em 03/06/2020 (STF, 2020a), assim como a ADFP 526, de relatoria da Min. Cárme Lúcia, julgado em 11/05/2020 e publicado em 03/06/2020 (STF, 2020b), a ADFP 467, de relatoria da Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/05/2020 e publicado em 07/07/2020 (STF, 2020c) e a ADFP 460, de relatoria da Min. Luiz Fux, julgado em 29/06/2020 e publicado em 13/08/2020 (STF, 2020d), declararam as inconstitucionalidades formal e material de normas municipais que proibiam a divulgação de material com informações de ideologia de gênero em escolas municipais. Em todos os casos Rawls é citado no voto do Min. Gilmar Mendes —com referências ao livro *O liberalismo político*— quando afirma que a proibição à diversidade de gênero apresenta uma visão tradicional de gênero e sexualidade que ignora o pluralismo da sociedade moderna, e essas diferentes visões não podem ser consideradas na apresentação de um conceito político de justiça. As

doutrinas abrangentes —filosóficas, morais, religiosas— fazem parte da cultura social, que não integrando a noção política de sociedade.

O décimo sexto julgado é a ADPF n.º 722-MC, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgado em 20/08/2020 e publicado em 22/10/2020. O caso analisou a constitucionalidade de atos de inteligência do Ministério da Justiça e Segurança Pública na produção e disseminação de dossiê com informações de servidores públicos estaduais e federais, que seriam integrantes de movimentos antifascismo e professores universitários. Rawls é citado no voto do Min. Gilmar Mendes —com referências ao livro *O liberalismo político*— quando destaca a necessidade de proteção ao pluralismo político como garantia da própria democracia, ou seja, em uma sociedade plural todos devem conviver e participar das deliberações estatais já que essas diferentes visões não podem ser consideradas na apresentação de um conceito político de justiça. As doutrinas abrangentes —filosóficas, morais, religiosas— fazem parte da cultura social, que não integrando a noção política de sociedade (STF, 2020e).

Na ADI n.º 6362, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/09/2020 e publicado em 09/12/2020, declarou-se a constitucionalidade de norma que dispunha sobre medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública em virtude da pandemia da covid-19. O voto da Min. Rosa Weber cita Rawls —no livro *Uma teoria da justiça*— quando trata da face objetiva da requisição administrativa e afirma que um dos fundamentos constitucionais da mesma é encontrado na função social da propriedade. A partir disso, relembra a ideia de justiça intergeracional na construção rawlsiana de uma sociedade justa, isto é, a existência de um sistema econômico como instrumento que satisfaça as necessidades atuais e futuras, preservando ganhos culturais e civilizatórios em um processo de acumulação de benefícios para as gerações subsequentes. Extrai a existência de uma interseção entre vínculos econômicos, políticos e sociais que possuem a aptidão de apresentar uma identidade de interesses da atual geração, desenhando um sistema cooperativo que propicie uma existência digna e sadia aos indivíduos. Conclui que as excepcionalidades apresentadas pela pandemia geram uma imprescindibilidade de motivação fática e técnica idônea e a proporcionalidade para enfrentamento da pandemia (STF, 2020f).

O décimo oitavo julgado é a Reclamação (RCL) n.º 38782, da segunda turma e de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgada em 03/11/2020 e publicada em 24/02/2021. O caso reconheceu a ofensa aos julgados da ADPF n.º 130 e da ADI n.º 2404 em razão de decisões judiciais estarem restringindo o

conteúdo de sátiras religiosas ao Cristianismo. A citação de Rawls —referenciando o artigo “The priority of right and ideas of good”— é encontrada no voto do Min. Edson Fachin ao lembrar a distinção imortalizada pelo autor de que na liberdade de expressão analisa-se o que é justo ou correto e não o que tem relação com o bem ou com a vida boa, ou seja, o juízo de ponderação não deve recair sobre a dimensão de uma eticidade dominante ou cultura religiosa majoritária, mas sim sobre a dimensão normativa de princípios jurídicos, que em uma concepção política de justiça não sofre interferência das doutrinas abrangentes filosóficas, morais, religiosas (STF, 2020g).

No julgamento do RE n.º 611874, tema 386 de Repercussão Geral (RG), de relatoria do Min. Dias Toffoli, tendo como redator de acórdão o Min. Edson Fachin, em julgamento realizado em 26/11/2020 e publicado em 12/04/2021, discutia-se a possibilidade de realização de etapa de concurso público em horário diverso do determinado pela comissão do concurso, por força de crença religiosa. Foi fixada a tese de que é possível a realização em horário diverso se existir razoabilidade na alteração, for mantida a igualdade entre os candidatos e não gerar ônus desproporcional para a Administração, o que deve ser objeto de decisão fundamentada. Rawls é citado —especificamente no livro *O liberalismo político*— no voto do Min. Edson Fachin quando examina a compatibilização à liberdade de crença com o direito à igualdade, especificamente no ponto que analisa eventual risco efetivo para o direito de terceiros. Destaca que qualquer solução deve se adequar a fundamentação democrática do estado constitucional, não focando só na dignidade da pessoa humana, mas no valor igual de cada ser humano em dignidade, invocando, aqui, o conceito de razão pública rawlsiano. A adequação do exercício de um poder político existe se ele é exercido com base em uma Constituição, cujos elementos essenciais são aceitos por todos. Logo, o Estado deve proteger a diversidade, incluindo-se a liberdade religiosa e o direito de culto, não privando, em regra, nenhum cidadão em razão de sua crença religiosa (STF, 2020h).

No julgamento do ARE n.º 1099099, tema 1021 de Repercussão Geral (RG), de relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 26/11/2020 e publicado em 12/04/2021, fixou-se a tese de que a Administração pode estabelecer critérios alternativos para o exercício de direitos funcionais, inclusive em estágio probatório, para os servidores que invocarem escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que haja razoabilidade na alteração, mantenha a igualdade entre os candidatos e não gere ônus desproporcional

para a Administração, o que deve ser objeto de decisão fundamentada. O tema se assemelha muito ao anterior. A citação de Rawls é feita pelo Min. Edson Fachin, em contexto idêntico ao expresso acima (STF, 2020i).

O vigésimo primeiro julgado é o Mandado de Segurança (MS) n.º 37760 MC-Ref, de relatoria do Min. Roberto Barroso, julgado em 14/04/2021 e publicado em 09/08/2021. O caso questionava a não instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, em violação ao direito das minorias, cujo objeto era analisar os atos do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da covid-19. Rawls é citado no voto do relator Min. Roberto Barroso, especificamente o livro *O liberalismo político*, quando trata de democracia, legitimidade dos Tribunais e a proteção das minorias, destacando que a suprema corte ou o tribunal constitucional é um fórum de princípio e de razão pública, onde os argumentos utilizados devem ser aceitos por todos os envolvidos no debate (STF, 2021a).

O vigésimo segundo julgado localizado foi a ADI n.º 5766, de relatoria do Min. Roberto Barroso com redator de acórdão o Min. Alexandre de Moraes, julgado em 20/10/2021 e publicado em 03/05/2022. Analisava-se a constitucionalidade da reforma trabalhista, especificamente as regras sobre gratuidade de justiça e o pagamento de ônus sucumbenciais em alguns casos, declarando a inconstitucionalidade de norma que presumia a perda da hipossuficiência pela simples existência de crédito trabalhista decorrente da relação processual que o originou. Rawls é citado —novamente no livro *O liberalismo político*— no voto do Min. Roberto Barroso, quando destaca a necessidade de a cobrança de ônus sucumbenciais preservarem o mínimo existencial dos trabalhadores, que também é designado por Rawls como mínimo social. Em síntese, destaca-se que o direito deve assegurar um básico, um mínimo que assegure as necessidades de uma vida digna, sem o qual não há como exercer os demais direitos fundamentais (STF, 2021b).

O penúltimo julgado é a ADI n.º 6579, de relatoria da Min. Rosa Weber, julgado em 04/11/2021 e publicado em 17/11/2021. Analisou a constitucionalidade de norma estadual que previa a disponibilização de segurança e apoio a ex-governadores. Não se trata de um acórdão que analisa diretamente as ideias de Rawls. Sua localização decorre da citação do livro de Roberto Gargarella, cujo título inclui o nome de Rawls, especificamente no voto do Min. Edson Fachin (STF, 2021c).

O último julgado é o RE n.º 912888, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tendo como redator do acórdão o ministro Luiz Fux, julgado em

01/12/2021 e publicado em 18/05/2023. Trata-se de ação que reconheceu a constitucionalidade na tributação por Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços na assinatura básica de serviço de comunicação pelas empresas de telefonia. John Rawls é citado —especificamente o livro *Theory of justice*— no voto do redator do acórdão, na análise de um recurso oposto em face da decisão colegiada, citando expressamente a ideia de “véu da ignorância” para justificar a previsão constitucional de eleições periódicas e universais previamente idealizada à alocação dos papéis sociais (STF, 2023a).

As decisões monocráticas

Mantendo a metodologia já apresentada, a decisão monocrática mais antiga que foi encontrada no resultado da busca é a RCL n.º 15887, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgada em 19/06/2013 e publicada em 24/06/2013. A ação destacou a suposta violação da ADI n.º 1969-4, já que a decisão questionada determinou a abstenção de realização de manifestações em vias e logradouros públicos em qualquer parte do Estado de Minas Gerais. Rawls é citado —especificamente o livro *O liberalismo político*— ao afirmar que a liberdade de reunião se apresenta como uma das liberdades básicas de um indivíduo, ou seja, deve ser reconhecido e protegido sem restrições de juízos morais contingentes ou majoritários em uma comunidade. Não é reconhecê-la como absoluta, mas sim conferir um peso especial para a liberdade de reunião (STF, 2013b).

O segundo julgado —que também aparece como um terceiro resultado de busca— é a ADI n.º 4790, de relatoria do Min. Edson Fachin, julgada em 05/05/2017 e publicada em 01/08/2017, analisava a constitucionalidade de Constituição Estadual que determinava a autorização da Assembleia Legislativa para processar e julgar Governador nos crimes de responsabilidade e crimes comuns. Rawls não é citado diretamente. Novamente há citação do livro de Roberto Gargarella, cujo título contém o nome de Rawls (STF, 2017d). No mesmo sentido —mudando apenas o Estado—, encontramos na busca a ADI n.º 4781, também de relatoria do Min. Edson Fachin, julgada em 08/05/2017 e publicada em 15/05/2017, que também aparece como o quinto resultado da busca (STF, 2017e) O ponto se repete na ADI n.º 4771 —novamente, mudando o Estado—, também de relatoria do Min. Edson Fachin, julgada em 09/06/2017 e publicada em 16/06/2017 (STF, 2017f).

O sétimo julgado é a ADPF n.º 738 MC, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgada em 09/09/2020 e publicada em 11/09/2020. A ação pretendia a imediata aplicação de efeitos à consulta pública realizada junto ao Tribunal Superior Eleitoral, que tratou: 1) sobre os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas femininas; 2) reservas de candidaturas para pessoas negras em 30 %; 3) sobre os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de homens negos serem proporcionais as candidaturas apresentadas pelas agremiações. Rawls foi citado no voto do relator na ADPF 186 —julgado destacado acima, na análise das decisões colegiadas—, quando tratou a justiça social como distinção, reconhecimento e incorporação de valores culturais diversificados, muitas vezes ditos como inferior aos ditos como dominantes, para defender a transformação do direito à isonomia em igualdades de possibilidades, especialmente na participação equitativa nos bens sociais através da justiça distributiva (STF, 2020j).

Penúltima decisão é o MS n.º 37760-MC, de relatoria do Min. Roberto Barroso, julgada em 08/04/2021 e publicada em 12/04/1988. Foi o vigésimo primeiro destacado nas decisões colegiadas. Conforme já destacado, o caso questionava a não instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, em violação ao direito das minorias, cujo objeto eram atos do Governo Federal no enfrentamento da pandemia da covid-19. Rawls é citado, especificamente o livro *O liberalismo político*, quando trata de democracia, legitimidade dos Tribunais e a proteção das minorias, destacando que a suprema corte ou o tribunal constitucional é um fórum de princípio e de razão pública, onde os argumentos utilizados devem ser aceitos por todos os envolvidos no debate (STF, 2021d).

Última decisão monocrática encontrada foi a Petição (PET) n.º 8777, de relatoria do Min. Nunes marques, julgada em 19/06/2023 e publicada em 20/06/2023. Trata-se de queixa-crime movida por atual Ministro de Estado contra um Senador da República pelo Estado do Maranhão, imputando-lhe a prática de crime contra a honra. A citação de Rawls foi feita em parecer do Ministério Público Federal ao reconhecer que os fatos estariam acobertados pela imunidade parlamentar, citado pelo relator no seu voto. Aqui, não há uma citação direta das ideias de Rawls (STF, 2023b).

Considerações finais

A pesquisa nos permitiu constatar que os conceitos que fundamentam a teoria rawlsiana são reconhecidos —por grande parte dos Ministros do STF, sejam aposentados ou em atividade— como relevantes para fundamentar decisões de casos sensíveis à democracia brasileira contemporânea. Foram localizados votos, com referência expressa e direta, dos Ministros já aposentados Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, assim como aos atuais membros da Corte Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin. O trabalho de John Rawls mais citado, por treze vezes, foi o livro “O Liberalismo político”, seguido por quatro citações de *Uma teoria da Justiça*, e com citação única de *Justiça e democracia*, “A ideia de um consenso sobreposto” e “The priority of right and ideas of Good”.

As citações de conceitos desenvolvidos por John Rawls não são sinônimo de acolhimento, total e irrestrito, da visão de Justiça por ele proposta, que além de sofrer limitações em alguns aspectos, são apresentados, algumas vezes, juntamente à conceitos propostos por outros filósofos políticos que possuem visões próprias de Justiça. De qualquer forma, nos parece inegável que a utilização da teoria rawlsiana e os seus conceitos fortalecem a manutenção da nossa democracia constitucional.

A consolidação de uma sociedade cada vez mais plural e a polarização de discussões onde se formam blocos majoritários que tentam fazer prevalecer conclusões que sofrem influências de doutrinas abrangentes — como a religiosa, moral e filosóficas — apontam, sem uma exclusividade, para a manutenção e ampliação da aplicação das ideias de John Rawls, principalmente pelas Cortes Supremas e Tribunais Constitucional, o que já vem sendo realizado pelo STF.

REFERÊNCIAS

da Silveira, P. (1995). Pode um liberal apoiar a subvenção à arte? *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, (36), 159-180.

de Vita, Á. (1992). A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, (25), 5-24.

de Vita, Á. (1999a). Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. *Dados*, 42(3), 471-496.

de Vita, Á. (1999b). Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 14(39), 41-59.

Felipe, S. T. (1996). A concepção pública de justiça em John Rawls. *Seqüência*, 17(33), 129-136.

Rawls, J. (1985). Justice as fairness: Political not metaphysical. *Philosophy and Public Affairs*, 14, 3.

Rawls, J. (1992). Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, (25), 25-59.

Rawls, J. (2000). *O liberalismo político*. Ática.

Rawls, J. (2016). *Uma teoria da justiça*. Martins Fontes.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2012a). ADI 4078, Relator(a): Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2011, Acórdão Eletrônico DJe-072. Divulg. 12-04-2012. Public. 13-04-2012. RTJ vol-00222-01. PP-00087. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2012b). ADPF 54, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-080. Divulg. 29-04-2013. Public. 30-04-2013. RTJ vol-00226-01. PP-00011. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2012c). ADPF 186, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-205. Divulg. 17-10-2014. Public. 20-10-2014. RTJ vol-00230-01. PP-00009. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2013a). RE 567985, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral-Mérito DJe-194. Divulg. 02-10-2013. Public. 03-10-2013. RTJ vol-00236-01. PP-00113. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2013b). RCL 15887, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 19/06/2013. Public. 24-06-2013. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2017a). ADI 5540, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2017, Processo Eletrônico DJe-061. Divulg. 27-03-2019. Public. 28-03-2019. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2017b). ADI 4764, Relator(a): Celso de Mello, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2017, Processo Eletrônico DJe-178. Divulg. 14-08-2017. Public. 15-08-2017. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2017c). ADI 4439, Relator(a): Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, Processo Eletrônico DJe-123. Divulg. 20-06-2018. Public. 21-06-2018. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2017d). ADI 4790, Relator(a): Edson Fachin, julgado em 05/05/2017. Public. 01-08-2017. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2017e). ADI 4781, Relator(a): Edson Fachin, julgado em 08/05/2017. Public. 15-05-2017. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2017f). ADI 4771, Relator(a): Edson Fachin, julgado em 09/06/2017. Public. 16-06-2017. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2018). ADI 2566, Relator(a): Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2018, Processo Eletrônico DJe-225. Divulg. 22-10-2018. Public. 23-10-2018. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2019a). MI 6825 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2019, Processo Eletrônico DJe-110. Divulg. 24-05-2019. Public. 27-05-2019. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2019b). ADI 5624 MC-Ref, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2019, Processo Eletrônico DJe-261. Divulg. 28-11-2019. Public. 29-11-2019. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2019c). ADI 5346, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2019, Processo Eletrônico DJe-242. Divulg. 05-11-2019. Public. 06-11-2019. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020a). ADPF 457, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2020, Processo Eletrônico DJe-137. Divulg. 02-06-2020. Public. 03-06-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020b). ADPF 526, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020, Processo Eletrônico DJe-137. Divulg. 02-06-2020. Public. 03-06-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020c). ADPF 467, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2020, Processo Eletrônico DJe-170. Divulg. 06-07-2020. Public. 07-07-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020d). ADPF 460, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, Processo Eletrônico DJe-201. Divulg. 12-08-2020. Public. 13-08-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020e). ADPF 722 MC, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2020, Processo Eletrônico DJe-255. Divulg. 21-10-2020. Public. 22-10-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020f). ADI 6362, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2020, Processo Eletrônico DJe-288. Divulg. 07-12-2020. Public. 09-12-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020g). RCL 38782, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020, Processo Eletrônico DJe-034. Divulg. 23-02-2021. Public. 24-02-2021. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020h). RE 611874, Relator(a): Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral-Mérito DJe-068. Divulg. 09-04-2021. Public. 12-04-2021. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020i). ARE 1099099, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral-Mérito DJe-068. Divulg. 09-04-2021. Public. 12-04-2021. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2020j). ADPF 738 MC, Relator(a): Ricardo Lewandowski, julgado em 09/09/2020. Public. 11-09-2020. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2021a). MS 37760 MC-Ref, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2021, Processo Eletrônico DJe-158. Divulg. 06-08-2021. Public. 09-08-2021. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2021b). ADI 5766, Relator(a): Roberto Barroso, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021, Processo Eletrônico DJe-084. Divulg. 02-05-2022. Public. 03-05-2022. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2021c). ADI 6579, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2021, Processo Eletrônico DJe-226. Divulg. 16-11-2021. Public. 17-11-2021. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2021d). MS 37760 MC, Relator(a): Roberto Barroso, julgado em 08/04/2021. Public. 21-04-2021. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2023a). RE 912888 ED-segundos, Relator(a): Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01-12-2022, Processo Eletrônico DJe-s/n. Divulg. 17-05-2023. Public. 18-05-2023. Distrito Federal.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2023b). PET 8774, Relator(a): Nunes Marques, julgado em 19/06/2023. Public. 20/06/2023. Distrito Federal.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL INFORME FINAL DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y
[SU IMPACTO EN] LA CONFIGURACIÓN DE SANTIAGO
DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL*

THE FINAL REPORT OF THE TRUTH COMMISSION
AND [ITS IMPACT ON] THE CONFIGURATION OF
SANTIAGO DE CALI AS A SPECIAL DISTRICT

O RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO DA VERDADE E
[SEU IMPACTO NA] CONFIGURAÇÃO DE SANTIAGO
DE CALI COMO DISTRITO ESPECIAL

TIRSON MAURICIO DUARTE-MOLINA**
JUAN DAVID MAMBUSCAY BURBANO***
LEONARDO SABOGAL MURCIA****

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -
Publicado: 30 de noviembre de 2024
DOI: 10.24142/raju.v19n39a4

* Este artículo es producto del proyecto de investigación “Caminos de la verdad: el derecho a la verdad en los hallazgos y recomendaciones del informe de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición” del GPCODEP, categoría A Minciencias, de la Universidad de San Buenaventura, Cali. En este proyecto participa el profesor e investigador Leonardo Sabogal, de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Valle.

** Docente de la Universidad de San Buenaventura, Cali. Doctorando en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos. Magíster en Derecho Universidad Icesi. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Abogado de la Universidad de San Buenaventura CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001623030, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=mAM6ftQAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6240-2609>, correo electrónico: tmduarte@usbcali.edu.co

Resumen

Este artículo original e inédito hace parte del proyecto de investigación “Caminos de la verdad: el derecho a la verdad en los hallazgos y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición”. Plantea un análisis concreto de dicho informe en relación con la implementación de Cali Distrito. Es decir, los hallazgos y las recomendaciones que suscribe el informe se detallan como aportes a la descentralización administrativa y territorial que requiere hacer la ciudad de Cali a la hora de convertirse en distrito, integrando a la población, sus verdades y sus necesidades desde la transversalidad de un conflicto interno que ha impactado fuertemente en el suroccidente colombiano y en esa ciudad como capital de la región.

Palabras clave: verdad, distrito, informe, Constitución, territorios, descentralización.

Abstract

This article is part of the research project “Paths of truth: the right to truth in the findings and recommendations of the Report of the Commission for the Clarification of Truth, coexistence and non-repetition. Here we make a concrete analysis of the report in relation to the

*** Docente de Diacronía: Centro de Estudios. Especialista en Gobernanza y Desarrollo Territorial de la Universidad del Rosario. Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad de San Buenaventura, Cali. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000181167, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=BRx12RsAAAAJ&hl=es&authuser=1>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1866-7244>, correo electrónico: mambuscay.jd@gmail.com

**** Docente de la Universidad del Valle. Doctorando en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Magíster en Práctica Jurídica Economist & Jurist del Instituto Superior de Derecho y Economía de España. Especialista en Derecho Constitucional y abogado de la Universidad Santiago de Cali. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001287974, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=v0I6W4kAAAAJ&view_op=list_works&authuser=1&gmla=AETOMgEh2XrrfUdiOJHo7IyhzBBvnZ2Bmd67uQ4ItmUqC4EI2_b6TVbCFf6BkPLuEOLg4S6pm-p_Mj28bHGkJ8Jq6dj8-i6aPDIP15, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6441-2018>, correo electrónico: sabogal@correounivalle.edu.co

implementation of the Cali District. That is, the report's findings and recommendations will be detailed as contributions to the administrative and territorial decentralization required by the city of Cali when it becomes a district, integrating the population, its truths and its needs from the transversality of an internal conflict that has strongly impacted the southwest of Colombia and the city as the capital of that zone.

Keywords: truth, district, report, Constitution, territories, decentralization.

Resumo

Este artigo original e inédito faz parte do projeto de pesquisa “Caminhos da verdade: o direito à verdade nos achados e recomendações do Relatório da Comissão para o Esclarecimento da Verdade, Convivência e Não Repetição.” Aqui é feita uma análise concreta desse relatório em relação à implementação do Distrito de Cali. Ou seja, os achados e recomendações contidos no relatório serão detalhados como contribuições para a descentralização administrativa e territorial que a cidade de Cali precisa realizar ao se tornar um distrito, integrando a população, suas verdades e suas necessidades a partir da transversalidade de um conflito interno que impactou fortemente o sudoeste colombiano e essa cidade como capital dessa região.

Palavras-chave: verdade, distrito, relatório, Constituição, territórios, descentralização.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación da cuenta de la relación entre el Informe Final de la Comisión de la Verdad y los territorios. Para el caso concreto y por la relevancia de la ciudad —debido a sus coyunturas, al impacto del estallido social de 2021 y a su diversidad y su complejidad geoestratégicas e históricas—, a la hora de aterrizar el propósito sociojurídico y administrativo de constituirse como distrito, conforme a la Ley 1938 de 2018, Cali debe tener en cuenta las narrativas del Informe, sus caracterizaciones de la violencia y las recomendaciones para transformarse en una ciudad más justa y cercana a la verdad de sus pobladores. De ahí la utilidad de la hermenéutica de las ciencias sociales como marco metodológico que aproxima el fenómeno de la verdad dentro de un proceso de paz social a un ejercicio práctico de un territorio, con el ánimo de revisar, además de los elementos técnicos propios de un cambio administrativo de descentralización, los parámetros aplicables de un informe trascendental para la comprensión de las dinámicas de los territorios y su impacto, en este caso, en el proyecto piloto para hacer de Cali un distrito especial. Esto podrá ser de utilidad para otros territorios del país; incluso el Informe Final de la Comisión de la Verdad debe ser un insumo obligatorio para la elaboración de programas y políticas públicas, así como para la implementación de integraciones territoriales y administrativas en el siglo XXI.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de este artículo se utilizó la hermenéutica de las ciencias sociales, y para lo concerniente al análisis normativo se utilizó la hermenéutica jurídica. Desde el primer enfoque se enfatiza el proceso u objeto que se quiere estudiar e interpretar (Cárcamo, 2005), con el fin de llegar a una comprensión aproximada del fenómeno, adquiriendo un conocimiento más profundo del mismo a través de la desmembración, la fundamentación y el esclarecimiento de su estructura y sus relaciones (Mejía, 2014).

Como segunda medida, se aplica la hermenéutica jurídica con dos criterios interpretativos: el sistemático y el de especialidad de la norma. Con el primero se realiza la interpretación de las normas desde la relación entre ellas (von Savigny, 1994), buscando establecer la coherencia entre unas y otras, estrechar los vacíos y llenar de contenido las lagunas jurídicas (López de Sosoaga, 2014; von Savigny, 1994).

Con el criterio de especialidad de la norma se propone la transición de una norma general que abarca a todo un género hacia una norma más específica que se aplica exclusivamente a una especie dentro de ese género (Tardío Pato, 2003). En otras palabras, se refiere a la preferencia de aplicación de la norma que regula una especie particular dentro de un género sobre la norma que regula todo el género en su conjunto (Tardío Pato, 2003).

De manera puntual, se aplicará la norma general, a menos que en la práctica se presenten circunstancias más específicas y parcialmente divergentes de las establecidas en la norma especial, en cuyo caso se aplicará esta última (Tardío Pato, 2003). Esto es: en caso de conflicto entre normas con igual jerarquía, la norma especial prevalecerá sobre la norma general.

Lo anterior se enmarca en la metodología de estudio de caso de tipo instrumental de orden explicativo (Castro, 2010; Simons, 2009; Stake, 1995). Se concibe como una investigación que aborda la complejidad y la singularidad de un proyecto, una política, una institución, un programa o un sistema en un contexto “real”, contemplando diversas perspectivas (Simons, 2009). Bajo la tipología instrumental, la selección del objeto de estudio se realiza con el propósito de comprender otro fenómeno relevante (Simons, 2009). El objetivo del enfoque explicativo radica en desentrañar las causas y los procesos asociados a un fenómeno organizativo específico (Castro, 2010).

Este estudio de caso particular establece una comparación vertical en la relación meso-micro (Bartlett y Vavrus, 2017), lo que implica una observación y un análisis de las interacciones entre niveles intermedios y particulares en una estructura jerárquica, aportando así a la comprensión de las dinámicas y las relaciones dentro de un sistema organizativo; para ser precisos, de la dinámica y la interacción entre el régimen aplicable al Distrito Especial de Santiago de Cali, y el impacto en el criterio de homogeneidad relativa que tienen los hallazgos del Informe Final de la Comisión de la Verdad.

Este artículo consta entonces de tres secciones. En la primera se abordan algunos pormenores del Informe de la Comisión de la Verdad y sus hallazgos frente a los territorios. En la segunda, y a través de la hermenéutica jurídica, se establece el marco normativo aplicable a la transición municipio-distrito de Santiago de Cali, con un énfasis principal en la homogeneidad relativa. En último lugar, se aborda la gobernabilidad de los territorios desde la homogeneidad y teniendo en cuenta los hallazgos de la Comisión.

EL INFORME Y SUS HALLAZGOS PARA LOS TERRITORIOS: SANTIAGO DE CALI

Un Acuerdo para llegar al Informe

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto en Colombia, firmado en 2016 entre el gobierno de Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), estableció en su punto 5 un marco específico para abordar las cuestiones relacionadas con las víctimas. En este marco se instituyó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), el cual engloba diversas entidades y medidas destinadas a investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Su objetivo principal es esclarecer los hechos ocurridos durante el conflicto armado interno, localizar a las personas desaparecidas, llevar a cabo reparaciones integrales y garantizar la no repetición de tales eventos.

Se instauró entonces la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (Comisión de la Verdad), concebida como un ente temporal y extrajudicial, que tiene como objetivo primordial esclarecer los hechos acontecidos en el marco del conflicto armado colombiano, contribuir al entendimiento de las violaciones y las infracciones, y proporcionar una explicación integral a la sociedad sobre la complejidad del conflicto. Asimismo, busca fomentar el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de aquellos involucrados, directa o indirectamente, en el conflicto armado. Además, promover la convivencia en los territorios con el propósito de asegurar que tales sucesos no se repitan.

Durante un período de cuatro años, la Comisión de la Verdad se dedicó a recopilar los eventos acaecidos en el contexto del conflicto armado colombiano. Esta extensa labor de escucha y análisis culminó el 28 de junio de 2022 con la presentación de su Informe Final, titulado “Hay futuro si hay verdad”. El objetivo principal de este informe es revelar la verdad acerca de los sucesos de la guerra, contribuir al esclarecimiento de las violaciones de los derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario, otorgar un reconocimiento a las víctimas como ciudadanos cuyos derechos fueron vulnerados, identificar las responsabilidades individuales y colectivas en dichas violaciones y exponer a la sociedad la realidad del conflicto armado colombiano, que ha superado más de medio siglo.

Este proceso participativo y dialogante, llevado a cabo por la Comisión de la Verdad, incluyó la publicación de once volúmenes que forman parte integral del Informe Final. Estos volúmenes contienen hallazgos significativos sobre las dinámicas inherentes al conflicto armado, la violencia sufrida por diversos grupos, como las mujeres, los niños y las niñas, los adolescentes, las personas exiliadas, las comunidades étnicas y la comunidad LGBTIQ+, y la violencia experimentada en diferentes territorios de Colombia.

El Informe Final presenta una serie de recomendaciones fundamentales para la consolidación de la paz en Colombia. Estas recomendaciones abarcan áreas clave que van desde la atención a las víctimas hasta cuestiones relacionadas con el sistema político, la participación ciudadana, el combate al narcotráfico, la impunidad, la seguridad, la paz territorial, la promoción de una cultura de paz y la educación (Comisión de la Verdad, 2022a). Su objetivo principal es establecer una hoja de ruta que fomente el diálogo en torno a los cambios necesarios en el país, con la intención de poner fin a los conflictos armados persistentes, abordar los factores que perpetúan dichos conflictos y contribuir a la reconstrucción de la confianza entre la sociedad y las instituciones. Esta agenda busca avanzar hacia la reconciliación y garantizar que no se repita el conflicto armado en el futuro.

¿Y LOS TERRITORIOS? ¿DÓNDE ESTÁ SANTIAGO DE CALI?

En Colombia, el conflicto armado interno ha generado una violenta transformación en los territorios, que se ha manifestado con desplazamientos forzados, despojos y diversas formas de violencia. Estas alteraciones han agravado un modelo de ordenamiento territorial de carácter elitista, cuyos orígenes se remontan a la época colonial (Comisión de la Verdad, 2022a). Asimismo, han incidido en el proceso de consolidación del Estado nacional, el cual se ha fundamentado en la concentración de la tierra como fuente primordial de riqueza y poder político (Comisión de la Verdad, 2022a). Este contexto evidencia que una parte significativa del país no ha sido considerada en la edificación de una Colombia verdaderamente inclusiva.

El desplazamiento masivo de más de nueve millones de personas y la pérdida de más de ocho millones de hectáreas, resultado de la violencia derivada del conflicto armado, no solo han implicado una contrarreforma agraria (Comisión de la Verdad, 2022a). Además, la ineficacia del Estado para regular los derechos de propiedad sobre la tierra y los conflictos

relacionados con su uso, la deficiente calidad democrática del país, así como la dualidad territorial de un Estado colombiano con debilidades institucionales han facilitado la implementación de un modelo económico basado en la acumulación por desposesión (Comisión de la Verdad, 2022a).

El desplazamiento forzado de una parte significativa del campesinado y de los pueblos étnicos, expulsados por el terror durante décadas de conflicto, ha pasado de la colonización rural a los procesos de colonización en áreas urbanas populares, ciudades receptoras y ciudades refugio (Comisión de la Verdad, 2022a). Estos entornos se caracterizan por los altos niveles de pobreza, las tensiones constantes y las disputas por los servicios, los recursos y el acceso a los derechos ciudadanos. Estas circunstancias obstaculizan la transformación y el progreso de las condiciones de vida tanto para las víctimas desplazadas como para las comunidades receptoras (Comisión de la Verdad, 2022a).

El modelo de ordenamiento territorial y acumulación, vinculado a la violencia del conflicto armado en Colombia, promovió en diversas regiones la imposición de actividades como la ganadería extensiva, la agroindustria y la minería en tierras más fértiles y llanas (Comisión de la Verdad, 2022a). Este modelo tuvo un efecto negativo en las economías étnicas y campesinas de estas áreas. Además, excluyó a una gran parte de la población local de los procesos de producción y acumulación de riqueza, forzándola a la informalidad o a la integración en economías ilegalizadas como forma de subsistencia y movilidad social (Comisión de la Verdad, 2022a).

Es importante destacar que en los territorios convergen elementos materiales, interacciones sociales y símbolos representativos de diferentes períodos históricos, a partir de los cuales se construyen narrativas sobre el pasado y el presente (Comisión de la Verdad, 2022a). Estas narrativas, derivadas de la experiencia del espacio, permiten que los individuos y las comunidades comprendan el territorio como un referente simbólico que forma parte de su sistema cultural (Comisión de la Verdad, 2022a; Senneth, 2019). Incluso en los lugares de migración se recrea y se reconstruye el territorio, recurriendo a la memoria histórica y geográfica, así como a recuerdos y sentimientos de nostalgia. Cada lugar genera imágenes y significados en quienes los habitan, y estas representaciones se integran a la memoria colectiva y a las identidades locales (Senneth, 2019). Por ende, los territorios, que amalgaman una multiplicidad de lugares, albergan memorias que otorgan sensaciones de arraigo y pertenencia a sus habitantes (Comisión de la Verdad, 2022a).

Cali, capital del Valle y centro neurálgico del suroccidente colombiano, exhibe un semblante cosmopolita, diverso y cultural. Desde mediados del siglo XX, miles de personas han llegado a la urbe en busca de oportunidades o escapando de la violencia y el colapso de la economía rural causado por la expansión agroindustrial y el conflicto armado (Comisión de la Verdad, 2022b). Estas personas se han visto compelidas a establecerse en las periferias orientales y occidentales de la ciudad, enfrentando condiciones angustiantes de violencia y marginación que persisten prácticamente inalteradas hasta hoy. Muchos de estos migrantes eran afrodescendientes e indígenas, forzados a abandonar sus tierras con apenas la ropa que llevaban puesta (Comisión de la Verdad, 2022b).

En paralelo con el desplazamiento de personas hacia las montañas y las ciudades debido a la expansión de la agroindustria, miles de individuos se vieron atraídos por las oportunidades que esta actividad ofrecía. Al tiempo que ocurrían las migraciones motivadas por la violencia bipartidista y el proceso de industrialización, ciudades secundarias del sur del Valle, como Palmira, Jamundí y Yumbo, experimentaron un rápido crecimiento a partir de la década de los cincuenta (Comisión de la Verdad, 2022b). De manera similar, Cali se expandió hacia sus periferias como consecuencia de estos fenómenos migratorios y económicos. Y con el pasar de los años a este fenómeno se le debió sumar la reconfiguración de la movilidad social a causa del narcotráfico y la operación de diversos grupos armados, como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), las FARC-EP, el M-19 y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) (Comisión de la Verdad, 2022b), además de los cárteles.

LA DESCENTRALIZACIÓN Y EL RÉGIMEN DISTRITAL

En Colombia, la descentralización ha despertado el interés general, y la han respaldado tanto la ciudadanía durante la demanda de una nueva Constitución, en 1991, como la clase política regional, la cual ha promovido reformas en el ordenamiento territorial, como la creación de distritos y de las regiones administrativas de planificación (Ojeda, 2003). De acuerdo con Vélez (2010), la dimensión territorial se vuelve esencial en la configuración de la agenda política, destacando el interés por el ordenamiento territorial. En ese sentido, la Ley 11 de 1986 facultó a los concejos municipales para dividir el territorio en comunas o corregimientos, encabezados por juntas

administradoras locales (JAL), con el propósito de descentralizar la gestión de los servicios públicos hasta el nivel local (Blanquer y Fajardo, 1991).

Durante las décadas de los ochenta y los noventa, la ciudadanía elevó la demanda para aumentar la democratización, la autonomía y la legitimidad de la agenda pública y política, y encontró eco entre diversos actores políticos. Sin embargo, más allá del ámbito normativo, existen dudas considerables sobre la efectividad de este cambio institucional (Acosta *et al.*, 2024). El proceso descentralizador en Colombia tenía tres objetivos principales: mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos, fortalecer y ampliar la democracia en la gestión pública, y mejorar la gobernabilidad a nivel subnacional entre las diferentes entidades territoriales (Acosta *et al.*, 2024).

La Constitución de 1991 en Colombia estableció una ampliación de la autonomía para los municipios, la nueva concepción de los departamentos y la vía hacia nuevas entidades territoriales, como regiones, entidades territoriales indígenas, provincias y distritos especiales, con un aumento en las responsabilidades y las competencias asignadas. Esta medida tenía como objetivo fortalecer la descentralización del poder y mejorar la eficiencia en la gestión de los asuntos públicos a nivel local (Otálvaro y Tovar, 2020; Rúa y Duarte, 2020).

En Colombia, los distritos especiales son una categoría de entidades territoriales que tienen un régimen especial de administración y financiamiento. Además, poseen un mayor nivel de autonomía y responsabilidad en la gestión de sus recursos y servicios públicos. La elección de sus funcionarios es similar a la de los municipios, pues cuentan con un alcalde elegido popularmente y un concejo distrital, y su presupuesto es independiente del de los departamentos (Rúa y Duarte, 2020). Estos distritos también tienen mayores competencias en áreas como el transporte, la seguridad y los servicios públicos, y tienen mayor capacidad para generar ingresos propios (Rúa y Duarte, 2020).

La Ley 1617 de 2013 creó el régimen para los distritos especiales en Colombia, con excepción de Bogotá, cuyo régimen contempla el Decreto Ley 1421 de 1993. La Ley 1617 propugna las facultades, los instrumentos y los recursos que les permiten cumplir con sus funciones y prestar los servicios a su cargo, así como promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes a partir del aprovechamiento de sus recursos y de las ventajas derivadas de las características, las condiciones y las circunstancias especiales que estos

presentan. Esta ley, además, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 286 de la carta, donde se indica que “son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”. A su vez, los distritos podrán conformar áreas metropolitanas según lo previsto en el artículo 319 superior y tras la consecución de los requisitos del artículo 35 de la Ley 1625 de 2013, relativa a las áreas metropolitanas.

Los criterios sistemáticos y de especialidad normativa se encuentran en el siguiente marco normativo aplicable:

- Decreto 1421 de 1993 que dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y con el cual se atienden antinomias y lagunas que deje la aplicación del régimen de distritos.
- Ley 617 de 2000 en conjunto con su antecesora la Ley 136 de 1994, por las cuales se dictan el régimen municipal y se modifica el mismo. Por estas se suplirán los vacíos del régimen distrital y del Decreto 1421 de 1993 cuando no se pronuncien al respecto.
- La Ley 768 de 2002 por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo, Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. Esta norma cumple la misma función de las anteriores.
- Por último, la Ley 1454 de 2011 por la cual se dicta la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Rúa y Duarte, 2020, p. 99).

La Ley 1617 de 2013 contempla diferentes disposiciones relevantes para el funcionamiento ideal de los distritos. Empero, si bien se mencionó al inicio de este acápite que la estructura no se modifica mucho, sí es preciso mencionar aquellas enlistadas en su artículo 4.º: concejo distrital, alcalde distrital, alcaldes y JAL, así como las entidades que el concejo, por iniciativa del alcalde distrital, cree y organice (Congreso de la República de Colombia, 2013).

Es sobre los alcaldes y las JAL sobre los que recae la administración de las diferentes localidades del distrito. Más adelante se realizará una precisión acerca de sus funciones. También es relevante el artículo 78, por el cual se determina que en la ley que crea un distrito se podrán dar atribuciones especiales conforme a las características del territorio y la sociedad que lo habita. Esto se debe corresponder con el artículo 34 del régimen distrital,

del cual sobresale la manera como debe darse la división del distrito en las localidades, atendiendo al criterio de homogeneidad relativa.

Este criterio, por su influencia frente a la composición de las localidades, se relaciona con la gobernabilidad de las mismas. A su tenor se señala que los distritos se subdividirán en localidades, en función de las características sociales de sus habitantes, con el objetivo de lograr una homogeneidad relativa en términos geográficos, sociales, culturales y económicos.

Al respecto, la doctrina jurídica ha manifestado que no se ha promulgado un artículo normativo que proporcione una definición precisa de lo que constituye la homogeneidad relativa como criterio para la delimitación de localidades en los distritos especiales. En consecuencia, resulta necesario acudir a diversas disciplinas para otorgarle un significado a este concepto en el contexto específico en cuestión. Es relevante el hecho de que únicamente existe un fallo de la Corte Constitucional que, sin proporcionar una definición explícita, establece un marco de referencia al respecto (Rúa y Duarte, 2020).

Esto condiciona la creación de las localidades, su administración y su gestión. Respecto de esta noción, indica Galeano (2020): “El término homogeneidad relativa se utiliza y entiende en este capítulo como ‘contextos socioeconómicos de naturaleza similar’ o ‘aspectos geográficamente comunes’ que resultan de la identificación de las características sociales de los habitantes” (p. 30). En ese sentido, Falla (2020) plantea que el contenido normativo mencionado tiene diferentes variables territoriales para la definición de localidades precisamente en la ciudad de Cali:

Tabla 3.1 Variables territoriales para definir las localidades desde la homogeneidad relativa

Categorías	Descripción
Históricas:	Períodos de crecimiento urbano, infraestructuras y equipamientos representativos de una época histórica, de escala municipal y metropolitana.
Ambientales:	Cuencas y subcuencas hidrográficas, ecosistemas, zonas de amenaza y riesgo, impactos ambientales.
Movilidad:	Infraestructura, modos y medios de transporte, cobertura, relaciones rurales-urbanas, estado de la infraestructura.
Servicios públicos:	Sectorización en la prestación de los servicios, coberturas, infraestructuras.
Equipamientos:	Tipos, nodos, coberturas, sectorización.
Usos del suelo:	Predominantes, especialidades de uso, centralidades.
Morfotipológicas:	Áreas homogéneas, valoración de tejidos urbanísticos.
Norma urbana:	Áreas de actividad, tratamientos urbanísticos.
Planificación:	POT 2000: Piezas y centralidades POT 2014: UPU y UPR. Proyectos estratégicos.
Relaciones metropolitanas:	Conurbaciones, relaciones funcionales, áreas prestadoras de servicio a Cali, áreas receptoras de servicios a Cali.

Fuente: Falla (2020).

Estos planteamientos obedecen a lo establecido por la Corte Constitucional frente a los criterios para la delimitación de las localidades, dado que la necesidad de subdividir el territorio en localidades no se basa exclusivamente en el tamaño de la población, sino también en las especificidades y particularidades de cada uno de los sectores geográficos que conforman

el distrito que se va a dividir (Corte Constitucional de Colombia, 2005). Entre estos sectores pueden existir áreas con disparidades significativas en términos de las actividades y las problemáticas que se presentan allí. Este fenómeno puede ser especialmente relevante en distritos cuya actividad económica predominante se centra en el turismo o en la actividad portuaria (Corte Constitucional de Colombia, 2005). De manera que “estas distintas peculiaridades de cada zona del distrito dan lugar a necesidades administrativas particulares, que bien pueden ameritar la creación de localidades independientes” (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

Bajo este paradigma de la homogeneidad relativa se establecieron diferentes modelos de división político-administrativa para el Distrito Especial de Santiago de Cali, obedeciendo por demás al criterio de las atribuciones. Además, en relación con esta división, es preciso hablar de la estructura de los distritos, que debe ser genérica e implementar el diseño que más se ajuste a las necesidades públicas y sociales de todos los distritos. En ese sentido, se ha planteado que la subdivisión territorial en localidades que se encuentran dentro de los distritos especiales no solo tiene implicaciones en el diseño administrativo, en términos de la creación, la supresión y la modificación de las entidades descentralizadas y concentrantes de este nivel (Rúa y Duarte, 2020), sino que también afecta la estructura propia de estos entes territoriales, los cuales están compuestos por el alcalde distrital, el concejo distrital, el alcalde local y las JAL. Este efecto dominó se manifiesta especialmente en la elección de los miembros de las JAL, en relación con la disminución de las circunscripciones electorales, que se produce al suprimir las comunas y los corregimientos (Rúa y Duarte, 2020).

De esta manera, se encuentra el artículo 36 de la Ley 1617 de 2013, en el que se señala que cada localidad estará sujeta, de acuerdo con los términos establecidos en la presente ley y los acuerdos distritales, a la autoridad del alcalde distrital, de una JAL y del correspondiente alcalde local. A las autoridades locales les corresponden la gestión y la administración de los asuntos propios de su territorio, mientras que a las autoridades distritales les incumbe garantizar el desarrollo y el ordenamiento armónico e integrado de la entidad territorial en su conjunto.

Esta norma debe leerse de manera sistemática con el artículo 34 de la Ley 136 de 1994, que establece aquellas competencias que pueden delegar

los concejos a las JAL, y el artículo 38 de la Ley 1617.¹ Estas reglas jurídicas deben influir directamente en la representatividad de cada localidad y en sus efectos frente a la gobernabilidad.

Un ejemplo de ello es que, de darse la conformación de localidades urbano-rurales, no se contaría con una norma específica que abordara su composición en cuanto a la cantidad de ediles por una zona o la otra. Esto evidencia la insuficiencia normativa para responder al criterio mismo de homogeneidad relativa, pues como se explica más adelante la división político-administrativa del Distrito Especial de Cali se ha procurado mediante diferentes instrumentos que pretenden responder a este criterio.

Sumado a ello, teniendo en cuenta los criterios sistemáticos y de especialidad, no se encuentra una norma que logre dotar de contenido el vacío. El estudio realizado de manera conjunta por la Universidad Icesi, la Universidad de San Buenaventura de Cali y la Universidad de los Andes llegó a plantear un artículo donde se pretendía saldar esta deuda. El proyecto señala:²

Artículo 5. Adiciónese el artículo 43A a la Ley 1617, el cual dirá así:
Artículo 43A. Integración de las juntas administradoras locales en localidades con composición urbana y rural. Se autoriza a los concejos distritales para que, atendiendo a criterios de representación y participación efectiva, determinen la integración de las Juntas Administradoras Locales en localidades con composición urbana y rural, señalando que, en todo caso, se fijará un número mínimo del treinta por ciento (30 %) de las curules de la Junta Administradora Local, para que sean ocupadas por ediles que representen a las comunidades

1 A su tenor, las normas señalan: Artículo 36. Autoridades distritales y locales. Cada localidad estará sometida, en los términos establecidos en esta ley y los acuerdos distritales, a la autoridad del alcalde distrital, de una junta administradora y del respectivo alcalde local. A las autoridades locales les compete la gestión de los asuntos propios de su territorio, y a las distritales garantizar el desarrollo y ordenamiento armónico e integrado de la entidad territorial.

Artículo 38. Reparto de competencias. El concejo distrital, por iniciativa del alcalde distrital, hará la distribución de competencias y funciones administrativas entre las autoridades distritales y locales, teniendo en cuenta los principios de concurrencia, subsidiariedad y complementariedad, y los siguientes criterios generales: la asignación de competencias a las autoridades locales buscará un mayor grado de eficiencia en la prestación de los servicios. El ejercicio de funciones por parte de las autoridades locales deberá implementar las metas y disposiciones del Plan General de Desarrollo.

2 El texto corresponde al Proyecto de Ley 435 de 2020 de la Cámara de Representantes y al Proyecto de Ley 260 de 2021, mas fue archivado en primer debate del Senado.

asentadas en los territorios rurales de la localidad, en los términos del artículo 44 de la Ley 1617 de 2013.³

De manera que la delimitación de localidades se considera un proceso de diferenciación funcional entre las áreas que conforman el territorio. Sin embargo, existe una preocupación por la autosuficiencia de cada localidad, a pesar de que las funciones de la Administración Central no desaparecen y la separación física no es real. Otro ejemplo de esto es el debate en torno a la “división” de las cuencas en diferentes localidades, ya que se argumenta que esto “dificultará su manejo de manera integral” (van der Huck y Mayorga, 2020). El Departamento Administrativo de Planeación Municipal (DAPM) no ha destacado que esta medida no implica una fragmentación territorial, sino un desafío de coordinación entre los asuntos estratégicos que debe continuar gestionando la Administración Central y el apoyo que pueden brindar las alcaldías menores en la consecución de los objetivos de ordenamiento territorial y ambiental (van der Huck y Mayorga, 2020).

En suma, la Constitución colombiana de 1991 estableció una mayor autonomía para los municipios y la creación de nuevas entidades territoriales, como los distritos especiales, con una mayor carga de responsabilidades y funciones. Con esta iniciativa se busca fortalecer la descentralización del poder y mejorar la eficiencia en la gestión de los asuntos públicos a nivel local. Los distritos especiales se erigen como una categoría de entidades territoriales que tienen un régimen especial de administración y financiamiento, y poseen un mayor nivel de autonomía y responsabilidad en la gestión de sus recursos y servicios públicos. La Ley 1617 de 2013 estableció el régimen para estos y busca promover el desarrollo integral de su territorio y mejorar la calidad de vida de sus habitantes.

Este marco normativo se complementa con otras leyes y decretos para suplir los vacíos y las antinomias del régimen distrital. Sin embargo, aun con esta facilidad sistemática y de especialidad, no es posible cubrir todas las necesidades de representatividad y gobernabilidad del territorio, pues la división político-administrativa en las localidades y la posible unión en

3 Para consultar el contenido del artículo y el Proyecto de Ley 435 de 2020 de la Cámara de Representantes, ver <https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2021-05/20210525%20-%20PPD%20del%20PL%20435%20de%202020%20Ca%CC%81mara%20DISTRITOS%20VF.docx>.

territorios de carácter urbano-rural afectan la prestación de los servicios públicos y los intereses que se juegan en las instancias de decisión.

TERRITORIOS DEL DISTRITO: EL INFORME FINAL Y LA HOMOGENEIDAD RELATIVA

Las respuestas frente a la manera en que distintos grupos poblacionales de Santiago de Cali interactúan entre sí, y para sí, suscitan una comprensión de los efectos que ha tenido el conflicto armado colombiano sobre la habitabilidad de los espacios y las formas en las cuales los individuos experimentan con su entorno inmediato, y a partir de esta comprensión otorgan símbolos y significados al territorio.

En palabras de Torres *et al.* (2015), la condición de Cali frente al auge y el recrudecimiento de la violencia en el territorio nacional, a mediados de la década de los ochenta, llevó a que se reconfigurara como una ciudad receptora de población desplazada, ávida de nuevas oportunidades de vida, con los factores que esto conlleva; para el caso, la vertiginosidad con la que se dio el surgimiento masivo de asentamientos precarios obedece en últimas a condiciones no planificadas para el acceso a la vivienda y una sobreestimulación de su demanda.

Martínez (2011) explica cómo a partir de este proceso de urbanización no planificado, debido al conflicto acentuado en la región andina y pacífica del territorio nacional, surge el Distrito de Aguablanca durante la década de los ochenta. Sobre ello se debe plantear que el establecimiento del Distrito de Aguablanca tuvo lugar en un contexto de intensas migraciones rurales hacia las ciudades, lo que provocó un aumento significativo y acelerado de la población urbana en el país (Martínez, 2011).

La población que ha sufrido algún hecho victimizante relacionado con el conflicto armado —con énfasis en el desplazamiento forzado por su carácter espacial— alcanza una cifra estimada de 212 397 personas al corte de 2023 en Santiago de Cali (Unidad para las Víctimas, 2023), circunstancia que apela al menos a un 10 % aproximado del total de la población de la ciudad.

Para actualizar el incremento de esta cifra, el último informe de la Unidad para las Víctimas —con fecha de abril de 2024— registró que 213 582 habitantes de Santiago de Cali están registrados como víctimas del conflicto armado (esto es, alrededor del 9,5 % del total de la población); de

esta cifra, 201 377 personas reconocen como hecho victimizante el desplazamiento forzado (Unidad para las Víctimas, 2024).

Ahora bien, frente a la dispersión geográfica de la población desplazada en Santiago de Cali, se acentúan principalmente como nuevos espacios de habitación las comunas 13, 14, 15 y 21, aglomerándose principalmente al oriente de la ciudad (Torres *et al.*, 2015). Esta situación, desde luego, genera puntos en donde logran confluír los resultados dispuestos en el Informe Final y la inclusión de las variables victimizantes como hechos territoriales, respecto a la homogeneidad relativa y su función en cuanto a los procesos de evaluación sobre cómo ocupan las poblaciones un espacio en particular.

Destacar los efectos del conflicto armado sobre las maneras como se gestan los espacios y como viven y perviven los individuos, generando así circunstancias sociogeográficas específicas, implica pensar la construcción del territorio bajo la lógica del habitar, siendo este “un conjunto de prácticas y representaciones que permiten al sujeto colocarse dentro de un orden espacio-temporal, al mismo tiempo reconociéndolo y estableciéndolo. Se trata de reconocer un orden, situarse adentro de él, y establecer un orden propio” (Giglia, 2012, p. 13).

Gracias a este orden, el individuo comprende su alcance, al igual que sus límites para actuar, y con ello se generan, a partir de un proceso de significación del territorio, conductas que equilibran la interacción entre las partes que habitan allí.

Sobre el habitar, Yory (2017) explica que “supone ya una previa teoría del lugar ligada, inexorablemente, a lo que como seres humanos somos en nuestra dimensión, no solo espacial [...], sino, y sobre todo, espaciante, cargada de sentido y significación” (p. 106). Estos dos últimos elementos permiten, entonces, analizar las formas como el sujeto aborda y se desenvuelve en su entorno, no solo en una relación de él con el medio, sino entre él y los otros.

El impacto derivado de hechos tales como el desplazamiento forzado (desarraigo), los homicidios, la desaparición forzada, entre otros, sobre el núcleo desde el cual los grupos de individuos piensan y desarrollan el espacio, le otorgan significados y reproducen comportamientos, entrelaza fuertemente el aspecto local del Informe Final y la constitución de Cali Distrito Especial, en cuanto aporta nuevas variables —que aterrizan de lo intangible a lo físico, lo vivido— sustentadas en la repercusión del conflicto armado colombiano sobre la manera como se han tejido las ciudades, generando

microlocalizaciones de circuitos violentos con un Estado en muchos casos inoperante ante situaciones de índole estructural.

Según estas consideraciones, cada uno de los elementos desarrollados como variables de la homogeneidad relativa —ambientales, de movilidad, de los usos del suelo, de la relación con los demás— se ve influenciado por la composición simbólico-espacial orquestada por quienes habitan los territorios en sí; la irrupción del conflicto incide entonces en tal proceso, generando entre otras cosas *clusters* de violencia, y agrupando las necesidades no resueltas en límites geográficos imaginarios, aunque con una fuerte repercusión para quienes habitan en ellos.

Así entonces, las nuevas lógicas administrativas que se plantean desde Cali Distrito Especial, según su modelo de agrupación de territorios, deben tener en cuenta cómo la violencia resultado del conflicto armado en la ciudad ha representado un *hacedor* de espacios, con fronteras establecidas para los individuos que los dotan de vida e interactúan en ellos. Lejos de promover una formación de conjuntos basados en hechos victimizantes y el aumento de su presencia en ciertas latitudes de la ciudad, el reconocimiento de tal situación y un mayor control de la estadística relacionada con ello abrirían una ventana ahora más focalizada y descentralizada para la oferta de servicios encaminada hacia la reparación de la población víctima, tratando de limitar el lugar de la violencia sobre los medios con los que se construyen el espacio y la comunidad.

Tras la idea de que los factores contrarios a la convivencia reflejan y ahondan una desconexión entre la institucionalidad y sus gobernados, se deben anexas los elementos relacionados tanto con la legitimidad como con la gobernabilidad del territorio; y esta última se entiende como “un estado de equilibrio dinámico entre demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental [...]. Asimismo [esta definición] permite ubicar a la gobernabilidad en el plano de la relación entre el sistema político y la sociedad” (Camou, 2020, p. 48).

Habida cuenta de lo anterior, la capacidad de actuación de Cali Distrito Especial, ahora bajo un sistema de respuesta localizado y con una aglomeración de habitantes y aspectos geográficos que configuran nuevas realidades organizativas y administrativas, representa una oportunidad de incluir la variable del conflicto y sus derivados como una forma de comprender y de interactuar para crear el territorio en sintonía con la resolución de necesidades.

De esta forma, la configuración de Cali a partir de este modelo y este enfoque del ordenamiento territorial, especialmente desde una connotación administrativa, se acerca a la premisa según la cual amparar las necesidades sociales, como exigencia constitucional y fundamento del Estado colombiano materializado a través de las entidades territoriales, posibilita el diálogo y otras formas de participación por parte de la ciudadanía.

En ese orden de ideas, el marco de principios, valores y herramientas con los que dota el Acuerdo Final de Paz a las entidades locales, en este caso pensados desde un enfoque distrital, genera mayores obligaciones según los compromisos adquiridos por los organismos que hacen parte de esa administración, ahora descentralizada en los territorios. En el caso de Cali, como se mencionó, las derivaciones del conflicto armado se han acentuado en mayor medida entre los territorios, maximizando las variables —tanto de las instituciones formales como de las no formales— a partir de las cuales este incide en la manera como habitan los ciudadanos el espacio.

El diseño de la ciudad urbana y rural en Cali, a través de su distritalización y conforme a los elementos destacados por el Informe Final, a la larga, compromisos y obligaciones adquiridos entre las partes, requiere avanzar en la consolidación de una toma de decisiones de carácter horizontal que tal modelo organizativo institucional refiere; a partir de esta medida y en el sentido de la materia abordada, la oferta y la disposición de los servicios estatales se deben delimitar conforme a un establecimiento territorial, por lo que se encuentra necesario plantear una medida más integral, teniendo en cuenta las distintas representaciones que se tiene del conflicto armado en los territorios, especialmente en la fragmentación imaginaria del territorio.

La apuesta por configurar la distritalización de Cali, tomando como elementos de análisis las recomendaciones y las incidencias del Acuerdo Final y el Informe establecido por la Comisión de la Verdad, requiere incluir en su generalidad el apartado “Descentralización, autonomía territorial y organización político-administrativa”. Lograr una mayor cercanía de la administración central a los territorios, teniendo como insumo el conocimiento sobre la manera en que los espacios son heterogéneos entre sí, y por ende, consolidar de forma gradual y oportuna los servicios ofertados repercute en una base equitativa de acceso a la vida social, comunitaria y económica, especialmente en los grupos poblacionales más afectados por el conflicto, tanto de carácter rural como intraurbano.

CONCLUSIONES

El Informe Final de la Comisión de la Verdad, además de representar una ventana para generar actos de reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia, permite desarrollar una mirada trascendental, especialmente sobre las variables que consolidan el habitar de los individuos en los confines jurídico-administrativos de las ciudades.

El desarrollo de la investigación a partir de los marcos y los límites que representa un estudio de caso y, a su vez, la aproximación desde la hermenéutica de las ciencias sociales permiten establecer una conexión entre el proceso institucional y de carácter administrativo —el caso de la distritalización de Cali— y las realidades socioterritoriales configuradas en el ámbito comunitario de la ciudad, especialmente y de manera acentuada en ciertas zonas de la misma, afectadas por el conflicto armado y la recepción de población desplazada.

Conocer y reconocer la importancia de Cali Distrito Especial desde la configuración de las localidades, haciendo énfasis en la violencia y los hechos derivados del conflicto armado, como elementos con los cuales se ha construido el territorio, implica tener en cuenta las propuestas que el Informe Final plantea para las administraciones locales, en una línea de descentralización y autonomía, considerando las características de un estudio de caso y la lectura de las realidades territoriales que van un paso más adelante en relación con las medidas institucionales, lo que señala una alerta para quienes son tomadores de decisiones. Esto debe hacerse de acuerdo a un modelo de interacción horizontal con la ciudadanía.

Para Santiago de Cali, habida cuenta de su posición como ciudad receptora histórica de población víctima de desplazamiento forzado en el suroccidente colombiano, los aciertos del Informe Final representan un paso en su proceso incipiente de conversión en distrito especial, situación en la que la violencia ha generado distintas consecuencias que afectan las maneras como se constituyen y experimentan los territorios de su interior. Esto, al tiempo que destaca la incidencia del conflicto y la agrupación geográfica de las víctimas en ciertas zonas de la ciudad, condiciones en las que han conformado el espacio e interactúan entre sí, arroja numerosos retos para una institucionalidad que busca aumentar la cercanía con la población.

Según esto, los procesos derivados del conflicto armado en Santiago de Cali representan una variable trasversal a los elementos dispuestos en

lo que el análisis territorial describe desde la homogeneidad relativa. Tal posición halla como punto de partida el hecho de que las repercusiones de la violencia y su posterior reproducción, teniendo en cuenta la manera como el Estado interactúa con las zonas afectadas, involucran distintas esferas de la vida, tanto del individuo para sí, como del individuo con otros y con su entorno inmediato.

REFERENCIAS

Acosta, S., Duarte, T. y Mambuscay, J. (2024). Lo intrincado: Cali Distrito Especial y la gobernabilidad de sus localidades. Análisis desde la división territorial. *Revista CS*, (42), a07. <https://doi.org/10.18046/recs.i42.07>.

Bartlett, L. y Vavrus, F. (2017). *Rethinking case study research. A comparative approach*. Routledge Taylor & Francis Group.

Blanquer, J. y Fajardo, D. (1991). *Descentralización en Colombia. Estudios y propuesta*. Instituto Francés de Estudios Andinos y Universidad Nacional de Colombia.

Camou, A. (2020). *Gobernabilidad y democracia*. Instituto Nacional Electoral (INE).

Cárcamo, H. (2005). Hermenéutica y análisis cualitativo. *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, (23), 204-216. <https://cintademoebio.uchile.cl/index.php/CDM/article/view/26081>.

Castro, E. (2010). El estudio de casos como metodología de investigación y su importancia en la dirección y administración de empresas. *Revista Nacional de Administración*, 1(2), 31-54.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (2022a). *Hay futuro si hay verdad. Informe final. Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia*. <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (2022b). *Hay futuro si hay verdad. Informe final. Colombia adentro. Relatos territoriales sobre el conflicto armado*. <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>.

Congreso de la República de Colombia (2013). Ley 1617 de 2013. Por la cual se expide el régimen para los distritos especiales. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=51601>.

Congreso de la República de Colombia (2021). Proyecto de Ley 435 de 2020 de la Cámara de Representantes. Por medio del cual se modifica la Ley 1617 de 2013 y se dictan otras disposiciones. <https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2021-05/20210525%20-%20PPD%20del%20PL%20435%20de%202020%20Ca%CC%81mara%20DISTRITOS%20VF.docx>.

Corte Constitucional de Colombia (24 de mayo de 2005). Sentencia C-538. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-538-05.htm>.

Falla, M. (2020). Cali Distrito Especial: El mapa territorial para la nueva división político-administrativa. En E. Rodríguez y P. Sanabria (eds.), *Cali Distrito Especial. Políticas públicas, ordenamiento territorial y descentralización* (pp. 45-73). Universidad de los Andes, Universidad Icesi, Universidad de San Buenaventura, Cali.

Galeano, J. (2020). División en localidades de Cali Distrito Especial. Desafíos desde las escalas geográficas sociales. En E. Rodríguez y P. Sanabria (eds.), *Cali Distrito Especial. Políticas públicas, ordenamiento territorial y descentralización* (pp. 27-44). Universidad de los Andes, Universidad Icesi, Universidad de San Buenaventura, Cali.

Giglia, A. (2012). *El habitar y la cultura: Perspectivas teóricas y de investigación*. Anthtropos Editorial.

López de Sosoaga, A. (2014). El método interpretativo de von Savigny en el análisis de la legislación educativa: un estudio de casos sobre el currículo de primaria. *Revista de Educación y Derecho*, (9), 1-28. <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/10503/13260>.

Martínez, L. (2011). *Aproximación a un escenario de riesgo frente al rompimiento del Jarillón del río Cauca en la ciudad de Cali*. [Tesis de grado]. Universidad del Valle.

Mejía, O. (2014). Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho. *Pensamiento Jurídico*, (39), 15-53. https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/45229/_3.

Ojeda, L. (2003). Balance comparativo de la descentralización en los países de la Comunidad Andina. En F. Carrión (ed.), *Procesos de descentralización en la Comunidad Andina* (pp. 65-105). Flacso Ecuador.

Otálvaro, B. y Tovar, J. (2020). Análisis sobre la descentralización territorial: una revisión sobre Cali como distrito especial. En E. Rodríguez y P. Sanabria (eds.), *Cali Distrito Especial. Políticas públicas, ordenamiento territorial y descentralización* (pp. 271-288). Universidad de los Andes, Universidad Icesi, Universidad de San Buenaventura, Cali.

Rúa, C. y Duarte, T. (2020). Marcos y límites. Encuadramiento jurídico del Distrito Especial de Santiago de Cali. En E. Rodríguez y P. Sanabria

(eds.), *Cali Distrito Especial. Políticas públicas, ordenamiento territorial y descentralización* (pp. 95-128). Universidad de los Andes, Universidad Icesi, Universidad de San Buenaventura, Cali.

Senneth, R. (2019). *Construir y habitar. Ética para la ciudad*. Editorial Anagrama.

Simons, H. (2009). *El estudio de caso: teoría y práctica*. Ediciones Morata.

Stake, R. (1995). *The art of case study research*. Sage.

Tardío Pato, J. (2003). El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, (162), 189-225.

Torres, S., Tenorio, B., Pinzón, L. y Gómez, D. (2015). *Desplazamiento forzado en las comunas de Santiago de Cali: Análisis espacial de efecto vecindad*. Departamento Administrativo de Planeación.

Unidad para las Víctimas (30 de noviembre de 2023). *Víctimas por hecho victimizante*. <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Cifras/#!/hechos>.

Unidad para las Víctimas (11 de abril de 2024). *Cali implementará el enfoque de soluciones duraderas para las víctimas de desplazamiento forzado en su Plan de Desarrollo Territorial*. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/cali-implementara-enfoque-soluciones-duraderas-victimas-desplazamiento-forzado-plan-desarrollo-territorial/#:~:text=La%20proyecci%C3%B3n%20poblacional%20del%20DANE,desplazamiento%20forzado%20con%20201.377%20v%C3%ADctimas>.

van der Huck, C. y Mayorga, M. (2020). Los retos de la delimitación de localidades de Cali Distrito. Homogeneidad relativa en un contexto diverso. En E. Rodríguez y P. Sanabria (eds.), *Cali Distrito Especial. Políticas públicas, ordenamiento territorial y descentralización* (pp. 247-270). Universidad de los Andes, Universidad Icesi, Universidad de San Buenaventura, Cali.

Vélez, R. (2010). Políticas públicas y agenda pública. Estrategias para la implementabilidad del derecho público con perspectiva territorial. Análisis de casos en Medellín. *Ratio Juris*, 5(11), 103-116. <https://doi.org/10.24142/raju.v5n11a4>.

von Savigny, F. K. (1994). *Metodología jurídica*. Depalma Editores.

Yory, C. (2017). *Lugar y territorio: Una aproximación multidimensional a la noción de espacio habitado para pensar y habitar la ciudad del siglo XXI a partir del concepto de topofilia*. Universidad Piloto de Colombia.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y
DEMOCRACIA: PROBLEMAS EN LA ESENCIA DEL
ARGUMENTO CONTRA EL CONTROL JUDICIAL
DE LA LEGISLACIÓN SEGÚN JEREMY WALDRON*

CONSTITUTIONAL REVIEW AND DEMOCRACY:
PROBLEMS AT THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL
REVIEW OF LEGISLATION ACCORDING TO JEREMY WALDRON

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA:
PROBLEMAS NA ESSÊNCIA DO ARGUMENTO CONTRA O
CONTROLE JUDICIAL DA LEGISLAÇÃO SEGUNDO JEREMY WALDRON

LEANDRO SÁNCHEZ-MARÍN**
JHOAN SEBASTIAN DAVID-GIRALDO***

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -
Publicado: 30 de noviembre de 2024
DOI: 10.24142/raju.v19n39a5

* Este artículo es resultado parcial del proyecto de investigación “Epistemología Política” (2023-61997), desarrollado por el Grupo de Investigación de Filosofía Política de la Universidad de Antioquia.

** Docente del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Doctorando en Filosofía, magíster y filósofo de la Universidad de Antioquia. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001637964, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?user=cZw_7DAAAAAJ&hl=es&authuser=3, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6837-1081>, correo electrónico: leandro.sanchez@udea.edu.co

*** Docente del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid. Magíster y filósofo de la Universidad de Antioquia. Profesional en Negocios Internacionales de la Universidad de Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001692764, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=vG4WepoAAAAAJ&hl=es&authuser=3>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0404-5364>, correo electrónico: jhoan.david@udea.edu.co

Resumen

En el marco de la discusión sobre si los jueces deberían tener la facultad de derogar leyes cuando están convencidos de que violan derechos individuales, Jeremy Waldron ofrece una serie de argumentos que dan cuenta de su oposición al modelo democrático que incluye el control jurídico de la legislación. Sin embargo, los argumentos ofrecidos son cuanto menos problemáticos. Por lo tanto, el presente texto tiene como objetivo mostrar que los planteamientos de Waldron en contra del control judicial de la legislación, al menos en la discusión sobre su esencia, son insuficientes para sustentar la eliminación de este en los sistemas democráticos. Para esto, en primer lugar, procedemos a mostrar los argumentos mediante los cuales el autor se opone al control judicial. En segundo lugar, nos referimos a las cuatro condiciones necesarias para considerar su argumentación teórica. En tercer lugar, abordamos una serie de críticas que se le pueden hacer a la argumentación de Waldron. Así, finalmente, pretendemos mostrar que los argumentos de Waldron son insuficientes para considerar una oposición categórica al control judicial.

Palabras clave: control judicial, democracia, Constitución, filosofía política.

Abstract

Within the framework of the discussion about whether judges should have the power to repeal laws when they are convinced that they violate individual rights, Jeremy Waldron offers a series of arguments that explain his opposition to the democratic model where there is judicial control of legislation. However, the arguments given are problematic to say the least. Therefore, the present text aims to show that the arguments offered by Waldron against judicial control of legislation, at least in the discussion of the essence of the argument, are insu-

fficient to prove its elimination in democratic systems. For this, first of all, we proceed to show the arguments by which the author opposes judicial control. Secondly, we refer to the four conditions necessary for his theoretical argument to be considered. Thirdly, we will address a series of criticisms that can be made to Waldron's opposition argument. Thus, finally, we intend to show that Waldron's arguments are insufficient to consider a categorical opposition to judicial control.

Keywords: judicial review, democracy, Constitution, political philosophy.

Resumo

No contexto da discussão sobre se os juízes deveriam ter a faculdade de anular leis quando estão convencidos de que violam direitos individuais, Jeremy Waldron oferece uma série de argumentos que expressam sua oposição ao modelo democrático onde há controle judicial da legislação. No entanto, os argumentos apresentados são, no mínimo, problemáticos. Portanto, o presente texto tem como objetivo mostrar que os argumentos oferecidos por Waldron contra o controle judicial da legislação, pelo menos na discussão da essência do argumento, são insuficientes para justificar a eliminação desse controle nos sistemas democráticos. Para isso, em primeiro lugar, apresentamos os argumentos pelos quais o autor se opõe ao controle judicial. Em segundo lugar, referimos as quatro condições necessárias para que sua argumentação teórica possa ser considerada. Em terceiro lugar, abordamos uma série de críticas que podem ser feitas à argumentação de Waldron. Assim, pretendemos mostrar que os argumentos de Waldron são insuficientes para considerar uma oposição categórica ao controle judicial.

Palavras-chave: controle judicial, democracia, Constituição, filosofia política.

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de las sociedades, ha sido necesario establecer parámetros de convivencia que posibiliten su desarrollo adecuado. Estos parámetros dependen de una serie de requerimientos que va más allá del establecimiento de una normativa, que permite el accionar humano y a la vez lo limita. Por eso es importante la reflexión sobre estas cuestiones, y en ella tiene cabida la filosofía política. Uno de los grandes temas que debemos tratar cuando nos adentramos en cuestiones de la filosofía política tiene que ver con los criterios de fundamentación, justificación y validación de una teoría, especialmente porque del establecimiento de estos se desprenden consecuencias políticas, sociales y económicas. Por tanto, estas consideraciones no son meras maquinaciones filosóficas para dar sentido a una teoría, sino que son una práctica con implicaciones efectivas en la vida social.

Para construir las sociedades no se pueden perder de vista los principios sobre los cuales se fundan. Por lo tanto, tampoco se pueden perder de vista los criterios de legitimación para el establecimiento de una teoría política, pues son los que precisamente validan una posible normativa dentro de las sociedades. De acuerdo con Jeremy Waldron (2018a), cualquier teoría política normativa, además de implementar fundamentos para la justificación de algunas decisiones, requiere ser mucho más que una mera doctrina de la justicia respecto del bien común, pues debe abordar los aspectos normativos sobre la legitimidad de los procesos utilizados para tomar decisiones políticas frente a los desacuerdos.

En virtud de la discusión sobre la resolución de los conflictos, Waldron se cuestiona si los jueces deberían tener la facultad de derogar leyes cuando están convencidos de que violan derechos individuales. Este autor ofrece una serie de argumentos que dan cuenta de su oposición al modelo democrático que incluye el control judicial de la legislación. Waldron plantea cuatro presuposiciones fundamentales como argumento esencial para constituir una sociedad política, y así establece su teoría en contra del control judicial. Ahora bien, ¿su entramado argumentativo es suficiente para afirmar categóricamente el rechazo al control judicial de la legislación? Por lo menos es posible afirmar que los argumentos que propone resultan problemáticos.

El presente texto tiene como objetivo mostrar que los argumentos ofrecidos por Waldron en contra del control judicial de la legislación —al

menos en la discusión que plantea sobre su esencia— son insuficientes para sustentar la eliminación de este en los sistemas democráticos. Para esto, en primer lugar, procedemos a mostrar los argumentos mediante los cuales el autor se opone al control judicial. En segundo lugar, nos referimos a las cuatro condiciones necesarias para considerar su argumentación teórica. En tercer lugar, abordamos una serie de críticas que se le pueden hacer a la argumentación de Waldron. Así, finalmente, pretendemos mostrar que los argumentos de Waldron no son suficientes para plantear una oposición categórica.

OPOSICIÓN AL CONTROL JUDICIAL DEL LEGISLATIVO

En la práctica, según Waldron, la cuestión sobre la oposición o el apoyo al control judicial de la legislación tiende a estar más relacionada con decisiones esporádicas y particulares. En Norteamérica, las bases populares o sus miembros representantes en las legislaturas federales y también estatales pueden tratar diferentes cuestiones, pero sin la certeza de que su decisión prevalezca, puesto que en última instancia prevalecerá la decisión judicial, en caso de que se lleve a un tribunal. Waldron afirma que en una democracia solo los representantes electos del pueblo pueden resolver legítimamente los desacuerdos sobre la naturaleza y el alcance de los derechos individuales.

Para Waldron, la propuesta de una teoría política no se debe enfocar solo en la implementación de los fundamentos necesarios para justificar ciertas decisiones, pues debe ir más allá al tratar cuestiones normativas acerca de la legitimación política en los procesos de toma de decisiones respecto de los desacuerdos. Así pues, para resolver estos desacuerdos, Waldron se refiere al problema de si la resolución del legislativo sobre las cuestiones de los derechos debería ser final o si hay alguna razón para que el poder judicial las reconsidere e incluso las revoque. Por tanto, en su ensayo “La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad”, Waldron (2018a) se plantea la siguiente pregunta: “¿los jueces deberían tener la facultad de derogar leyes cuando están convencidos de que violan derechos individuales?” (p. 55). Con esta pregunta se cuestiona sobre lo apropiado o lo inapropiado que puede ser un sistema en el que haya un control judicial de la legislación como última instancia del proceso de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática. En dicho ensayo, Waldron hace una indagación normativa y general, y se enfoca en encontrar un argumento central

que tenga cierta independencia tanto de las expresiones históricas como de efectos particulares.

Para prestar atención a la discusión, Waldron alude a la necesidad de un sistema que solucione los conflictos sobre los derechos en un modelo democrático, estableciendo, como en el *Leviatán* de Hobbes (2011), “un procedimiento de toma de decisiones cuyo funcionamiento solucione las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento decisorio en primer lugar, no que las avive” (Waldron, 2018a, p. 81). En medio de la discrepancia resultante en las discusiones de fondo, los miembros de una sociedad necesitan compartir una teoría sobre la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones que se debe emplear para resolver los desacuerdos, sopesando también las razones suscritas a ambos lados de cualquiera de los desacuerdos sustanciales. Es necesario, entonces, que existan procesos legítimos para tomar decisiones respondiendo al problema de los desacuerdos de tipo moral, con base en fundamentos relevantes. No obstante, muchas veces estos procesos pueden llevar a la vulneración de los derechos en lugar de defenderlos, además de que puede haber discordancia entre “la decisión correcta y la decisión que es producto del procedimiento que consideran legítimo” (Waldron, 2018a, p. 83), la cual es una paradoja general de la teoría política.¹ Las instituciones democráticas en ocasiones pueden tomar e imponer decisiones incorrectas acerca de los derechos, así que ocasionalmente actúan de forma tiránica. Sin embargo, esto mismo vale para cualquier proceso de toma de decisiones. No existe ningún proceso de toma de decisiones que cuente con absoluta perfección, más allá de que pueda tratarse de un proceso legislativo sujeto o no sujeto al control judicial. Tanto las instituciones legislativas como los tribunales actúan a veces de manera tiránica.

1 Waldron alude a esta paradoja general a partir de la idea de la “paradoja en la teoría de la democracia” de Richard Wollheim, según la cual un ciudadano afirma que una decisión A no debe ser promulgada, puesto que esta es precisamente contra la cual votó, pero A es la decisión promulgada, ya que esta es la elegida por la mayoría (Wollheim, 1969, p. 71). Según Waldron, Wollheim se equivoca al atribuir este problema únicamente a la democracia, cuando es un problema general de la teoría política: “es una paradoja general de la teoría política que afecta a toda teoría política que complemente su explicación de lo que debe hacerse con una explicación de cómo deben tomarse las decisiones cuando existe desacuerdo sobre lo que debe hacerse” (Waldron, 2018a, p. 83).

Para diseñar y evaluar un procedimiento político de toma de decisiones para solucionar desacuerdos sobre los derechos hay que tener en cuenta dos tipos de razones: las relacionadas con el resultado y las relacionadas con el proceso. Las primeras son las razones que “sirven para diseñar el procedimiento decisorio de modo de asegurar el resultado apropiado [...], es decir, una decisión buena, justa o correcta” (Waldron, 2018a, p. 83). Las segundas son las razones “para insistir en que una persona determinada decida o participe en la toma de una decisión, que son independientes de las consideraciones acerca de cuál es el resultado apropiado” (Waldron, 2018a, p. 83). Es necesario implementar procedimientos que puedan generar soluciones en las que ambas posturas en controversia puedan reconocerse como legítimas. Ahora bien, “¿qué método respeta de mejor manera la demanda igualitaria de que las voces de los afectados sean escuchadas, y al mismo tiempo es razonablemente proclive a llegar a la verdad acerca de los derechos?” (Waldron, 2018a, p. 86).

Para responder a esta pregunta, Waldron menciona que las razones relacionadas con los resultados no son concluyentes. Esto se debe a que no hay un método epistémicamente confiable para identificar los derechos, así que no es posible afirmar tajantemente que un tomador de decisiones tiene más probabilidades que otro de decidir de manera correcta; por consiguiente, que no puede haber ninguna razón relacionada con el resultado para apoyar el control judicial (Fallon, 2008). Más bien, según Waldron, las legislaturas pueden abordar tales cuestiones de moralidad política pura y, por lo tanto, son mejores y ciertamente no peores que los tribunales para responder y tomar decisiones (Roux, 2018). En vista de que hay desacuerdo sobre los resultados que en concreto son aceptables, solo es posible acercarse a ellos de forma indirecta, es decir, observando cómo se toman las decisiones y los factores que influyen sobre ellas.

Entonces, frente a lo mencionado anteriormente, ¿es preferible una constitución en la que haya una supremacía legislativa o una en la que haya un control judicial para esta? Según Waldron, la respuesta es clara, pues este autor desarrolla una serie de escritos donde de una u otra manera se refiere a una concepción de justicia y derecho con un modelo democrático que da primacía al legislativo. En la doctrina política del liberalismo se considera la supremacía legislativa, según Waldron, pues se suele asociar con la idea de un autogobierno popular, y los ideales democráticos se encuentran en constante tensión con cualquier consideración que establezca que el legislativo

opere bajo la tolerancia de los jueces que no han sido elegidos de manera democrática. Incluso se plantea la consideración de que el control judicial es una institución anormal en la democracia estadounidense.

Waldron claramente asume que el legislativo o parlamento debe ser, “a través de un procedimiento de carácter estrictamente mayoritario, el órgano encargado de discutir y resolver en última instancia los problemas de interpretación de las leyes en los casos controvertidos que involucran derechos humanos” (Sahuí, 2017, p. 164). Para ello también establece una serie de argumentos en oposición al control judicial. Waldron ofrece dos argumentos iniciales con los cuales empieza a tematizar su oposición al control judicial. Por una parte, menciona que el control judicial “no proporciona un medio para que la sociedad se enfoque claramente en los problemas reales en juego cuando los ciudadanos discrepan sobre cuestiones de derechos” (Waldron, 2018a, p. 60); de hecho, sucede lo contrario. Por otra parte, agrega que

es políticamente ilegítimo en lo que concierne a los valores democráticos: al privilegiar el voto mayoritario de un pequeño número de jueces no elegidos y que no rinden cuentas, el control judicial priva de sus derechos a los ciudadanos comunes y deja de ladopreciados principios de representación e igualdad política en la resolución final de cuestiones sobre derechos (Waldron, 2018a, p. 60).

Sin embargo, estos argumentos siguen siendo insuficientes si no se aclara qué se entiende por control judicial y en qué condiciones es posible esta cuestión. Además, cabe aclarar que, por muy radical que el autor parezca en su posición sobre la discusión planteada, la base del argumento de oposición al control judicial no se manifiesta como un argumento teórico universal, pues pone tres limitaciones a la esfera de aplicación de sus consideraciones críticas. Así pues, con respecto al control judicial, en primer lugar, Waldron se refiere al control ejercido sobre las decisiones promulgadas por los legisladores que han sido elegidos mediante la deliberación de una comunidad política, y no tanto sobre las acciones del ejecutivo.

En segundo lugar, se menciona que existen diversas prácticas en el mundo que pueden inscribirse dentro de la noción de control judicial de la legislación que se pueden distinguir de diferentes maneras. La principal distinción tiene que ver con el control judicial fuerte y el control judicial débil. Waldron (2018a) menciona que se enfoca en la idea de control judicial fuerte, según la cual

los tribunales tienen la facultad de rehusarse a aplicar una ley en un caso particular (aunque la ley aplique claramente al caso) o de modificar el efecto de una ley para que su aplicación se ajuste a derechos individuales (en formas que la propia ley no concibe) (p. 62).

Estos tribunales también tienen la facultad de establecer que no pueda aplicarse una ley o una disposición legislativa. Mientras que en un sistema con control judicial débil “los tribunales pueden examinar la legislación respecto de los derechos individuales, pero no pueden rechazar aplicarla (o moderar su aplicación) solo porque de otro modo los derechos serían violados” (Waldron, 2018a, p. 63).

También ofrece otras distinciones con respecto a la noción de control judicial, de acuerdo con el contexto. Por una parte, Waldron se refiere a la distinción relacionada con la posición que ocupan los derechos individuales en el sistema constitucional de una sociedad determinada. Por otra parte, encontramos la distinción entre el papel que cumple “el control *a posteriori* de un tipo estadounidense [...] y el control legislativo *ex ante* a cargo de un tribunal constitucional especial creado para realizar una evaluación abstracta de una propuesta legislativa en las etapas finales de su promulgación” (Waldron, 2018a, p. 66). Por último, se encuentra la distinción entre el control judicial ejercido por tribunales ordinarios o por tribunales especializados. El autor agrega que, en la jerarquía ordinaria de los tribunales, la capacidad de los jueces para razonar sobre los derechos resulta exagerada, ya que, en buena medida, la disciplina ordinaria del acto de juzgar distrae su atención de la evaluación directa de los argumentos morales.

Regresando a los puntos que limitan la conveniencia de sus consideraciones críticas, en tercer lugar, Waldron menciona que dichas consideraciones hacen parte de una discusión teórica abstracta sobre la afinidad entre el control judicial y la democracia. Bajo esta consideración, para el autor es irrelevante que haya resultados correctos o incorrectos en relación con una práctica específica y pragmática del control de constitucionalidad. Por tanto, su argumento no se centra en los

beneficios históricos o actuales de las decisiones judiciales que han protegido los derechos porque este es un aspecto contingente y controvertido que, como tal, dice poco sobre la compatibilidad del *judicial review* [control judicial] con el principio democrático y con la igualdad política (Roa, 2019, p. 63).

Según Waldron, parece que el apoyo al sistema del control judicial se presenta como respaldo a ciertas decisiones aceptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en cuanto a temas muy concretos, pero este tipo de defensa es marginal y no se puede tomar en serio, pues la defensa se encuentra vinculada a ciertos resultados específicos (Roa, 2019). Es preferible entonces el debate en abstracto.

Entonces, habiendo acotado el campo de aplicabilidad de la argumentación, para Waldron los tribunales no son los espacios para la discusión sobre los derechos. El autor niega algún argumento en beneficio del control judicial a partir de cualquier consideración vinculada con los resultados, como que los casos judiciales permiten que los jueces y el conjunto de la sociedad perciban las implicaciones reales de las decisiones que involucran derechos. Sin embargo, según Waldron, cuando una controversia llega a los niveles más altos de apelación, como a las cortes supremas, sus aspectos principales ya son generales, “se ha desvanecido ya casi todo rastro de los titulares de derechos de *carne y hueso*, y la discusión gira en torno al tema abstracto del derecho en disputa” (Waldron, 2018a, p. 92). Además, los procesos legislativos usualmente se encuentran abiertos al examen de casos específicos a partir del cabildeo, en audiencias y debates. Por otra parte, los casos individuales notorios o difíciles crean un mal derecho; impiden ver el panorama general. Los jueces suelen quedar anclados en detalles formales del texto de la Constitución. Los tribunales se distraen con cuestiones confusas, como la de los métodos interpretativos. Esto impide que los jueces puedan ir directamente al meollo del asunto; se desvían de lleno del problema sustantivo de fondo, el contenido de los derechos, que no involucra solo una dimensión legal, sino también una moral. Los legisladores, según Waldron, no padecen ninguna de estas dificultades, y al menos en algunas ocasiones enfrentan las discusiones sobre los derechos de manera directa, pero también responsable.

Con respecto a las razones relacionadas con el proceso, cabe destacar las siguientes palabras de Richard Bellamy (2007): “es de esperar que algunos siempre tendrán motivos razonables para estar en desacuerdo con el resultado del proceso. El punto es que no están en desacuerdo en que la decisión fue tomada legítimamente” (p. 191). Los desacuerdos que se mantienen entre los individuos de una sociedad luego de una toma de decisiones con un procedimiento legítimo no se deben al procedimiento en sí, sino a los méritos sustantivos de los resultados. Así pues, Waldron considera que este

tipo de razones pesan en contra del control judicial de la legislación. Para esto, trae el argumento de la teoría de la legitimidad política, que plantea que “una concepción de la autoridad legítima debe otorgar un lugar privilegiado al respeto por los juicios de los ciudadanos al mismo tiempo que acomoda la realidad del desacuerdo generalizado en la política” (Christiano, 2000, p. 516). Por consiguiente, esta tiene que considerar preguntas acerca de la explicación sobre por qué es apropiado que ciertos individuos tomen decisiones y no otros, y acerca de cuáles son los motivos que no otorgaron un peso considerable a las posturas de los tomadores de decisiones que estaban de acuerdo con uno en relación con un tema en particular.

En cuanto al primer asunto, la respuesta que se ofrece viene del marco teórico de la teoría de las elecciones equitativas del poder legislativo, que trata a los ciudadanos “con igualdad respecto de sus conciudadanos para determinar quién tendrá el privilegio de encontrarse entre ese pequeño número de los que toman decisiones de este tipo” (Waldron, 2018a, p. 101). La respuesta a la segunda cuestión proviene de los argumentos sobre la imparcialidad que subyacen al principio de la decisión mayoritaria, que “trata a los participantes en pie de igualdad y otorga a cada opinión expresada el mayor peso posible compatible con el igual peso de todas las opiniones” (Waldron, 2018a, p. 101). En este punto, Waldron señala que la supremacía legislativa gana de lejos sobre la idea del control judicial. Sostiene que mientras que en la elección de representantes y luego en el procedimiento legislativo se trata más o menos a todos por igual, en el control judicial solo un grupo pequeño, los jueces, no elegido por el pueblo, toma decisiones que afectan profundamente. Agrega que sus miembros también tienden a estar en desacuerdo, por lo que los tribunales deben recurrir a la adopción de esas decisiones por mayoría.

Waldron también hace alusión al argumento sostenido por algunos defensores del control judicial, a saber, el del uso abusivo del poder por parte del legislativo, o bien, el temor a la tiranía legislativa o de la mayoría. Para esto, menciona la necesidad de implementar límites judiciales vigilados a las decisiones legislativas, pero “¿qué otra garantía pueden tener las minorías contra la tiranía de la mayoría?” (Waldron, 2018a, p. 111). Muchos tienden a pensar que cuando alguien sufre por la anulación y la negación de sus derechos corresponde a un modelo tiránico, y que podría haber tiranía casi en cualquier desacuerdo sobre los derechos. Además, se refiere al temor de que grupos minoritarios puedan sufrir formas de opresión o discrimina-

ción, y de que sus derechos sean bloqueados, violados o subordinados con respecto a los de las mayorías. No obstante, el hecho de que un grupo que se encuentra en minoría considere que una decisión es errónea no le da derecho a denunciarla como tiránica. Para esto, Waldron hace la distinción entre mayorías y minorías en términos de decisión y de temática —o bien, de los intereses en juego—. El componente necesario, mas no suficiente, para que la configuración de la tiranía legislativa sea de preocupación considerable es que quienes deciden sean quienes se benefician. Se debe temer especialmente a esos casos en los que las decisiones perjudican a las minorías que son o han sido tradicionalmente objeto de discriminación. Este es un punto importante para la consideración, ya que históricamente las mayorías han tenido la facultad de oprimir, y en muchos casos en efecto lo han hecho, a las minorías. Además, vale la pena preguntarse, bajo la legitimidad del procedimiento, “¿por qué debería la mayoría ganadora atender a las razones y opiniones disidentes de la minoría que ha perdido la votación?”² (Lafont, 2021, p. 68).

Según Waldron, la cuestión sobre la tiranía de la mayoría, si bien es algo a lo que se debe prestar atención, pertenece a los casos que no son centrales, es decir, cuando alguno de los cuatro supuestos falla o en aquellas sociedades en que no se sostienen. Si bien ello podría justificar el control judicial, pues puede ser una respuesta a los errores y desaciertos observados de las instituciones del sistema democrático, no implica, para Waldron, que el control judicial de la legislación se deba defender siempre que los supuestos fallen. La última palabra solo puede darla una evaluación de la distribución de apoyos en la sociedad. Si fueran tan extendidos en la legislatura como en la justicia, las perspectivas para la minoría serían desafortunadas. En caso de que las élites políticas en general mostraran menos respeto por las minorías que la ciudadanía, la supremacía legislativa triunfaría sobre el control judicial, porque sería más fácil remover a los legisladores prejuiciosos que a los jueces prejuiciosos.

2 Cristina Lafont (2021) sugiere que, asumiendo la posición pluralista —en la que se suscribe a Waldron—, dada la legitimidad del procedimiento, “cualquier disidencia, impugnación o contestación basada en consideraciones sustantivas simplemente convertiría a la minoría que ha perdido la votación en *malos perdedores* a los ojos de la mayoría ganadora” (p. 68); o, recurriendo a las palabras de la gente, “quiere que sus opiniones tengan más peso que el que podría otorgarles la política electoral” (Waldron, 2018a, p. 110).

Cuestiones como ¿es un feto una persona con derecho a la vida?, ¿es la quema de banderas una forma protegida de discurso político?, ¿tiene derecho un enfermo terminal a acabar con su vida?, según Waldron, son demasiado sustanciales y controvertidas como para eliminarlas de la jurisdicción de la política democrática (Kaufman y Runnels, 2006). Otorgar la autoridad a los tribunales para controlar la legislación promulgada por una legislatura representativa es incompatible con la idea democrática del gobierno del pueblo. Además, las democracias deberían asignar el poder de resolver cuestiones sobre la naturaleza y el alcance de los derechos individuales a la mayoría de los ciudadanos y sus representantes. Es ilegítimo que los jueces puedan establecer algún tipo de control al legislativo, como se ha intentado mostrar a lo largo del ensayo: “los asuntos asignados a los tribunales en nuestro sistema realmente deben ser decididos por las legislaturas, utilizando los procedimientos mayoritarios que caracterizan la elaboración democrática de leyes” (Waldron, 2022, p. 9).

PRESUPUESTOS CENTRALES DE LA ESENCIA DEL ARGUMENTO

Como vimos, Waldron ofrece una serie de razones para explicar su oposición con respecto al control judicial de la legislación como forma democrática en la resolución de conflictos. Aun con todo este andamiaje argumentativo, su oposición no reporta incondicionalidad ni fidelidad absoluta, pues más bien depende de algunos aspectos vinculados con lo institucional y con ciertas políticas que operan en el marco de la democracia liberal. Así entonces, para que su argumentación pueda funcionar, alude a la presuposición de cuatro condiciones fundamentales sobre una sociedad política para precisar un enfoque adecuado del argumento y que se puedan aplicar sus objeciones. Estas condiciones son propiamente la esencia del argumento o los casos centrales en los que se enfoca para su oposición al control judicial de las leyes. Entonces, Waldron recurre a la imaginación de una sociedad ideal democrática con las siguientes condiciones, como herramienta argumentativa:

- 1) instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo electo por sufragio universal de la población adulta; 2) un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también presenten un funcionamiento razonablemente correcto, establecidas sobre bases no

representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener el Estado de derecho; 3) un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de sus funcionarios con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y 4) un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe acerca de los derechos [...] entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos (Waldron, 2018a, p. 68).

Los supuestos mencionados anteriormente también traen consigo otra serie de suposiciones que dan cuenta de algo parecido a un conjunto social imaginario bien ordenado mediante una teoría de la justicia ampliamente reconocida. De acuerdo con Waldron, en un sistema semejante, los desacuerdos sobre los derechos se resuelven mejor por la vía legislativa. Ahora nos referimos a cada una de las condiciones establecidas, aunque solo haciendo alusión a algunas de sus características.

El primer supuesto se relaciona con la idea de que hay un funcionamiento razonablemente adecuado de sus órganos políticos. La sociedad es presuntamente democrática, y algunas normas y políticas públicas se derivan de la interacción entre el pueblo y sus representantes, y se promulgan mediante instituciones e instrumentos electivos. Waldron (2018a) presupone que la sociedad en la que aplica su argumento es una con “un sistema político ampliamente democrático con sufragio universal de los adultos y un poder legislativo representativo, cuyas elecciones se realizan en condiciones equitativas y periódicas” (p. 69). Sin embargo, estas instituciones son ampliamente deliberativas, especialmente cuando se trata de temas complejos y profundos que competen a las cuestiones fundamentales sobre la justicia y la política social (Waldron, 2005). Posiblemente estas no funcionen siempre de manera perfecta; sin embargo, sí hay una presuposición de un funcionamiento razonablemente correcto de los procesos, apoyado sobre la base de una fuerte cultura democrática.

El segundo supuesto se refiere a una sociedad que “tiene un poder judicial bien establecido y políticamente independiente, que funciona bien y ha sido instaurado para escuchar demandas, arreglar disputas y mantener el Estado de derecho” (Waldron, 2018a, p. 71). En este punto, Waldron sí admite una forma de control judicial, pero aplicada a las acciones ejecutivas, fundamentadas en el marco legislativo y las leyes constitucionales, mas no a las acciones del legislativo. Además, este órgano no se caracteriza por la representatividad electoral. Estos miembros se consideran de antemano

personas de alto estatus y con buena educación, que gozan de especial respeto por parte de la sociedad y que además están preocupadas, como cualquier ciudadano, por los derechos, pero cuentan con la capacidad de tomar decisiones sobre ellos con procesos concretos. No obstante, estas decisiones no se toman por iniciativas abstractas, sino que sus miembros actúan respondiendo a demandas particulares iniciadas por litigantes particulares; tratan cuestiones en el marco del litigio binario y adversarial; y toman sus propias decisiones sobre casos concretos.

En el tercer supuesto, Waldron (2018a) menciona que “existe un fuerte compromiso con la idea de derechos individuales y de las minorías en la mayor parte de los miembros de la sociedad” (p. 73) y sus gobernantes. En este punto, se espera que los miembros de la sociedad puedan reconocer que, a pesar de sus intereses y concepciones políticas personales, hay diferentes individuos de la comunidad que también tienen propósitos personales y derecho a un conjunto de libertades que no se pueden negar. Se considera, entonces, que las minorías tienen cierto apoyo, reconocimiento y protección. Este compromiso con los derechos no ha de ser mera verbosidad, sino conciencia del consenso y de su historia, en la que hay un diálogo constante sobre estos y se aplican: “les importan los derechos, mantienen su perspectiva y las de otros en constante reflexión y encendido debate, y están alertas a la problemática de los derechos respecto de todas las decisiones sociales bajo examen o discusión en su medio” (Waldron, 2018a, p. 74). Así pues, habría una carta de derechos humanos ampliamente conocida y socializada, que dé pie a una correcta deliberación para su respeto y su garantía.

Finalmente, el cuarto supuesto clave trata sobre los desacuerdos dentro de la sociedad.³ Este se refiere a que “el consenso existente sobre los derechos no está exento de la incidencia del desacuerdo general sobre las cuestiones políticas más relevantes en las sociedades liberales modernas” (Waldron, 2018a, p. 76). Esto implica que hay un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe sobre el contenido y las implicaciones de esos derechos: “el concepto de derechos, el catálogo de derechos, el contenido de los derechos y la forma de protegerlos” (Roa, 2019, p. 65). El compromiso que se menciona en el tercer supuesto implica que los ciudadanos, con buena fe,

3 Esta tesis se aborda en la segunda parte de *Derechos y desacuerdos*, titulada “Los desacuerdos sobre los principios”. Para ampliar esta discusión, véase Waldron (2005, pp. 177-247).

discrepan sobre las cuestiones fundamentales de los derechos, mas no quiere decir que no se tomen en serio ni se tramiten de manera razonable. Por tanto, la discusión no lleva a un relativismo moral, pues la disputa no se refiere a una verdad sobre los criterios y los fundamentos del constitucionalismo, aunque sí hay dilemas serios y complejos sobre las cuestiones morales y políticas.

En una sociedad con los supuestos planteados, los miembros pertenecientes al conjunto social están de acuerdo y manifiestan su compromiso con los derechos, a pesar de que puedan discrepar al respecto. En teoría, las sociedades donde se cumplen las cuatro condiciones deberían poder dialogar y solventar todas sus diferencias en términos de derechos a través de las instituciones y los marcos legislativos y no legislativos en el espacio de los tribunales. Para Waldron es prácticamente un insulto que en un modelo de sociedad con control judicial de la legislación las discrepancias sobre los derechos no puedan resolverse “mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces” (Waldron, 2005, p. 23). En un sistema democrático los desacuerdos sobre los derechos se deberían resolver mejor por la vía legislativa. Waldron usa “las cuatro condiciones para concretar su ataque y, al mismo tiempo, también las instrumentaliza para eludir algunos poderosos argumentos en su contra” (Roa, 2019, p. 66). Con estas cuatro condiciones, fundamentales en una sociedad imaginaria, más las limitaciones descritas anteriormente en relación con lo que se entiende por control judicial, se construye el marco de referencia del debate en el que se inscribe Waldron respecto de sus consideraciones sobre el control judicial de la legislación.

CRÍTICAS A LA ESENCIA DEL ARGUMENTO

Waldron se adelanta a algunos posibles ataques por parte de quienes defienden el control judicial e intenta dar respuesta en favor de la supremacía legislativa.⁴ Sin embargo, esta defensa teórica y la posible solidez de

4 En resumen, Waldron sostiene que quienes defienden el control judicial de constitucionalidad se basan en cinco tesis: 1) los jueces pueden invalidar una decisión legislativa, porque se defiende privilegiar la letra constitucional sobre las leyes ordinarias; 2) los jueces son los garantes de que se cumplan los compromisos previos de la sociedad con los derechos; 3) los legisladores pueden responder a las decisiones judiciales sobre los derechos y hacer campaña para anular dichas decisiones; 4) los jueces constitucionales tienen legitimidad democrática; y 5) el control judicial

sus argumentos no implican que estos no sean propensos a ciertas críticas. Como se mencionó antes, se requiere de los cuatro supuestos para que su argumentación pueda tener cabida. El incumplimiento de al menos uno de estos requerimientos en un conjunto social en concreto sugiere que sus consideraciones críticas no se pueden aplicar en ese mismo contexto. Waldron advierte que precisamente por estas condiciones puede haberse justificado el control judicial, pero su aceptación no se debe al valor intrínseco que el control judicial pueda tener, sino a una respuesta a los yerros del sistema democrático derivados de su propia estructura. A pesar de la advertencia del mismo Waldron de que su argumentación es teórica y no concreta, la aplicación de esta no se cumple efectiva y categóricamente en ninguna sociedad real (Fallon, 2008; Roux, 2018; Tushnet, 2010). Su cumplimiento ocurre solamente de manera parcial y por ello no es suficiente, incluso en los sistemas políticos con procesos democráticos más fuertes y consolidados, como Nueva Zelanda o Canadá.

Además, vale la pena recordar que Waldron piensa los cuatro requisitos enunciados para una sociedad imaginaria, reconociendo el carácter ideal de esa comunidad política perfecta. Sin embargo, sostiene igualmente que estos no son condiciones extremadamente alejadas de las sociedades concretas, por lo que la esencia del argumento puede aceptar algunos mínimos que se presentan como necesarios para que se dé un funcionamiento correcto del sistema democrático. Así entonces, no se establecen solo como un objetivo ideal, sino como un punto de medida mínimo para satisfacer a cualquier sociedad bien constituida. Debido a esto, cabe la pregunta ¿cuál sería el mínimo nivel de exigencia para saber que una sociedad específica responde con las condiciones requeridas como algo efectivamente realizable y no solo como un ideal? La descripción de cada uno de los supuestos tiene una tendencia que apunta hacia un nivel de exigencia superior en cuanto a sus elementos constitutivos. Si esto es así, mientras más alta sea dicha exigencia, será menor el grado de aplicabilidad de las consideraciones de Waldron que no están a favor del control judicial. Pero si se disminuye el nivel de exigencia, entonces dicha reducción podría incluir sociedades por debajo de los mínimos requeridos para la validez de su argumentación.

representa una vía adicional para la participación ciudadana en el sistema político. Para estudiar de manera más detallada la discusión sobre su defensa de los ataques de quienes están a favor del control judicial, véase Waldron (2018a, pp. 108-110).

Los cuatro supuestos establecidos por Waldron tienen una validez argumentativa que es intrínseca, pero su insistencia por esa sociedad ideal le quita peso a la posibilidad fáctica de la argumentación. Las sociedades no pueden prescindir del control judicial como remedio para la solución de conflictos por los derechos:

Las cuatro condiciones del *core of the case* [esencia del argumento], bien sea como mínimos necesarios o como tipos ideales, limitan el potencial de esa crítica para afectar a los sistemas de control de constitucionalidad de la mayor parte del mundo porque, desafortunadamente, estos operan en contextos que no satisfacen los requisitos establecidos por Waldron (Roa, 2019, p. 84).

Por otra parte, incluso asumiendo que se dan las condiciones establecidas, sus críticas al control judicial no son necesariamente correctas, pues resultan injustificadas. Además, de este modo se desconoce “que el control de constitucionalidad tiene unas ventajas institucionales que lo hacen valioso para el sistema democrático” (Roa, 2019, p. 78). Jorge Ernesto Roa (2019), por ejemplo, recurre a los argumentos de Richard Fallon y Rosalind Dixon para demostrar que incluso en los sistemas que cumplen con los cuatro supuestos también hay razones para rechazar las críticas al control judicial.

Para Fallon (2008), tanto las legislaturas como los tribunales deben estar listos para proteger los derechos fundamentales; por consiguiente, ambos sistemas deben tener poderes de veto sobre la legislación que razonablemente podría considerarse que viola tales derechos. Si los procedimientos del control judicial pueden diseñarse para evitar errores unilaterales que impliquen fallas en la protección de los derechos, este sistema puede ser compatible con los sistemas democráticos, incluso si los tribunales no son considerablemente mejores que las legislaturas para identificar los derechos correctamente.

El control judicial en realidad puede contribuir a la legitimidad política de un sistema democrático cuando las demandas de legitimidad política se entienden correctamente.⁵ Vale la pena sostener un sistema con control

5 Con respecto a este punto de la legitimidad política, Fallon manifiesta que Waldron al parecer confunde la legitimidad política con la legitimidad democrática, pues equipara ambos conceptos. Si bien la legitimidad democrática es importante para la legitimidad política, esta no es la única fuente. Para una discusión más amplia sobre el problema de la legitimidad, véase Fallon (2005, pp. 1789-1802; 2008, pp. 1715-1728).

judicial “si algunos derechos merecen ser protegidos por múltiples salvaguardas o poderes de veto” (Fallon, 2008, p. 1699). Podría ocurrir que en una sociedad con un buen orden y un correcto funcionamiento del sistema político el control judicial sirviera como una buena vía para fortalecer, proteger y velar por los derechos constitucionales. Esto se debe a que “es probable que los tribunales tengan una perspectiva que los haga más sensibles que las legislaturas a algunas posibles violaciones de derechos” (Fallon, 2008, p. 1709).

Por otra parte, Waldron (García y Benítez, 2018) explica que la sobreprotección de los derechos tiene un costo muy grande para las democracias, pues limita efectivamente el ejercicio político del legislador. Esta postura la sustenta el conocido argumento de James Bradley Thayer (1893) que indica que el control judicial previsiblemente limita la disposición de las legislaturas a deliberar con seriedad e independencia sobre los derechos. Sin embargo, Fallon (2008) argumenta que

si los errores de infraprotección, es decir, las violaciones de los derechos, son moralmente más graves que los errores de sobreprotección y si se cumplen algunas otras condiciones plausibles, entonces podría haber razones relacionadas con los resultados para preferir un sistema con revisión judicial a uno sin ella (p. 1699).

Así pues, una pregunta sobre si es mejor la legislatura o son mejores las cortes para la toma de decisiones sobre los derechos, o si es importante crear múltiples vetos para las acciones que vayan en contra de la defensa de estos es cuanto menos problemática. Para Fallon es factible y sólida la justificación del control judicial en sociedades democráticas bien ordenadas —moral y políticamente no patológicas—, partiendo de la pregunta sobre si se debe prohibir una acción que un tribunal o la legislatura consideren que violaría los derechos. Si el control judicial está razonablemente diseñado para mejorar las decisiones políticas mediante la protección de los derechos, entonces no es injusto ni necesariamente políticamente ilegítimo. A causa de lo anterior, es posible afirmar que para Fallon la conjunción entre el control judicial y los cuatro requisitos puede ser perfectamente compatible al generar una protección efectiva y deseable de los derechos. Esto permite ayudar a fortalecer la legitimidad política y democrática de todo el sistema político-judicial (Álvarez, 2003; Christiano, 2000; Fallon, 2008), ya que opera en virtud de la disminución de la posibilidad de la violación de los derechos, y llega a ser incluso sobreprotector.

Para Dixon (2007), por su parte, una sociedad que cumpla con los cuatro supuestos no debería tener en cuenta la exención de ninguna clase de fallo que le reste validez a su proceso de decisión. Ante esta perspectiva, el control judicial es importante como vía adecuada para la introducción de correctivos. Las democracias que presentan un funcionamiento adecuado también cuentan con el peligro de aceptar políticas públicas que vayan en contra de los principios constitutivos. Esto pasa porque podrían existir puntos ciegos en el interior del sistema democrático o del sistema deliberativo que justifiquen el control judicial para que intervenga, dando visibilidad y atención a aquellos aspectos que el proceso legislativo no alcanzó a percibir. Estos puntos ciegos pueden surgir por diferentes razones: 1) los puntos ciegos de aplicación surgen cuando “las legislaturas pueden no reconocer que una ley podría aplicarse de una manera que infrinja los derechos”; 2) los de perspectiva surgen cuando “es posible que los legisladores no anticipen el impacto de las leyes sobre los derechos porque no aprecian adecuadamente la perspectiva de los reclamantes de derechos con experiencias de vida y puntos de vista muy diferentes”; y 3) los de alojamiento se presentan cuando los legisladores se concentran en un objetivo legislativo en particular y tienen una experiencia legal limitada (Dixon, 2007, p. 402).

Además, Dixon hace énfasis en los problemas o las cargas de inercia del legislador, cuando prevalecen los propósitos de elección de las comunidades políticas por encima de la salvaguarda de los derechos, o se pretende la unidad del partido incluso cuando se presentan diversas consideraciones en el interior de este, sobre las particularidades y las implicaciones de un derecho. Ante esta situación, Dixon se refiere a la teoría del diálogo, según la cual se espera que los tribunales se involucren en el control judicial de alguna manera, teniendo “la responsabilidad directa de utilizar tanto sus poderes comunicativos como coercitivos en la mayor medida posible, para ayudar a contrarrestar los puntos ciegos y las cargas de inercia” (Dixon, 2007, p. 406). En consecuencia, los tribunales deben estar directamente implicados en el proceso de coacción estatal, en lugar de ser meros espectadores ante las fallas legislativas y los bloqueos institucionales. Incluso, bajo esta idea es posible pensarse en un sistema en el que los mismos ciudadanos puedan activar la intervención del poder judicial para remediar las fallas afincadas en las limitaciones epistémicas de todo aquel que funge como legislador; así “el control de constitucionalidad evita los retrocesos, remedia los retrocesos

parciales y estimula avances permanentes dentro del sistema democrático” (Roa, 2019, p. 94).

Ahora bien, de acuerdo con Kaufman y Runnels (2006), el caso de Waldron contra el control judicial de la legislación es en realidad un argumento contra la protección constitucional de los derechos, aunque Waldron constantemente anuncia que esta oposición no tiene sentido de renuncia a la constitucionalidad, a pesar de que sí denuncia al constitucionalismo como ideológico.⁶ Los argumentos más persuasivos para el control judicial tienen una visión constitucionalista, que sostiene que la democracia implica más que la mera satisfacción de las preferencias de la mayoría. Más bien,

la democracia es una forma de autogobierno de un pueblo que solo existe cuando el poder de la mayoría se limita a garantizar que el poder político se ejerza de manera que refleje igual preocupación y respeto por los intereses de cada miembro de la sociedad (Kaufman y Runnels, 2006, p. 168).

A esto se suma la preocupación por la relación entre el consentimiento, la legitimidad y la restricción del poder de la mayoría. Por lo tanto, la visión constitucionalista concluye que los tribunales desempeñan un papel esencial para el mantenimiento de una democracia saludable cuando implementan la protección de los derechos a través del control judicial. Esta protección constitucional no tendría tanto peso como una característica esencial de una institución política si se pudiera asumir que la mayoría de los participantes del conjunto social tienen un compromiso fuerte con el respeto de los derechos individuales y el reconocimiento de aquello que constituye a las minorías (Christiano, 2000; Kaufman y Runnels, 2006), que es uno de los supuestos de Waldron; sin embargo, esta suposición es sumamente optimista e inverosímil.

Cabe destacar que los anteriores no son los únicos puntos con los cuales se puede mostrar que la argumentación de la oposición de Waldron al control judicial no tiene fallos. Es posible demostrar que hay una relación vinculante a partir de la estructura del sistema de control judicial y sus deri-

6 Aunque Waldron (2018a) sí denuncia al constitucionalismo como ideológico. Véase el ensayo “Control judicial y supremacía judicial”, donde establece una serie de argumentos en contra de la supremacía judicial. En uno de estos manifiesta el carácter ideológico del constitucionalismo.

vaciones específicas. De esta forma, a diferencia de lo que cree Waldron, los resultados que brindan el control judicial resultan relevantes en tanto no son “una circunstancia meramente contingente relacionada con variables como la integración del tribunal” (Roa, 2019, p. 78). Cabe mencionar que podría demostrarse que abrir el control judicial hacia el conjunto de los ciudadanos es una de las posibilidades más relevantes de los resultados del proceso; por su puesto, en tanto la ciudadanía efectivamente cumpla con su papel activo. Asimismo, se puede destacar el papel de los tribunales para evitar el estancamiento social y político, mostrando actitudes y unas condiciones institucionales cualitativamente más razonables que las del legislativo frente a problemas que este debería discutir y resolver (Landau, 2011; Tushnet, 2003).

Además, a propósito de la limitante que establece Waldron para su argumentación en relación con el control judicial fuerte, se puede decir que la diferencia entre este modelo y el control judicial débil no es una dicotomía radical. Esta distinción más bien consta de una escisión por niveles en la cual se reconoce que cierto modelo está ligado a múltiples factores no conclusivos (Tushnet, 2003; 2010). Es posible que un sistema anexe algunos aspectos de los dos modelos mencionados, por lo que la clara distinción y la clasificación se convierten en procesos sumamente controvertidos. Por lo tanto, no deben aplicarse ni desecharse de forma automática ni de manera tajante las consideraciones críticas señaladas por Waldron en el esquema que establece como marco de referencia.

CONCLUSIÓN

En suma, es posible concluir que la argumentación de Jeremy Waldron en contra del control judicial no es suficiente para afirmar que es preferible categóricamente la supremacía legislativa. Por el contrario, se puede decir que el control judicial no es solo una opción legítima, sino que una democracia sin este sistema estaría incompleta y sería deficiente (Álvarez, 2003; Kumm, 2009). Hay argumentos suficientes para señalar que el control judicial puede contribuir a la construcción y el sostenimiento de una sociedad, tanto si cumple como si no cumple con las cuatro condiciones mencionadas.

Se ha mostrado que estas condiciones son demasiado exigentes incluso para sociedades en las que funciona adecuadamente el sistema democrático; en consecuencia, en buena medida no son aplicables ante sociedades concretas. Esto lleva a pensar o bien que la argumentación de Waldron se

queda en la mera abstracción teórica, o bien que se debe bajar el nivel de exigencia de esta para su aplicabilidad. Sin embargo, esto último desvirtúa la argumentación del autor, pues si falla alguna de las condiciones, aunque sea parcialmente, hasta el mismo Waldron admite la justificación del control judicial en dichos casos.

Aun en el caso de las sociedades que cumplen con los cuatro supuestos, la argumentación de Waldron no es suficiente para mostrar que es innecesario el control judicial. La eliminación de este en virtud de la supremacía legislativa puede causar también la infraprotección de los derechos constitucionales. Este es un costo superior para la democracia que el que podría traer la sobreprotección de los derechos constitucionales. Las violaciones de los derechos fundamentales suelen ser más perturbadoras moralmente que los errores resultantes de su aplicación errónea o el coste democrático del control judicial. Además, la sobreprotección de estos puede ser incluso un apoyo para la consolidación de la legitimidad política.

Por otra parte, Lafont está de acuerdo con Waldron en que la justificación de la legitimidad de manera epistocrática del control judicial carece de credenciales democráticas. No obstante, por encima de la legitimidad del control judicial o el rechazo a la supremacía legislativa, alude al carácter práctico que justifica como necesarias las instituciones de control judicial. Esto se debe a que estas instituciones pueden facilitar el proceso de revisión de los desacuerdos sobre cuestiones sustantivas, y en tanto lo hacen, “pueden ser defendidas como democráticas desde el punto de vista participativo” (Lafont, 2021, p. 89).

Finalmente, vale la pena mencionar el comentario de Hutchinson: “si bien no existe un argumento convincente de por qué las democracias deben confiar en el control judicial, no se sigue que todo el poder y la autoridad deban dejarse en manos de legislaturas omnipotentes” (2008, p. 62). Hutchinson explica que no hay garantía alguna para llevar el debate como una elección de suma cero entre las legislaturas y los tribunales, tal como están constituidos actualmente. Es importante enfatizar que los argumentos a favor de la revisión judicial también pueden calificarse como contingentes de varias maneras, como menciona Fallon sobre su exposición. Este es un debate que sigue abierto, pues la argumentación no parece ser definitiva a favor o en contra de alguna de las partes. Es importante mencionar que incluso las argumentaciones que cuentan con un alto nivel de divulgación no han podido impedir la reflexión ni la deliberación de esta problemática.

Parece que en trabajos más recientes Waldron se ha replanteado su oposición categórica al control judicial fuerte y se muestra más moderado. En una exposición que se llevó a cabo en la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia y que se denominó “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, Waldron (2017) señaló: “si me hubiesen invitado hace veinte años, yo habría hecho una presentación mucho más categórica y les habría dicho: abajo el control judicial fuerte; pero me han invitado en un momento de reflexión y de duda”.⁷ El autor menciona que las cortes están abiertas a los ciudadanos y pueden proporcionar un punto de acceso al sistema político para el ciudadano de a pie. Agrega que a veces los procedimientos dentro de los tribunales pueden promover debates participativos en la comunidad que hasta pueden tener más fuerza que los promovidos por los procedimientos legislativos. En un sistema de control judicial fuerte es posible considerar las preocupaciones democráticas acerca de la autoridad judicial. Y en uno de sus escritos más recientes, “Denouncing Dobbs and Opposing Judicial Review”, explica que oponerse al control judicial fuerte no significa negar la existencia del control judicial o su legitimidad constitucional en el sistema político estadounidense,⁸ pues por su largo recorrido es algo que se debe tener en cuenta. Incluso “los tribunales deben respetar esa confianza y tener cuidado, en la toma de decisiones sobre los derechos, que se obtengan los derechos correctos” (Waldron, 2022, p. 5), y la gente confía razonablemente en este sistema. Vale la pena preguntarse, a modo de cierre, bajo un orden de ideas que se opone al control judicial expuesto por Waldron, si en su implementación en sociedades en las que este opera se debería prescindir de un sistema ya adoptado y que funciona más o menos razonablemente, o si se debería adoptar la transición de cambio de sistema, aun con los riesgos del cambio constitucional; o si definitivamente el planteamiento operaría solo en un plano teórico-ideal.

7 Esta cita aparece en la versión audiovisual de la conferencia, pero no en la transcripción publicada en español; véase Waldron (2018b).

8 Aunque el autor hace alusión al sistema político estadounidense, es claro que su comentario no se limita únicamente a este, sino que puede ser extrapolado a diferentes sistemas políticos democráticos con un sistema de control judicial que, a pesar de sus deficiencias, tiene un amplio recorrido, reconocimiento y legitimidad por parte de los ciudadanos, como en el caso de algunos sistemas europeos.

REFERENCIAS

Álvarez, F. D. (2003). Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). *Dikaion*, 17(12). <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252>.

Bellamy, R. (2007). *Political constitutionalism: A republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge University Press.

Christiano, T. (2000). Waldron on law and disagreement. *Law and Philosophy*, 19(4), 513-543. <https://www.jstor.org/stable/3505081>.

Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418. <https://doi.org/10.1093/icon/mom021>.

Fallon, R. H. (2005). Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118(6), 1787-1853. <https://www.jstor.org/stable/4093285>.

Fallon, R. H. (2008). The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard Law Review*, 121(7), 1693-1736. <https://harvardlawreview.org/print/vol-121/the-core-of-an-uneasy-case-for-judicial-review/>.

García, L. y Benítez, V. F. (2018). “El control judicial le cuesta demasiado a la democracia”. Entrevista a Jeremy Waldron. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (48), 171-182. <https://doi.org/10.5347/48.2018.41>.

Hobbes, T. (2011). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica.

Hutchinson, A. C. (2008). A “hard core” case against judicial review. *Harvard Law Review Forum*, 121(7), 57-64. <https://harvardlawreview.org/forum/vol-121/a-hard-core-case-against-judicial-review/>.

Kaufman, A. y Runnels, M. (2006). The core of an unqualified case for judicial review: A reply to Jeremy Waldron and contemporary critics. *Brooklyn Law Review*, 82(1), 162-216. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol82/iss1/4>.

Kumm, M. (2009). Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Papers*, 118, 1-38. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356793.

Lafont, C. (2021). *Democracia sin atajos: Una concepción participativa de la democracia deliberativa*. Trotta.

Landau, D. (2011). Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, 13(24), 13-83. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2841/2485>.

Roa, J. E. (2019). Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá. *Revista Derecho del Estado*, 44, 57-98. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.04>.

Roux, T. (2018). In defence of empirical entanglement: The methodological flaw in Waldron's case against judicial review. En R. Levy, H. Kong, G. Orr y J. King (eds.), *The Cambridge handbook of deliberative constitutionalism* (pp. 203-219). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108289474.016>.

Sahuí, A. (2017). Desacuerdos sobre derechos: Waldron y Dworkin sobre parlamentos y tribunales. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 14(35), 159-185. <https://doi.org/10.29092/uacm.v14i35.575>.

Thayer, J. B. (1893). The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156. <https://doi.org/10.2307/1322284>.

Tushnet, M. (2003). Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, 101(8), 2781-2802. <https://doi.org/10.2307/3595395>.

Tushnet, M. (2010). How different are Waldron's and Fallon's core cases for and against judicial review? *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(1), 49-70. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqq003>.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.

Waldron, J. (4 de agosto de 2017). *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. [Conferencia impartida en la Corte Constitucional de Colombia]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=MojiUPGo7GU>.

Waldron, J. (2018a). *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI.

Waldron, J. (2018b). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7-28. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>.

Waldron, J. (2022). Denouncing dobbs and opposing judicial review. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, (22-39). <https://doi.org/10.2139/ssrn.4144889>.

Wollheim, R. (1969). A paradox in the theory of democracy. En P. Laslett y W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, politics and society* (pp. 71-87). Yale University Press.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

DERECHO, ECONOMÍA Y SOCIEDAD:
DE LA TRICOTOMÍA SISTÉMICA AL
PLURALISMO JURÍDICO

LAW, ECONOMY AND SOCIETY:
FROM SYSTEMIC TRICHOTOMY TO JURIDICAL PLURALISM

DIREITO, ECONOMIA E SOCIEDADE:
DA TRICOTÔMIA SISTÊMICA AO PLURALISMO JURÍDICO

DANIEL MARINHO CORRÊA*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a6

Resumen

El estudio propuesto analiza la intersección entre el derecho, la economía y la sociedad, y sus discrepancias derivadas de los diferentes ritmos de evolución. A partir de la percepción de Ferdinand Lassalle sobre la disparidad entre el sistema jurídico y la realidad social, la

* Professor universitário, servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mediador judicial. Doutorando e mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Associado titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Extensão em Justice, curso de estudo oferecido pela HarvardX, iniciativa *online* da Harvard University. Bacharel em Direito pela UEL, pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7430234179468606>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0654-4255>, correio eletrônico: daniel.marinho@uel.br

investigación se pregunta si el sitio web *Reclame Aqui* ejemplifica el pluralismo jurídico de la sociedad brasileña contemporánea. Utilizando un método deductivo, el artículo examina la viabilidad de esta hipótesis a la luz del modelo estatal y político-jurídico establecido por la Constitución de 1988. Al analizar el funcionamiento de *Reclame Aqui* como un método para la gestión de conflictos en el contexto del consumo, la investigación propone ampliar la comprensión del derecho más allá de las normas positivas, buscando que sea más integral y pragmática.

Palavras chave: poder económico, poder judicial, derecho del consumidor, pluralismo jurídico.

Abstract

The proposed study analyzes the intersection between Law, Economy, Society and their discrepancies arising from the different rhythms of evolution. Based on Ferdinand Lassalle's perception of the disparity between the legal system and social reality, the research investigates whether the website *Reclame Aqui* exemplifies legal pluralism in contemporary Brazilian society. Using a deductive method, the article examines the viability of this hypothesis in light of the state and political-legal model established by the 1988 Constitution. By analyzing *Reclame Aqui* as a form of conflict management in the context of con-

sumption, the research proposes to expand the understanding of Law beyond positive norms, seeking a more comprehensive and pragmatic understanding.

Keywords: economic power, judicial power, consumer law, juridical pluralism.

Resumo

O estudo proposto analisa a interseção entre Direito, Economia, Sociedade e suas discrepâncias decorrentes dos distintos ritmos de evolução. Baseando-se na percepção de Ferdinand Lassalle sobre a disparidade entre o ordenamento jurídico e a realidade social, a pesquisa investiga se o site *Reclame Aqui* exemplifica o pluralismo jurídico na sociedade brasileira contemporânea. Utilizando um método dedutivo, o artigo examina a viabilidade dessa hipótese à luz do modelo estatal e político-jurídico estabelecido pela Constituição de 1988. Ao analisar o *Reclame Aqui* como uma forma de gestão de conflitos no contexto do consumo, a pesquisa propõe ampliar a compreensão do Direito para além das normas positivadas, buscando um entendimento mais abrangente e pragmático.

Palavras-chave: poder econômico, poder judiciário, direito do consumidor, pluralismo jurídico.

INTRODUCCIÓN

La comprensión de los diferentes tipos de Estado, así como del comando político-jurídico de las constituciones, permite reconocer la existencia de diversas concepciones del Estado, tanto liberal como social. Además, existen elementos constitucionales que establecen un comando político-jurídico en el sistema legal, conectando la política y la economía, por un lado, y el derecho, por otro lado.

El pluralismo jurídico, una corriente antropológica jurídica contemporánea, sostiene que la sociedad posee una diversidad jerárquica de órdenes jurídicas que puede acoger, consentir o negar la ley oficial. Por lo tanto, el pluralismo jurídico se presenta cuando es posible identificar comportamientos relacionados con más de un sistema jurídico en una sociedad determinada.

Este artículo parte del supuesto de que, al igual que la Constitución, la realidad social es una estructura dinámica y no estática. Por lo tanto, es necesario explicar cómo se produce la integración de los cambios en el campo jurídico (específicamente en el ámbito constitucional) y las necesidades del poder económico y de la sociedad.

Es importante tener en cuenta que Brasil está experimentando un proceso democrático en constante consolidación, junto con el orden fundamental establecido por la Constitución de 1988. Considerando la relevancia de la economía como un criterio para la actuación del Estado, es válido destacar los intereses públicos relacionados con la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, en beneficio de la colectividad.

En el campo jurídico, es necesario vincular teorías adecuadas para cada tipo de Estado constitucional (como el social o el liberal), para que los juristas puedan contribuir en la ejecución del comando político-jurídico expresado en sus constituciones. La delimitación temática de este trabajo se refiere al análisis del sitio *Reclame Aqui*, para verificar si dicho canal establece un arquetipo de ocurrencia práctica del pluralismo jurídico en la sociedad brasileña contemporánea.

Con base en el método deductivo, se investiga la posibilidad de esta hipótesis en relación con el modelo de Estado y el comando político-jurídico definido en la Constitución de 1988. En este contexto, dicho canal de resolución de conflictos del consumidor se presenta como una forma específica de comprender el pluralismo jurídico y, consecuentemente, una visión ampliada del derecho, que va más allá de los preceptos oficiales positivados.

LA INFLUENCIA MUTUA ENTRE LA ECONOMÍA Y EL DERECHO: VICISITUDES CONSTITUCIONALES Y DESAFÍOS DE LA ACOMODACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

Un aspecto compartido en la doctrina es la presencia de las denominadas vicisitudes constitucionales, término utilizado por Jorge Miranda (2007, p. 390), que se refiere a la necesidad de que una Constitución busque adaptarse a la actualidad social, de manera que la sociedad esté en un proceso constante de evolución y autotransformación. A su vez, una sociedad en mutación también constituye el derecho, y simultáneamente este la influencia.

Se observa una clara interacción entre la Constitución y la sociedad, ya que ambas avanzan de manera autónoma, en tiempos distintos, pero siempre integrándose recíprocamente. Son estas discrepancias temporales entre la sociedad y la Constitución las que generan las vicisitudes constitucionales, momentos en los que se requiere ajustar el texto constitucional, adaptándolo a la nueva realidad social, recuperando su fuerza normativa perdida frente al cambio social.

Jorge Francisco (2003, p. 36) aclara que la sociedad y el derecho se manifiestan en una relación de causa y consecuencia; a veces la comunidad determina el derecho y sus modificaciones, a veces el derecho establece pautas para la propia comunidad, basándose en programas y planes. Por lo tanto, a partir de estas vicisitudes constitucionales surgen en la doctrina dos formas de adaptación de la Constitución a la realidad: una a través de la vía formal, comprendida en el sentido amplio que se deriva de las reformas ya previstas en la propia Constitución, y otra a través de la vía informal, mediante las interpretaciones del hermeneuta.

Ante esta dicotomía, el derecho y la economía avanzan separadamente, pero siempre relacionados. Eros Grau (2002, p. 17) observa que el derecho pretende representar un conjunto de principios (normas) impuestos compulsoriamente a un grupo social determinado por cualquier estructura social, dotada de autoridad para ello; aquí tenemos un principio sociológico del derecho cuya legitimidad no depende del contenido.

Analizando el colapso financiero de 2008, José Eduardo Faria (2011, p. 22) observa la concepción simplista y dualista entre la economía y el Estado, y la realidad de un mercado globalizado. Entre los factores específicos para la ocurrencia de estos conflictos mencionados por el autor se destacan

la multiplicación de transacciones no convencionales fuera de los mercados reglamentados y las estrategias con tasas de interés y tasas de cambio.

Además, el escritor señaló la expansión de esta crisis económica, debido a la integración global de los mercados monetarios, sometiendo las economías locales a determinaciones hechas más allá de sus fronteras, causando dificultades crecientes para que el Estado neutralice los impactos de los factores externos y actúe como regulador del sistema financiero interno y global, a través de sus mecanismos político-legales (Faria, 2011, p. 34). Por lo tanto, esta tensión revela el enfrentamiento entre el poder político y los recursos monetarios, entre la autogestión económica y el control gubernamental.

Desde esta perspectiva, entre las diversas nociones de economía vigentes, aquella que se acerca a las cuestiones abordadas por esta investigación es la de la economía política, descrita por Petrelli Gastaldi (1998) como la disciplina que trata de los principios que rigen “la producción, la circulación y el consumo de las riquezas” (p. 3). Estos principios, inherentemente económicos, presuponen, como es evidente, la presencia de “una actividad humana específicamente económica” (p. 3).

El autor observa que la economía es eminentemente social, ya que el individuo humano no realiza ninguna acción con el propósito de satisfacer sus demandas, excepto dentro del colectivo y con la asistencia directa o indirecta de este (Gastaldi, 1998, p. 3). Además, es conveniente la observación de Washington Peluso Albino de Souza (2002), quien al estudiar dicha relación señala que la mayoría de las demostraciones de interacción mutua jurídico-económica deben considerarse una relación. Sus impactos, más o menos perceptibles, “no se registran con la precisión matemática de las funciones” (p. 13), sino con esa respuesta que indica los desgastes de naturaleza psicológica y su subsiguiente caracterización social, resultantes de la adaptación a los acontecimientos, de la disminución de la capacidad para oponer obstáculos igualmente eficaces a causas repetidas, de la formación del hábito o de su transformación en tradiciones.

La influencia recíproca constatada es indiscutible, y no ofrece para el análisis un material consolidado en el primer contacto con la realidad, que contenga formas y expresiones definitivas. Por el contrario, la forma más frecuente de manifestación es la de la influencia prolongada, moldeando formas de ver y juzgar, debido a la persistencia con la que ocurren los eventos, a la vez que se presentan como diversas formas de modelar la realidad, en la continua efervescencia de la vida misma. Como se sabe, la economía

capitalista se desarrolla con la consolidación de la posesión particular; por otro lado, después del éxito de la burguesía (con la Revolución francesa), se consolidó el derecho individual, a través del Código Civil. La relación se concreta de tal manera que la legislación civil resulta fundamental para la propia economía, ya que regula las normas económicas; por eso, la llamada fuerza invisible del mercado es el Código Civil, que establece, regula y da vida a la economía (Moreira, 1987, p. 31).

También existe, debido a la reciprocidad de la conexión, la repercusión de la economía en el orden jurídico a través de elementos concretos de autoridad que afectan al derecho. Así, hay una interacción recíproca y condicionante entre la realidad económica y la realidad jurídica, aunque operen en tiempos distintos. La economía se transforma a un ritmo acelerado en la búsqueda de nuevos mercados y nuevas acumulaciones de capital. Por otro lado, el derecho tiene un ritmo de cambio lento, burocrático, que pasa por diversos estadios legislativos (desde el *lobby* en las instituciones legislativas, hasta la aprobación presidencial), hasta que es capaz de regular, mediante una norma positiva, una coyuntura económica que ya está en vigor.

Se observa que la economía debe comunicar al derecho sus exigencias y garantizar la ejecución de sus beneficios. Estas exigencias, que ejercen influencia sobre el derecho, residen en los cambios sociales ocurridos en el núcleo fundamental del capital, como las transformaciones en el concepto de posesión. Así entonces, cuando se producen modificaciones en los elementos esenciales de la economía, esta incide en la presión para que actúe el derecho.

La modificación de la economía por parte del derecho, a través de su poder normativo, ocurre a cierta velocidad, pero la transformación en la realidad socioeconómica ocurre a otro ritmo, lo que da lugar a una presión de la economía sobre el derecho que es más rápida que la capacidad regulatoria de este. Se enfrenta a dos dilemas: el primero está relacionado con el avance de la economía frente a la legislación infraconstitucional; y el segundo tiene que ver con la contradicción entre la economía y la norma constitucional, que da lugar a lo que Eros Roberto Grau (2002) llama ilegitimidad superveniente, caracterizada por que el texto normativo, debido al dualismo normativo, “originariamente legítimo, en función del dualismo inmovilidad relativa de las normas de derecho establecido” versus “progresión continua de las realidades sociales” (p. 57), en cierto momento se considera inválido, es decir, se vuelve contrario al derecho presupuesto.

La discusión se centra en cómo la economía operará tanto en el ámbito jurídico infraconstitucional como en el constitucional. En el ámbito infraconstitucional, la cuestión se resuelve por lo que Eros Roberto Grau (2002) llama “capacidad normativa de coyuntura” (p. 57), una habilidad del poder ejecutivo para manejar las divergencias entre la economía y la ley, a través de su poder para emitir reglamentos.

Esta capacidad reguladora coyuntural se termina utilizando en la práctica, más como un mecanismo para garantizar los principios económicos presentes en la Constitución y en el diploma privado, que como una creación directa de derechos. Sin embargo, esta habilidad está restringida al ámbito infraconstitucional, es decir, busca resolver conflictos entre la economía y el derecho a través de políticas económicas o principios generales establecidos previamente, es decir, ajustes específicos, y no es adecuada para la solución en el ámbito constitucional.

EL NEGOCIO JURÍDICO Y SUS INTERFACES CONSTITUCIONALES

En el ámbito metodológico, el derecho ha optado por una estrategia cualificada por su estructura, delimitando modelos y clasificaciones que han sido objeto de estudio en la ciencia jurídica. La estructura informa sobre la ocurrencia de situaciones o relaciones jurídicas a través de institutos que superan la dicotomía entre el derecho público y el derecho privado, así como conceptos como “acto y negocio jurídico; clasificación de obligaciones y contratos; concepto analítico de delito (teorías bipartitas, tripartitas o cuatripartitas); taxonomía de acto administrativo; división entre Estado, poder y derechos y garantías fundamentales en la Constitución” (Pacheco, 2014, p. 44).

En el ámbito dogmático, el estructuralismo se manifiesta en Brasil a través del positivismo de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1972), mediante la teoría del hecho jurídico y su tricotomía del negocio jurídico (existencia, validez y eficacia). Siguiendo esta línea, se abordan algunos aspectos de los planes pontianos,¹ para luego, tras sus descripciones, explo-

1 En el prefacio del *Tratado de derecho privado*, por ejemplo, Pontes de Miranda (1972) propone la división del mundo jurídico en tres niveles (existencia, validez y eficacia), define el hecho jurídico y luego la relación jurídica como conceptos fundamentales del derecho, y revela su manera de entender la interpretación del derecho. El autor definió además la idea de que los hechos jurídicos son los elementos constitutivos esenciales de la legalidad, demostrando que solo de ellos puede surgir cualquier eficacia jurídica (derechos, deberes, pretensiones, obligaciones, acciones,

rar cómo el plano de la validez deja su marca en los contratos electrónicos. Cada plano pontiano tiene su relevancia y su función propia, pero es con la combinación de estos planos como se comprende toda la funcionalidad del negocio jurídico.

El primer plano, que inaugura la teoría de Pontes, establece la base del negocio jurídico. En el plano de la existencia, es importante “no caer en la confusión elemental de entender que solo los negocios con forma prescrita tienen forma, sin darse cuenta de que todos ellos, incluso los de forma libre, deben tener una forma, de lo contrario, no existirían” (Junqueira, 2010, p. 126).

Un contrato atraviesa el plano de la existencia cuando la voluntad de las partes contratantes está sujeta a la norma jurídica. Según Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), esta norma incide en el hecho “juridizándolo si todos los elementos nucleares que constituyen su base fáctica están presentes” (p. 39). En ausencia de alguno de estos elementos, el hecho es inexistente; la autora ejemplifica con el caso de un contrato entre animales, un contrato sin objeto o sujeto, o el clásico ejemplo del matrimonio celebrado por un árbitro de fútbol.

El segundo plano se caracteriza por examinar la declaración de voluntad de los individuos. Los contratos son válidos cuando se cumplen las condiciones legales, según el artículo 104 del Código Civil: agente capaz; objeto lícito, posible, determinado o determinable; y forma prescrita o no prohibida por la ley.

La voluntad negocial debe estar directamente libre de vicios (error, dolo, coacción, lesión y estado de peligro), ya que, de lo contrario, no se puede considerar totalmente libre. Como señala Dantas (1979), “si la voluntad del agente estaba trabada debido a alguna causa capaz de coartar su arbitrio, el acto se presenta viciado” (p. 270). Por lo tanto, la falta de libertad y de discernimiento descalifica la voluntad, invalidando el negocio jurídico y haciéndolo inadecuado para producir efectos jurídicos (Veloso, 2005, p. 313).

excepciones, sanciones y toda la gama de consecuencias que se producen en la legalidad); los clasificó según los criterios científicos, con base en los elementos esenciales de su sustento fáctico, tal como se describen hipotéticamente en la norma; distinguió el mundo de los hechos del mundo jurídico, dividiendo este último, lógicamente, en planos de existencia, validez y eficacia, y mostrando, por tanto, que existir, ser válido y ser eficaz son tres situaciones distintas, en las que los hechos pueden considerarse jurídicos; reveló la relación fundamental entre la norma jurídica, que define el mundo jurídico, el hecho jurídico, que lo compone, y la eficacia jurídica, que lo integra (Bernardes, 2008).

Después de completar la base fáctica y de que la declaración de voluntad haya transitado sin obstáculos por el plano de la validez, comienza el momento final de todo hecho jurídico: la producción de efectos. En esta etapa se tiene algo absolutamente inútil en el mundo del derecho (Bernardes, 2007, p. 23). Por lo tanto, es eficaz el ajuste de voluntades cuando produce efectos en el ordenamiento jurídico, alcanzando los resultados esperados por las partes (Cercal, 2007).

En el caso del negocio jurídico, es en este plano donde se concretiza todo lo provocado por los agentes, formando las relaciones intrajurídicas.² El espectro efectivo es amplio, incluyendo las llamadas situaciones jurídicas, una categoría científica que llena lagunas en casos no contemplados por la idea de relación jurídica tradicional. La importancia de estudiar los hechos, los actos y los negocios jurídicos radica en que los contratos son el negocio jurídico por excelencia.

En palabras de Sílvio de Salvo Venosa (2007), los hechos jurídicos son “todos los acontecimientos, eventos que, directa o indirectamente, tienen efectos jurídicos” (p. 313). Para Maria Helena Diniz (2008), son “los acontecimientos previstos en la norma de derecho, por los cuales nacen, se modifican, subsisten y extinguen las relaciones jurídicas” (p. 372). Antônio Junqueira de Azevedo (2010) los define como “el nombre que se da a todo hecho del mundo real sobre el cual incide la norma jurídica” (p. 23).

En el acto jurídico, con la presencia de la voluntad de las partes para producir efectos jurídicos, surge el negocio jurídico. Según de Salvo Venosa (2007), en el negocio jurídico “existe por parte de la persona la intención específica de generar efectos jurídicos al adquirir, resguardar, transferir, modificar o extinguir derechos” (p. 315). Maria Helena Diniz (2008) agrega que se presenta como una “norma concreta establecida por las partes” (p. 431). Francisco Amaral (2006) observa que el negocio jurídico es “la declaración de voluntad privada destinada a producir efectos que el agente pretende y el derecho reconoce” (p. 367).

2 Se limita a exponer el significado observado por Marcos Bernardes de Mello (2007): “(a) en sentido amplio, [situación jurídica] designa todas y cada una de las consecuencias que ocurren en el mundo jurídico como resultado del hecho jurídico, abarcando todas las categorías efectivas, desde los efectos más pequeños hasta las relaciones jurídicas más complejas; define, por tanto, cualquier posición en la que se encuentre el sujeto de derecho en el mundo jurídico; (b) en sentido estricto, denomina exclusivamente casos de eficacia jurídica en los que una relación jurídica no se materializa, y, aun cuando exista, los derechos subjetivos que de ella emanan no implican carga y sujeción en posición pasiva, porque sus efectos se limitan a un solo ámbito jurídico” (pp. 79-80).

Es imperativo examinar detenidamente, en este camino, el plano de la eficacia. En cuanto a la eficacia, es importante aclarar, desde ahora, que, sin perjuicio de que la Constitución y los derechos fundamentales se apliquen a las relaciones interprivadas con la mediación realizada por la acción jurisdiccional en el ejercicio de los deberes de protección, también es innegable la eficacia directa e inmediata de la norma constitucional en las relaciones del derecho civil. La jurisprudencia ha ido comprendiendo gradualmente esta nueva racionalidad y concretándola desde una perspectiva tanto tópica como sistemática. Esta exposición tricotómica tiene un efecto puramente didáctico para concluir esta reflexión que está en curso.

Partiendo de la idea del derecho civil-constitucional, definido como una corriente metodológica que sostiene la obligación constante de reinterpretar el derecho civil a la luz de la Constitución (Perlingieri, 1999, p. 12), se supera la idea de segregación entre el ámbito privado y el constitucional, remodelando los institutos con base en las directrices constitucionales. La idea de la nomenclatura habla por sí sola: subrayar la máxima concretización de la Constitución en el derecho civil, “aplicando directamente el texto constitucional, sus valores y principios, a los conflictos de derecho civil, para salvaguardar el tratamiento evolutivo que ha caracterizado las relaciones jurídicas del Brasil contemporáneo” (Tepedino, 2001).

Por lo tanto, parece legítimo reconocer la existencia de derechos civiles de naturaleza constitucional, fundamentados en percepciones cercanas al abordar críticas que se informan por el movimiento de problematización en las titularidades, el tránsito legal y el proyecto parental. Esta pluralidad puede albergar el diálogo entre las fuentes, como los estudios que desafían los límites del derecho civil contemporáneo y las conquistas significativas del derecho del consumidor, traducidas con una claridad singular.

De manera similar, en la actualidad, quien contrata ya no lo hace solo con quien contrata, y quien contrata ya no elige solo lo que contrata, mediante una superación subjetiva y objetiva de los conceptos tradicionales de partes y contrato. El objeto contractual se remodela, incluso, por la legalidad que la buena fe puede ocupar (Fachin, 2004).

Por lo tanto, no es suficiente simplemente con cambiar el enfoque de los modelos codificados por el de los modelos constitucionalizados. Lo que se debe hacer es examinar las posibilidades concretas que el derecho civil tiene para satisfacer una racionalidad emancipadora de la persona humana que no se agota en el texto positivo, pero permite, mediante la porosidad de

un sistema abierto, proteger al sujeto de necesidades en sus relaciones concretas, independientemente de la existencia o de la falta de modelos jurídicos. El modelo es el instrumento y no un fin en sí mismo. Por lo tanto, no debe agotar las posibilidades del ámbito jurídico, so pena de que el derecho se aleje cada vez más de las exigencias impuestas por la realidad de los hechos.

DE LAS VICISITUDES SOCIALES AL PLURALISMO JURÍDICO

A partir de estas vicisitudes constitucionales, la doctrina da lugar a dos enfoques de adaptación de la Constitución a la realidad: uno formal, entendido como el sentido genérico que resulta de las reformas ya previstas en la propia Constitución, y otro informal. En resumen, el neoconstitucionalismo busca alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de derecho en un Estado de derecho constitucional (Martínez y Viciano, 2014).

En este sentido, la presencia predominante de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo ha sido, como observa Santiago Sastre Ariza (1999), la principal herramienta para atacar al positivismo jurídico: “estos principios, que aspiran a otorgar unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han vuelto inútiles las tesis mecanicistas de la interpretación, que eran uno de los pilares del positivismo teórico” (p. 145). Además, esta apertura del derecho se encuentra con la antropología, dando lugar a la composición de la antropología jurídica.

El fenómeno del derecho se destaca como uno de los aspectos más notables de la experiencia humana. Comprender el derecho equivale a comprender una parte fundamental de nuestra propia esencia. Implica entender parcialmente las razones por las cuales obedecemos, lideramos, sentimos indignación, aspiramos a cambios en nombre de ideales y, al mismo tiempo, conservamos las cosas tal como están, en nombre de esos ideales. La libertad está intrínsecamente ligada al derecho, pero paradójicamente el derecho también puede oprimir y restringir nuestra libertad.

Por lo tanto, la comprensión del derecho no se limita fácilmente a definiciones lógicas y sistematizaciones racionales. El encuentro con el derecho es variado, a veces conflictivo e incoherente, mientras que en otras situaciones es lineal y consecuente. El derecho surge como un misterio subyacente a los principios y al término de la sociabilidad humana. Sus raíces están profundamente arraigadas en la fuerza oculta que nos lleva a sentir

remordimiento ante acciones indignas y nos involucra cuando presenciamos injusticias.

Además, Olney Queiroz Assis y Vitor Frederico Kümpel (2015, p. 47) añaden que el derecho tiene el propósito de generar y expresar la aceptación de la situación presente, pero también se comporta como un apoyo moral a la indignación y a la rebelión. Así, la economía, la sociedad y el derecho siguen separados pero siempre relacionados. Eros Roberto Grau (2002) señala que el derecho significa “sistema de principios (normas) coercitivamente impuestos a determinado grupo social por cualquier organización social, dotada de poder para ello” (p. 16). Aquí tenemos un precepto normativista del derecho cuya validez no depende del contenido.

A su vez, José Eduardo Faria (2011, p. 22), al examinar la crisis financiera de 2008, destacó la idea reduccionista y dicotómica sobre el Estado y el mercado, así como la realidad de un mercado globalizado. Entre los factores específicos que el autor señala que causan esta tensión se encuentran la multiplicación de operaciones no estandarizadas fuera de los mercados regulados y los arbitrajes con tasas de interés y tipos de cambio.

Además, el autor indica que la expansión de esta crisis económica se debe a la integración globalizada de los mercados financieros, sometiendo las economías nacionales a decisiones tomadas fuera de sus límites territoriales. Esto hace que el Estado tenga cada vez más dificultades para “neutralizar los efectos de factores externos y actuar como regulador del sistema financiero doméstico y globalizado a través de sus mecanismos político-normativos” (Faria, 2011, p. 34). Así, esta tensión evidencia la lucha entre el poder político y los capitales financieros, entre la autorregulación económica y la regulación estatal.

En este sentido, entre los numerosos conceptos de la economía, el de la economía política, definido por Petrelli Gastaldi (1998), se acerca a los problemas abordados por esta investigación. La economía política se define como la “ciencia que trata de las leyes que gobiernan la producción, circulación y consumo de las riquezas. Estas leyes, eminentemente económicas, presuponen, como es obvio, la existencia de una actividad humana específicamente económica” (p. 3). El autor añade que la economía es eminentemente social, ya que el ser humano no realiza ninguna actividad con el objetivo de satisfacer sus necesidades “fuera de la sociedad y sin la ayuda directa o indirecta de esta” (Gastaldi, 1998, p. 3).

Además, Washington Peluso Albino de Souza (2002, p. 13) destaca, al estudiar dicha relación, que la mayoría de las interacciones entre el ámbito jurídico y el económico deben considerarse como una correlación. Sus efectos, aunque no son precisamente mensurables como funciones matemáticas, se perciben a través de reacciones que indican desgastes psíquicos y su posterior caracterización social. Para él, estos desgastes surgen de la adaptación a los eventos, la disminución de la capacidad para imponer obstáculos igualmente vigorosos a causas repetidas, la formación de hábitos o la transformación de estos en costumbres.

La influencia mutua es innegable, pero no presenta un material cristalizado de inmediato en el primer contacto con la realidad, con formas y expresiones definitivas. Por el contrario, la forma más común de manifestación es la de una influencia prolongada, dando forma a perspectivas y juicios debido a la insistencia con la que los eventos actúan. Estos eventos, a su vez, se presentan como diversas formas de cristalización de la realidad, en constante ebullición en la vida cotidiana.

Como se sabe, la economía capitalista se desarrolla con la consolidación de la propiedad privada; por otro lado, después del triunfo de la burguesía (con la Revolución francesa) se consolidó el derecho privado a través del Código Civil. La relación se establece de modo que el diploma civilista constituye la propia economía, ya que regula las reglas económicas. Así, la llamada mano invisible del mercado es el Código Civil, que crea, regula y da existencia a la economía (Moreira, 1987, p. 31).

Con esto, el Estado, a través del derecho, abandona su posición de no intervención (modelo liberal clásico) y adopta una forma de intervención en la economía, ya sea mediante la regulación de los mercados o la de la fuerza laboral, pero siempre garantizando la existencia y el mantenimiento de la propiedad privada (Moreira, 1987, p. 46).

Esta coordinación entre la economía y el derecho queda en evidencia debido a que el derecho comercial, hoy llamado empresarial, y el civil surgieron antes que el derecho constitucional (o los derechos sociales). Un ejemplo de esto es Brasil, donde el Código Comercial surgió antes que el Civil. Solo después de 1934 ingresa Brasil en la fase del constitucionalismo moderno, comenzando a otorgar una serie de derechos sociales, laborales y de seguridad social. Estos hechos se deben a la coyuntura económica de 1850, que buscaba únicamente la regulación de las actividades comerciales.

Por lo tanto, la influencia del derecho en la economía comenzó con la intervención a través del Código Civil, y posteriormente continuó con las conquistas sociales, de tal manera que el derecho constitucional empezó a influir en la economía. Además, debido a la mutualidad de la relación, también existe la influencia de la economía en el derecho. En su obra *Qué es una Constitución*, Lassalle afirma que existen factores reales de poder que influyen en el derecho.³ Permanece, por lo tanto, una influencia mutua condicionante entre la realidad económica y la realidad jurídica, aunque ambas tengan, como se ha visto, tiempos diferentes.

La economía experimenta cambios rápidos e inquietantes en la búsqueda de nuevos mercados y concentraciones de capital. Por otro lado, el derecho tiene un ritmo de cambio lento y burocrático, con varias etapas legislativas (del *lobby* en las casas legislativas a la sanción presidencial), hasta que logra regular, a través de normas positivas, una coyuntura económica que ya está en vigor.

En este contexto, se observa que la economía requiere comunicar sus necesidades al derecho y garantizar el cumplimiento de sus privilegios. Estas necesidades, que afectan al derecho, se relacionan con los cambios sociales ocurridos en el seno del sistema capitalista, como las modificaciones en el concepto de propiedad. De esta manera, cuando se producen cambios en los elementos fundamentales de la economía, se ejerce presión sobre el derecho para actualizarse.

Eros Roberto Grau (2002, p. 57) resume esta idea como un componente esencial del conjunto social; el derecho se constituye como parte integral del modo de producción, aunque esté informado y determinado por él. Al comprender esta realidad, se percibe que el derecho, incluso en el contexto del modo de producción capitalista, desempeña el papel de un instrumento para la transformación social, activándose para cumplir con esta función de acuerdo con intereses claramente definidos. Es precisamente esta capacidad de interactuar con otras estructuras regionales dentro de la totalidad de la estructura social global, especialmente en el contexto del modo de producción capitalista, lo que califica al derecho como una mediación específica y esencial de las relaciones de producción. Esto ocurre de tal manera que las

3 Para Ferdinand Lassalle (1998), “los verdaderos factores de poder que actúan dentro de cada sociedad son esta fuerza activa y efectiva que informa todas las leyes e instituciones jurídicas vigentes” (p. 26).

relaciones de producción capitalista no pueden reproducirse sin la presencia de la “forma” del derecho.

El cambio de la economía mediante la fuerza normativa del derecho se produce a una velocidad determinada, pero el cambio en la realidad económico-social ocurre a otra velocidad, siendo la presión de la economía sobre el derecho más rápida que la capacidad de regulación del derecho. Nos encontramos así con dos problemas: uno relacionado con el avance de la economía en contradicción con la legislación infraconstitucional, y otro con la contradicción entre la economía y la norma constitucional, es decir, con la propia Constitución. Aquí ocurre lo que Eros Grau (2002) denomina ilegitimidad sobrevenida, que se manifiesta cuando el texto normativo, originalmente legítimo, debido al dualismo normativo, es decir, debido a la coexistencia de normas del derecho establecido y la evolución continua de las realidades sociales, llega a considerarse ilegítimo y se vuelve contrario al “derecho presupuesto” (p. 57).

Por lo tanto, la discusión se reduce a cómo la economía actuará en el campo jurídico infraconstitucional y en el campo constitucional. En el ámbito infraconstitucional la cuestión se resuelve con lo que Eros Grau (2002, p. 57) denomina capacidad normativa de coyuntura (la capacidad del poder ejecutivo para resolver las divergencias entre la economía y la ley, a través de su poder para emitir regulaciones).

De esta manera, queda claro que el derecho, según lo que plantea Ihering en su teoría organicista, como cualquier organismo vivo, necesita estar en evolución constante. Esto implica la necesidad de superar la disparidad entre la progresión de las realidades sociales y la rapidez con la que se transforma el orden jurídico. En un contexto de inestabilidad en ciertas situaciones y estados económicos, sujetos a fluctuaciones continuas que definen su naturaleza coyuntural, los instrumentos normativos que emplea el Estado deben ser altamente flexibles y dinámicos. Estos instrumentos son esenciales para corregir las desviaciones que puedan ocurrir en el desarrollo del proceso económico y en la implementación de políticas públicas.

Es en este punto donde surge, según Eros Grau, la capacidad normativa de coyuntura, que busca responder a la demanda de producción inmediata de normas, ya que las fluctuaciones en la coyuntura económica constantemente las imponen. Se refiere a la capacidad normativa de coyuntura como la potestad normativa mediante la cual se crean estas normas, dentro de patrones de dinamismo y flexibilidad adecuados a la realidad. Esto implica,

entre otros aspectos, la definición de condiciones operativas y negociables en sectores específicos de los mercados por parte de los órganos y entidades de la Administración. Por supuesto, este deber-poder debe activarse de acuerdo no solo con los principios fundamentales y los objetivos establecidos a nivel constitucional, sino también de acuerdo con lo que la ley determina sobre su desempeño (Grau, 2002, p. 232).

Esta capacidad normativa de coyuntura se termina utilizando en la práctica mucho más como un mecanismo para garantizar los principios económicos contenidos en la Constitución y el Código Civil que como constitutivo de derechos.

Sin embargo, esta capacidad está limitada al ámbito infraconstitucional, es decir, busca reparar tensiones entre la economía y el derecho mediante políticas económicas o principios generales preestablecidos, es decir, ajustes puntuales, con lo cual no sirve para la reparación en el ámbito constitucional (Grau, 2002, p. 50).

Por lo tanto, al permanecer la tensión entre la economía y el derecho en el ámbito constitucional, se nota que solo se resolverá en este ámbito mediante una reforma constitucional o una interpretación de una norma existente, siendo responsabilidad de los intérpretes-jueces elegir la teoría jurídica que mejor se adapte a las pautas impuestas por la Constitución.

Después de establecer estas ideas fundamentales, el pluralismo jurídico se destaca por la presencia de múltiples fenómenos jurídicos dentro de una misma área geográfica y social. Esta situación suele ocurrir en contextos sociales marcados por disparidades, lo que genera conflictos que requieren soluciones reguladas internamente, como observa Boaventura de Souza Santos (1988, pp. 110-111). Esta tendencia o movimiento es perceptible a través de varios signos, siendo los más significativos los relacionados con el establecimiento, en ciertas esferas de control social, de una administración jurídica y judicial paralela o alternativa a la que ha prevalecido de manera exclusiva hasta ahora. Este cambio implica la revitalización o reactivación, en nuevas configuraciones, de estructuras administrativas de naturaleza popular o participativa que se habían dejado de lado o se habían marginado durante mucho tiempo. En sectores como el de la pequeña delincuencia y la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública, la protección del consumidor, la vivienda, las relaciones entre vecinos y las cuestiones familiares, se están estableciendo tribunales sociales, comunitarios o de barrio, liderados por jueces legos elegidos o designados por organizaciones

sociales. En estos tribunales, la representación de los abogados no es necesaria, y en algunos casos incluso está prohibida. El tratamiento de los asuntos es informal y oral, y en ocasiones, la sentencia ni siquiera se formaliza por escrito.

En este sentido, Olney Queiroz Assis y Vitor Frederico Kümpel (2015, p. 20) mencionan como ejemplo el caso investigado en las comunidades cariocas, donde la asociación de vecinos resolvió algunas disputas, convirtiéndose en un tribunal informal. Esto ilustra cómo la perspectiva antropológica del derecho contemporáneo desafía la comprensión jurídica clásica.

De esta manera, ante las deficiencias y los obstáculos de un modelo exclusivamente judicial, así como la promoción de la democratización y el uso de mecanismos alternativos por parte del Estado, surge una reflexión sobre el papel de los demás actores sociales dispersos en la sociedad, avanzando hacia una descentralización participativa del acceso a la justicia, como observa Antonio Carlos Wolkmer (2001), “aunque sea un lugar tradicional de control y resolución de conflictos, de hecho, al ser de difícil acceso, lento y extremadamente caro, se vuelve cada vez más inviable para controlar y reprimir conflictos” (p. 90), lo que paradójicamente favorece la aparición de otras agencias alternativas no institucionalizadas o instancias judiciales informales (tribunales o tribunales de conciliación o arbitraje extrajudiciales), que pueden sustituir al poder judicial de manera más eficiente y rápida.

Siguiendo esta tendencia, en el campo del consumo, la tecnología desempeña un papel en la transferencia de parte de ese poder estatal de regulación de conflictos, como evidencian los canales digitales dedicados a las quejas de los consumidores. Como señalan Narjara Bábara Xavier Silva y Cláudio Cardoso Paiva (2009), según el director del sitio, Mauricio Vargas,

en alrededor del 90 % de los casos, las personas que registran sus quejas en la base de datos del sitio son clientes que ya intentaron resolver inicialmente sus problemas directamente con las empresas denunciadas, pero no obtuvieron una atención satisfactoria (pp. 3-4).

De hecho, *Reclame Aqui* ya se puede ver como un sitio que ha ganado protagonismo en relación con los órganos tradicionales de defensa del consumidor. Esto se debe a que las respuestas obtenidas a través de esta nueva plataforma suelen ser más satisfactorias que las proporcionadas por los mecanismos estatales de defensa del consumidor.

Como se mencionó anteriormente, la proliferación de normas, procedimientos y actores en la actualidad indica una pluralización del sistema jurídico. Este fenómeno desafía la tradicional monopolicidad del sistema legal y abre espacio para la coexistencia de diversas manifestaciones de normatividad, ya sea en el ámbito estatal o en los ámbitos extraestatales.

Además, en este escenario se destaca la importancia de la jurisprudencia como fuente de normatividad. La jurisprudencia, entendida como la interpretación de los tribunales sobre la ley, adquiere un papel destacado en la formación del derecho. Este fenómeno es particularmente evidente en sistemas jurídicos de *common law*, en los que la jurisprudencia tiene un papel preponderante y puede, en ciertos casos, incluso superar la ley escrita. La evolución y la adaptación de la ley a través de las decisiones judiciales reflejan la capacidad del sistema legal para ajustarse a las necesidades cambiantes de la sociedad.

En este sentido, la jurisprudencia también se puede considerar como una forma de pluralización del sistema jurídico, ya que las interpretaciones de los tribunales pueden variar y coexistir, generando diferentes enfoques sobre cuestiones legales particulares. Este fenómeno destaca la flexibilidad inherente al derecho y su capacidad para adaptarse a la evolución de la sociedad.

En resumen, la pluralización del sistema jurídico es un fenómeno complejo y dinámico que refleja la diversidad y la complejidad de la sociedad contemporánea. La coexistencia de múltiples fuentes de normatividad, la influencia de factores sociales y económicos en la formación del derecho, así como la importancia de la jurisprudencia en la interpretación y la evolución del derecho son aspectos clave de este proceso. Este enfoque pluralista del sistema jurídico reconoce y aborda la diversidad de perspectivas y experiencias de la sociedad, promoviendo una comprensión más completa y contextualizada del derecho y su papel en la vida de las personas.

CONCLUSIONES

En conclusión, el panorama jurídico contemporáneo se presenta intrincado y dinámico, marcado por una pluralización que abarca desde la multiplicidad de fuentes normativas hasta el surgimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La teoría organicista de Rudolf von Ihering y la perspectiva de Eros Grau brindan una comprensión de la necesi-

dad constante de evolución del derecho, destacando la importancia de adaptarse a las rápidas transformaciones de las realidades sociales y económicas.

El concepto de capacidad normativa de coyuntura, delineado por Grau, resulta crucial para abordar la urgencia en la producción de normas, permitiendo ajustes dinámicos en respuesta a las fluctuaciones económicas. Sin embargo, esta capacidad, aunque vital para cuestiones infraconstitucionales, no resuelve las tensiones fundamentales entre la economía y el derecho en el ámbito constitucional, y sugiere que los cambios significativos en este contexto requerirían reformas constitucionales o interpretaciones cuidadosas por parte de los intérpretes-jueces.

Al explorar el pluralismo jurídico, constatamos la presencia de fenómenos jurídicos diversos en una misma sociedad, lo que indica la existencia de soluciones reguladas internamente para disputas, a menudo lideradas por tribunales informales y con la participación activa de la comunidad. En este escenario, la descentralización participativa del acceso a la justicia emerge como una alternativa valiosa a los modelos judiciales tradicionales, reconociendo la eficacia de mecanismos alternativos no institucionalizados.

Además, la tecnología desempeña un papel importante en la transferencia parcial del poder estatal de regulación de conflictos, como se evidencia en los canales digitales dedicados a las quejas de los consumidores. El ascenso de plataformas como *Reclame Aqui* destaca la creciente preferencia por soluciones más eficientes y accesibles ofrecidas por mecanismos no tradicionales de defensa del consumidor.

La coexistencia de múltiples fuentes normativas, la influencia de factores sociales y económicos en la formación del derecho, y la importancia de la jurisprudencia como fuerza moldeadora reflejan una sociedad dinámica y diversa. La pluralización del sistema jurídico no solo reconoce, sino que también celebra la diversidad de perspectivas y experiencias, proporcionando una visión más amplia y contextualizada del papel del derecho en la vida de las personas.

Así, la comprensión y la aceptación del pluralismo jurídico surgen como elementos esenciales para la construcción de un sistema jurídico más resiliente y adaptable, capaz de hacer frente a las complejidades de la sociedad contemporánea en constante evolución.

El estudio del Estado liberal permite comprender los cambios ocurridos y anticipar las nuevas transformaciones en el Estado social, que se revelan a través de los derechos sociales, económicos e individuales. La

actividad económica ha pasado a ser limitada por normas legales de un Estado intervencionista, donde el interés colectivo prevalece sobre la voluntad individual, dando lugar al surgimiento de los intereses colectivos presentes en la Constitución de 1988.

Al analizar el modelo económico del siglo XX, se observa la existencia de un mercado competitivo que demanda políticas para atender al creciente consumo, con un aumento en la circulación de capital y títulos, en la cual los bancos comerciales actúan como intermediarios en operaciones y contratos, alineados con los valores sociales presentes en el Estado social de derecho.

La relación dinámica entre la Constitución y la realidad social revela que, en algunas situaciones, el derecho no ofrece soluciones para los conflictos existentes. En este contexto, el canal *Reclame Aqui* se ha convertido no solo en un lugar para resolver conflictos, sino también en un espacio que proporciona información a los consumidores sobre el comportamiento de potenciales proveedores.

Las contribuciones de la antropología contemporánea han corregido las distorsiones teóricas y han permitido limitar los estudios legales académicos relacionados con las formas no estatales de resolución de conflictos, mediante el pluralismo jurídico. A partir de este caso específico, se concluye que el canal digital ejemplifica este fenómeno, desafiando la experiencia jurídica clásica basada en leyes ampliamente codificadas.

A través del pluralismo jurídico, se reemplaza la idea de que el derecho se limita a acuerdos convencionales entre las partes, brindando un nuevo enfoque al derecho, que va más allá de sus fuentes formales, centrándose en su funcionalidad en detrimento de la estructuración. Confirmamos así la disposición de la sociedad actual, en la cual ciertas disposiciones encuentran su lugar, no solo en el contexto legal, sino también en la diversidad de las relaciones sociales, reconociendo una variedad de perspectivas de esta sociedad, en la que algunos miembros no están institucionalizados, y promoviendo un derecho dinámico y funcional.

REFERENCIAS

- Amaral, F. (2006). *Direito civil: introdução*. Renovar.
- Bernardes, M. (1995). *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. Saraiva.
- Bernardes, M. (2007). *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*. Saraiva.
- Bernardes, M. (2008). A genialidade de Pontes de Miranda. *Getulio*, 8(2), 44-48.
- Cardoso, A. P. (30 de abril de 2020). Reclame Aqui é o 780º site mais acessado do mundo. *Reclame Aqui*. https://noticias.reclameaqui.com.br/noticias/reclame-aqui-e-o-780-site-mais-acessado-do-mundo_3943/.
- Cercal, S. do R. (2007). *Contratos eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet*. Atlas.
- Dantas, S. T. (1979). *Programa de direito civil I. Parte geral*. Editora Rio.
- de Salvo, S. (2007). *Direito civil: Parte geral*. Atlas.
- de Sousa, B. (1988). *O discurso e o poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Fabris.
- Diniz, M. H. (2008). *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil I*. Saraiva.
- Fachin, L. E. (2004). *Teoria crítica do direito civil*. Renovar.
- Faria, J. E. (1986). *Eficácia jurídica e violência simbólica: O direito como instrumento de transformação social*. Editora da Universidade de São Paulo.
- Faria, J. E. (2011). *O Estado e o direito depois da crise*. Saraiva.
- Ferraz Jr., T. S. (2015). *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. Atlas.
- Francisco, J. C. (2003). *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Forense.
- Gastaldi, J. P. (1998). *Elementos de economia política*. Saraiva.
- Grau, E. R. (2002). *O direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros.
- Junqueira, A. (2010). *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. Saraiva.
- Lassale, F. (1998). *A essência da Constituição*. Lumen Juris.
- Martínez, R. y Viciano, R. (2014). ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? *VIII*

Congreso Internacional de Derecho Constitucional.

Miranda, J. (2007). *Teoria do Estado e da Constituição*. Forense.

Moreira, V. (1987). *A ordem jurídica do capitalismo*. Caminho.

Nascimento, M. T. y Barbosa, M. A. (2016). O fenômeno “Reclame Aqui” à luz da antropologia jurídica: Um exemplo de pluralismo jurídico. *Revista Jurídica Cesumar*, 16(3), 613-637. <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n3p613-637>.

Pacheco, K. (2014). *Responsabilidade civil preventiva: Função, pressupostos e aplicabilidade*. [Tesis de doctorado]. Universidade de São Paulo (USP).

Peluso, W. (2002). *Lições de direito econômico*. Sérgio Antônio Fabris Editor.

Perlingieri, P. (1999). *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Renovar.

Pontes de Miranda, F. C. (1972). *Tratado de direito privado, Volumen 4*. Bosch.

Queiroz, O. y Kümpel, V. F. (2015). *Manual de antropologia jurídica*. Saraiva.

Sastre, S. (1999). *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw-Hill.

Silva, N. B. X. y Cardoso, C. (2009). Comunicação digital: Estudo do site Reclame Aqui. Um novo meio convergente entre a empresa e o consumidor 2.0. *Revista Eletrônica Temática*, 5(12), 1-14.

Tepedino, G. (2001). O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 7.

Veloso, Z. (2005). *Invalidez do negócio jurídico: Nulidade e anulabilidade*. Del Rey.

Wolkmer, A. C. (2001). *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito*. Editora Alfa-Ômega.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL IMPOSIBLE DIAFRAGMA VIOLENCIA/DERECHO:
EMBATES Y COMBATES ENTRE LEGITIMIDAD Y
LEGALIDAD. LAS ENCRUCIJADAS
JURÍDICO-MORALES DE WALTER BENJAMIN

THE IMPOSSIBLE DIVIDE BETWEEN VIOLENCE AND LAW:
CLASHES AND CONFLICTS BETWEEN LEGITIMACY AND LEGALITY
THE JURIDICAL-MORAL DILEMMAS OF WALTER BENJAMIN

O IMPOSSÍVEL DIAFRAGMA VIOLÊNCIA/DIREITO:
EMBATES E COMBATES ENTRE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE AS
ENCRUZILHADAS JURÍDICO-MORAIS DE WALTER BENJAMIN

VÍCTOR AUGUSTO ARTEAGA VILLA*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a7

Resumen

¿Es la violencia un fenómeno natural e irresistible que define la condición humana? En perspectiva determinista, desde una teológica y una trágica de la violencia, el hombre aparece constreñido por unos

* Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7035-5072>, correo electrónico: victorarteagavilla@gmail.com

dinamismos involuntarios y una fatalidad irracional que lo impulsan al daño material y al menoscabo moral. ¿Es la violencia un evento cultural e instrumental que dice la insociable sociabilidad humana? En línea de afirmación de la libertad, desde una sacrática y una política de la violencia, el hombre emerge en cuanto voluntad para la deliberación y la elección, y racionalidad para la decisión y la acción. En el esfuerzo por dilucidar este doble interrogante, y mediando entre una violencia natural, para proscribirla y sancionarla, y una violencia cultural, para contenerla y neutralizarla, surge una jurídica de la violencia para fundar las categorías de poder (*potestas*) y autoridad (*auctoritas*), y justificar la violencia misma (*Gewalt*) en cuanto recurso último para el logro del orden justo de pacífica convivencia que el derecho pretende como fin.

A partir de unas consideraciones generales sobre los dos grandes imaginarios que soportan las construcciones institucionales de Occidente, a saber, la tradición sacrático-sapiensal judía, con su deriva teológica cristiana, y la herencia trágico-política griega, con su recepción jurídica romana, se llega a la constatación del imposible diafragma violencia-derecho, siguiendo a Walter Benjamin, sin término de los embates y combates entre la legitimidad y la legalidad.

Palabras clave: violencia, violencia y religión, violencia y tragedia, violencia y política, violencia y derecho, legitimidad, legalidad.

Abstract

Is violence a natural and irresistible phenomenon that defines the human condition? From a deterministic perspective, from a theological perspective of violence and a tragic perspective of violence, man appears constrained by involuntary dynamisms and an irrational fatality that drive him to material damage and moral impairment. Is violence a cultural and instrumental event that speaks to the unsociable human sociability? In line with the affirmation of freedom, from a sacratism of violence and a politics of violence, man emerges as a will for deliberation and choice and rationality for decision and action. In the effort to elucidate this double question, and mediating between natural violence, to proscribe and sanction it, and cultural violence,

to contain and neutralize it, a juridical approach to violence emerges to found the categories of power (*potestas*) and authority (*auctoritas*) and justify violence itself (*Gewalt*) as a last resort to achieve the just order of peaceful coexistence that the law intends as an end.

Starting from some general considerations about the two great imaginaries that support the institutional constructions of the West, namely, the Jewish sacral/sapiensal tradition, with its Christian theological drift, and the Greek tragic/political heritage, with its Roman legal reception, it arrives at the confirmation of the impossible violence/right diaphragm, following Walter Benjamin, in terms of the endless attacks and combats between legitimacy and legality.

Keywords: violence, violence and religion, violence and tragedy, violence and politics, violence and law, legitimacy, legality.

Resumo

A violência é um fenômeno natural e irresistível que define a condição humana? Numa perspectiva determinista, numa perspectiva teológica da violência e numa perspectiva trágica da violência, o homem aparece estrangido por dinamismos involuntários e por uma fatalidade irracional que o conduz ao dano material e ao comprometimento moral. A violência é um evento cultural e instrumental que fala da insociável sociabilidade humana? Em consonância com a afirmação da liberdade, a partir de um sacralismo da violência e de uma política de violência, o homem emerge como vontade de deliberação e escolha e racionalidade para decisão e ação.

No esforço de elucidar esta dupla questão, e mediando entre a violência natural, para proscrevê-la e sancioná-la, e a violência cultural, para contê-la e neutralizá-la, surge uma abordagem jurídica da violência para fundar as categorias de poder (*potestas*) e autoridade (*auctoritas*) e justificam a própria violência (*Gewalt*) como último recurso para alcançar a ordem justa de coexistência pacífica que a lei pretende como fim.

Partindo de algumas considerações gerais sobre os dois grandes imaginários que sustentam as construções institucionais do Ocidente, a saber, a tradição sacral/sapiensal judaica, com a sua deriva teológica

cristã, e a herança trágica/política grega, com a sua recepção jurídica romana, é chega à confirmação do impossível diafragma violência/direito, seguindo Walter Benjamin, nos termos dos intermináveis ataques e combates entre legitimidade e legalidade.

Palavras-chave: violência, violência e religião, violência e tragédia, violência e política, violência e direito, legitimidade, legalidade.

INTRODUCCIÓN

¿Qué es la violencia? ¿Cómo se expresa la violencia? ¿Cuáles son las dinámicas propias de la violencia? ¿A dónde remontarse para rastrear las posturas que, pareciera, han institucionalizado la violencia en las dogmáticas teológicas, en las representaciones trágicas, en las liturgias sacráticas y en las prácticas políticas que la legitiman, y en los ordenamientos jurídicos que la legalizan, y que, desde la crítica de Walter Benjamin¹ (1999),

1 Este trabajo de grado es un homenaje a Walter Benjamin, el más cultivado de los intelectuales alemanes de la generación inermes que, cometiendo un bello oxímoron, armada con la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza, cruzó la frontera del retorno de la civilización a la barbarie, de la inteligencia a la estupidez, de la sensatez a la insania, cuando la patria de Lutero y Bengel, de Bach y Beethoven, de Humboldt y Goethe decidió entregarse a los falsos redentores del resentimiento y la frustración, de la venganza y el odio, de la destrucción y la purificación étnica. Benjamin, profeta y poeta de la Ilustración, aquel prospecto del progreso de la humanidad, la victoria de la cordura y el tránsito de la minoría a la mayoría de edad del conocimiento y la sabiduría; Benjamin, mártir y héroe de la contrailustración, aquel programa planificado cuya ideología hizo devenir en monstruos los sueños de la razón, que sacralizó al ídolo con pies de barro, en cuyo vientre ardía un horno crematorio, y que hizo de Auschwitz la talanquera para las posibilidades futuras de la teología, la filosofía y la poesía, tal como con acento dramático y magnífico lo sentenciaron Horkheimer y Adorno (2018).

Fue en el año 1992, cuando apenas iniciaba mi trasegar por la filosofía, después de abandonar los estudios de derecho que había comenzado en la Universidad Pontificia Bolivariana, en 1990, cuando me encontré en la vida, con motivo de la celebración de su natalicio centenario, el 15 de julio, con Walter Benjamin, “el filósofo que extinguió su vida mientras se fugaba de los esbirros de Hitler” (Adorno, 2001, p. 11). Desde entonces no he dejado de leerlo, pensándolo y glosándolo, ni de sorprenderme con lo imponderable de su producción y, sobre todo, con su disciplina y su incommensurable y abigarrada suma de escritos, “de carácter esotérico y sistemático los primeros y aún más oscuros y fragmentarios los posteriores, tan fascinantes ambos que no dejan otra alternativa que la atracción magnética o el rechazo temeroso” (Adorno, 2001, p. 11).

Con escasos cuarenta y ocho años de edad, Benjamin se suicidó en Portbou, en el cruce catalán entre España y Francia, en 1940. Como si se tratara de algo así como una conspiración de los dioses en mi favor, también me resulta coincidente la fecha de su muerte, un 26 de septiembre, con la de mi padre. El hijo de mi único hermano, así como Heidegger, señor de mis navegaciones ontoteológicas, y el papa Montini, Pablo VI, a quien juzgo de la más cimera estatura, nacieron un 26 de septiembre. Pero más allá de estas confesiones personales, de bienaventuradas imágenes, pasajes en la enciclopedia benjaminiana, he de sostener que el tema de esta monografía, matriculado en el contexto de la filosofía del derecho, aparece, pues, como una especie de reconciliación, en la que Benjamin funge como celestino, entre mi *amoriño primeiro*, a la manera del doctor místico, san Juan de la Cruz, el derecho y su siempre y fiel competidora, la filosofía.

Tal vez noveles estudiantes de derecho y filosofía, atezados por mordientes y calcinantes inquietudes iusfilosóficas, se acercarán a Benjamin para beber en la fuente inagotable de sus decires, sobre las líneas, y sus sugerencias, entre estas, desafiando con temeridad su estilo críptico de no muy fácil acercamiento y de bien difícil traducción a un código lingüístico nítido y corriente. Desnudo de vanidad alguna, si estos escauceos benjaminianos llegaren a resultarles de algún valor, aunque de ligero peso, me daré por bien servido, y esta memoria de Benjamin que me hace dichoso, y este recuerdo de Benjamin que me colma de alegría, cuyas evidencias se instalan en estas páginas, habrán cumplido a cabalidad con el amoroso propósito de honrar a Walter Benjamin.

que soslaya la finisecular discusión sobre iusnaturalismo-iuspositivismo para tener en cuenta una mirada histórico-filosófica, se mueven en la tensión permanente del recurso a la violencia como medio moral o como fin jurídico para la consecución de la justicia?

La tarea de una crítica de la violencia puede circunscribirse a la descripción de la relación de esta respecto al derecho y a la justicia. Es que, en lo que concierne a la violencia en su sentido más conciso, solo se llega a una razón efectiva, siempre y cuando se inscriba dentro de un contexto moral. Y la esfera de este contexto está indicada por los conceptos de derecho y de justicia. En lo que se refiere al primero, no cabe duda de que constituye el medio y el fin de todo orden de derecho. Es más, en principio, la violencia solo puede encontrarse en el dominio de los medios y no en el de los fines. Estas afirmaciones nos conducen a más y a diferentes perspectivas que las que aparentemente podría pensarse. Porque de ser la violencia un medio, un criterio crítico de ella podría parecernos fácilmente dado. Bastaría considerar si la violencia, en casos precisos, sirve a fines justos o injustos. Por tanto, su crítica estaría implícita en un sistema de los fines justos. Pero no es así. Aun asumiendo que tal sistema está por encima de toda duda, lo que contiene no es un criterio propio de la violencia como principio, sino un criterio para los casos de su utilización. La cuestión de si la violencia es en general moral como medio para alcanzar un fin seguiría sin resolverse. Para llegar a una decisión al respecto, es necesario un criterio más fino, una distinción dentro de la esfera de los medios, independientemente de los fines que sirven (Benjamin, 1999, p. 23).

Sobre la base de estas cuatro preguntas me mueve y me motiva considerar algunos aspectos relevantes que, desde posturas teóricas de la tradición sacrálico-sapiensal judía, con su deriva teológica cristiana, y la herencia trágico-política griega, con su recepción jurídica romana, permiten constatar el imposible diafragma violencia-derecho, siguiendo a Benjamin, en términos de los embates y combates entre la legitimidad y la legalidad. De hecho, tengo para mí que son estos mojones los que, al tiempo que soportan y delimitan el edificio cultural de Occidente, permiten levantar algo así como una genealogía de la violencia, expresión de color foucaultiano, a la zaga de lo que Byung-Chul Han (2020) ha planteado a la manera de una topología de la violencia:

La topología de la violencia se refiere, en primer lugar, a toda manifestación *macrofísica* de la violencia, que se presenta como *negatividad*, es decir, estableciendo una relación bipolar entre el *yo* y el *otro*, *dentro* y *fuera*, entre *amigo* y *enemigo*. En general, suele darse de un modo expresivo, explosivo, masivo y materialístico (p. 9).²

Preguntar por el *quid*, la esencia, de la violencia es preguntar por el mismo y principal dinamismo involuntario que empuja y obliga al hombre a la supervivencia. Se trata de una conclusión a la que, sin mayor esfuerzo, conducen posiciones deterministas como las sostenidas por los énfasis paleogenético, de la antropología biológica,³ y simbólico, de la antropología cultural.⁴

En la exposición de la selección natural, como mecanismo de supervivencia de los más fuertes frente a los más débiles, está explícita la comprensión de la violencia como condición sin la cual no es posible el *agón* entre la vida y la muerte. La guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), estado de naturaleza del hombre (*status naturae homini*), es el motor hobbesiano que mueve al contrato para permitir el tránsito de la barbarie a la civilización; la *Gewalt* (violencia) hegeliana es el solo que autoriza el paso de la prejuridicidad a la juridicidad.⁵

2 El título del autor alemán de origen surcoreano, casi de obligatoria referencia, más por su éxito editorial y el consiguiente esnobismo que ha despertado, que por la profundidad de sus reflexiones, que abordan todos los lugares comunes posibles, tiene una estructura de particular configuración que remite, de modo inevitable, al diccionario de palabras y de cosas de Michel Foucault. La primera parte, macrofísica de la violencia, trae en su segundo acápite la denominada arqueología de la violencia, mientras que a la segunda la llama microfísica de la violencia.

3 No es temerario desprender de *El origen de las especies*, publicado en 1859, que el naturalista inglés Charles Darwin (2009), al exponer la selección natural como el mecanismo mediante el cual, en un lento proceso evolutivo, las especies más fuertes vencen a las más débiles por una suerte de puja, no solo en términos de capacidad de adaptabilidad al medio, sino también de “medición de fuerzas”, presupone la violencia como un fenómeno connatural a la condición humana. En una dirección paralela se instalan las investigaciones y conclusiones paleogenéticas que Svante Pääbo (2015), galardonado en 2022 por el Instituto Karolinska de Estocolmo con el Premio Nobel de Medicina, presenta en *El hombre de Neandertal*.

4 Tal como aparece en el apartado introductorio del capítulo 1, “La violencia, ¿sino de la condición humana?”, y en el contexto de una aproximación a la dimensión simbólica de la violencia, se hace menester referirse a Sigmund Freud, sobre todo en los textos que aparecen en la nota al pie 9. Pierre Bourdieu (2000, pp. 65-73) utiliza la categoría de violencia simbólica asociándola con el ejercicio del poder, sosteniendo que los tres grandes sistemas simbólicos, a saber, el arte, la religión y la lengua, en cuanto “estructuras estructurantes”, en sus procesos de gestación y consolidación traen anejos ejercicios de dominación que implican formas de imposición violentas, porque toda producción simbólica es un instrumento de dominación.

5 En sus *Principios de filosofía del derecho*, G. W. F. Hegel (2004, p. 198) sostiene que la violencia, consustancial a la condición humana, determina el estado de naturaleza como momento fundacional de la política, a partir del cual se hace un tránsito al estado civil.

El paradigma civilizatorio occidental, de corte judeocristiano, canoniza las dos figuras que sirven para explicar la huella hereditaria de la violencia sagrada (René Girard), de la violencia divina (Benjamin). La tragedia superlativa del crucificado neotestamentario, víctima⁶ irredenta de la crueldad de su Dios, lleva a la plenitud su tipo veterotestamentario, Caín, el réprobo de YHWH (יהוה). La justificación religiosa de la violencia, lugar común en los tres grandes monoteísmos, cuya respectiva tríada de libros narra dramáticos episodios violentos, más tenues, aunque más malinterpretados por sus lecturas fundamentalistas en *El Corán*, aparece en los términos de una cuasivoluntad del nombre del dios que les es propio.

Descontento por estas simplistas, fáciles e insuficientes, con sus pretensiones de definitivas, significaciones de la violencia, George Sorel (2005), en sus *Reflexiones sobre la violencia*, que datan de 1908, desarrolla un discurso sobre la violencia a partir de la lectura de los supuestos del pacto de los pensadores políticos de la Modernidad, poniendo un acento especial en Rousseau, a quien considera inspirador de la idea marxista de la pervivencia de la violencia en razón de las desigualdades sociales. En Sorel la violencia aparece íntimamente ligada con las ideas de la revolución y la apoteosis de la huelga general del proletariado (Forster, 2014, p. 274).⁷ En *Economía y sociedad*, Max Weber (2012) puntualiza que la dinámica de la violencia se da en virtud de las constantes tensiones entre el Estado y sus asociados por la necesidad de mantener las relaciones de poder en la verticalidad dominación-sujeción.

6 El sociólogo francés Michel Wieviorka (2018), en su texto *La violencia*, ha elaborado una categoría: la era de las víctimas. Despojado de pudor y con cáustica ironía, cuestiona la tendencia, muy en boga después de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo después de los juicios de Núremberg, a connotar con palabras de minusvaloración, con sentimientos de compasión y con dádivas de reparación económica a los afectados por la violencia: “en cuanto categoría sociológica, esta se obtiene de la obra de muchos autores, quienes constatan la proliferación de esta figura, la víctima, antaño identificada con mártires y héroes y recluida a ámbitos, si no marginales, sí excepcionales: consecuencias no deseadas del progreso, guerra, pacientes de atentados y persecuciones [...]. En definitiva, ciudadanos que dejan de serlo por los efectos sobre ellos y sus vidas de una situación siempre excepcional, siempre violenta” (Wieviorka, 2018, pp. 48-49).

7 Influenciado por la crítica marxista, en su consideración del derecho como instrumento de dominación, para Sorel “el derecho solo tiene importancia en la medida en que se lo presenta como el medio formal de legitimación del que se sirven en cada caso las clases dominantes para reasegurarse y ampliar en un acto legitimador el orden social que les es útil: la traducción de los intereses de poder al lenguaje aparentemente neutro de las fórmulas jurídicas significa dotarlos de una pátina moral de universalidad que les confiere prestigio y capacidad de persuasión justamente entre los estratos oprimidos” (Honneth, 2009, p. 115).

Terminada la Segunda Guerra Mundial, los estudios sobre la violencia adquieren un estatuto sistemático, por no decir epistémico, y se vinculan con los relativos a la guerra: en 1945 el sociólogo francés Gaston Bouthoul acuña el neologismo de *polemología* (Molina, 2019) y presenta una consideración que luego servirá de soporte a la propuesta de Hannah Arendt (2006) en relación con la comprensión de la violencia en cuanto consecuencia de la guerra, y dentro del contexto del conflicto, como la *activación instrumental de la fuerza mediante las armas* con el objetivo único de infligir daño físico. Mario Stoppino, en su contribución al *Diccionario de política*, de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (2000, pp. 1671-1680), habla de una violencia directa, cuando “afecta de modo inmediato el cuerpo del que sufre”, y una violencia indirecta, cuando “actúa a través de la alteración del ambiente físico en que la víctima se encuentra, o a través de la destrucción, el daño o la sustracción de recursos materiales”. Jean-Claude Chesnais (1982), en *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*, conjetura que, en sentido estricto, la violencia solo puede ser material o física porque, para que la violencia sea violencia, tiene que ser mensurable:

La única violencia medible e incontestable es la violencia física. Es el ataque directo, corporal contra las personas. Ella reviste un triple carácter: brutal, exterior y doloroso. Lo que la define es el uso material de la fuerza, la rudeza voluntariamente cometida en detrimento de alguien (p. 44).

En 1981 la Unesco publicó una elaboración conjunta, *La violencia y sus causas*, que se ha convertido en una especie de manual de violentología. Entre las trece contribuciones que aparecen en el texto se torna de referencia obligatoria la de Jean-Marie Domenach *et al.* Pasando por alto la pregunta, casi ociosa, frente a los niveles y las formas de violencia de las sociedades antiguas con respecto a las hodiernas, asume la caracterización y las manifestaciones de la violencia desde tres ámbitos: 1) el psicológico, una explosión de fuerza que toma un aspecto irracional, con frecuencia criminal; 2) el moral, una complacencia voluntaria al afectar los bienes y, sobre todo, la libertad personal; 3) el político, el recurso a la fuerza para hacerse con el poder o para desviarlo hacia propósitos de conveniencia propia (Domenach *et al.*, 1981, pp. 33-46).

En los últimos años las reflexiones del sociólogo noruego Johan Galtung (1998; 2003a; 2012) han dominado buena parte de los asideros teóricos sobre la violencia. Al clasificarla en dos grandes grupos: la violencia visible, que es personal, y la violencia invisible, que es estructural y cultural, Galtung ha contribuido denodadamente al desarrollo de los estudios sobre el tópico y a la inteligencia de sus causas para hacer frente a la resolución de conflictos en más de cuarenta geografías mundiales.

En *La lógica de la violencia en la guerra civil*, Stathis Kalyvas (2010) explora las causas y las dinámicas de la violencia en las guerras civiles a partir de una necesaria distinción entre guerra y violencia. Mientras que para Bouthoul (1970, pp. 145-173) la guerra y la violencia son coincidentes en cuanto tienen las mismas raíces ideológicas, que serán siempre móviles étnicos, económicos, territoriales y nacionalistas, para Kalyvas la lógica de la violencia, a diferencia de la de la guerra, tiene mucho menos que ver con emociones colectivas, con ideologías económicas y políticas, incluso religiosas, con reivindicaciones culturales y raciales, y con reposicionamientos territoriales. Hay en la violencia, contrario a lo que se suele creer, menos avidez y menos agravio de lo que hay en la guerra:

La violencia no es un simple reflejo de la estrategia de los que se valen de ella; su carácter profundamente interactivo frustra la simple lógica de maximización al tiempo que conlleva resultados sorprendentes, tales como la relativa carencia de violencia en las “líneas de frente” de las guerras civiles. La manipulación de las organizaciones políticas por parte de los actores locales marca un proceso de privatización de la violencia política en mayor medida que la politización de la vida privada, tal y como se ha creído con más frecuencia. Desde esta perspectiva, la violencia es un proceso que tiene lugar a causa de la aversión humana más que por una predisposición hacia la violencia homicida, lo que explica la paradoja de la explosión de la violencia en contextos sociales caracterizados por altos niveles de contacto interpersonal, intercambio y hasta confianza. De ahí que el comportamiento individual en las guerras civiles deba de ser interpretado no tanto como una instancia de anomia social, sino, más bien, como una manifestación perversa de abundante capital social donde el conflicto, mal gestionado, puede llevar a la irrupción de la violencia sistemática (Kalyvas, 2010, pp. 11-12).

En un trabajo de muy reciente publicación, *Tratado sobre la violencia*, Angelo Papacchini (2023) presenta una amplia radiografía de la presencia de la violencia como impronta que define el ser y determina el hacer del hombre en la doble esfera de lo privado y de lo público. Desafío para la filosofía y para la teología, reto para la política y el derecho, la violencia se impone con la inclemencia impenitente de su fuerza arrasadora y el rigor inmisericorde de su peso demoledor, y en más que en menos ocasiones, en cuanto huella de conocimiento, rastro de reconocimiento y pista de seguimiento de muchas biografías personales y de abundantes historias nacionales.⁸

El propósito general de este ejercicio de escritura es realizar el seguimiento de la presencia de la violencia, con sus respectivos matices teóricos y viabilidades de irrupción práctica, en los escenarios, prejurídicos y extrajurídicos, contemplados en los dos primeros capítulos: el de lo sagrado (la experiencia del hecho religioso), el de la tragedia, el de la teología (la doctrina del hecho religioso) y el de la política.

Y en cuanto a los objetivos específicos de este trabajo de grado, se propone, en primer lugar, esbozar los elementos que establecen una especie de maridaje íntimo e indisoluble entre violencia y derecho, lo que denomino *imposible diafragma*, a saber, las esferas de lo legítimo y de lo legal; en segunda instancia, la disertación apunta, desde los presupuestos jurídico-políticos de Schmitt y jurídico-morales de Benjamin, que se abordan en el tercer capítulo, a 1) determinar cómo la violencia se hace legítima, tanto en el estado de normalidad como en el estado de excepción, cuando la decisión del soberano se enmarca en el interior del doble cuadro de la legalidad: el del Estado de derecho y el del derecho del Estado —por ejemplo, el ordena-

8 En términos conclusivos de la lectura de Papacchini, en el “Postfacio” del libro, el historiador Armando Martínez Garnica (2023) se refiere a Colombia, en un tramo aleatorio y conmemorativo (1887-2002, los ciento quince años de *El Espectador*), al modo de una historia de la violencia: “Al cumplir 115 años de su fundación, el diario colombiano *El Espectador* —uno de los pocos de circulación nacional— publicó una separata de 56 páginas (domingo 24 de marzo de 2002) que, bajo el título de ‘Testigos de la historia’, ofreció una selección de los acontecimientos cuyas fotografías habían marcado ‘la realidad’ de este país entre los años 1887 y 2002. Descontando los hechos relativos al propio periódico, la distribución de los 112 acontecimientos seleccionados asignó el 54,5 % de ellos a los que estaban directamente relacionados con expresiones sociales violentas: las guerrillas y las guerras civiles, los asesinatos, las muertes por accidentes, desastres o suicidios; los narcotraficantes, los atentados criminales [...]. Según esta visión de uno de los diarios colombianos de mayor circulación dominical, más de la mitad de los acontecimientos históricos que marcaban la realidad nacional fueron episodios violentos” (pp. 311-312).

miento jurídico criminal alemán del período nacionalsocialista, como lo expone Zaffaroni (2017) en *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*—; 2) definir la naturaleza *per se* de la violencia cuando esta, suspendida para situarla entre la justicia y el derecho, sirve como medio injusto al derecho o está al servicio de la justicia como fin justo, lo que moralmente viene a justificarla; deducción, más peligrosa que sospechosa, que no puede ser tan categórica si se tiene que la teoría de la moderación de los medios (*Mesótes* [Μεσώτερος]), desprendida del Libro II, 7-9, de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles (1985, pp. 170-177), juzga reprochables actos atroces, y la violencia siempre implica tales, en cuanto medios, máxime en cuanto fines.

Sin ser un teórico del derecho, menos aún de la filosofía del derecho, pero sí un intelectual que indaga con audacia, situado en el contexto espacio-temporal del puente de entreguerras con la conciencia del alemán derrotado y el judío perseguido, por los alcances jurídicos y los límites morales de la violencia, siempre en relación con el imperativo de la justicia, Benjamin abre, para no cerrarlo, el debate de la relación, recíproca e insoluble, entre la violencia y el derecho, e instala, para controvertirlos, los embates y combates que pareciera libran sin cesión la legitimidad de las tradiciones y prácticas prejurídicas, y la legalidad de los órdenes y las instituciones jurídicas.

¿Legítima el derecho la violencia, es decir, goza de reconocimiento, tanto moral como legal, la violencia a la que el derecho como recurso, bien medio, bien fin, autoriza? Si la respuesta, sin opción que no conduzca a énfasis ideológicos, es negativa, entonces, ¿cómo es que el derecho, que está llamado a prevenir, resolver y contener la violencia, se convierte, por defecto, en un instrumento cómplice a merced de la violencia, más aún, de los violentos? Si, por el contrario, la respuesta es afirmativa, entonces, ¿cómo es que frente al derecho, dentro del orden que sí es decidida, definida y definitivamente jurídico, el hombre se encuentra, por exceso, tan desnudo e inerme que hasta el derecho, garante de sus derechos, puede tomar a su placer hasta su propia vida, la *nuda vida*?

Sin la adopción de ningún marbete metodológico específico, el proceso de elaboración de este trabajo de grado ha seguido un enfoque que bien puede juzgarse de corte comprensivo-hermenéutico (della Porta y Keating, 2015, pp. 22-23). Partiendo del rastreo de los rudimentos más significativos, bajo cuya óptica pueden comprenderse las narrativas que sobre el temario de la violencia legítima les son comunes tanto a la tradición sacrálico-sapiensal

judía, con su deriva teológica cristiana, como a la herencia trágico-política griega, con su recepción jurídica romana, se obtienen elementos para interpretar la violencia, también legítima, del derecho que, en última instancia, no es más que el fundamento del estado de excepción schmittiano “para conservar el derecho mismo en el marco del Estado moderno” (Gómez, 1986, p. 117), así como la violencia legal del derecho que, a la luz de la diferencia radical de “las dos violencias del derecho”, la violencia que instaura y la violencia que conserva, legitimadas, a su vez, en razón de su enclavijamiento en el imperio no cuestionado del derecho, autoriza y entroniza, cual mesianismo (Bojanić, 2010; 2021), la escatología redentora benjaminiana:

Hay en primer término la distinción entre dos violencias del derecho, dos violencias en cuanto al derecho: la violencia fundadora, la que instituye y establece el derecho (*die rechtsetzende Gewalt*), y la violencia conservadora, la que mantiene, confirma, asegura la permanencia y la aplicabilidad del derecho (*die rechtserhaltende Gewalt*) [...]. Hay a continuación la distinción entre la violencia fundadora del derecho, a la que se le llama “mítica” (hay que sobreentender “griega”) y la violencia destructiva del derecho (*Rechtsvernichtend*), a la que se le llama “divina” (hay que sobreentender “judía”) (Derrida, 1997, p. 82).

Tres capítulos articulan este ejercicio de investigación. El primero, que se pregunta si la violencia es un sino de la condición humana, contiene lo que me he dado en llamar una teológica de la violencia, desde la interjección entre lo divino y lo humano, y una trágica de la violencia, desde la vocación hacia la libertad, a la cual el hombre está llamado para su realización en ella, y la fatalidad del destino, en cuyas redes pareciera estar atrapado. El segundo, desde una sacrálica y una política, respectivamente, otea los horizontes de la violencia como sus dos nichos de institucionalización que, como ningunos otros, la explican y la justifican. El tercero, que asume la relación directa entre violencia y derecho, visita, por un lado, la propuesta del estado de excepción de Carl Schmitt, quien legitima la violencia del derecho dada la incuestionable decisión del soberano; y por otro lado, la sugestiva crítica de la violencia que “en unas páginas escritas en 1921 encierran una alta dosis de equivocidad y de algo terriblemente enigmático [...], un texto arduo y laberíntico” (Derrida, 1997, pp. 69-70), un “artículo de una sutileza que confunde profundamente” (Honneth, 2009, p. 101), que efectúa Benjamin, quien, según Esposito (2005), “pensó más que ningún otro el derecho

como forma de control violento de la vida” (p. 46), y que legaliza la violencia del derecho, estatuyendo algo así como una jurídica de la violencia, desde la perspectiva escatológica del mesianismo de la consumación judía (Bouretz, 2012, pp. 239-330) y redentora de la revolución marxista (Honneth, 2009, pp. 106-107).

A modo de conclusión, el ejercicio se cierra ratificando el imposible diafragma violencia-derecho, que asiste, como fuente, como perno y como culmen, los sin término embates y combates entre legitimidad y legalidad: ¿es legítima la violencia del derecho?, ¿es legal la violencia del derecho?

Frente a la violencia del derecho, el hombre inerme, peregrino de a pie descalzo por los caminos de la Historia, hijo pródigo a la intemperie veleidosa de la inescrutable Fortuna, del impredecible Destino, *Tyche* (Τύχη), es el hombre *Ante la ley* de la telúrica, brutal y desconcertante parábola de la anticipación kafkiana.⁹ Frente a la violencia del derecho, el hombre des-

9 “Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta frente a este guardián, y solicita que le permita entrar en la Ley. Pero el guardián contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde lo dejarán entrar. —Tal vez —dice el centinela— pero no por ahora. La puerta que da a la Ley está abierta, como de costumbre; cuando el guardián se hace a un lado, el hombre se inclina para espiar. El guardián lo ve, se sonríe y le dice: —Si tu deseo es tan grande haz la prueba de entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda que soy poderoso. Y solo soy el último de los guardianes. Entre salón y salón también hay guardianes, cada uno más poderoso que el otro. Ya el tercer guardián es tan terrible que no puedo mirarlo siquiera. El campesino no había previsto estas dificultades; la Ley debería ser siempre accesible para todos, piensa, pero al fijarse en el guardián, con su abrigo de pieles, su nariz grande y aguileña, su barba negra de tártaro, rala y negra, decide que le conviene más esperar. El guardián le da un escabel y le permite sentarse a un costado de la puerta. Allí espera días y años. Intenta infinitas veces entrar y fatiga al guardián con sus súplicas. Con frecuencia el guardián conversa brevemente con él, le hace preguntas sobre su país y sobre muchas otras cosas; pero son preguntas indiferentes, como las de los grandes señores, y, finalmente siempre le repite que no puede dejarlo entrar. El hombre, que se ha provisto de muchas cosas para el viaje, sacrifica todo, por valioso que sea, para sobornar al guardián. Este acepta todo, en efecto, pero le dice: —Lo acepto para que no creas que has omitido ningún esfuerzo. Durante esos largos años, el hombre observa casi continuamente al guardián: se olvida de los otros y le parece que este es el único obstáculo que lo separa de la Ley. Maldice su mala suerte, durante los primeros años audazmente y en voz alta; más tarde, a medida que envejece, solo murmura para sí. Retorna a la infancia, y como en su cuidadosa y larga contemplación del guardián ha llegado a conocer hasta las pulgas de su cuello de piel, también suplica a las pulgas que lo ayuden y convengan al guardián. Finalmente, su vista se debilita, y ya no sabe si realmente hay menos luz, o si solo lo engañan sus ojos. Pero en medio de la oscuridad distingue un resplandor, que surge inextinguible de la puerta de la Ley. Ya le queda poco tiempo de vida. Antes de morir, todas las experiencias de esos largos años se confunden en su mente en una sola pregunta, que hasta ahora no ha formulado. Hace señas al guardián para que se acerque, ya que el rigor de la muerte comienza a endurecer su cuerpo. El guardián se ve obligado a agacharse mucho para hablar con él, porque la disparidad de estaturas entre ambos ha aumentado bastante con el tiempo, para desmedro del campesino. —¿Qué quieres saber ahora? —pregunta el guardián—. Eres insaciable.

nudo es la *nuda vida* humana enfrentada y confrontada al poder soberano del Giorgio Agamben (2004) que bebe en la condición del desarraigado sin *Echar raíces* de Simone Weil (2014). Frente a la violencia del derecho, el hombre víctima del poder, la justicia y el exceso es el hombre dentro del oxímoron de la ley, la ley que extralimita los alcances y las fronteras de la misma ley y que lo pone *fuera de la ley* de Patxi Lanceros (2012).

LA VIOLENCIA, ¿SINO DE LA CONDICIÓN HUMANA?

Como si se tratara de un destino fatal y trágico al que está abocada la condición humana, la realidad de la violencia, de la intervención física, material, tangible, de unos sobre otros, siempre motivada por un deseo de infligir daño, dirigida hacia la provocación de dolor y movida por la reducción o la eliminación de aquel a quien se le hace padecer, ha estado ahí: entre latente y patente, entre tácita y expresa, entre soterrada y evidente, entre implícita y explícita...

Los dos grandes imaginarios que soportan la construcción cultural de Occidente, a saber, la sabiduría judía, con su deriva cristiana, y la filosofía griega, con su recepción latina, coinciden en el común presupuesto, antropológico y político, además de ontológico y jurídico, si se quiere, de la violencia como impronta originaria, como fuerza propulsora, como motor dinamizador de la vida de los hombres y de las comunidades.

En una suerte de opción por la comprensión de la violencia en términos de un determinismo del que no se puede escapar y al que no se le puede hacer frente (agresión contenida), en *El malestar en la cultura*, Sigmund Freud (1992, pp. 82-83) sostiene que el instinto de agresividad humana, compartido con el animal, se sofisticaba en las formas de la violencia.¹⁰ La violen-

—Todos se esfuerzan por llegar a la Ley —dice el hombre—; ¿cómo es posible entonces que durante tantos años nadie más que yo pretendiera entrar? El guardián comprende que el hombre está por morir, y para que sus desfallecientes sentidos perciban sus palabras, le dice junto al oído con voz atronadora: —Nadie podía pretenderlo porque esta entrada era solamente para ti. Ahora voy a cerrarla” (Kafka, 2022, pp. 222-224).

10 Son varios los textos en los que, de manera directa e indirecta, Freud se ocupa de la violencia, siempre vinculándola con la pulsión de muerte; entre los más destacados se encuentran *Tótem y tabú* (1912-1913); *Lo siniestro* (1919); *El porvenir de una ilusión* (1929); *Moisés y la religión monoteísta* (1937). En este último desborda el horizonte de la violencia personal para considerar la violencia institucional y la finalidad de esta en la formación, la consolidación y el mantenimiento de formas de asociación religiosas y políticas.

cia, expresión de la pulsión de supervivencia, ha acompañado y acompañará al hombre, puesto que se trata de la primera de las circunstancias naturales que obliga, a su vez, a la primera de las instituciones culturales: la ley.

La figura de la ley, con sus contenidos y sus cometidos, con sus mandatos y prohibiciones, con sus límites y posibilidades, es el más efectivo y eficaz de los instrumentos de la cultura que neutraliza la violencia [...]. La figura de la ley no es sino el modo más refinado a través del que la violencia continúa operando con la fuerza irrestricta que le confiere su institucionalidad (Cabrera, 2019, p. 101).

En la conocida comunicación epistolar entre Sigmund Freud y Albert Einstein, *¿Por qué la guerra?*, de 1932, palpita un interés simultáneo por estimar/desestimar, si bien no como una justificación, al menos sí como una explicación, la instintiva tendencia del hombre a la violencia:

El hombre lleva en sí mismo una necesidad de odio y de destrucción. En tiempos normales tal disposición existe en estado latente; solo se manifiesta en circunstancias extraordinarias. Pero también puede despertarse con cierta facilidad y degenerar en sicosis colectiva. A mi juicio —de Einstein— es esta la clave de todo el complejo de factores que llevan a la violencia que pueden ser considerados, el enigma que solo el conocedor de los instintos humanos puede resolver (Einstein y Freud, 2001, p. 32).

A la inquietud de su emisor, Freud responde:

Existe en los seres humanos un principio activo, un instinto de odio y destrucción dispuesto a acoger la violencia como un tipo de reacción a cualquier estímulo de acción que se presenta amenazador [...]. Los instintos del hombre pertenecen exclusivamente a dos categorías: por una parte, los que quieren conservar y unir, a los que llamamos eróticos exactamente en el sentido de Eros en el Banquete de Platón y sexuales, dando explícitamente a este término el alcance del concepto popular de sexualidad; y, por otra, los que quieren destruir y matar, que englobamos dentro de las nociones de pulsión agresiva o pulsión destructora (Einstein y Freud, 2001, p. 41).

No obstante, al plantear una etiología de la violencia en lo más profundo de la reciprocidad conservarse a sí mismo/destruir al otro-lo otro, que amenaza, Freud revela una impotencia desconcertante:

Al fenómeno de la violencia, y de su activación por la guerra, debemos lo mejor de lo que estamos hechos y una buena parte de lo que sufrimos. Pero, no hay duda: sus causas y sus orígenes son oscuros, su resultado es incierto y si bien algunos de sus caracteres son fácilmente discernibles, nunca podremos responder con acierto a preguntas tan acuciantes como ¿por qué la violencia?, ¿por qué la guerra? (Einstein y Freud, 2001, p. 44).

En sintonía con la conclusión freudiana, Sorel (2005, p. 107) parte del presupuesto de la oscuridad que siempre acompañará el hecho de la violencia (Roudinesco, 2008). Dos razones ofrece para esta falta de claridad ostensible. La primera, la multivocidad del concepto y las nociones afines que se le asocian, como sentimientos, actitudes y posturas: ira, odio, rencor, venganza, revancha, agresión, desprecio, envidia... (sentimientos morales según Murphy y Hampton, 2002). La segunda, las regiones fronterizas que comparte con territorios que precisan diferenciarse: fuerza, armamentismo, conflicto, tensión, guerra... (artefactos instrumentales y situaciones medias según Armitage, 2018). La línea de sombra que acompaña los problemas relativos a la violencia constituye la gama de posibilidades para su acercamiento en y desde las instancias de las distintas disciplinas: “La violencia obliga a traducir de hecho lo que siempre anhelan los científicos: entrecruzar los enfoques de los sociólogos, los politólogos, los historiadores, los filósofos, también los juristas” (Crettiez, 2009, p. 11).

La violencia es un evento única y exclusivamente humano, en la medida en que está radicada en un motivo que la inspira y se halla orientada hacia una finalidad que persigue: violentar (Žižek, 2009, p. 27). Violentar implica perjudicar, dañar, lesionar, menoscabar, afectar, disminuir, destruir... En la violencia, activación instrumental de la fuerza (Arendt, 2006, p. 10), confluye la doble potencialidad, racional y volitiva, del ser humano. La violencia es fruto de la racionalidad, contrariando el lugar común de su calificación de irracionalidad (ni el animal ni la naturaleza son sujetos de violencia), y de la liberalidad. La violencia es estrategia y opción. La violencia es táctica y decisión.

Todo acto violento está revestido de un *ad quo* y de un *ad quem*: un punto de partida y un punto de llegada. La violencia es un fenómeno antropológico: de la naturaleza y sus fuerzas, del animal y sus dinamismos, no se puede predicar violencia más que en un sentido de inadecuada analogía. La violencia es una condición humana, es una situación del hombre que se explica por la inteligencia y se comprende por la libertad, explicación y comprensión que no implican, mucho menos autorizan, justificación alguna. La violencia tiene razones, pero carece de argumentos; la violencia conlleva porqués, pero está despojada de justificaciones; la violencia ofrece explicaciones, pero no fundamentaciones.

En efecto, Paul Ricœur instala algo así como una hermenéutica de la violencia en una razón que no argumenta, en un porqué que no justifica, en una explicación que no fundamenta: el mal. Y, entre la inteligencia y la libertad, este, misterio absoluto de iniquidad, *mysterium iniquitatis*, como traduce la *Vulgata* la sentencia paulina (Biblia de Jerusalén, 1991, [2 Tes. 2, 7]). El mal es, por antonomasia, la tragicidad de lo humano y la violencia, la expresión de su más honda e incomprensible dramaticidad:

se trata de un desafío de inteligibilidad para la razón, una provocación de posibilidad para la voluntad [...]. La violencia, solo en el hombre; la violencia, solo del hombre. La violencia porque en el hombre, solo en el hombre, el mal, el mal radical (Ricœur, 2012, p. 23).

Si se la asume como la natural reacción ante la doble modalidad tentada o consumada del daño inferido o prometido (amenaza) que viene de afuera, la violencia es impronta del hombre, en sede freudiana, desde la sombra del instinto, desde el lado oscuro del inconsciente (Roudinesco, 2008). Si se la considera en cuanto la instancia moral que dice la insoslayable e inundatoria presencia del mal en el hombre, en perspectiva ricœuriana,¹¹ la violencia es la huella del hombre desde lo velado de la perversión.

Como lo indiqué arriba, en la síntesis sapiensal-religiosa del judeo-cristianismo y en la elaboración intelectual-institucional grecolatina, sobre

11 Ricœur no solo hace una consideración de la relación mal-violencia en términos morales, desde la finitud y la culpabilidad, sino que también se asoma, para leer e interpretar, muy a su manera, la relación mal-violencia en términos psicoanalíticos, de lo que da cuenta en *Freud, una interpretación de la cultura* (1985).

las que se yergue el patrimonio cultural de Occidente (sabiduría hebrea, dogma cristiano, filosofía griega y derecho romano), también puede rastrearse la posibilidad de respuesta al interrogante formulado: ¿es la violencia sino de la condición humana? El mito fundacional del *Génesis*, lugar de convergencia inicial de las antropologías del judaísmo y del cristianismo, y la tradición trágica griega, escenario de inspiración del ritual jurídico latino, ofrecen significativas pistas al respecto.

Lo divino/lo humano: una teológica de la violencia

El hagiógrafo de la narración genesiaca que documenta la prehistoria de la violencia en el episodio fratricida de Caín contra Abel instala, de modo respectivo, en la mente y en el corazón de aquel el juicio de discernimiento y el sentimiento de reproche que le generan, contrastados y en pugna, la ostensible benevolencia de YHWH (יהוה) frente a las acciones y los frutos de Abel, y la manifiesta indiferencia ante los suyos propios. El desenlace que aparece en la perícopa veterotestamentaria es apenas el esperado:

Fue Abel pastor de ovejas y Caín labrador. Pasó algún tiempo, y Caín hizo a YHWH (יהוה) una oblación de los frutos del suelo. También Abel hizo una oblación de los primogénitos de su rebaño, y de la grasa de los mismos. YHWH (יהוה) miró propicio a Abel y su oblación, mas no miró propicio a Caín y su oblación, por lo cual se irritó Caín en gran manera y se abatíó su rostro. YHWH (יהוה) dijo a Caín: “¿Por qué andas irritado y por qué se ha abatido tu rostro? ¿No es cierto que si obras bien podrás alzarlo? Mas si no obras bien, a la puerta está el pecado acechando como fiera que te codicia, y a quien tienes que dominar”. Caín dijo a su hermano Abel: “Vamos afuera”. Y cuando estaban en el campo se lanzó Caín contra su hermano Abel y lo mató (Biblia de Jerusalén, 1991, [Gén. 4, 2-8]).

Partiendo de esta recreación literaria, tal vez la de mayor dominio en la ascendencia intelectual de Occidente (Safranski, 1997), se pueden destacar tres elementos en el intento de configurar una genealogía de la violencia que sostenga que esta es, ciertamente, una situación ínsita de la condición humana.

Primero: la violencia es afirmación. Del supuesto del conocimiento de un orden preestablecido, con tinte leibniziano (Neiman, 2012, pp. 45-67),

por un agente extraño, y del reconocimiento de una armonía, un equilibrio, una tranquilidad, una paz, sancionados como una especie de imperativo exógeno, una orden, se desprende la necesidad, la obligación, de acometer la tarea del mundo como causa propia, como esfuerzo autónomo: si el mundo es un mundo humano, es el hombre quien tiene que hacer su mundo. Asumir, de entrada, que un *dictum* divino es el que asigna faenas, el que distribuye posesiones y, sobre todo, el que califica méritos en virtud de su inescrutable, pero arbitraria, complacencia, es negar lo humano. La metáfora de Caín que levanta su mano contra Abel es la parábola de lo humano que se afirma, que se planta, de cara a lo divino. Y se trata de una afirmación absoluta. La antropología bíblica, fundada en los once capítulos iniciales del *Génesis*, traza una línea de la progresiva degradación moral de la humanidad situada en los momentos de tres fracturas violentas: la caída originaria (Biblia de Jerusalén, 1991, [Gén. 3, 1-13]): violencia contra Dios; el fratricidio de Caín (Biblia de Jerusalén, 1991, [Gen. 4, 1-15]): violencia contra el hombre; el diluvio/la torre de Babel (Biblia de Jerusalén, 1991, [Gén. 6, 5-8, 22; 11, 1-9]): violencia contra la naturaleza (Ladaria, 1993; 2005; Pontificia Comisión Bíblica, 2020).

Recibir un mundo hecho, en lugar de hacerlo, someterse a un ordenamiento impuesto, en vez de discutirlo y consensuarlo, y aceptar un juicio caprichoso por miramientos, que desborda uno justo por méritos, son acciones que impelen a violentar los factores extraños que, como amenazas, se ciernen sobre la autonomía humana en términos de voluntad divina, y por lo tanto, se precisa el recurso a la violencia en cuanto afirmación de lo humano. Agustín advierte que “la violencia es división en el corazón del hombre que nace del deseo de pervertir el orden creado y querido por Dios” (2019, p. 714).

Segundo: la violencia es negación. Por simple oposición, del anterior planteamiento se desprende esta aseveración. De la tensión sin tregua entre el *dictum* divino, la dictadura de Dios, que impone y se impone, y el *parlamentum* humano, el hablar entre los hombres mediante el que se debate y decide, surge la violencia. Se trata de una comprensión más teórica que histórica, más ideológica que práctica. Es la violencia como postura antitética entre la violencia como afirmación, tesis, y la violencia como descomposición-destrucción, síntesis. Es una violencia que, en sentido estricto, no se comporta como una acción material porque no es realización efectual, consumación de hechos verificables, ocurrencia de eventos reales, acaecer de acontecimientos históricos que escapan a una posible historiografía de la

violencia; sino, más bien, reacción espiritual, que ocupa los órdenes intelectual, moral y emocional. Es la llamada violencia interior, no mediatizada ni mediada por ninguna forma de exterioridad. La desobediencia civil, un dejar de hacer, omisión, en lugar de un hacer, acción, ejemplifica tal. Es una violencia que niega desde la reflexión, porque no acepta, porque no consiente, porque no aprueba, pero que no afirma desde la acción, porque no se expresa, porque no se manifiesta, porque no se concreta. En uno de los sermones dedicados a la caída de Roma, y sobre la base del texto genesíaco de marras, el hiponense sostiene:

en el corazón de Caín anida el abatimiento, porque no comprende la complacencia de Dios por la oblación de su hermano, y la envidia, porque cree que en Abel hay más mérito que en él; sin embargo, cuando levanta su mano contra él, consume la violencia total: el daño que se afirma en el grito de la destrucción y se niega en el silencio de no aceptar lo dispuesto por Dios (Agustín, 2021, p. 174).

Tercero: la violencia es descomposición-destrucción. Ha quedado establecido que la violencia como afirmación implica acción: mediante una acción, o una sucesión y una simultaneidad de acciones, el hombre se afirma, afirma su autonomía, es más, se afirma en su autonomía, frente a una serie de circunstancias que le vienen dadas y determinadas desde afuera: un mundo recibido, un ordenamiento impuesto, una voluntad caprichosa... La violencia que es afirmación humana es negación divina: el acto mismo que afirma lo humano niega lo divino. Siguiendo el hilo de la narración de los episodios del *Génesis* se encuentra esta dialéctica, esta antonimia: orden divino/desorden humano; armonía preestablecida/caos establecido; unidad pretereterna/ruptura temporal... No se trata solo de una progresiva degradación moral, como se dijo; también, de una espiral ruptura cosmológica y ontológica: la violencia que introduce la imperfección en el mundo, la violencia que trae el fraccionamiento del ser. Asimismo, quedó claro que la violencia como negación es inacción: frente a la imposibilidad de levantarse activamente contra los órdenes y las órdenes del *dictum* que se impone, queda padecer los órdenes y acatar las órdenes; no obstante, el deseo de hacer lo contrario, de llevar la contraria. La violencia afirmación es acción, transitividad activa; la violencia negación es pasión, intransitividad pasiva.

En los terrenos fronterizos de la violencia que es afirmación se ubica la consideración de la violencia que es descomposición-destrucción, o

más bien, que connota descomposición-destrucción. La reacción activa de lo humano frente a lo divino es afirmación humana y negación divina: lo humano, no lo divino. La reacción pasiva de lo humano ante lo divino es negación humana y afirmación divina: un querer negar lo divino ante un no poder afirmar lo humano. La violencia que es afirmación es decisión; la violencia que es negación es tensión.

Para esta tercera forma de violencia, que es descomposición-destrucción, la literatura genesíaca ofrece las imágenes más plásticas: 1) Adán al amanecer, contrariando la conminación divina, se convierte en juez del bien y del mal; 2) Caín, fratricida, cuestionando el miramiento divino, se constituye en administrador de la vida y de la muerte; 3) Noé antediluviano, eligiendo entre quienes se salvarán y se perderán, funge de patriarca refundador de los linajes; 4) los arquitectos y obreros de Babel, con disposición de comunicación entre ellos, pretendientes de una torre para llegar a YHWH (יהוה), aparecen como gramáticos de una imposible lengua común. Descomposición-destrucción: la creación divina se ha corrompido y el hombre, de manera absolutamente imperfecta, es árbitro de moralidad, dispensador de vida y muerte, seleccionador de prosapias, hacedor de lenguajes...

Esta violencia que es descomposición-destrucción es la negación definitiva de la posibilidad de afirmación de lo humano frente a lo divino, y es la afirmación absoluta de la negación de lo divino frente a lo humano. ¿Qué significa esta cuasiparadoja? Que el efecto último de la violencia es la descomposición de todo: se desconfigura el orden creado y dado por lo divino, y se torna inviable el orden pretendido y pactado por el hombre. Al tiempo, también es destrucción de todo: si bien el mundo humano puede sustituir al mundo divino (violencia afirmación) o el mundo divino puede ser padecido por el mundo humano (violencia negación), la violencia, con su inconmensurable potencia destructora, lo arrasa todo, lo aniquila todo: orden divino, orden humano. La vocación hacia la violencia es la descomposición total, es la destrucción total.

La libertad/el destino: una trágica de la violencia

Dos momentos, el épico y el trágico, fundan, ambos afincados en la tradición literaria de los griegos, el marco teórico sobre la violencia que, desde la especulación filosófica ateniense y las formas procesales de las instituciones penales romanas (Ferrini, 2017; Mommsen, 2003), se puede

llegar a construir. Grecia tributa a Occidente los grandes fundamentos de la reflexión sobre lo esencialmente humano, la violencia, la disposición a la violencia, entre otras muchas cosas:

todo el mundo sabe que a Grecia y a Atenas las inspiraba un deseo único de comprender al hombre. Todo el mundo sabe que quisieron dar cuenta de la vida humana en términos de razón y que instauraron la civilización del logos. Por ello, está claro que iban por delante de las curiosidades que alimentaban a los hombres de otros lugares y en otras épocas [...]. Los grandes mitos sobre el universo y la visión trágica del mundo y de la condición humana solo fueron conocidos y tomaron su valor, unidos a ese interés por el hombre que, desde el principio, caracteriza el espíritu griego. Y los dioses griegos nos conmueven tanto porque las obras literarias los evocan con esplendor, mostrándolos siempre, por cierto, inseparables del hombre, ligados a su vida y definiendo su condición (de Romilly, 1997, p. 14).

El plural autor homérico de la *Ilíada* atribuye a sus personajes sentimientos que, no obstante su carácter privativo, negativo, de entrada le confieren cierto estatus de dignidad, de elegancia, de estilo a la violencia, siempre puesta en el escenario de la guerra: cólera y piedad, honor y ternura, fogosidad y dulzura, inclemencia y misericordia, venganza y perdón, reciedumbre y benignidad... En los héroes homéricos, destinados a la violencia, anidan los contrastes más paradigmáticos: el furor más extremo y el enternecimiento más indulgente, la rabia más asesina y la disculpa más comprensiva. Patroclo es la serenidad del aguerrido Aquiles. El momento épico griego ofrece unas perspectivas de comprensión de la violencia desde las realidades más definitivas de la condición humana en toda su desnudez: la vida y la muerte, la *nuda vida* de Agamben a partir de Benjamin y contra Schmitt. Es la presencia constante de la muerte en la vida lo que atenúa o acentúa los índices de la potencia de la violencia: sus distintas formas ante los temores y los dolores, su calificación como acto de valor o de cobardía, su fealdad cuando es cruel y su cosmética cuando, a su pesar, puede tornarse benigna.

En cuanto a las diversas manifestaciones de la violencia, Aquiles, cegado por la cólera, pero conmovido ante la humillación sin límites ni precauciones del viejo rey Príamo,

así habló. A Aquiles le vino deseo de llorar por su padre; y asiendo de la mano a Príamo, apartóle suavemente. Entregados uno y otro a los recuerdos, Príamo, caído a los pies de Aquiles, lloraba copiosamente por Héctor, matador de hombres, y Aquiles lloraba unas veces a su padre y otras a Patroclo, y el gemir de entrambos se alzaba en la tienda. Mas así que el divino Aquiles se hartó de llanto y el deseo de sollozar cesó en su alma y en sus miembros; alzóse de la silla, tomó por la mano al viejo para que se levantara, y mirando compasivo su blanca cabeza y su blanca barba, díjole estas aladas palabras: “¡Ah, infeliz! Muchos son los infortunios que tu ánimo ha soportado” (Homero, 1991, p. 505).

Por su parte, dice Héctor, convencido de su clamor inútil a Atenea, quien lo dejó a merced de la más impetuosa y mortal violencia de Aquiles:

¡Oh! Ya los dioses me llaman a la muerte. Creía que el héroe déifobo se hallaba conmigo, pero está dentro del muro, y fue Atenea quien me engañó. Cercana tengo la perniciosa muerte que ni tardará ni puedo evitarla. Así les habrá placido que sea, desde hace tiempo, a Zeus y a su hijo, el que hiere de lejos, los cuales, benévolos para conmigo, me salvaban de los peligros. Ya la Parca me ha cogido (Homero, 1991, pp. 453-454).

Pero es, sobre todo y ante todo, el momento trágico de la tradición griega el que con mayor propiedad autoriza una aproximación teórica al espectro de la violencia, la divina violencia. Para Jacqueline de Romilly (1997), al tiempo que la tragedia aparece como una teoría de la violencia, se sitúa cual manifiesto de la Grecia antigua contra la violencia; parodiando uno de sus títulos:

la Grecia antigua, que reflexionó sobre la violencia como ninguna otra geografía y época lo hicieran, obviamente, padeció la violencia. Y la padeció bajo todas sus formas. Se vio involucrada en una interminable serie de guerras; y, en el curso de cada una de ellas, podemos observar medidas represivas que nos parecen espantosamente crueles. Para citar un solo ejemplo, los propios atenienses recordaban que, en pleno siglo V a. C., en una época de prosperidad y florecimiento cultural, se habían apoderado de la pequeña isla de Melos, a la que habían atacado sin razón justificada; y, tras la victoria, habían vendido a las mujeres como esclavas y dado muerte a todos los hombres.

¡Esto es lo que, cuando se terciaba, los atenienses tan orgullosos de su “exquisitez” podían llegar a hacer! ¿Cómo es posible? Ya los griegos habían inaugurado nuestra literatura occidental con la *Ilíada*, que es una epopeya de guerra, de violencia, saturada de ataques, homicidios y el sordo ruido de los cuerpos al caer desplomados; describe refriegas violentas, heridas fatales, gritos y furores; por todas partes reinan la violencia, la muerte, el duelo y la extinción de la belleza de la vida (de Romilly, 2010, pp. 13-14).

La tragedia de Antígona, del ciclo tebano y el mitema labdácida, y en la construcción sofoclea, ha llamado la atención con matices especiales y diferenciados. En la *Fenomenología del espíritu*, Hegel, quien con el concepto de *Gewalt* (violencia) autoriza el paso de la prejuridicidad (barbarie) a la juridicidad (civilización), presenta al personaje femenino como el radical contraste entre la fuerza irracional de la orden de Creonte, que niega la sepultura a Polinices, y la piedad (ευσέβεια) que, fundada sobre un derecho de sangre, responde incruentamente a la conminación cruel (1997, p. 427). George Steiner (1996, p. 77), en *Antígonas*, barrunta una suerte de oposición moral activa (desobediencia civil, dirá Thoreau) al desafío de la violencia que, de suyo, la prohibición del tirano lleva aneja. Para Martha Nussbaum (1995), tanto Antígona como Creonte, los dos protagonistas, “tienen una concepción del mundo de la elección que impide que surjan conflictos prácticos graves” (p. 91); no obstante, tanto la conminación del uno como la desobediencia de la otra generan un nudo de violencia que se prolongará, precipitando las consecuencias más insospechadas de la tragedia. Walter Kaufmann (1978) asevera que es de *Antígona* de donde Aristóteles extrae sus dos grandes consideraciones sobre la catarsis y la compasión, finalidades de la tragedia que expone en la *Poética*, “purificación y piedad que no son frente a la tragedia, sino frente a la violencia” (pp. 323-341).

Para Claudio Magris (2006), *Antígona* es el texto fundacional de la tradición jurídica de Occidente, además de ser el primero en revelar la violencia que late entre la ley natural y el derecho positivo:

A la inicua ley del Estado, promulgada por Creonte, que niega sentimientos y valores universales, Antígona le contrapone las “leyes no escritas de los dioses”, los mandamientos y los principios absolutos que ninguna autoridad puede violar [...]. La obra maestra de Sófocles es

una clara expresión del conflicto entre lo humano y la ley, que también es un conflicto entre el derecho (positivo) y la ley (natural) (p. 37).

El cénit de la tragedia es la violencia; más aún, la violencia de los dioses contra los hombres, pero también la necesidad de los dioses de que los hombres cometan actos de violencia en su nombre. ¿Por qué ha de hacerse esta consideración y de afirmarse casi en términos apodícticos? *Hybris* (ὕβρις) y *Némesis* (Νέμεσις) son los dos términos de la tragedia: el envalentonamiento de los hombres frente a los dioses y el consecuente castigo ejemplar, siempre con sangre, de los dioses a los hombres. La violencia es el salario de la *Hamartía* (ἁμαρτία), delito, pecado, falta contra los dioses.

Adelantándome en algo al contenido del apartado que sigue, sobre la violencia sagrada, como primer horizonte de la violencia, en el origen de la tragedia se halla un ritual de extrema violencia: los dioses piden sacrificios (θυσία), los dioses claman sangre (αἷμα), los dioses reclaman venganza (εκδίκηση)...

Traído a la vida prematuramente del vientre de Semele, carbonizada en estado de gravidez, e incubado para terminar su proceso de gestación en el muslo de Zeus, Dionysos, el dios de Nysos, el dios que cruza dos veces la misma puerta, y en cuyo honor se componen, recitan y cantan ditirambos (διθυράμβες), es el prototipo de la vida despreocupada, pero también el modelo de la divinidad olímpica que vindica y reivindica. En su honor, la tragedia (τραγωδία): la danza mímica, el carnaval de enmascarados, el ritual sacrificial de los machos cabríos, las rogativas por la dispensa de las faltas pasadas y las súplicas por los augurios de los tiempos futuros. Las fiestas de las Dionisias urbanas, celebradas en primavera, y las fiestas de las Leneas, apenas entrado el invierno, representaban, a la manera de Nietzsche (2000), “la relación entre el dolor y el honor: los mismos dolor y honor que provocan la misma violencia, la que se celebra, pero también se abomina”:

¿De dónde tendría que proceder al anhelo contrapuesto entre lo feo, el dolor y lo bello, el honor, surgido del anhelo, y la buena voluntad, propia del heleno primitivo y en el que se encuentran el pesimismo, la imagen de todas las cosas terribles, violentas, malvadas, enigmáticas, aniquiladoras, funestas que hay en el fondo de la existencia. ¿De dónde tendría que provenir entonces la tragedia? ¿Acaso del placer, de la fuerza, de una salud desbordante, de una plenitud demasiado grande, pero siempre amenazadas y siempre dispuestas a luchar hasta la muerte? (p. 30).

En la hermenéutica nietzscheana la violencia es lo dionisiaco, la afirmación de la vida, del mundo humano, en pugna constante con lo apolíneo, la negación de la existencia, a lo que convida el mundo divino: caos contra cosmos, desorden contra orden, desarmonía contra armonía, equilibrio contra desequilibrio... Una visión en la otra orilla de la interpretación genesiaca referida con anterioridad.

Alfil caprichoso e irredento en las manos de los dioses, el hombre purga con sangre la afrenta contra estos, cometida bien por ignorancia,¹² bien por soberbia. Edipo, el parricida e incestuoso inocente, cuyo desconocimiento de los lazos de sangre que le atan a Layo y a Yocasta no le libera de la falta ni le excusa de la culpa, es el destinatario de una inmisericorde violencia de los dioses, quienes se complacen mórbidamente en prolongar su fatalidad en los de su prosapia maldita, siendo Antígona el último eslabón de la cadena de un delito que se hereda y quien, no obstante conoce el sino de la sangre impura que ha recibido como una condena, además de ser traidora a los ojos de Creonte, reclama para esta, su sangre, la reivindicación del honor ante la vindicación del dolor.

Los personajes de la *Orestíada*, Agamenón, la víctima, Egisto y Clitemnestra, los victimarios, y Electra y Orestes, los sobrevivientes que vindican y reivindican en nombre de los dioses, cierran el ciclo de la trágica de la violencia, entre el determinismo y la predestinación, entre la libertad y el destino, que el acercamiento a la tradición griega consiente para interrogar si la violencia es el sino de la condición humana.

En *Guerra y violencia en la antigua Grecia*, André Bernard (2008, pp. 74-81) presenta un cuadro abrumador de los elementos más comunes, que según él trazan la cartografía griega: guerras y violencia, matanzas y crueldades, atrocidades y monstruosidades. Nicole Loraux (2008), en *La guerra civil en Atenas. La política entre la sombra y la utopía*, escribe:

12 Para vincular lo que estoy planteando con lo que vendrá más adelante, cabe recordar que Benjamin (1999) escribe en *Para una crítica de la violencia*: “El moderno principio, según el cual la ignorancia de la ley no exime de castigo, es un testimonio continuado de ese sentido del derecho —violencia legal por infracción aún no estipulada—, así como indicador de que la batalla librada por las entidades colectivas antiguas a favor de un derecho escrito, debe entenderse como una rebelión contra el espíritu de las prescripciones míticas” (p. 41).

La historia de la humanidad no es la historia de la paz, es la historia de la guerra. El móvil que impulsa a los hombres no es hacia las buenas acciones, sino solo a aquellas que le garantizan su supervivencia. La voz primera que escucha el hombre no es la que lo conduce al altruismo, sino la que le dice: “¡Sálvese quien pueda!”, es decir, “¡Sálvate tú!”. La utopía de la paz no es el encanto de la política, sino que la promesa de la política es, propiamente, la violencia. Los griegos, no tan civilizados como nos indican las noticias que tenemos sobre ellos, más bien, vengativos, rencorosos y violentos, pero con cierta dignidad, nos enseñaron que el mundo de la política es *stásis*, *pólemos* y guerra civil; esto es, violencia... Violencia, la impronta de la barbarie griega edulcorada como civilización griega (pp. 72-81).

HORIZONTES DE LA VIOLENCIA

Asumir que la violencia es una pulsión natural del ser humano, amarrada a su instinto de conservación y activada ante la amenaza del daño que viene de afuera, incluso del orden y la orden que el otro impone o trata de imponer, termina siendo un determinismo cuya carga de fatalidad zanja la cuestión de la vocación, disposición o condena del hombre a la violencia de una manera, además de fácil, cómoda: el hombre es violento por naturaleza. Y, como escribí, no se trata de un acto irracional: la violencia es una elección y como opción implica tanto un juicio de discernimiento intelectual como una decisión que nunca es indiferente ante la calificación moral: razón y libertad, inteligencia y volición, comprensión y determinación se exigen, se implican, se retrotraen, ante el hecho de la violencia, en el hecho de la violencia.

Si bien la violencia, en términos reales (Bouthoul), simbólicos (Bourdieu), estructurales (Galtung), es el registro más notorio de la historia de la humanidad en todos los grandes procesos de fundaciones y transformaciones de instituciones, el recurso a ella, sobre todo por los costos, no ofrece justificación alguna: la violencia no puede ser medio; la violencia, de hecho, no es fin. Natural, sin razón ni deliberación, porque se convierte casi en un dinamismo involuntario, es la reacción instintiva al evento que acarrea peligro, que suele ser instantáneo. Cultural, racional y deliberada, dinamismo voluntario, es la violencia sistemática la que configura una sistemática de la violencia, en cuanto sigue y observa un itinerario que, además, la convierte en un aparato: ideación, planeación, ejecución, consumación. Desde este alcance, la violencia, más bien el recurso a la violencia, la práctica de

la violencia, emerge como una construcción cultural con dos horizontes, y desde siempre, muy bien perfilados y definidos: la religión y la política. La violencia no es un fenómeno natural, es un hecho cultural, institucional: institucional religioso e institucional político.

Entre la ofrenda y el sacrificio: una sacrálca de la violencia

¿Qué confiere sacralidad a lo sagrado? El sacrificio. Lo sacro, lo santo, según la definición de Rudolf Otto (2016, p. 81; 2016, p. 47), es lo numinoso, es decir, lo inefable, lo trascendente, lo incomprensible, lo incommensurable, lo que desborda las orillas del pensamiento, lo que anega las posibilidades de la inteligencia, lo que establece, en la enciclopedia kantiana, los límites de la razón, por qué está más allá del tiempo y del espacio, las formas puras de la sensibilidad. En última instancia, lo arcano: *mysterium tremendum et fascinans*, el misterio griego, el sacramento latino.

De ofrecer frutos vegetales, a las primicias animales y luego los primogénitos humanos, los sacrificios religiosos instauraron la “normalidad de la violencia contra el chivo expiatorio” (Girard, 1986, p. 57). Religión y violencia, sacrificio y víctima. La víctima sacrificada se hace mito, dogma, verdad; el sacrificio de la víctima, rito, liturgia, celebración; sacrificar a la víctima, *ethos*, mandamiento, imperativo. En el origen, no del hecho religioso, de la práctica religiosa que instituye y estatuye la religión, la violencia; por tanto, violencia sagrada (Girard, 1983).

La práctica de los sacrificios humanos, con su suerte de atribución patrimonial a las religiones establecidas, “oficiales”, es de vieja datación y va desde la súplica confiada por la felicidad en el más allá, en el *Libro de los muertos* de los egipcios, hasta la celebración iniciática de la cuasisecta en la que solo de lo humano pervive la cabeza totémica de quien fue un niño, como ocurre en la estremecedora novela de William Golding, premio Nobel de literatura de 1983, *El señor de las moscas*.

La praxis presenta una diversidad de causas y circunstancias: 1) en los ritos funerarios, para proporcionar al difunto acompañantes o servidores (los enterramientos reales de Ur, en Sumer, hacia 2500 a. e. c., los de los monarcas de la dinastía Shang, en China, hacia 1200 a. e. c.); 2) como sacrificio propiciatorio ofrecido a los dioses (de niños en Cartago, aunque esto se ha desmentido últimamente cuestionándose el bulo de los romanos a sus enemigos púnicos, de Ifigenia a Artemisa, cuatro personas vivas en el Forum

Boarium de Roma durante la última contienda con los cartagineses); 3) al alimentar a los dioses o promover su vitalidad o poder fecundador (aztecas, Freyr y Nerthus entre los antiguos escandinavos); 4) el sacrificio de los prisioneros de guerra consagrados a un dios (Agag a YHWH [יהוה], Biblia de Jerusalén, 1991 [1 Sam. 15]); 5) el sacrificio del rey anciano para preservar la virilidad y la fecundidad de los seres humanos y los campos (los ahilluka del alto Nilo); 6) el sacrificio vicario, normalmente del tipo cabrito emisario (el *pharmakós*, *φαρμακός*, durante las fiestas griegas de las Thargelias, el representado por el dios azteca Xipe Totec) (Brandon, 1975, pp. 1267-1268).

En la literatura bíblica se pueden encontrar los dos modelos más paradigmáticos de sacrificios humanos que aparecen como ofrendas de víctimas a la divinidad: la una, tentada; la otra, consumada. El primero, perno constitutivo de las instituciones veterotestamentarias: la *Kahal* (קהל) hebrea: el sacrificio de Isaac: violencia no efectuada. El segundo, evento inaugural de las estructuras neotestamentarias: la *Ekklesía* (Εκκλησία) cristiana: la crucifixión de Jesús de Nazaret, espectáculo de violencia tan obsceno como desgarrador.

Sucedió que Dios tentó a Abraham y le dijo: “¡Abraham, Abraham!”. Él respondió: “Heme aquí”. Díjole: “Toma a tu hijo, a tu único, al que amas, a Isaac, vete al país de Moria y ofrécele allí en holocausto en uno de los montes, el que yo te diga”. Levantose, pues, Abraham de madrugada, aparejó su asno y tomó consigo a dos mozos y a su hijo Isaac. Partió la leña del holocausto y se puso en marcha hacia el lugar que le había dicho Dios. Al tercer día levantó Abraham los ojos y vio el lugar desde lejos. Entonces dijo Abraham a sus mozos: “Quedaos aquí con el asno. Yo y el muchacho iremos hasta allí, haremos adoración y volveremos donde vosotros”. Tomó Abraham la leña del holocausto, la cargó sobre su hijo Isaac, tomó en su mano el fuego y el cuchillo y se fueron los dos juntos. Dijo Isaac a su padre Abraham: “Padre”. Respondió: “¿qué hay, hijo?”. “Aquí está el fuego y la leña, pero ¿dónde está el cordero para el holocausto?”. Dijo Abraham: “Dios proveerá el cordero para el holocausto, hijo mío”. Y siguieron andando los dos juntos. Llegados al lugar que le había dicho Dios, construyó allí Abraham el altar, y dispuso la leña, luego ató a Isaac, su hijo, y le puso sobre el ara, encima de la leña. Alargó Abraham la mano y tomó el cuchillo para inmolar a su hijo. Entonces le llamó el Ángel de YHWH (יהוה) desde los cielos diciendo: “¡Abraham, Abraham!”. Él dijo: “Heme aquí”. Dijo el Ángel: “No alargues

tu mano contra el niño, ni le hagas nada, que ahora ya sé que tú eres temeroso de Dios, ya que no me has negado tu hijo, tu único”. Levantó Abraham los ojos, miró y vio un carnero trabado en un zarzal por los cuernos. Fue Abraham, tomó el carnero, y lo sacrificó en holocausto en lugar de su hijo (Biblia de Jerusalén, 1991, [Gén. 22, 1-13]).

Al tiempo que la demanda del sacrificio de Isaac manifiesta la más extrema de las paradojas de la fe, evidencia la ritualización de la violencia, no consumada, como elemento fundante de una tradición religiosa que se institucionalizará. Es el hecho incomprensible de la petición del sacrificio de Isaac, chivo probatorio, lo que realiza la dimensión más numinosa de lo religioso, que genera temor y temblor (Biblia de Jerusalén, 1991 [Fil. 2, 12]). No es gratuito que, justo a partir de esta perícopa genesíaca, recreándola a su manera, Kierkegaard haya puesto las bases de lo que luego será la corriente existencialista, que es, entre otras cosas, una proclama en favor de la humanidad y en contra del absurdo de la guerra, del sinsentido de la violencia urdida como un programa ideológico de descomposición y de destrucción, como una sistemática totalitaria de negación y de aniquilación.

El Nuevo Testamento es la tragedia superlativa del crucificado, víctima irredenta de la crueldad de su Dios, chivo expiatorio, centro de una perversa cristología hamartocéntrica, la más horrible de las plásticas de una sacrálica de la violencia que pueda llegar a cometerse. Los tres relatos sinópticos del sacrificio redentor de Cristo (Biblia de Jerusalén, 1991, [Mt. 26, 1-27, 5; Mc. 14, 1-15, 39; Lc. 22, 1-23, 56]), plenifican los cuatro cantos del Siervo de YHWH (יהוה) de la literatura profética de Isaías (Biblia de Jerusalén, 1991, [Is. 42, 1-9; 49, 1-7; 50, 6-11; 52, 13-53, 12]). Jesús de Nazaret, sometido al escarnio de los hombres, con la más demencial aprobación divina, es la víctima en la que la violencia se hace sevicia:

tan desfigurado tenía el aspecto que no parecía hombre, ni su apariencia era humana [...]. No tenía apariencia ni presencia, le vimos y no tenía aspecto que pudiéramos estimar. Despreciable y desecho de hombres, varón de dolores y sabedor de dolencias, como uno ante quien se oculta el rostro, despreciable, y no le tuvimos en cuenta [...]. Le tuvimos por azotado, herido de Dios y humillado [...]. YHWH (יהוה) descargó sobre él la culpa de todos nosotros: fue oprimido y él se humilló y no abrió la boca. Como un cordero al degüello era llevado, y como oveja que ante los que la trasquilan está muda, tampoco él abrió

la boca [...]. Mas plugo a YHWH (יהוה) quebrantarle con dolencia [...]. Se dio a sí mismo en expiación y YHWH (יהוה) lo aceptó (Biblia de Jerusalén, 1991 [Is. 52, 14-53, 2. 4. 6-7. 10]).

Con delectación morbosa la agustina alemana Ana Catalina Emmerich versionó, con los énfasis de sus visiones y estigmas, los episodios evangélicos de esta violencia infligida a Jesús de Nazaret en *La amarga pasión de Cristo*, libro sobre el que se elaboró el guion de *La pasión de Cristo*, la brutal producción cinematográfica de Mel Gibson, realizada en 2003.

Sin el beneficio de la duda, vale decir que ha sido René Girard el pensador que con más fino acierto, en épocas recientes, ha centrado de modo general la atención de sus reflexiones en la violencia, concentrándolas de manera particular en la violencia sagrada. Sin embargo, no se le queda muy atrás en esta misma senda el filósofo de Yale y profesor de la New School for Social Research de Nueva York Richard Bernstein, autor de *Violencia. Pensar sin barandillas* (2015), quien, desde un horizonte interdisciplinar, presenta y comenta las propuestas teóricas que sobre la violencia ofrecen, desde distintas orillas, Carl Schmitt, Walter Benjamin, Hannah Arendt, Frantz Fanon y Jan Assmann, poniéndolas en diálogo con las recepciones, convergentes y divergentes, y los matices de Jacques Derrida, Judith Butler, Simon Critchley y Slavoj Žižek.¹³

-
- 13 Bernstein (2015), además de señalar que la mayoría de las reflexiones actuales sobre la violencia giran en torno a las propuestas de estos teóricos, apuesta, de manera esperanzadora, por la posibilidad de superar la violencia: “Quisiéramos pensar que la violencia es algo lejano y remoto, pero en realidad es parte y da forma a la vida cotidiana de millones de personas. Y, sin embargo, existe una inquietante paradoja respecto a la violencia. Estamos saturados de discursos, textos y especialmente de imágenes sobre la violencia con las que somos bombardeados a diario. Existen numerosos estudios sobre los distintos tipos de violencia. Sin embargo, a pesar de (o quizás debido a) esta abundante literatura hay una enorme confusión respecto al significado de la violencia, los diferentes tipos de violencia, la manera en que se relacionan entre sí, y la relación con la no-violencia. Mi objetivo en este libro es modesto, pero, al mismo tiempo, importante. En él analizo cuidadosamente la obra de cinco pensadores que han reflexionado profundamente sobre el significado de la violencia: Carl Schmitt, Walter Benjamin, Hannah Arendt, Frantz Fanon y Jan Assmann. Cada uno de ellos es provocador, polémico e influyente. Un buen número de las discusiones contemporáneas sobre la violencia se apoya en uno de estos pensadores. Mi pregunta es sencilla y directa: ¿qué podemos aprender de ellos sobre el papel de la violencia en la vida humana? En primer lugar, muestro que, a pesar de los brillantes análisis de Schmitt, existen aporías y tensiones no resueltas en el corazón mismo de su concepción sobre ‘lo político’ y su famosa distinción entre amigo y enemigo. Schmitt nos enseña el camino hacia los problemas políticos y normativo-morales que debemos enfrentar si queremos evitar la violencia absoluta e ilimitada, pero, al mismo tiempo, socava la posibilidad misma de enfrentarlos seriamente. En mi discusión

Tomando una dirección en contravía de la de Freud, en la que la violencia es una canalización del instinto de destrucción derivado de la pulsión de muerte, y paralela a la de Lévi-Strauss (1997), que asume que en las culturas primitivas se repite constantemente una serie de patrones rituales, entre los que se encuentra el sacrificio de la víctima, bien el infante, bien el delincuente, bien el forastero. Girard acuña la categoría de rivalidad mimética para explicar con ella la violencia y para vincularla con lo sagrado.

En el origen de toda sociedad, como construcción cultural, se encuentra la violencia, que se asume como práctica propia al tener noticia de que es también práctica de otras sociedades: quienes fundan, fundan sobre lo que traen. Imitar la violencia de otros es un acto mimético de apropiación. Pero no solo se trata de imitarla, también de superarla: de ahí surge la llamada rivalidad mimética. Y ¿dónde ocurre la violencia “primordial” que de otros se toma para superarla tras su apropiación? En el escenario religioso, ámbito del sacrificio, pues el sacrificio es el medio de cohesión del grupo, la calidad del sacrificio es el criterio de diferenciación y de superación de un grupo con respecto a otro. El sacrificio es lo que se reproduce, lo primero que se imita, mimesis sacrificial; se mejora, se supera y, en último término, constituye la identidad más genuina de un grupo frente a otro. Mejorar el sacrificio

sobre el ensayo de Walter Benjamin ‘Para una crítica de la violencia’ me concentro en lo que él entiende por ‘violencia divina’ y examino varias interpretaciones de este concepto enigmático. La importancia del ensayo de Benjamin radica no en las respuestas que ofrece, sino en las *preguntas* que nos obliga a hacernos sobre la violencia y la no-violencia. Por su parte, Hannah Arendt nos ofrece un acercamiento muy diferente, uno que se basa en la aguda distinción entre el poder y la violencia. El tipo de poder que a ella le interesa es aquel que surge cuando el pueblo actúa en conjunto: el empoderamiento. El poder y la violencia son antitéticos. La violencia puede destruir el poder, pero jamás crearlo. Arendt fue una crítica implacable de la influencia de *Los condenados de la tierra* de Fanon y de lo que a sus ojos era una creciente celebración de la violencia [...]. Jan Assmann se ocupa de la violencia religiosa y su relación con lo que él llama ‘monoteísmo revolucionario’, es decir, el tipo de monoteísmo para el cual solo hay una religión verdadera y todas las demás son falsas. La lección que nos enseña es muy importante: la violencia religiosa es una posibilidad siempre latente que puede conducir a violaciones, asesinatos, tortura y genocidio. Esta es la razón por la cual debemos estar atentos a la violencia religiosa y oponernos a ella. A lo largo del libro también discuto el trabajo de otros autores que se han apoyado en las reflexiones de estos cinco pensadores, incluyendo a Jacques Derrida, Judith Butler, Simon Critchley y Slavoj Žižek. Por último, intento integrar sus puntos de vista en una comprensión dialéctica de la relación entre la violencia y la no-violencia. Aunque debemos estar comprometidos ética y políticamente con la no-violencia, existen circunstancias excepcionales en donde se justifica el uso de la violencia. Lo que no existen son principios o criterios abstractos para determinar cuándo la violencia es permisible. Cultivar comunidades comprometidas donde se estimule y promueva la discusión y el debate sobre la violencia es una tarea práctica permanente (*Aufgabe*). La violencia desenfrenada triunfa allí donde el espacio de discusión público y comprometido se desvanece” (pp. 15-16).

mimético trae consigo una disposición, una especie de rivalidad sacrificial, en la que la violencia aparece como una competencia no *entre* unos y otros, sino *de* unos con otros.

En Girard el sacrificio tiene una doble función: 1) fundar la comunidad y vincular a sus miembros; 2) vengar toda infracción que atenta contra la cohesión del grupo. Con estas dos finalidades la víctima, sujeto del sacrificio, reviste un carácter de inocencia extrema, de pureza sin mancha, en el primer caso, cuando se trata de inmolarla para remontar a los orígenes y a los fundamentos constitutivos; también, de culpabilidad total, de falta absoluta, en el segundo caso, cuando se trata de castigarla para sancionar la conducta réproba y ejemplarizar tal castigo, escarmiento para los demás. Tanto en la víctima no culpable como en la víctima culpable, y teniendo en cuenta que ambos sacrificios se insertan en el interior de lo sagrado, violencia sagrada creadora (Isaac), violencia sagrada redentora (Jesús de Nazaret), “la sociedad desahoga toda su violencia” (Girard, 1983, p. 35).

Para Girard (1983), las grandes ideologías fundadoras de instituciones, las creencias religiosas, las corrientes filosóficas, las posturas científicas no han hecho nada distinto de intentar velar los orígenes de las civilizaciones humanas sembrados en la violencia, en los actos violentos de los sacrificios:

el sacrificio revela la violencia del ser humano y solo a través del estudio del sacrificio, es decir, de la violencia cultural congénita al ser humano, se podrá volver a entender la naturaleza del ser humano y de las estructuras sociales, originadas por la violencia, mediadas por la violencia, finalizadas por la violencia (p. 267).

Para concluir, sostiene Girard que las instituciones religiosas y políticas encierran en sí grandes contradicciones al intentar ocultar la violencia, incluso contenerla, cuando en sus orígenes está la violencia misma: los rituales religiosos, las prácticas políticas, los procedimientos jurídicos no son más que formas de salvar al hombre de sí mismo, para permitir que el hombre, que precisa desahogar su violencia natural, no instintiva, lo haga a través de instancias socialmente aceptables y aceptadas. Si otrora era el sacrificio de la víctima ofrecida, hoy es el sacrificio de la propia violencia.

Entre la razón y la fuerza: una política de la violencia

Sin llamar a comparecer la disputa por la política y lo político, desde el alcance aristotélico y la revisita hecha por Arendt (1999), si se entiende, y con un alcance semántico muy restringido de la política como praxis para alcanzar y ejercer el poder, se puede afirmar que el poder está connotado por la violencia. En el segundo apartado de *Sobre la violencia*, Arendt (2006, pp. 48-79) hace un juicioso examen de la íntima relación entre política y poder, especulando, además, frente a las categorías que le son próximas al poder: potencia, fuerza, autoridad, para dirigirse, con especial atención, a la noción de violencia, cuya distinción esencial la constituye su carácter instrumental, manteniendo cierta vecindad fenomenológica con la potencia, “dado que los instrumentos de la violencia, como todas las demás herramientas, son concebidos y empleados para multiplicar la potencia natural hasta que, en la última fase de su desarrollo, puedan sustituirla” (Arendt, 2006, p. 63).

Me resulta preferible, en atención a la herencia de la *polis* ateniense (el lugar de convivencia histórica de los hombres, en el cuidadoso y preciso ejercicio filológico heideggeriano), pontificar que la política no se ocupa del poder ni del aparato en el que se institucionaliza, instrumentaliza y califica (Passerin d'Entrèves, 1997), a saber, el Estado, sino de lo público. Sí, de lo público, de lo común, de lo colectivo, que es viable solo cuando lo privado le cede y le concede: le cede el interés particular, le concede la apetencia individual (Weil, 2014, p. 17). ¿Qué interés particular, qué apetencia individual? La insociabilidad, se desprende de la lectura aún superficial, de la *Idea para una historia universal en sentido cosmopolita*, de 1784, de Kant, texto tan afecto a Weil y del que da implícita cuenta en su declaración de deberes de *Echar raíces*. El interés particular y la apetencia individual siempre están signados por el egoísmo y la envidia, y el afán de competencia, entradas que en el diccionario hobbesiano suman para apuntalar el estado de naturaleza, en el que la violencia, guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*, está ahí, en el que parodiando el verso de *La comedia de los asnos* o *Asinaria* del comediógrafo latino Plauto, que no sentencia de Hobbes, traída y abreviada en *De cive (homo homini lupus): lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit homo homini lupus*, “lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro” (Plauto, 1992, p. 138).

La insociabilidad no se supera, precisa de neutralizarse. ¿A través de qué hacerlo? Del pacto. En este, y mediante este, se hace la deposición de la fuerza instrumental de la potencia de daño; es decir, de la violencia, en un soberano, institución encarnada que deviene jurídica. El monopolio de la violencia, radicado en el soberano, garante de la seguridad, salvaguarda de la protección, permite el tránsito de la insociabilidad a la sociabilidad. Pero es de notar que, no obstante, y por permanecer la violencia siempre ahí, latente, la insociable sociabilidad,¹⁴ *Ungesellige Geselligkeit*, es el estigma de la política, una suerte de marca de Caín.

De la comprensión de una tendencia genética, me reservo el calificativo de natural, del hombre a la violencia, a la destrucción, al daño, a la venganza, inclusive, y cuyo mojón moderno se enclavija en Hobbes, y de quien reclama su paternidad como el que más, en el siglo xx, Carl Schmitt, se sigue la elaboración de una política de la violencia, como otro paisaje de la violencia, en un marco teórico del que luego habrá de extraerse la categoría de *conflicto* como referente obligatorio de primer orden.

Con validez se podría argumentar que una política de la violencia estaría desestimada en la Modernidad por Rousseau, tras cuya zaga, tengo para mí, avanza Arendt, con su particular noción de consenso. Mientras que, por el contrario, estaría alentada por Hobbes, quien inspira el conflicto en la acepción schmittiana, de la que hay que salvar atenuantes y remarcar agravantes.

A diferencia de Hobbes, para quien al estado de naturaleza, que es la discordia, lo mueven la competencia, la desconfianza y la gloria (2016, pp. 136-139), para Rousseau (2017, pp. 4-7) tal estado de naturaleza no es un estado de guerra por el elemental motivo de que se trata de un estado de aislamiento. El hombre natural de Rousseau es un hombre solitario, habitante de una naturaleza que no le es hostil, en relación con la cual experimenta dificultades para satisfacer sus primarias y limitadas necesidades:

14 “Entiendo en este caso por antagonismo la insociable sociabilidad de los hombres, es decir, su inclinación a formar sociedad que, sin embargo, va unida a una resistencia constante que amenaza perpetuamente con disolverla. Esta disposición reside, a las claras, en la naturaleza del hombre. El hombre tiene una inclinación a entrar en sociedad; porque en tal estado se siente más como hombre, es decir, que siente el desarrollo de sus disposiciones naturales. Pero también tiene una gran tendencia a aislarse; porque tropieza en sí mismo con la cualidad insocial que le lleva a querer disponer de todo según le place y espera, naturalmente, encontrar resistencia por todas partes, por lo mismo que sabe hallarse propenso a prestársela a los demás” (Kant, 1978, pp. 46-47).

El estado de naturaleza no es un absoluto, como repiten sin cesar aquellos contra los cuales polemiza Rousseau, una condición “desgraciada”; incluso se puede afirmar, paradójicamente, contradiciendo a Hobbes, que “es el más favorable para la paz, el más conveniente para el género humano”. No hay, pues, ninguna necesidad que obligue a salir de él (si acaso el problema reside en cómo se salió de él, dado su carácter pacífico y estable), y el pasaje al estado civil es provocado tan solo por el “concurso fortuito” de varias causas externas que podrían incluso no haberse producido nunca, sin las cuales el hombre hubiera permanecido eternamente en su condición primitiva, una condición en la que la desigualdad era desconocida, pues de las dos clases de desigualdad entre los hombres, la natural y la moral o política, la primera es con mucho la menos importante, y en el estado de naturaleza no ejerce casi ninguna influencia (Petruciani, 2008, p. 113-114).

El del estado de naturaleza rousseauiniano no es un hombre perverso; es, contrariamente, un buen salvaje, un pacífico salvaje, no un actor/reactor de ningún tipo de violencia salvaje; dueño de sí, preocupado por sí, sin egoísmo ni egocentrismo, confiado ante el eventual encuentro con el otro, sin maldad ínsita. Al respecto, y sin forzar en lo mínimo el contexto de sus apreciaciones, Susan Neiman (2012) hace esta referencia:

El mal surgió en el mundo a lo largo de un lento desarrollo durante el cual los seres humanos se enajenaron de su propia, auténtica naturaleza. Así pues, el mal es extrínseco, no intrínseco a lo que somos e implica precisamente concentrarse en lo externo más que en lo esencial. El buen salvaje sabe quién es y qué necesita sin tomar en cuenta las opiniones ni las necesidades de los otros [...]. La caída no estuvo presente en el proceso social mismo. La historia comenzó en aislamiento. Los salvajes recolectaban alimentos, se encontraban ocasionalmente para copular, y se desperdigaban de nuevo sin más emoción que la capacidad para la lástima, que toma el lugar de la benevolencia activa [...]. Ese aislamiento radical, imaginó Rousseau, era roto de vez en cuando por un incidente natural (p. 79).

Para Rousseau (1993, p. 25) la política no es disuasión, prevención, del conflicto, sino persuasión, convicción, del consenso: la política no puede ser prolongación de la guerra por otros medios,¹⁵ la política no está, no puede estar, al servicio de la violencia, ni para promoverla ni para detenerla, porque no es garantía de intereses opuestos, sino de lo que de convergente tienen estos intereses. En el segundo libro de *El contrato social*, recuerda que la legitimidad y la racionalidad de la institución estatal no vienen dadas por la simple necesidad de salir del estado de naturaleza, sino en virtud del consenso, cuya finalidad es procurar el bien o el interés común. Los intereses particulares y las apetencias individuales no son argumentos en favor de la insociabilidad, cuya expresión es la violencia, sino que, muy por el contrario, son los motivos del pacto de unión en el que se concilian y se hacen solidarios.

Los sujetos de la política son pares, amigos entre los que la violencia no tiene lugar. Schmitt, asumiendo como ingenua la postura rousseauiana, comete una inteligencia de la política como una relación entre amigo y enemigo, en la que el conflicto, lejos del consenso, la violencia, no la paz, la tentación de la violencia, no la ilusión de la tranquilidad (Agustín prefiere *tranquilitas* a *pacis*), la opción por la violencia, no la decisión del acuerdo, permean de modo permanente todo cuanto implica el encuentro con el otro.¹⁶

La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo [...]. El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo. En último extremo pueden producirse conflictos

15 Está casi de sobra la manida sentencia de von Clausewitz, “la guerra es la continuación de la política por otros medios”, de ordinario trastocada sintácticamente en términos de la política como continuación de la guerra por otros medios.

16 Stefano Petrucciani (2008) hace la siguiente consideración sobre lo que, sin duda, concluiría Schmitt frente al postulado de Rousseau: “El terreno de la política permanece marcado por un conflicto estructural, en el que la oposición entre los fines de las voluntades rousseauianas, entre *préférences* y *égalité*, es absolutamente inconciliable. Desde el punto de vista conceptual, la superación de los intereses particulares, de las apetencias individuales, en la voluntad general no solo es ardua, más bien, es imposible” (p. 122).

con él que no pueden resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero “no afectado” o “imparcial” (Schmitt, 1998, p. 57).

Bajo el marbete de *realista inflexible*, como Maquiavelo, Schmitt, tal vez justificado en su militancia fanática en la causa del nacionalsocialismo y en su profesión de fe más ortodoxa al credo pangermánico de Haushofer, radicalizó con vehemencia la premisa de que lo que, por esencia, define la política es la relación amigo-enemigo, enfrentados en un conflicto sin tregua ni fatiga, que no precisa resolverse ni por vías jurídicas, ni convencionales, ni de mediación, sino por caminos contundentes, entre ellos, por supuesto, la violencia.

La visión schmittiana de la consideración de la política como escenario del poder, del dominio, de la fuerza, del conflicto, de la violencia, ha animado numerosas reflexiones, oposiciones y controversias, así como ha precipitado los argumentos más enfebrecidos para auspiciar y sostener ejercicios de poder excesivos, alinderados tanto hacia la derecha como hacia la izquierda, fascistas y socialistas. También, llama la atención, por ejemplo, que voces de víctimas y sobrevivientes del programa totalitario del nacionalsocialismo, pensadores y artistas judíos, se ubicaran en las antípodas schmittianas: la ya citada Hannah Arendt, apenas elemental, Hans Jonas, Emmanuel Lévinas, Primo Levi, Vladimir Jankélévitch, Simone Weil, Eric Voegelin, Hermann Broch, Thomas Mann, Hans Kelsen, predecesor de su cátedra en Colonia... Para sus amigos, mucho menos para sus enemigos, utilizando sus categorías de ismos, se constata, Schmitt no es indiferente.

Schmitt comete una apología de la política como conflicto sin cuartel, que tiene como núcleo más irreductible el dominio y que, por sí solo, canoniza la violencia como medio para obtenerse y como fin para mantenerse. El conflicto schmittiano desborda la domesticación y el sometimiento a las reglas del derecho y la democracia, porque el derecho, y en particular la constitución,¹⁷ está para servir al gobernante, juez constitucional, y la democracia, con su institución parlamentaria, no es más que un sofisma de atomización del poder. Parlamentarismo, no; decisionismo, sí. De hecho,

17 Esta tesis la sostiene Schmitt en uno de sus textos más conocidos, *Teoría de la constitución*, donde, entre otras cosas, plantea su clásica discusión con Kelsen sobre quién ha de ser el guardián de la constitución.

es la decisión autónoma (*dictum*) de la autoridad soberana, concentrada en uno, no la decisión debatida (*parlamentum*) del parlamento, dispersada en muchos, el fundamento que funda el orden y da la orden.

Schmitt opone la organización social a la organización política. La primera es el resultado de la superación del conflicto, mientras que la segunda solo es posible por la frecuencia de la espiral del conflicto: la organización social es una comunidad de amigos; la política, de amigos-enemigos: amigos-enemigos internos, cuando el poder policíaco estimula, no resuelve los conflictos; amigos-enemigos externos, cuando el poder diplomático solo está para mantener unas relaciones cordiales con los otros estados soberanos, frente a los que hay que mantenerse en estado de desconfianza.

Cierto deje de una antropología cainita se percibe en el discurso schmittiano, de una visión pesimista y desconfiada, envidiosa y competitiva:

El Hombre —toda expresión con el carácter formal de esta generalidad es siempre un aventurarse— se encuentra como poder en lucha por su ser, esto es, en la oposición entre lo confiable y lo extraño, entre amigo y enemigo. El otro no es mi hermano, no es mi prójimo, no es mi próximo. ¿Dónde está tu hermano? ¿Soy yo, acaso guarda de mi hermano? [...]. La relación amigo-enemigo se conceptualiza en Schmitt como la constitución esencial del hombre, porque ella se distancia de toda determinación concreta, y de esta manera, asume al ser humano como una cuestión abierta, como poder (Serrano, 2002, p. 25).

Para Schmitt el otro, *hostis*, hostil, enemigo, debe ser reducido, sometido, aniquilado... La violencia es una bandera al servicio del soberano y el aparato jurídico no aparece más que como una especie de lecho de Procusto, cuya medida son las necesidades y las apetencias del soberano en relación con sus súbditos: se alarga cuando se precisa, se acorta cuando es menester.

De la visita a Schmitt (2013), obligatoria para dibujar el respectivo acápite de la política como horizonte de la violencia, vuelve a quedarme la sensación de una significativa paradoja, que no creo admita justificación, en la apología que hace del partisano: el único enemigo a quien hay que acompañar y estimular es al que se levanta contra el poder invasor. ¿Qué, si no un poder invasor, fue la Alemania nacionalsocialista a cuya causa se entregó? ¿Qué, si no invasiva, es toda forma autoritaria de ejercicio del poder?

Para cerrar, vale incluir una última anotación: mientras que para Arendt la política de la violencia que lleva al consenso pasa por la revolución, para Schmitt la política de la violencia que sostiene el conflicto perpetúa la guerra.

LA VIOLENCIA DEL DERECHO

Amparándose en la teoría contractualista que da cuenta del origen del Estado, teniendo como principio el pacto y como finalidad la concentración y el ejercicio exclusivo de la fuerza, Weber (2012, p. 664) define este como la asociación que mantiene con éxito el monopolio de la violencia legítima. ¿Mediante cuál instrumento el Estado no solo se hace titular, sino que también dispone del aparato y el uso de la violencia legítima? Mediante el derecho.

No es difícil, entonces, colegir que, desde la mirada weberiana, el derecho tiene un carácter eminentemente mediático, en cuanto está al servicio de la causa de la legitimación de la violencia estatal, la única autorizada, la única reconocida. ¿Qué se deriva, a su vez, de esta conclusión? Que si el derecho es el argumento instrumental, no racional, que justifica y permite la violencia del Estado, en la medida en que le confiere su monopolio, se debe a que, de suyo, el derecho contiene una inocultable carga de violencia; más aún, la violencia del Estado, legítima y legitimada por el derecho, se realiza mediante la violencia del derecho, legítima, además de legal *per se*.

La violencia legítima del derecho: el estado de excepción schmittiano

Según Weber (2012), existen tres tipos puros de dominación legítima, cuyo fundamento primario puede ser de carácter racional, de carácter tradicional y de carácter carismático. Interesa solo para efectos de la exposición que estoy desarrollando el fundamento de carácter racional, “que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)” (p. 172). Ante la aseveración weberiana, pregunta Schmitt: “¿En qué se sustenta, entonces, la legitimidad de la legalidad?”:

La legitimidad de la legalidad se basa en la autoridad, en su capacidad de generar y mantener las condiciones “normales” que hacen posible la vigencia del derecho: *auctoritas non veritas facit legem*. El control monopólico de los medios de coacción es, por tanto, una condición no necesaria (no suficiente) para adquirir el monopolio de la decisión última, gracias al que se crea el orden que permite distinguir entre lo legítimo y lo ilegítimo. Porque cada orden se basa en una decisión [...]. También el orden legal, como todo orden, se sustenta en una decisión y no en una norma [...]. Por su parte, la decisión nace, considerada normativamente, de la Nada. La fuerza jurídica de la decisión no es el resultado de la fundamentación (Serrano, 2002, p. 5).

Schmitt concede poca relevancia a la clásica discusión sobre la primacía, tanto cronológica como jerárquica, del derecho sobre el Estado y viceversa. De hecho, Schmitt no es un teórico del Estado, lo es del derecho, de la constitución, teorías de las que se desprende, por necesidad, la imagen de un Estado total (¿totalitario?). Dando por sentada la existencia del Estado, cuya esencia “es la soberanía entendida como el poder supremo que tiene la facultad de tomar la ‘decisión’ última, es decir, la decisión estrictamente política” (Serrano, 2002, p. 4), le asiste la convicción del recurso al derecho para legitimar (¿legitimidad legal?), para reconocer, el monopolio de la violencia titulado en el Estado. De cuño hobbesiano, como sostuve antes, no obstante, en Schmitt no se residencia ningún contractualista: la existencia del Estado está dada, supuesta, presupuesta, es más, impuesta, sin importar siquiera si devino de un pacto, de un debate, de un consenso.

El Estado, realidad política, realidad total, está ahí, resultado de una decisión soberana, sin consulta previa, sin acuerdo discutido, sin diálogo precisado; su razón de ser es una toma de postura soberana, radical, apodíctica, imperativa, por parte del soberano, quien sabe qué se ha de hacer, definir y combatir al enemigo, y qué se ha de evitar, entregarse tanto a las simpatías como a las debilidades del amigo, porque eventualmente podría metamorfosearse en enemigo. El Estado es la decisión soberana que mantiene en tensión, sobre la sospecha, sobre la desconfianza, sobre la suspicacia, la relación amigo-enemigo; esto es, el Estado es una suerte de pulsión política porque, por naturaleza, hecho político, no jurídico, está constituido por la propia dinámica de lo político: la reciprocidad amigo-enemigo.

¿Dónde y cuándo el derecho? El derecho, ahí, en el Estado concreto, y en ninguna parte, en la Nada abstracta; el derecho, siempre, en el curso

ordinario (normal) de los acontecimientos, y nunca, en el decurso extraordinario (anormal) de los eventos de conmoción, que, en caso de no darse, precisan hacerse dar por el estado de excepción¹⁸ que justifica la decisión del soberano sin que un orden jurídico, siquiera, lo limite, entre otras cosas, porque la decisión supone, eventualmente, la instauración de un nuevo orden normativo (decisionismo vs. normativismo).¹⁹ Al comenzar su *Teología política*, definiendo la soberanía, Schmitt (2009) escribe:

Soberano es quien decide sobre el estado de excepción [...]. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite [...]. Por “estado de excepción” se entenderá un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio. Una razón sistemática lógico-jurídica hace del estado de excepción en sentido eminente la definición jurídica de la soberanía. Pues la decisión sobre la excepción es decisión en sentido eminente. En efecto, una norma general, la representada, por ejemplo, en un principio jurídico válido normal, nunca puede captar una excepción absoluta ni, por tanto, fundar la decisión de que está dado un caso excepcional auténtico [...]. El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede a lo sumo ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente. Sin embargo, este caso actualiza el problema del sujeto de la soberanía, o sea, el problema mismo de la soberanía. Ni se puede señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad, ni

18 Pero “la situación de excepción no se debe confundir con las respuestas a las simples alteraciones del orden público que representaban los tumultos y revueltas propios de los tiempos del Antiguo Régimen o del primer constitucionalismo inglés, ni tampoco cabe identificarla con los estados de excepción positivizados en las constituciones contemporáneas [...]. La situación de excepción equivale a una crisis radical del orden sociopolítico existente y, por consiguiente, también del ordenamiento jurídico vigente. La radicalidad de la crisis del orden social que la situación de excepción implica se pone de manifiesto precisamente en el hecho de que las normas jurídicas hasta entonces vigentes no son ya aplicables a esa situación, puesto que la normalidad que reflejaban y para la cual habían sido pensadas se ha quebrado, ha desaparecido. Situación de excepción y supresión o quiebra de la ‘situación normal’ son una misma cosa. Para un pensamiento político impregnado de la idea de responsabilidad, la situación de excepción exige la restauración de la normalidad previa o la creación de una nueva normalidad” (Campderich, 2005, p. 29).

19 Se respira aquí el aire de la otra discusión, distinta del debate por el guardián de la constitución, entre Kelsen y Schmitt: normativismo vs. decisionismo. Mientras que para Kelsen solo la norma, dentro del estado normal de derecho, puede introducir normalidad, para Schmitt la decisión, dentro del estado anormal de excepción, de hecho, apunta al restablecimiento de la normalidad o a la instauración de una nueva normalidad, como aparece al final de la nota anterior.

cabe tampoco prevenir rigurosamente lo que en tal sazón conviene si el caso de necesidad es realmente extremo y se aspira a dominar la situación. El supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados (pp. 13-14).

De la lectura de las observaciones hechas por Schmitt al respecto se concluye que la decisión del soberano, primera o última, decisión política, no jurídica, de hecho, no tiene por qué circunscribirse ni referirse a un orden jurídico (el estado de derecho), ni a un ordenamiento jurídico (la normativa del derecho). Previa al derecho o creadora, justamente, de las condiciones para el derecho, para su existencia y su aplicación, es la decisión soberana, legítima, la que le confiere, a su vez, legitimidad a la legalidad, legitimidad que hace la norma, pero que no se identifica con la norma, ni depende de la norma, porque no es la norma ni se realiza en la norma. La decisión soberana hace al soberano, y soberano es quien decide sobre el estado de excepción: “Soberano es el poder supremo, independiente de la legalidad, primario, no derivado” (Gómez, 1986, p. 211). En el estado de excepción es en el que se manifiesta con la mayor transparencia el ser de la autoridad estatal. Es el estado de excepción lo que hace la diferencia entre decisionismo, decisión, y el normativismo, norma jurídica, como fundamento de la verdadera autoridad: la decisión del soberano, realización de la soberanía, sobre el estado de excepción, que crea derecho, no necesita la existencia de ningún derecho.

Lo novedoso del planteamiento schmittiano es la introducción de la categoría de estado de excepción, mas no el establecimiento del nexo íntimo entre soberanía y decisión, lo que Schmitt (2009) le reconoce a Jean Bodino: “El mérito científico de Bodino, el fundamento de su éxito, se debe a haber insertado en el concepto de soberanía la decisión” (p. 15). Con ello, “claramente se ve ya en Bodino que el concepto —soberanía— se orienta hacia el caso crítico, es decir, excepcional” (Schmitt, 2009, p. 14). Schmitt (2009), a diferencia del resto de los estudiosos que se han dedicado al tópico de la soberanía, hurga en Bodino para ir más allá de su frecuentemente citada definición, “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república”, del capítulo X del primero de *Los seis libros de la República*. Encuentra que a Bodino lo mueve una pregunta:

¿Hasta qué punto está el soberano sujeto a las leyes y obligado frente a los estamentos sociales?”. Esta pregunta, particularmente importante, la responde “diciendo que las promesas obligan porque la fuerza obligatoria de una promesa descansa en el derecho natural; pero, en caso de necesidad, la obligación deja de serlo por virtud de los mismos principios generales del derecho natural” (p. 15).

Para Schmitt (2009), adhiriéndose y exaltando a Bodino,

el príncipe solo está obligado frente al pueblo y los estamentos cuando el interés del pueblo exige el cumplimiento de las promesas, pero no lo está “*si la nécessité est urgente*” [...]. Lo que es decisivo en la construcción de Bodino es haber reducido el análisis de las relaciones entre el príncipe y los estamentos a un simple dilema, referido al caso de necesidad. Eso es lo verdaderamente impresionante de su definición, que concibe la soberanía como unidad indivisible y zanja definitivamente el problema del poder dentro del Estado” (p. 15).

Pero, ciertamente, en considerable medida, da la impresión de que las raíces del estado de excepción también las encuentra Schmitt (2009) en el mismo Bodino:

Apenas se encuentra hoy un solo trabajo sobre el concepto de la soberanía que no registre las habituales citas de Bodino. Pero ninguno recoge aquel pasaje central de la *República*. Se pregunta Bodino si las promesas hechas por el príncipe al pueblo o a los estamentos anulan su soberanía. Contesta, refiriéndose al caso de que fuese necesario obrar contra tales promesas, modificar o derogar las leyes, “*selon l'exigence des cas, des temps, et des personnes*” [según lo requieran las ocasiones, los tiempos y las personas]. Si en tal sazón hubiese el príncipe de consultar previamente al senado o al pueblo, tendría que hacerse dispensar por sus súbditos. Solución que Bodino califica de absurda; pues como quiera, dice Bodino, que los estamentos tampoco son señores de la ley, tendrían, a su vez, que obtener la dispensa de sus príncipes, y la soberanía sería “*jouée à deux parties*” [se ejercería por las dos partes]: el pueblo y el príncipe serían señores alternativamente, lo cual va contra toda razón y derecho. Por eso la facultad de derogar las leyes vigentes, sea con carácter general o especial, es el atributo más genuino de la soberanía, del que Bodino pretende deducir los restantes (firmar la paz y declarar la guerra, nombrar los funcionarios públicos [sic], ejercer la jurisdicción suprema, conceder indultos, etcétera) (p. 15).

En estado de normalidad prima el principio de legalidad, es decir, el criterio normal de aplicación de la norma; en estado de anormalidad, de excepción, de extrema necesidad, de peligro para la existencia del Estado, el principio de legalidad se transforma en una suerte de principio de legitimidad, sobre el que descansan todas las facultades ilimitadas, excepcionales, de las que se inviste y reviste el soberano para tomar la decisión, primera y última, que se hace norma, y en cuanto legítima, se configura como norma y se connota por su legalidad: “en el caso excepcional, el Estado suspende el derecho en virtud de un derecho de autoconservación” (Serrano, 2002, p. 6), y como no es posible prevenir ni tipificar la excepción absoluta, por su potencia permanente, el poder de la autoridad soberana debe ser, entonces, ilimitado: *princeps legibus solutus est*.

Para Schmitt la legitimidad, la decisión legítima del soberano, lleva a la legalidad, como insinué en el párrafo anterior, decisión legítima que se hace norma, pero no en el sentido formal de la ley, vale decir, las normas que se hacen fuentes formales del derecho, que suman dentro del ordenamiento jurídico. Y es el cariz de legitimidad, la decisión de la voluntad que sustenta la validez de las normas en su poder, el alcance político de la ley, lo que define, en el sentido más propio, la violencia, legítima, del derecho.

A través del derecho, y por extensión, de las facultades ilimitadas del soberano, por comprensión de la decisión legítima del soberano, el Estado se autoconserva enfilando a los amigos y aniquilando a los enemigos, en cuanto que, en último extremo, tanto el derecho como el Estado concretan y expresan el más auténtico de los acaeceres humanos, lo político, la relación amigo-enemigo: una tensión que es potencialidad real, no actual, de la violencia, que hace que esta, por tanto, se constituya en la esencia de lo político.

En Schmitt la vocación del derecho es la de la violencia legítima, con la dificultad de superar el escollo que en su planteamiento presenta la contraposición legalidad/legitimidad, que

reflejaría, también, la dicotomía típica del pensamiento schmittiano entre norma y decisión. La legalidad sería característica de un Estado entendido como un sistema de normas generales y abstractas, como una máquina que funciona de acuerdo a reglas de racionalidad formal, mientras que la legitimidad sería elemento propio de una formación política basada en una decisión fundamental unitaria y capaz en todo momento de tomar decisiones políticas, es decir, distinguir entre amigos y enemigos (Gómez, 1986, p. 254).

Agamben (2004) cuestiona el espectro de la violencia legítima del derecho, a cuyo servicio Schmitt pone al derecho, señalando que el estado de excepción, lugar y momento que legitima la violencia legítima del derecho, deja sin piso todas las condiciones de una comunidad, reduciéndolas a una especie de mera existencia sin normas ni principios, y citando a Schmitt, puntualiza:

La guerra, la disposición de los hombres que combaten a matar y ser muertos, la muerte física infligida a otros seres humanos que están al lado del enemigo, todo esto no tiene un sentido normativo, sino existencial, y lo tiene justamente en la realidad de una situación de guerra real contra un enemigo real, no en ideales programas o estructuras normativas cualesquiera (Agamben, 2004, p. 121).

La violencia legal del derecho: la escatología redentora benjaminiana

La justicia, entre medios morales y fines jurídicos. Para una crítica de la violencia

Uno de los más conspicuos pensadores del siglo xx que abordaron con mayor conciencia y énfasis la relación entre el derecho y la violencia fue Walter Benjamin. Entre admirado y vilipendiado, sus reflexiones sobre el tema confluyen en su paradigmático ensayo *Zur Kritik der Gewalt, Para una crítica de la violencia* (Benjamin, 1999; 2007b; 2020; 2022), elaboradas entre 1920 y 1921, año de su publicación, una época en la que los fragores de las revoluciones espartaquista en Alemania y bolchevique en Rusia todavía se percibían con todos sus furores. Tal vez la fuerza con la que se percibía en el ambiente el eco de estas fue la que movió a Benjamin a darse a la tarea de profundizar en la reflexión sobre la legitimidad/legalidad de la violencia derivada del doble proceso de juridificación de la Alemania weimariana, posterior a la Gran Guerra, y de la Rusia poszarista y presoviética, y de respuesta armada a las insurrecciones socialistas. La tragedia de la Europa que despierta del cándido sueño de la *Belle époque* a la pesadilla aterradora de la Primera Guerra Mundial hace que Benjamin apueste por una muy particular comprensión de la violencia, de muy difícil catalogación en la teoría del derecho, por la reivindicación de su lugar entre la justicia que persigue como fin y su moralidad aceptable en cuanto medio, la teoría política, por

los nuevos espectros del parlamentarismo y tendencias del republicanismo que se fueron imponiendo tras la disolución de los imperios alemán y austro-húngaro después de 1918, la filosofía de la historia, por el desvanecimiento de los grandes ideales ilustrados que terminaron, solo ejemplificando desde las trincheras de la muerte, por demostrar, a guisa de Goya, que, en efecto, el sueño de la razón engendra monstruos, y la filosofía de la religión, por la afirmación del carácter eminentemente sacrificial de las tradiciones del judaísmo y del cristianismo, que hacen de la violencia sagrada la causa primigenia para fundar y conservar. Es bien puntual la anotación de Honneth (2009):

Como muchos textos de Walter Benjamin, también este artículo es de una sutileza que confunde profundamente, porque parte de una cuestión objetiva, directamente académica, y en el transcurso de la argumentación se produce un pasaje casi imperceptible hacia las especulaciones religiosas. Escrito entre fines de 1920 y principios de 1921, en un momento en que el autor, que tenía entonces 28 años, todavía estaba muy influido por la lectura de *El espíritu de la utopía* de Bloch, el estudio parece abocarse a una cuestión que inquietó y ocupó a muchos contemporáneos inmediatamente después de las revoluciones en Rusia y Alemania: ¿a qué tipo de legitimidad podía aspirar la violencia —ese fue el principal desafío de la teoría del derecho y la filosofía política en los comienzos de la República de Weimar— que había estallado en los levantamientos revolucionarios más allá de todos los contextos de fundamentación del derecho público? Pero Benjamin no se atiene al círculo restringido de los problemas que toca esa pregunta, todos más o menos relativos a la filosofía del derecho, sino que lo trasciende después de unas pocas páginas en dirección a una problemática muy distinta, que él llama de “filosofía de la historia”. Es evidente que su verdadero tema no es el lugar de la violencia en el derecho moderno; tampoco se dedica en lo que sigue simplemente a la cuestión de la violencia del derecho, cuestión que más bien da por respondida en sentido afirmativo; en rigor, le preocupa una fuente y forma de la violencia que es de una índole tan subversiva que puede poner fin a la institución violenta del derecho en su conjunto. Para Benjamin, como causa y origen de esa violencia transformadora solo entra en consideración —como pronto lo revelará el texto— el dios de la tradición monoteísta, de la tradición judeo-cristiana; por eso es que también el artículo “Para una crítica de la violencia”, igual que muchos escritos anteriores y posteriores, es un tratado de filosofía de la religión (pp.101-102).

Pero, además de los eventos de la posguerra, la violencia desenfrenada que se vive con ánimos revanchistas, el estallido y el fracaso de la revolución de 1919, las huelgas obreras, la cuestión de Palestina y la debacle financiera provocada por el capitalismo pauperizador en ciernes y las sanciones económicas que Versalles impuso a la Alemania derrotada, fraccionada y vigilada, entre otros acontecimientos que crearon y delimitaron el escenario histórico-político en el que escribió Benjamin *Para una crítica de la violencia*,²⁰ ¿qué lo llevó a concebir y producir el texto? En el período que va de 1915 a 1920, Benjamin es un lector consumado de Péguy, el ya citado Sorel y Unger, de quienes adquirirá conciencia del dramático momento histórico que atraviesa:

En las cartas que dirigió regularmente a sus amigos Gershom Scholem y Ernst Scholem entre 1918 y 1921, además de obras literarias y *El espíritu de la utopía* de Bloch, se mencionan otros tres autores cuya esfera de acción estaba más o menos en el área de la teoría política: Charles Péguy, George Sorel y Erich Unger. Si este último ha quedado prácticamente olvidado en la actualidad, los escritos de los otros dos tienen hasta hoy una importancia que no es solo histórica [...]. La tendencia a mantener el concepto de política lo más lejos posible de toda idea de prosecución de un interés para poder dotarlo del potencial de la producción radical de nuevos órdenes intelectuales y morales aúna el círculo de libros de estos tres autores que Benjamin leyó con entusiasmo [...]. Se puede afirmar que los tres autores, a pesar de todas las diferencias, coinciden en un “antiutilitarismo” que intenta comprender lo político más como expresión de una moral visionaria que como medio para un fin; y tiene que haber sido esta intención común de desenganchar la política del esquema de medios y fines lo que despertó tanto interés en Benjamin tras el fin de la Primera Guerra Mundial (Honneth, 2009, p. 104).

Desde las primeras líneas del texto se percibe que no se trata de un simple debate que quiere abrir y mantener Benjamin sobre los dilemas de la sociedad moderna, con quienes presentan diversas posturas frente a estos, desde los más radicales en el orden político hasta los menos hegemónicos

20 Para Honneth (2009) no es casualidad que todo el ensayo pueda considerarse como “un compendio de los problemas jurídico-políticos más importantes de la época: el derecho de huelga, el Estado policial, la guerra” (p. 106).

en los usos y costumbres de la vida cotidiana que los nuevos órdenes de las cosas van canonizando. Es claro que Benjamin, en una especie de vocería que asume por los de su generación, mucho más allá de una mera toma de partido personal, pretende trascender los acontecimientos históricos desde una doble mirada, espiritual y redentora (mesianica), para superar su materialidad buscando las causas de la progresiva degradación europea, para hallar sus posibles soluciones en otros lugares.²¹ Pero ¿qué lugares? No es fácil precisarlo.

En su estructura general, *Para una crítica de la violencia* es, ante todo y sobre todo, el manifiesto por la necesidad de un encuentro de la dimensión inmanente y la dimensión trascendente de la historia, un encuentro que, en su momento final y extremo, permite una contemplación simultánea: la inmanencia en la trascendencia y viceversa; entonces, “al contemplarse una y otra se vuelven hacia sí convirtiéndose en una y misma cosa: la Historia —tarea de la libertad humana— tan inmanente como trascendente” (Fersini, 2018, p. 33).

En la tarea de pretender y en el esfuerzo por expresar este encuentro, Benjamin configura, como lo observa Derrida, dos pares conceptuales, algo así como una lógica binaria: por un lado, una violencia que funda, acompañada de una violencia que preserva; y por otro lado, una violencia mítica que implica, al tiempo que opone, una violencia divina. Esta dualidad conceptual, que Benjamin requiere como condición para hacer posible su crítica, no es simplemente una diversidad que, en cuanto tal, plantea y mantiene dos formas como distintas y contrarias; es, también, una identidad ilegítima ya que, como diferencia, hace uso de su opuesto para hacerse explícita, y al re-

21 Tal vez las respuestas a muchas de las inquietudes y los problemas que Benjamin plantea en *Para una crítica de la violencia* encuentren, si no respuesta, al menos sí claridad, en sus *Tesis sobre el concepto de historia*, que escribe en 1940, a muy pocos días de que la tragedia de la violencia legal y legítima del terror antisemita y totalitario del nacionalsocialismo, el mamarracho del *Ángel de la Historia* (el *Angelus Novus* de Paul Klee) se bata sobre él. “Tesis IX”: “Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*. En él se muestra a un ángel que parece a punto de alejarse de algo que le tiene paralizado. Sus ojos miran fijamente, tiene la boca abierta y las alas extendidas; así es como uno se imagina al Ángel de la Historia. Su rostro está vuelto hacia el pasado. Donde nosotros percibimos una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única que amontona ruina sobre ruina y la arroja a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado, pero desde el Paraíso sopla un huracán que se enreda en sus alas, y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irreteniblemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras los escombros se elevan ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso” (Benjamin, 2022, pp. 71-72).

ferirse a él lo incorpora, creando una unidad que debía mantenerse distinta. Todo el discurso benjaminiano gira en torno a algo que luego, de repente, sin quererlo, toma la forma de otra cosa:

Estas oposiciones benjaminianas, por tanto, parecen más que nunca estar deconstruidas; se deconstruyen a sí mismas, incluso como paradigmas de deconstrucción. Lo que digo es absolutamente conservador y antirrevolucionario. De hecho, más allá del discurso explícito de Benjamin, propondré la interpretación según la cual la violencia misma del fundamento o posición del derecho (*rechtsetzen- de Gewalt*) debe implicar la violencia de la conservación del derecho (*rechtserhaltende Gewalt*) y no puede romper con ella [...]. El hecho de que llame a la repetición de sí mismo y establezca lo que debe ser preservado, preservable, prometido a la herencia y a la tradición, al compartir, pertenece a la estructura de la violencia fundacional (Derrida, 1997, pp. 83-84).

¿Cómo leer, entonces, *Para una crítica de la violencia*? Sería simplista limitar el texto a los estrechos espacios de análisis de la teoría política y la teoría jurídica, lo que intenta superar Derrida. De igual manera, sería riesgoso leer el ensayo solo en clave filosófico-religiosa, lo que proscribió Derrida, limitándose a ver en el fundamento de la violencia una imagen del Dios de la tradición monoteísta del judeocristianismo:

Está bastante claro que la verdadera cuestión no era el lugar de la violencia dentro del derecho moderno; Benjamin tampoco pretendía responder a la simple pregunta sobre la posibilidad de violencia contra la ley (a la que, muy probablemente, habría respondido afirmativamente). Lo que atrajo su interés, sin embargo, fue tanto el origen como la forma de la violencia, características que le confieren tal capacidad de trastocar las relaciones reales que podría provocar el fin de todo el sistema de instituciones jurídicas. Como pronto revela el texto, según Benjamin el fundamento y principio de una violencia transformadora como esta solo podría ser el dios de la tradición monoteísta judeocristiana. Por eso se puede decir que el escrito *Para la crítica de la violencia*, no muy diferente de otros escritos antes pero también después, es un ensayo filosófico-religioso (Honneth, 2009, p. 102).

Existen tanto variadas opciones de lectura como múltiples claves hermenéuticas desde las cuales es posible acceder al texto, y cada una de ellas constituye un medio heurístico, creativo, válido: 1) desde la tradición jerosolimitana-ateniense, que permite oponer la violencia divina correcta (de origen judío) a la violencia mítica (de tradición griega) (Derrida, 1997, p. 82); 2) desde el tema de la aniquilación del derecho y la preocupación por la protección de los derechos humanos; 3) desde la crisis de la democracia burguesa, liberal y parlamentaria; 4) desde el encuentro entre el lenguaje de la revolución marxista (donde Adorno ubica a Benjamin, 2001) y el de la revolución mesiánica (donde Scholem sitúa a Benjamin, 2020); 5) desde el problema del origen y la experiencia del lenguaje, aunque esta última solo encuentra espacio en los sótanos del discurso de Benjamin sobre la violencia (Derrida, 1997, pp. 69-70).

Embates y combates sin término entre la legitimidad y la legalidad. Una jurídica de la violencia

En la reflexión que Arendt ofrece sobre la violencia, dos categorías ciceronianas, que hacen parte del acervo jurídico de la *Res publica romani*, ocupan un lugar significativo. La primera, la de *potestas*, entendida como ejercicio dictatorial del poder,²² es la razón de la fuerza, su criterio; la segunda, la de *auctoritas*, comprendida como voluntad de ser gobernado, y cuando la fuerza de la razón permea su ejercicio. El poder *potestas* se impone, el poder *auctoritas* se reconoce. Con cierto sabor weberiano, la *auctoritas* remite a la doble dominación legítima “tradicional”, que

descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esta tradición para ejercer la autoridad”, y “carismática”, que “descansa en la entrega extraordinaria a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ellas creadas o reveladas” (Weber, 2012, p. 172).

22 Es preciso puntualizar que la entrada *tiranía* (τυραννία) es griega; mientras que *dictadura* es eminentemente latina. La tiranía griega tiene una connotación más política, mientras que la dictadura latina, una más jurídica, y se instala, exclusivamente, en el contexto histórico de la República romana, entre 509 y 27 a. e. c. En *La dictadura*, cuya primera versión apareció en 1931, Carl Schmitt (1999, pp. 33-57) esboza una aproximación a este respecto.

Sin forzar en demasía la observación, bien puede sostenerse que el soberano schmittiano es la encarnación del poder *potestas*: la decisión última y definitiva que salvaguarda el Estado en el estado de excepción es la expresión de una voluntad soberana, omnipotente, cuyo recurso a la violencia legitima el orden violento del derecho, decisión que no puede adjetivarse como arbitraria en cuanto el peso de su misma legitimidad le confiere la carga de su legalidad. Vale destacar que, para Schmitt, como se desprende de *La dictadura* (1999), entre el poder soberano y la dictadura existen connotados y muy fluidos elementos diferenciales.

En *Para una crítica de la violencia*, un texto que data de 1921, cuando la recién creada república weimariana ya empieza a mostrar tempranas fisuras, momento también que, fungiendo como avisador de incendio, a la manera kafkiana, profetiza el fantasma del desvanecimiento del Estado de derecho que recorrerá Alemania y se cernirá sobre Europa, a poco más de una década, Benjamin hace una aproximación al derecho a partir de tres planos muy individualizados, pero conectados entre sí: el derecho como violencia desde el iusnaturalismo y el iuspositivismo; la correlación derecho-violencia, medio, y justicia, fin; y la diferenciación entre la violencia mítica (creadora) y la violencia divina (redentora), en la que la fuerza de la ley descansa sobre un fundamento místico, retrotrayendo el discurso de Derrida en sus tanteos benjaminianos (1997).

La empresa de Benjamin, al acuñar y proponer la categoría *violencia divina*, apunta hacia la determinación de las arenas convergentes y divergentes entre la violencia culpabilizadora y expiatoria, que se impone por el derecho, y de ahí la posibilidad de sostener la fundación tanto del derecho como del poder por la violencia, y la violencia destructora y redentora, que lleva a la asunción del derecho como un fardo persuasivo que fractura el vínculo tradicional que ata al derecho con la violencia, porque no posee ninguna fundamentación institucional ni se arroga, para presumir, origen mítico alguno. Han (2020, p. 38), en lo mínimo cercano a mis afectos y respetos académicos, pseudointelectual de pasarela de la industria editorial, lector surcoreano con gafas simbólicas de la más dura tradición conceptual alemana, acierta en su apreciación sobre las posibilidades: rechazar todo orden legal por estar ligado a la violencia, y los límites: considerar la imposibilidad del fin absoluto de la violencia, de la noción benjaminiana de marras.

Los trazos de Benjamin no son de fácil digestión intelectual. Benjamin es un judío ortodoxo instalado en la doble prosapia del mesianismo

escatológico hebreo y en la tradición crítica del marxismo. ¡Qué exótico el híbrido! En relación con la primera de sus herencias, asume que, solo tocada con la semántica adjetiva de la divinidad, la violencia, descomposición purificadora, destrucción redentora, tiene como finalidad la reconciliación con el orden creado; de ahí que sea incuestionable por lo inescrutable de los designios de su titular, no propiamente el sujeto divino, sino la realidad de la divinidad. En lo que tiene que ver con la segunda, solo Benjamin y, más tarde, tímidamente, Adorno y Horkheimer ponen en cuestión por qué el “programa” violento de la revolución que se infiere de la lectura y de la interpretación de Marx no tiene coma máxima imperativa, conminatoria, aquella que sí aparece en el Decálogo: ¡No matarás! (Biblia de Jerusalén, 1991, [Éx. 20, 13; Dt. 5, 17]). Mientras que la violencia mítica, fundadora, del derecho, legal, mata para castigar, para condenar, para sancionar, la violencia divina, increada, más allá del derecho, hiere para redimir, para absolver, para dispensar.

Anoté arriba que el primer estadio en el que se detiene Benjamin (1999) es el del escrutinio de la violencia desde el iusnaturalismo y su correlato, el iuspositivismo. Para la corriente del iusnaturalismo

hay tan poco problema para la utilización de la violencia para fines justos, como para toda persona que siente el “derecho” de desplazar su cuerpo hacia una meta deseada. Según esta concepción, la misma que sirvió de fondo ideológico al terrorismo de la Revolución francesa, la violencia es un producto natural, comparable a una materia prima, que no presenta problema alguno, excepto en los casos en que se utiliza para fines injustos (pp. 23-24).

La concepción y la justificación, por motivos y fines “justos”, de la violencia que tiene el derecho natural, además de situarse en cierto contrato racional, intrínseco al contrato social, encuentra respaldo probatorio en el biologismo darwinista de modo dogmático, el que

solo reconoce, además de la selección natural, a la violencia como medio primario y adecuado para todos los fines de la naturaleza. La filosofía popular de Darwin, a menudo dejó constancia del corto paso que separa este dogma de la historia natural con uno más burdo de la filosofía del derecho; por lo que esa violencia, prácticamente solo adecuada a fines naturales, adquiere por ella también una legitimación legal (Benjamin, 1999, p. 24).

Por su parte, la comprensión que de la violencia tiene el iuspositivismo se halla en la esquina opuesta: no se trata de un dato natural que justifica medios legítimos con la justicia de los fines, sino de una convención artificial que garantiza la justicia de los fines con la legitimidad de los medios: “La teoría positiva del derecho parece aceptable [...], promueve una distinción básica entre las diferentes formas de violencia, independientemente de los casos en que se aplica” (Benjamin, 1999, p. 25). La cuestión de la crítica de la violencia en la órbita del derecho positivo, centrada en la ponderación de las distintas formas de violencia, según sean históricamente reconocidas, sancionadas o no, es la indagación, más que por la utilización, por la apreciación de la violencia; es su sentido lo que interesa: “el criterio establecido por el derecho positivo como legitimación de la violencia solo será susceptible de análisis exclusivamente a partir de su sentido, si la crítica de la esfera de su aplicación se hace a partir de su valor” (Benjamin, 1999, p. 25).

Para Benjamin (1999) la correlación derecho-violencia, medio, justicia y fin está dada por el más sutil de los matices de énfasis entre el derecho natural y el derecho positivo con respecto al asunto en cuestión, medio/fin:

En tanto el derecho natural es capaz de juicios críticos de la violencia en todo derecho establecido, solo en vista de sus fines, el derecho positivo, por su parte, establece juicios sobre todo derecho en vías de constitución, únicamente a través de la crítica de sus medios. Si la justicia es el criterio de los fines, la legitimidad lo es de los medios (p. 24).

En un sentido práctico, más que como si se tratara de una entelequia o de un mero deseo que mueve a la instauración y la puesta en marcha de las instituciones jurídicas, su operatividad, el fin del derecho, a saber, la justicia, en último término no viene dada por los fines o las consecuencias de una acción, una conducta relevante para el derecho y, por tanto, susceptible de calificación jurídica, legal o ilegal, sino por la ley de sus medios: “no debe juzgarse la violencia de una acción según sus fines o consecuencias, sino solo según la ley de sus medios” (Benjamin, 1999, p. 37).

Finalmente, Benjamin se detiene en dos inquietudes. La primera es la crítica de la violencia legal, en cuanto la figura de la ley es aquel espectro que se encarna, tanto de la manera más eficaz como efectiva, en el derecho, límite cultural de la violencia. Se trata de una suerte de paradoja que sorprende por la irresolución del problema que plantea: la ley como límite de la

violencia, pero la ley como posibilidad, más aún, realidad institucionalizada de la violencia; es la misma ley que se hace contención, neutralización y prohibición de la violencia personal, la que se hace canonización, normalización y normativización de la violencia estatal. Y la segunda es la situación de la vida humana ahí, arrojada, desde la enciclopedia heideggeriana, hasta la intemperie; la vida desnuda, inerme, indefensa ante la violencia y el derecho, la vida humana como *nuda vida*: “la vida que reduce su sentido al impuesto por el derecho” (Ruiz, 2013, p. XII).

En la fundación hobbesiana de la soberanía, la vida en el estado de naturaleza se define solo por el hecho de estar incondicionalmente expuesta a una amenaza de muerte (el derecho ilimitado de todos sobre todos) y la vida política, es decir la que se desarrolla bajo la protección del Leviatán, no es otra cosa que esa misma vida expuesta a una amenaza que ahora se halla únicamente en manos del soberano. *La puissance absolue et perpétuelle* que define el poder estatal no se funda, en último término, sobre una voluntad política, sino sobre la nuda vida que es conservada y protegida solo en la medida en que se somete al derecho de vida y muerte del soberano o de la ley [...]. El estado de excepción, sobre el que el soberano decide en cada ocasión, es precisamente aquel en que la nuda vida, que en la situación normal aparece engarzada en las múltiples formas de vida social, vuelve a plantearse en calidad de fundamento último del poder político. El sujeto último al que se trata de exceptuar de la ciudad, y, a la vez, de incluir en ella es siempre la nuda vida (Agamben, 2010, p. 15).

“La utilización de la violencia sobre vida y muerte refuerza más que cualquier otra de sus prácticas, al derecho mismo”, es el colofón de Benjamin (1999, p. 31). La violencia, que es constitutiva de la fundación del derecho, violencia mítica, es también fundadora del poder. El derecho no es renuncia a la violencia, no lo podría ser en la medida misma en que su esencia es la violencia. Si bien en la teleología del derecho aparece la idea de su mediación instrumental para resolver conflictos sin recurrir a la violencia,

debe precisarse que de un contrato de derecho no se deduce jamás una resolución de conflictos sin recurso alguno a la violencia: el origen de todo contrato, no solo su posible conclusión, nos remite a la violencia. Aunque su violencia fundadora no tiene por qué estar inmediatamente presente en el momento de su formulación, está representada en él

bajo forma del poder que lo garantiza y que es su origen violento, y ello, sin excluir la posibilidad de que ese mismo poder se incluya por su fuerza como parte legal del contrato. Toda institución de derecho se corrompe si desaparece de su conciencia la presencia latente de la violencia (Benjamin, 1999, p. 30).

En relación con la ley, la violencia tiene una doble función: es condición para su generación y es condición para su conservación. Esta intelección se torna, si no difícil de asimilar, sí bastante problemática. ¿Por qué? Porque al tiempo que la violencia aparece como un mecanismo de subversión del orden jurídico, también lo hace como dique que represa la posibilidad de rediseñar las relaciones entre los hombres a partir de formas inéditas de la ley. La violencia que, como garante del derecho, lo funda y lo conserva, es también obstáculo para el derecho, porque la comprensión que hace de los vínculos sociales entre los hombres tiene como punto de arranque el presupuesto de su existencia, bien latente, bien patente, de lo que se desprende que la antropología del derecho es una antropología definida, en su esencia, por la violencia, y mediada, en sus formas, los órdenes y los ordenamientos jurídicos, por la violencia. Al tiempo que contiene la violencia, el derecho catapulta la violencia: no es posible comprender al hombre, para quien se crea y se pone en marcha el derecho, por fuera de las relaciones de violencia. Se trata de un principio determinista que arrastra, en sí, a la violencia misma. Fuera de la violencia no es posible el derecho, y a su vez, dentro del derecho, solo la violencia: violencia legal, violencia monopolizada por el Estado, que sanciona la violencia ilegal, imponiendo, contrastantemente, su propia violencia, violencia legal:

El derecho positivo, aun cuando es conceptualmente capaz de reconocer la constitución histórica de la ley, queda atrapado en su tendencia a la conservación, movimiento que lo conduce a hegemonizar el control de la violencia, haciendo que la medialidad de esta última solo resulte válida dentro de los marcos de la ley en vigencia, de modo tal que la renovación del derecho resulta anulada en tanto la irrupción de una nueva violencia fundadora es rechazada al ser catalogada como impropia dentro del orden establecido. La enajenación de la violencia por parte del derecho positivo se traduce en que la condición de contingencia e indeterminación de la ley se ve anulada, dado que, para la propia ley, sería amenazante reconocer que su origen dependió de una violencia previa a su entrada, acontecimiento fundante que

problematiza la validez de la violencia legal puesta al servicio de la conservación del orden jurídico. La problemática contingencia de la ley es cancelada por medio de una singular torsión de la conciencia de la ley sobre sí misma, ya que el derecho, para poder perpetuarse, se sirve de un recurso que se opone precisamente a la indeterminación del evento que lo funda: “El sentido más profundo de la indeterminación del orden del derecho se hará patente más adelante, cuando se considere la esfera del destino de donde deriva” (Benjamin, 1999, p. 31). La ley apela, para autorizar su uso de la violencia, a un orden “fatalmente necesario”, el cual Benjamin hace equivaler al destino. La introducción del destino como validación de la violencia funciona como un principio de predestinación que paraliza la crítica histórica de la violencia y borra cualquier opción de pensarla en una relación diversa con la ley, es decir, más allá de su carácter fundador y conservador (Cabrera, 2019, p. 109).

¿Qué tiene de legal la violencia del derecho? Para comenzar, nada hay más ilegal que la violencia, porque es la conducta humana que hace que el derecho nazca para proscribirla: la fuerza de la violencia precipita la aparición del derecho y justifica al derecho para que este haga uso de su fuerza, más que para prevenirla, para castigarla. Propia del derecho, su coercitividad. ¿Qué hace el derecho? Ilegaliza la violencia ilegal y legaliza la violencia legal: solo en el momento en que el derecho priva a los particulares de su derecho de violencia, despojándolos a su vez del derecho de venganza, la violencia se torna ilegal, y es el momento concurrente en que la violencia del derecho se hace violencia legal. Pero ¿que el derecho autorice la violencia radicada en el Estado, de lo que se obtiene el monopolio que hace de ella, la hace legal? La pregunta se vuelve a encarar con la aporía benjaminiana: legalidad, medio, justicia, fin. ¿Justifica el derecho el uso de la violencia, como medio, para alcanzar su fin, la superación de la violencia, que concreta el reino del fin llamado justicia?

Legalizar la violencia no quiere decir que la violencia sea legal, y ello no implica que el orden del derecho, además de legal, sea garantía de un orden justo de pacífica convivencia. La nota de legalidad de la violencia del derecho supone, en Benjamin, una imposible comprensión de la inteligencia humana para discernir entre lo legal y lo ilegal, más aún, entre lo legítimo y lo ilegítimo, y por tanto, se hace menester remontar tal marca de legalidad a una especie de voluntad divina, mesiánica. ¿Qué más ilegal que la pena

de muerte, aunque esté consagrada en el orden legal? Con una inocultable impronta de misticismo, Benjamin (1999) establece que

hay un lazo ineludible que une ley y violencia y si bien la razón es incapaz de decidir sobre la legitimidad de los medios y la justicia de los fines, siendo más bien una violencia fatal la que los determina, por encima de ella, lo hace Dios (p. 38).

Este es el último recodo del camino benjaminiano en su crítica de la violencia, donde asalta la postrera de las especulaciones que efectúa: violencia mítica, creadora y conservadora del derecho, violencia divina, que escapa a la suerte del derecho, como una especie de metaderecho.

La violencia mítica es una manifestación de la voluntad sagrada que actúa en el momento fundante de la ley y que se perpetúa en ella para sostenerla, para conservarla, para mantenerla (Derrida, 1997, p. 82). Esta ley así fundada, castigadora, caracterizada por su incuestionabilidad y formulada en términos más descriptivos y punitivos que preventivos, regula el conflicto neutralizándolo e intentando contenerlo, incluso atenuarlo, pero no desde mecanismo alguno de intervención, que no trae, ni siquiera sugiere, sino desde el perfil y el contenido sustantivos que le son propios: es ley paradigmática del castigo ejemplar y ejemplarizante. Así es la legislación penal: previa a la imputación de la conducta violenta, que lesiona y pone en peligro, bien de manera consumada, bien de manera tentada; el derecho sancionatorio tipifica la falta (*nullum crimen sine lege*), establece la modalidad de culpabilidad (dolo, culpa, preterintención), estatuye y tasa la pena, y ejecuta el castigo (*nulla poena sine praevia lege*). Se obtiene de Benjamin que la violencia mítica es el argumento apodíctico de alegación para la incontestable y convertible reciprocidad derecho violento-violencia jurídica (Bruna, 2011, p. 12). Cuestionar la legalidad de la violencia del derecho equivale a sospechar del fundamento sagrado de la ley (tan instalado en las mentalidades babilónica [Hammurabi], persa [Ciro el Grande], hindú [Manú], hebrea [Moisés], griega [Zaleuco]...):

el pretender develar la estructura ficcional de la ley, es decir, la construcción fantasmática de su soporte místico, es lo que da cabida y precisamente autoriza a realizar una crítica de la violencia desde su relación con el derecho y la justicia (Benjamin, 2021, p. 172).

Como Benjamin quisiera establecer un imposible diafragma definitivo entre violencia y derecho, y es consciente de que la categoría de violencia mítica lo refuerza, recurre, entonces, a una noción que permita la liberación del derecho de la violencia, la exclusión de la violencia del derecho. Llega, así, la violencia divina. Desligada de todo ordenamiento legal y fundación mítica, no establece ningún tipo de relación de poder ni de dominio, “escapa a toda gestión, a toda interrupción, a todo circuito, a toda economía, a todo cálculo, a toda técnica” (Han, 2020, 38). Es incruenta y redentora. Es ante la vida desnuda, ante la *nuda vida*, ante la que la legalidad de la violencia del derecho, violencia mítica, más acá de la violencia divina, se decide:

La resolución de la violencia mítica se remite, y no podemos aquí describirlo de forma más exacta, a la culpabilización de la mera vida natural que pone al inocente e infeliz viviente en manos de la expiación para purgar esa culpa, y que, a la vez, redime al culpable, no de una culpa, sino del derecho (Benjamin, 1999, pp. 41-42).

Parodiando a Honneth (2009), en relación con “la argumentación compleja, sumamente difícil de Benjamin” (p. 107), queda una pregunta irresoluta, que tal vez encontraría luces en *Vida y violencia*, el texto que Benjamin escribió a continuación de *Para una crítica de la violencia*, según el testimonio de Scholem (2020, p. 41), y que nunca se halló. Una pregunta principal que gira en torno a qué comprensión tiene Benjamin del derecho, y que a su vez demanda, exige y vincula otra de manera inevitable, que indaga por la legitimidad de la violencia del derecho; más bien, de las violencias del derecho, la violencia que instaura el derecho o violencia obrante (*schaltend*) y la violencia que conserva el derecho o violencia administrativa (*verwaltend*), violencias que se explican y justifican en la filosofía de su propia historia humana y en camino de ser superadas y resueltas por una violencia pura o violencia reinante (*waltend*), violencia en la tensión mesiánica de un futuro no especificado, el del ya pero todavía no de la apocalíptica paulina (Biblia de Jerusalén [Ef. 5]), violencia que se explica y justifica en la escatológica redentora de la metahistoria divina, que de seguro Benjamin asumió a partir de sus lecturas del idealismo alemán, subjetivista de Schelling y objetivista de Fichte.

¿Qué comprensión tiene Benjamin sobre el derecho? Benjamin opone derecho y moral, ontológica y teleológicamente. En *El rescate de lo sagrado*

desde la filosofía de la historia. Sobre la “Crítica de la violencia” de Benjamin, Honneth (2009) estima que mientras el derecho, con sus fines y medios utilitaristas, y con su carácter abstracto y su formalidad vacía, no es más que un medio de legitimación del poder que solo sirve para la preservación del orden social, la moral posee validez en sí misma en cuanto no está tras la consecución de ningún fin. Influenciado por Sorel, Benjamin percibe la brecha insalvable entre el derecho y la moral, entre la universalidad de las leyes y la pretensión de la justicia: seguramente, “esto hizo madurar en él la convicción de que el derecho como medio de organización social constituye una institución problemática, incluso patológica, a la que le es aneja la violencia” (Honneth, 2009, p. 115).

¿De quién es la visión negativa que del derecho tiene Benjamin? Primero, de Sorel:

el derecho no es más que una institución útil para preservar el orden social que se intensifica aún más por la conexión con la naturaleza egoísta del ser humano [...]. El derecho representa una institución *corrompida*, es decir patológica, porque remodela las condiciones de vida sociales con un esquema de medios y fines que en definitiva sirve a los intereses egoístas del individuo (Honneth, 2009, p. 117).

Segundo, de Rudolf von Ihering (2011), quien con la publicación de *El fin en el derecho*, en 1877, pretende dar por sentados los fundamentos de la ciencia jurídica, limitando el derecho a un mero esquema de medios y de fines. Benjamin, aunque no lo cita, da a entender que lo ha leído:

Cada vez que en su estudio Benjamin se interna en cuestiones jurídicas teóricas en sentido estricto, parece haberse basado en esta obra clásica: si bien no adopta en toda su extensión las series argumentativas de Ihering, si bien por supuesto que no comparte con él la concepción en general afirmativa del derecho, las coincidencias son tan notables en la elección de los conceptos y en las definiciones básicas que casi no hay lugar a dudas. En Ihering no solamente se encuentra en *El fin en el derecho* la tesis básica de que todo el derecho sirve al fin de “asegurar las condiciones de vida de la sociedad”, con respecto al cual la elección de los medios legítimos constituye un factor subordinado; allí no solo se puede encontrar, formulada de manera ligeramente distinta, la distinción entre “fines naturales” y “fines jurídicos”, a la que Benjamin recurre en un lugar central para fundamentar sus

especulaciones; y por último no solo es dable encontrar allí casi coincidiendo textualmente la misma definición del rol de la violencia en el derecho que Benjamin pone en la base de su estudio cuando introduce las dos formas de la violencia, la que funda el derecho y la que lo conserva. Sobre todo, Jhering también anticipa en su libro la idea, seguramente decisiva para lo que se propone Benjamin, de que en las condiciones de vida de los seres humanos es posible encontrar una alternativa sin dominio a la institución coercitiva del derecho, planteada en el altruismo voluntario y en el intersubjetivismo de la “moralidad”; las prácticas morales que Jhering tiene en mente, igual que Benjamin, son los modales moderados del decoro y la cortesía (Honneth, 2009, pp. 116-117).

En la base del derecho, porque le sirve para su instauración y su conservación, está, pues, la violencia.²³ El derecho no es más que un acuerdo de principios para regular y mantener a límite las apetencias naturales y egoístas del ser humano (como indican Hobbes y Hegel). Mientras que las normas jurídicas son acuerdos violentos, las morales son acuerdos no violentos. Así, y siguiendo a von Ihering, para Benjamin el orden del derecho es muy inferior al de la moral, en relación con la fuerza moral y la autenticidad: “aquel solo es capaz de servir al fin de evitar los conflictos con el auxilio de la fuerza autoritaria, mientras que este es en sí expresión orgánica de la disposición moral del ser humano” (Honneth, 2009, p. 117).

¿Qué legitima la violencia del derecho, violencia legal? ¿Cómo procurar el tránsito de la violencia que instaura (obrante) y la violencia que conserva (administrativa) hacia la violencia pura (reinante)? La respuesta, imposible por enigmática, arcana, críptica, oscura, tal vez la ofrezca el mismo Benjamin (1999) en el extenso párrafo final de *Para una crítica de la violencia*:

La crítica de la violencia es la filosofía de su propia historia. Es “filosofía” de dicha historia porque ya la idea que constituye su punto de partida hace posible una postura crítica, diferenciadora y decisiva respecto a sus datos cronológicos. Una visión que se reduzca a

23 Hay una ausencia evidente en la reflexión de Benjamin: no presenta, ni tienta en lo más mínimo, una definición de violencia. Al comenzar el texto, en la segunda oración, plantea una especie de hilo conductor que le servirá para soportar toda su especulación: “Es que, en lo que concierne a la violencia, en su sentido más conciso, solo se llega a una razón efectiva, siempre y cuando se inscriba dentro de un contexto moral” (Benjamin, 1999, p. 23).

considerar lo más inmediato, a lo sumo intuirá el ir y venir dialéctico de la violencia en forma de violencia fundadora de derecho o conservadora de derecho. Esta ley de oscilación se basa en que, a la larga, toda violencia conservadora de derecho indirectamente debilita a la fundadora de derecho en ella misma representada, al reprimir violencias opuestas hostiles [...]. Esta situación perdura hasta que las nuevas expresiones de violencia o las anteriormente reprimidas llegan a predominar sobre la violencia fundadora hasta entonces establecida y fundan un nuevo derecho sobre sus ruinas. Sobre la ruptura de este ciclo hechizado por las formas de derecho míticas, sobre la disolución del derecho y las violencias que subordina y está a la vez subordinando, y en última instancia encarnadas en la violencia del Estado, se fundamenta una nueva era histórica. De resultar cierto que el señorío del mito se resquebraja desde una perspectiva actual, entonces, la mencionada novedad no es tanto una inconcebible huida hacia adelante como para que un rechazo del derecho signifique inmediatamente su autoanulación. Pero si la violencia llega a tener, más allá del derecho, un lugar asegurado como forma limpia e inmediata, se deduce, independientemente de la forma y posibilidad de la violencia revolucionaria, a qué nombre debe atribuirse la más elevada manifestación de la violencia a cargo del hombre. Para el ser humano no es ya posible sino urgente decidir cuándo se trata efectivamente de violencia limpia en cada caso particular. Es que solo la violencia mítica, no la divina, deja entreverse como tal con certeza, aunque sea en efectos no cotejables entre sí, porque la fuerza redentora de la violencia no está al alcance de los humanos. De nuevo están a disposición de la violencia divina todas las formas eternas que el mito mancillara con el derecho. Podrá manifestarse en la verdadera guerra de la misma manera en que se manifestará a la masa de criminales en el juicio divino. Desechable es, empero, toda violencia mítica, la fundadora de derecho, la arbitraria. Desechable también es la conservadora de derecho, esa violencia administrativa que le sirve. La violencia divina, insignia y sello, jamás medio de ejecución sagrada, podría llamarse, la reinante (pp. 44-45).

CONCLUSIONES

Con una extensión cercana a las doscientas páginas, en la primera parte de su *Metafísica de las costumbres*, Kant (2018) se ocupa de elaborar una teoría del derecho de la que llaman la atención tres aspectos: 1) su

particular definición de este: “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad” (p. 39); 2) su exposición en relación con la paradoja jurídica entre lo fáctico y lo posible, es decir, entre lo permitido en cuanto no está mandado, pero tampoco está prohibido; 3) las tres condiciones de posibilidad, características del derecho, que establece para su existencia: validez, eficacia e idealidad. Glosándolo, Robert Alexy (2007) sostiene que su validez se da en razón de la exigencia de una acción, bien sea *a priori* mediante la mera razón (legislación interna), bien mediante el arbitrio de otro (legislación externa), y su eficacia está determinada por su cumplimiento a través de la coerción; mientras su idealidad la concreta su pretensión de corrección moral: “un ordenamiento social que no eleva siquiera a una pretensión de corrección moral no es un sistema jurídico” (p. 392):

de lo que dice a la dimensión de idealidad del derecho, se obtienen tres consecuencias: 1) el derecho está necesariamente vinculado a una pretensión de corrección, que incluye una pretensión de justicia; 2) cuando el derecho positivo contradice el derecho natural, es un derecho jurídicamente defectuoso: un derecho tal es, desde luego, derecho, pero no es un derecho que satisfaga las exigencias del concepto de derecho; 3) siguiendo la “fórmula de Radbruch” (*Radbruchsche Formel*), “el Derecho extremadamente injusto no es Derecho”, en caso de una extrema injusticia al derecho se le sustrae su validez jurídica (Alexy, 2007, p. 394).

A lo largo de las páginas anteriores ha quedado establecido que el conflicto y el derecho conservan entre sí un vínculo de reciprocidad, casi de implicación mutua: dirimir el conflicto es una de las finalidades del derecho. Estar al servicio de la resolución del conflicto es principio y fin del derecho, es su vocación primera y última, es el lugar del que parte y al que llega. Por la activación de la fuerza y el uso instrumental de las armas el conflicto deviene violencia, según la aseveración de Arendt (2006, p. 10). La garantía de un orden justo de pacífica convivencia es también función del derecho. Cuando el conflicto deviene violencia, “siempre injusta por su propia naturaleza” (Sofsky, 1996, p. 33), entonces, la función y el lugar del derecho se mudan hacia la contención de la violencia, hacia su neutralización a través de un orden normativo que puede hacer uso de una violencia legítima hecha legal por la fuerza del derecho (Bourdieu y Teubner, 2000), por su capacidad

de coerción. ¿Qué se colige? El imposible diafragma violencia/derecho, los sin término embates y combates entre la legitimidad de la violencia y la legalidad del derecho que la legitima, la sin solución de continuidad relación coerción/derecho.

He realizado en este trabajo de grado un rastreo enciclopédico, desde la perspectiva metodológica comprensivo-hermenéutica que lo ha guiado, de las narrativas que sobre el tópico de la violencia les son comunes a la tradición sacrálico-sapiensal judía, con su deriva teológica cristiana, y a la herencia trágico-política griega, con su recepción jurídica romana, los pilares culturales de Occidente, ocupándome de lo que denominé como una teológica y una trágica de la violencia, en el primer capítulo, así como de una sacrálica y una política de la violencia, en el segundo. Asumiendo que lo anterior apenas constituía una exigencia elemental para acercarse a la teoría de Schmitt y a la crítica de Benjamin, finalmente he de llegar a tres conclusiones a las que lleva la constatación, desde los antiguos y míticos ceremoniales prejurídicos, hasta las modernas y artificiosas razones jurídicas, que desde Botero se confunden con las *ragione di Stato*, del contubernio íntimo violencia/derecho, donde el segundo legitima a la primera porque la hace legal, amparándose en el viejo sofisma, tan afecto a los totalitarismos, de que todo lo legal, por estar dentro de la ley, es legítimo.

Primera: si el derecho legitima la violencia, entonces, y por eso la referencia a Kant y la cita de Alexy, la idealidad, condición kantiana para la existencia del derecho, se desvanece porque el derecho carece de la corrección moral alexyana: la violencia, incluso como justificación para alcanzar la justicia, el dilema benjaminiano, será siempre inmoral, aunque tal cuestión permanecerá siempre irresoluta: “La cuestión de si la violencia es en general moral como medio para alcanzar un fin seguirá sin resolverse” (Benjamin, 1999, p. 23).

Segunda: tres estatus deben asistir al derecho, el regulador, el emancipador y el crítico. El estatus regulador para garantizar el orden justo de pacífica convivencia, más que para controlar la sociedad y sancionar conductas. El estatus emancipador para acometer la mayor de las batallas jurídicas: la de conciliar el arbitrio propio con el arbitrio del otro bajo la ley universal de la libertad. El estatus crítico para, en un examen de conciencia, revisarse y superar toda pretensión de coercitividad en que se fundamenta y ampara. ¿Dónde están los estatus emancipador y crítico del derecho? El derecho fracasa cuando su sola razón de ser se concentra en el control social y en

la sanción de las conductas, sanción que es punición, punición que se torna violencia: el derecho al servicio de la violencia, la violencia como justificación del derecho:

Mientras que en la tradición moderna toda organización social encuentra su límite en la “violencia” y tiene en cambio su punto de partida legítimo en el “derecho”, Benjamin, con su “crítica”, intenta nada menos que invertir exactamente los polos de ambos conceptos en cuanto a su significado, de modo que la “violencia” aparece como fuente y base y el “derecho”, en cambio, como término de la organización social (Honneth, 2009, p. 107).

Tercera: frente al énfasis del estatus regulador del derecho, la violencia legítima del derecho hecha legal por la sola fuerza de la ley. Y frente a la violencia incontestable que se arroga el derecho, la *nuda vida*, la vida desnuda que el derecho puede tomar a su merced y a su placer. El derecho, que contiene la ley, pero que, al tiempo, desborda la ley: “¿El derecho? La ley con puertas: figuras del poder, instancias de justicia, defectos y excesos” (Lanceros, 2012, p. 11).

REFERENCIAS

- Adorno, T. (2001). *Sobre Walter Benjamin*. Cátedra.
- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción. Homo sacer II*. Pre-textos.
- Agamben, G. (2010). *Medios sin fin*. Pre-textos.
- Agustín (2019). *Obras completas. La ciudad de Dios (1.º)*. Tomo XVI. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Agustín (2021). *Obras completas. Sermones (2.º)*. Tomo X. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Alexy, R. (2007). La definición del derecho según Kant. En F. Castañeda, V. Durán y L. E. Hoyos (eds.), *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica* (pp. 379-396). Uniandes, Siglo del Hombre.
- Arendt, H. (1999). *La condición humana*. Paidós.
- Arendt, H. (2006). *Sobre la violencia*. Alianza Editorial.
- Aristóteles (1985). *Ética nicomáquea. Ética eudemia*. Gredos.
- Armitage, D. (2018). *Las guerras civiles. Una historia en ideas*. Alianza Editorial.
- Benjamin, W. (1999). *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Taurus.
- Benjamin, W. (2007a). *Fragmento teológico-político*. En *Obras, Volumen I* (pp. 206-207). Abada.
- Benjamin, W. (2007b). *Hacia la crítica de la violencia*. En *Obras, Volumen I* (pp. 183-205). Abada.
- Benjamin, W. (2008). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Ítaca.
- Benjamin, W. (2020). *Crítica de la violencia*. Biblioteca Nueva.
- Benjamin, W. (2021). *Sobre Kafka. Textos, discusiones, apuntes*. Exlibris.
- Benjamin, W. (2022). *Tesis sobre el concepto de historia y otros ensayos sobre historia y política*. Alianza Editorial.
- Bernard, A. (2008). *Guerra y violencia en la antigua Grecia*. Payot.
- Bernstein, R. (2015). *Violencia. Pensar sin barandillas*. Gedisa.
- Biblia de Jerusalén (1991). Desclee de Brouwer.
- Blair, E. (2009). Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición. *Política y Cultura*, (32), 9-33. <https://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n32/n32a2.pdf>.
- Bock, W. (2019). Medios para una política futura: “Para una crítica de la violencia” de Walter Benjamin. *Bajo Palabra*, (21), 359-382. <https://doi.org/10.15366/bp2019.21.020>.

Bojanić, P. (2010). La violencia divina en Benjamin y el caso de Korah. La rebelión contra Moisés como primera escena del mesianismo. *Acta Poética*, 31(1), 135-161. <https://www.scielo.org.mx/pdf/ap/v31n1/v31n1a6.pdf>.

Bojanić, P. (2021). *Violencia y mesianismo*. Trotta.

Bourdieu, P. (2000). *Intelectuales, política y poder*. Eudeba.

Bourdieu, P. y Passeron, J. (2001). *Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica. La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. Editorial Popular.

Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Uniandes, Siglo del Hombre.

Bouretz, P. (2012). *Testigos del futuro. Filosofía y mesianismo*. Trotta.

Bouthoul, G. (1970). *Ganar la paz, evitar la guerra*. Plaza & Janés.

Brandon, S. G. F. (1975). *Diccionario de religiones comparadas, Volumen II. Cristiandad*.

Bruna, R. (2011). *La violencia del derecho, el derecho a la violencia*. Editorial de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/108738>.

Butler, J. (2013). Walter Benjamin y la crítica de la violencia. *Papel Máquina*, 4(8), 63-96. <https://n9.cl/zg06p>.

Cabrera, J. (2019). Para una crítica de la violencia en psicoanálisis: de la violencia originaria de la ley a su tramitación trágica. *Trans/Form/Ação*, 42(1), 101-122. <https://n9.cl/tu9bp>.

Campderrich, R. (2005). *La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*. Trotta.

Chesnais, J.-C. (1982). *Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours*. Robert Laffont.

Crettiez, X. (2009). *Las formas de la violencia*. Waldhuter Editores.

Darwin, C. (2009). *El origen de las especies*. Alianza Editorial.

della Porta, D. y Keating, M. (2015). *Enfoques y metodologías de las ciencias sociales. Una perspectiva pluralista*. Akal.

de Romilly, J. (1997). *La Grecia antigua contra la violencia*. Gredos.

Derrida, J. (1997). *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*. Tecnos.

Domenach, J., Laborit, H., Joxe, A., Galtung, J., Senghaas, G., Klieneberg, O., Halloran, J. D., Shupilov, V. P., Poklewski, K., Khan, R., Spitz, P., Mertens, P. y Boulding, E. (1981). *La violencia y sus causas*. Editorial de la Unesco.

Einstein, A. y Freud, S. (2001). *¿Por qué la guerra?* Editorial Minúscula.

Esposito, R. (2005). *Immunitas. Protección y negación de la vida.* Amorrortu.

Ferrini, C. (2017). *Derecho penal romano.* Marcial Pons.

Fersini, M. (2018). *Diritto e violenza. Un'analisi giusletteraria.* Firenze University Press.

Forster, R. (2014). *La travesía del abismo. Mal y modernidad en Walter Benjamin.* Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* Siglo XXI Editores.

Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978).* Fondo de Cultura Económica.

Freud, S. (1992). *El malestar en la cultura.* Alianza Editorial.

Galtung, J. (1998). *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia.* Bakeaz, Gernika Gogoratuz.

Galtung, J. (2003a). *Paz por medios pacíficos: Paz y conflicto, desarrollo y civilización.* Bakeaz.

Galtung, J. (2003b). *Violencia cultural.* Gernika Gogoratuz.

Galtung, J. (2012). *Violencia, guerra y su impacto. Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia.* Icaria.

Girard, R. (1983). *La violencia y lo sagrado.* Anagrama.

Girard, R. (1986). *El chivo expiatorio.* Anagrama.

Golding, W. (2010). *El señor de las moscas.* Alianza Editorial.

Gómez, G. (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Han, B.-C. (2020). *Topología de la violencia.* Herder.

Hart, H. (2011). *El concepto de derecho.* Abelardo Perrot.

Hegel, W. F. (2004). *Principios de filosofía del derecho.* Sudamericana.

Hobbes, T. (2016). *Antología de textos políticos: Del ciudadano y Leviathan.* Tecnos.

Homero (1991). *Ilíada.* Gredos.

Honneth, A. (2009). *Patologías de la razón: Historia y actualidad de la teoría crítica.* Katz.

Horkheimer, M. y Adorno, T. (2018). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos.* Trotta.

- Jerade, M. (2007). De la violencia legítima a la violencia revolucionaria. *Acta Poética*, 28(1-2), 257-278. <https://n9.cl/o937r>.
- Kafka, F. (2022). *Cuentos completos*. Valdemar.
- Kalyvas, S. (2010). *La lógica de la violencia en la guerra civil*. Akal.
- Kant, I. (1978). *Filosofía de la historia*. Fondo de Cultura Económica.
- Kant, I. (2018). *Metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Kaufmann, W. (1978). *Tragedia y filosofía*. Seix Barral.
- Keane, J. (2000). *Reflexiones sobre la violencia*. Alianza Editorial.
- Kierkegaard, S. (2019). *La repetición. Temor y temblor*. Trotta.
- Ladaria, L. (1993). *Teología del pecado original y de la gracia*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Ladaria, L. (2005). *Introducción a la antropología teológica*. Verbo Divino.
- Lanceros, P. (2012). *Fuera de la ley. Poder, justicia y exceso*. Abada.
- Lara, F., ed. (2005). *Libro de los muertos*. Tecnos.
- Lévi-Strauss, C. (1997). *El pensamiento salvaje*. Fondo de Cultura Económica.
- Liaudat, S. (2012). *Violencia, derecho y justicia en Walter Benjamin. I Jornadas de Filosofía del Derecho*. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata. <https://n9.cl/p0qgg>.
- Loraux, N. (2008). *La guerra civil en Atenas: La política entre la sombra y la utopía*. Akal.
- Magris, C. (2006). *Literatura y derecho ante la ley*. Sexto Piso.
- Molina, J. (2019). *Gastón Bouthoul, inventor de la polemología. Guerra, demografía y complejos belígenos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mommsen, T. (2003). *Derecho penal romano*. Olejnik Ediciones.
- Moreno, D. E. (2014). *Mito y destrucción: una lectura de Hacia una crítica de la violencia*. [Tesis de grado]. Uniandes. <https://n9.cl/5vx2i>.
- Murphy, J. G. y Hampton, J. (2002). *Forgiveness and mercy*. Cambridge University Press.
- Neiman, S. (2012). *El mal en el pensamiento moderno. Una historia no convencional de la filosofía*. Fondo de Cultura Económica.
- Nieburg, H. (1969). *La violencia política*. Alianza Editorial.
- Nietzsche, F. (2000). *El origen de la tragedia*. Alianza Editorial.
- Nussbaum, M. (1995). *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*. Visor.

- Otto, R. (2016). *Lo santo. Lo racional y lo irracional en la idea de Dios*. Alianza Editorial.
- Pääbo, S. (2015). *El hombre de Neandertal*. Alianza Editorial.
- Papacchini, A. (2023). *Tratado sobre la violencia*. Universidad del Valle.
- Passerin d'Entrèves, A. (1997). *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*. Ariel.
- Petruciani, S. (2008). *Modelos de filosofía política*. Amorrortu.
- Plauto (1992). *Comedias, Volumen I*. Gredos.
- Pontificia Comisión Bíblica (2020). *¿Qué es el hombre? Un itinerario de antropología bíblica*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Ricœur, P. (2012). *El mal. Un desafío a la filosofía*. Amorrortu.
- Rojas, F. (2023). Benjamin y Fanon: de la violencia opresora a la violencia transformadora. *Eidos*, (39), 151-173. <https://www.redalyc.org/journal/854/85475118007/>.
- Roudinesco, É. (2008). *Nuestro lado oscuro. Una historia de los perversos*. Anagrama.
- Rousseau, J.-J. (1993). *El contrato social*. Alianza Editorial.
- Rousseau, J.-J. (2017). *El contrato social o principios de derecho político*. Tecnos.
- Ruiz, A. (2012). Walter Benjamin. Una crítica a la violencia del derecho. *Estudios de Derecho*, 69(153), 69-87. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/14141>.
- Ruiz, A. (2013). *La violencia del derecho y la nuda vida*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Safranski, R. (1997). *El mal o el drama de la libertad*. Tusquets.
- Schmitt, C. (1998). *El concepto de lo político*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (1999). *La dictadura*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2006). *Legalidad y legitimidad*. Comares.
- Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Trotta.
- Schmitt, C. (2013). *Teoría del partisano*. Trotta.
- Scholem, G. (2020). *Los nombres secretos de Walter Benjamin*. Trotta.
- Serrano, E. (2002). *Consenso y conflicto. Schmitt y Arendt: la definición de lo político*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Sofsky, W. (1996). *Tratado sobre la violencia*. Abada.
- Sorel, G. (2005). *Reflexiones sobre la violencia*. Alianza Editorial.

Steiner, G. (1996). *Antígonas. Una poética y una filosofía de la lectura*. Gedisa.

Stoppino, M. (2000). Violencia. En N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino (eds.), *Diccionario de política* (pp. 1671-1680). Siglo XXI Editores.

Tilly, C. (2007). *Violencia colectiva*. Hacer Editorial.

von Ihering, R. (2011). *El fin en el derecho*. Comares.

Weber, M. (2012). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.

Weil, S. (2014). *Echar raíces*. Trotta.

Wieviorka, M. (2018). *La violencia*. Prometeo.

Zaffaroni, E. R. (2017). *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Ediar.

Žižek, S. (2009). *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*. Paidós.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS
FALHAS DE MERCADO: A ASSIMETRIA DE
INFORMAÇÕES COMO CONDIÇÃO MAXIMIZADORA
DA HIPERVULNERABILIDADE CONSUMERISTA

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND MARKET FAILURE:
INFORMATION ASYMMETRY AS A MAXIMIZING CONDITION
OF CONSUMER HYPERVULNERABILITY

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LAS FALLAS DE
MERCADO: LA ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN COMO CONDICIÓN
MAXIMIZADORA DE LA HIPERVULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR

LUCAS SOARES DE CARVALHO*

SANDRO MARCOS GODOY**

RICARDO PINHA ALONSO***

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a8

* Advogado, Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília, Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília, Bolsista Parcial CAPES durante o Mestrado em Direito, Bolsista Integral CAPES durante o Doutorado em Direito, Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Legale, Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Legale, Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Universidade das Américas, Pós-Graduando em Execução Penal pela Faculdade Legale, Pós-Graduando em Procedimento Penal do Tribunal do Júri pela Faculdade Legale, Professor de Direito Processual Penal e Direitos Humanos no Esquema Único Concursos, Membro da Comissão de Direito Processual Civil da 31 Subseção da OAB/SP - Marília., Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5807739378884713>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7732-7230>, correio eletrônico: lucasscarvalho07@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar a relação intrínseca entre a análise econômica do direito e seus institutos, a luz do estudo conceitual e extensivo das falhas de mercado. Ademais, visa analisar de que modo a assimetria de informações, integrador das falhas de mercado, pode potencializar a hipervulnerabilidade consumerista, com ênfase, evidentemente, no contexto jurídico. A proposta é uma tentativa de esmiuçar de que modo a análise econômica do direito pode ser relacionada ao âmbito consumerista, e por consequência, sua influência no cotidiano jurídico, traçando-se um paralelo com as falhas de mercado, especificamente no que se refere à assimetria de informações, e uma determinada prática utilizada, denominada neuromarketing. O método utilizado no artigo consiste na leitura de livros direcionados, análise de trabalhos bibliográficos e artigos relacionados ao tema.

Palavras-chave: análise econômica do direito, assimetria de informações, falhas de mercado, hipervulnerabilidade do consumidor, neuromarketing.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the intrinsic relationship between the economic analysis of law and its institutes, in light of the

** Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina na Itália, Doutor em Direito - Função Social do Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito, Mestre em Direito - Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente, Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP, Especialização em Direito Civil (Direito de Família) pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP. É professor permanente do programa de Mestrado e Doutorado em Direito na UNIMAR - Universidade de Marília, Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/978240/sandro-marcos-godoy>, Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?user=ZLHGUpkA-AAJ&hl=pt-BR>, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6172363354073594>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8749-395X>, correio eletrônico: sandromgodoy@uol.com.br

*** Doutorem Direitodo Estado pela PUC-SP, Estágiopós doutoral concluído na Universidade de Santiago de Compostela ES, Mestreem Direito das Relações Sociais pela UNIMAR-SP; Professor da graduação e PPGD Unimar, Professor da graduação da UENP e Professor Colaborador no PPGCJ da UENP, Procurador do Estado de São Paulo, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6127172734397904>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4535-4721>, correio eletrônico: riपाल1@gmail.com

conceptual and extensive study of market failures. Furthermore, it aims to analyze how information asymmetry, which integrates market failures, can increase consumer hypervulnerability, with emphasis, obviously, on the legal context. The proposal is an attempt to scrutinize how the economic analysis of law can be related to the consumerist sphere, and consequently, its influence on everyday legal life, drawing a parallel with market failures, specifically with regard to asymmetry of information, and a certain practice used, called *neuromarketing*. The method used in the article consists of reading targeted books, analyzing bibliographical works and articles related to the topic.

Keywords: economic analysis of law, information asymmetry, market failures, consumer hypervulnerability, *neuromarketing*.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la relación intrínseca entre el análisis económico del derecho y sus instituciones, a la luz del estudio conceptual y extensivo de las fallas de mercado. Además, indaga por qué la asimetría de la información es uno de los componentes de las fallas de mercado, y cómo esta puede potenciar la hipervulnerabilidad del consumidor, con énfasis, evidentemente, en el contexto jurídico. La propuesta es describir la manera en que el análisis económico del derecho se relaciona con el ámbito del consumidor y, en consecuencia, su influencia en la práctica jurídica diaria, trazando un paralelo con las fallas de mercado, específicamente en lo que respecta a la asimetría de la información y a una práctica específica denominada *neuromarketing*. El método utilizado en el artículo consiste en la revisión analítica direccionada de libros especializados, trabajos bibliográficos y artículos relacionados con el tema.

Palabras clave: análisis económico del derecho, asimetría de la información, fallas de mercado, hipervulnerabilidad del consumidor, *neuromarketing*.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo tecer aprofundadas considerações sobre a análise econômica do direito (AED), especialmente no que tange às falhas de mercado a nível evolutivo, voltando-se sua utilização mais especificamente quanto à aplicação no campo consumerista.

De proêmio, será abordado sobre a teoria da *Law and Economics*, com uma sutil pincelada em seus institutos, trazendo, entretanto, enfoque mais específico nas falhas de mercado, alternando a sua aplicação com vistas ao campo econômico, jurídico, suas principais categoriais e exemplos, sempre focados, obviamente, à veia consumerista.

Na sequência, serão abordados aspectos importantes sobre o referido tema, em conjunto ao que se entende como assimetria de informações, a fim de propiciarem maior conhecimento teórico e prático sobre esta categoria, levando-se em consideração as suas minúcias e especificidades.

Já adiante, será feito um paralelo entre as temáticas acima propostas e o que se tem (ou não) à disposição no ordenamento consumerista, estendendo-se, também, ao que se entende como diretamente impactante maximização da hipervulnerabilidade quando confrontada com a assimetria de informações, especialmente na técnica fundada sob a perspectiva do neuro-marketing.

No mais, esta pesquisa bibliográfica serviu-se de análise documental com o objetivo de conceituar e esmiuçar os principais temas abordados, de maneira clara, sucinta e exemplificativa, facilitando assim uma maior compreensão sobre o debate e a sua devida instrumentalização na contemporaneidade.

Por derradeiro, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica com base em algumas obras especializadas, bem como o aprofundamento em artigos já elaborados sobre o tema em comento, buscando sempre o enfoque da teoria da complexidade e a sociedade do consumo, sob o prisma e olhar do advento capitalista.

Por fim, é inquestionável que a AED se trata de um importante instrumento para a análise do sobredito fenômeno, razão pela qual a pesquisa em desenvolvimento é de suma importância para analisar a sua eficácia e a aplicabilidade quando introduzidas no âmbito das falhas de mercado e a assimetria de informações.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A AED é uma abordagem interdisciplinar que utiliza princípios e ferramentas da economia para entender e aprimorar o sistema jurídico. Sua aplicabilidade é vasta e abrange diversas áreas do direito, proporcionando uma perspectiva valiosa para a tomada de decisões mais informadas e eficientes.

A aplicabilidade da AED se diversifica, proporcionando uma abordagem rigorosa e orientada por dados para questões jurídicas complexas, sendo que, ao integrar conceitos econômicos no sistema jurídico, a AED contribui para decisões mais eficientes, justas e socialmente benéficas.

Entretanto, para que tenhamos uma mais adequada compreensão sobre a AED, faz-se necessária um aprofundamento nos seus elementos caracterizadores, que serão abordados adiante.

A análise econômica do direito: advento, fundamentos e benefícios

A AED oferece uma abordagem pragmática para entender e aprimorar o sistema jurídico, integrando conceitos econômicos para promover a eficiência e a justiça nas transações e nas relações sociais.

Os dois notáveis ensaios de Ronald Coase, intitulados “The Nature of the Firm” (1937) e “The Problem of Social Cost” (1960), desempenharam papéis fundamentais no avanço da economia dos custos de transação, bem como na evolução da moderna análise econômica do direito e das organizações.

Essas obras destacam-se como marcos significativos que contribuíram para a compreensão dos mecanismos subjacentes à formação e à operação das empresas, bem como para a análise dos custos envolvidos nas transações econômicas, transformando o legado de Coase nesses escritos, de modo a ainda persistir como um referencial crucial para a compreensão das relações entre as instituições, os custos de transação e a eficiência econômica.

A ênfase de Ronald Coase na aplicação prática dos conceitos econômicos ao mundo real foi moldada por diversas circunstâncias. De um lado, destaca-se sua trajetória como economista agraciado com o Prêmio Nobel, cuja carreira majoritariamente transcorreu em uma instituição jurídica. Por outro, Coase não seguiu uma formação convencional em Economia, sendo que suas incursões acadêmicas incluíram disciplinas como comércio e psicologia na *London School of Economics*.

Ao concluir seus estudos, obteve uma bolsa de estudos para os Estados Unidos, onde direcionou seu interesse inicial para as grandes corporações automobilísticas, alvo de sua investigação.

Pioneiramente, elucidou como a inclusão dos custos de transação na análise econômica desempenha um papel crucial na determinação das formas organizacionais e das instituições presentes no contexto social, destacando que a consideração dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações ressalta a relevância do Direito na configuração dos resultados econômicos (Coase, 1937).

Ainda neste aspecto, segundo Coase, em um cenário hipotético desprovido de custos de transação, os agentes negociariam os direitos, independentemente de sua distribuição inicial, visando alcançar uma alocação eficiente, mas, entretanto, de modo a rebater o exposto, Coase argumentou que esse é uma abstração distante da realidade (Coase, 1960).

Uma vez feito o apanhado relativamente histórico do ideal ensejador da AED, compete-nos, como proposta, elucidarmos, ainda que com certa divergência doutrinária, alguns fundamentos que compõem a AED, também entendida por outros juristas como efetivos princípios.

Deixaremos de lado, para que retornem à discussão com o protagonismo que merecem, fundamentos como a maximização da eficiência, minimização da escassez e alocação adequada de recursos, sendo que se tornaram praticamente sinônimos da AED,

Nos ateremos inicialmente a três, quais sejam: custos de transação, induções e por derradeiro, subtema proposto neste debate, as falhas de mercado.

Conforme delineado, a consideração dos custos de transação na AED exerce influência sobre a organização das atividades comerciais e desempenha um papel crucial na determinação dos resultados econômicos. Coase argumenta que esses custos são intrínsecos à economia, impactando diretamente os desfechos econômicos (Caliendo, 2008).

Por outro prisma, a perspectiva de Barzel concebe os custos de transação como aqueles associados à transferência, captura e proteção dos direitos de propriedade. Em síntese, todos os custos decorrentes de atividades econômicas podem ser compreendidos como custos de transação, abrangendo desde a manutenção de pessoal qualificado para a realização de tarefas específicas até a implementação de mecanismos que aprimoram a precisão na execução de determinadas atividades. Nesse contexto, é incontestável

que a adoção de novas tecnologias introduz uma série de nuances que demandam atenção (Zylbersztajn e Sztajn, 2005).

Ademais, a inserção dos custos de transação na economia e na teoria das organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos, onde há de se verificar o caráter de impor à atividade econômica, mediante a aplicação da ciência tributária, o recolhimento tributos em geral, como taxas, impostos e etc.

De outra banda, a indução econômica é uma forma indireta de intervenção do Estado na economia, permanecendo em um nível acima dos competidores no mercado e exercendo competência normativa, como normatizador da atividade econômica, fazendo isso de duas formas: por direção, quando determina comportamentos compulsórios, ou por indução, quando manipula os instrumentos de intervenção em consonância e conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

De acordo com Alberto Venâncio Filho (1998), haveria duas maneiras de visualizar a presença estatal no campo econômico: visualizando o “Estado como agente”, lado a lado com os demais agentes do mercado, ou, “Estado como norma”, sendo uma ação normativa ou participativa, como espécies de intervenção estatal.

Essa modalidade indireta de intervenção é utilizada como direcionamento de mercado ou como forma de restabelecimento do equilíbrio, apresentando baixo custo de regulação, em razão de não demandar uma grande estrutura estatal para fiscalização e arrecadação, tendo em vista que ocorre, na maioria das vezes, por uma variação de alíquotas e não por novas obrigações acessórias.

Há que se dizer que as induções econômicas podem ser positivas ou negativas, sendo que no caso da indução negativa, induz-se a omissão da conduta que gera o dever. Nos de indução positiva, induz-se a conduta pela criação de um dever para um sujeito diverso daquele cujo comportamento é estimulado.

Um bom exemplo é o caso da meia entrada para estudantes em cinemas, museus, teatros, forma de intervenção no domínio econômico, favorecendo o acesso à cultura para estudantes, impondo-se uma obrigação aos empresários do ramo do entretenimento. Se por um lado temos um estímulo (estudantes), por outro temos uma obrigação (aos empresários), havendo sempre um aspecto dúplice na intervenção por indução.

Como se vislumbra, a AED traz diversos fatores positivos e benéficos ao campo jurídico e também social. A despeito disso, é evidente que a aplicabilidade da AED gera uma maior eficiência alocativa, dando uma destinação mais adequada para os recursos empregados.

Ademais, assim como na narrativa trazida para exemplificação acima, a AED permite a identificação de determinados comportamentos carentes de maior consideração, e nos faculta, mediante a sua observância, a instituição de determinados incentivos para a sua potencialização.

Por derradeiro, as regulações também transmutam sensíveis mudanças quando colocadas em paralelo com a AED, de modo que a sua aplicação exerce um fator preponderante para uma análise mais adequada em sua elaboração.

De todo modo, partindo para o cerne questionador desta pesquisa, abordaremos no tópico adiante o fenômeno das falhas de mercado, e de que modo a assimetria de informações impacta na maximização da vulnerabilidade do consumidor.

As falhas de mercado e a assimetria de informações

As falhas de mercado, ou falhas econômicas, consistem em razões que impossibilitam a adequada interação entre produtores e consumidores de determinado ramo de atuação, tolhendo sua integral eficácia e, impedindo, ainda, um resultado adequado a nível de quantidade, qualidade e preço.

A Aplicação prática das falhas de mercado se caracteriza por situações em que o livre funcionamento do mercado não conduz a resultados eficientes, de modo que distorções desse nível podem prejudicar o equilíbrio econômico e social.

As falhas de mercado são aquelas que motivam a criação de uma norma de direito econômico. Correspondem a uma situação na qual os mercados reais (de um produto em determinado local) não funcionam tal qual o modelo de mercado idealizara diante de uma maior eficiência econômica.

Algumas ciências sociais, como a economia, buscam seguir o modelo holístico. Surgem assim, as falhas de mercado, destacando-se as principais:

- a) Falta de mobilidade dos fatores de produção. Esses fatores não são tão móveis, pois não dá para mudar da noite para o dia de um modelo de produção para outro;

- b) Falta de acesso às informações relevantes ao consumidor, sendo necessária a legislação, como o Código de Defesa do Consumidor;
- c) A concentração econômica (monopólio econômico): torna necessária a edição de leis para regular a concorrência;
- d) As externalidades: são os custos e benefícios que circulam externamente ao mercado (a poluição é exemplo de externalidade). O malefício ao meio ambiente (custo social), a princípio, não agrega uma elevação de preço. O modelo ideal de mercado não impor a obrigação da internalização dos custos (Vanzella, 2009).

Neste aspecto, as falhas de mercado, segundo Tiago Reis (2018), são basicamente uma situação econômica em que um determinado segmento mercantil não consegue propor um domínio que seja eficiente. Nestes casos em específico, os tramites do mercado acabam gerando mais consequências negativas para, conforme dito, determinado grupo de um segmento, do que agradando ou satisfazendo estes.

Logo, em uma perspectiva microeconômica, o custo para que seja gerado este equilíbrio, diverge do benefício que ele hipoteticamente possa acarretar, prejudicando, inclusive, os demais membros de toda uma coletividade.

Em miúdos, entende-se que as falhas de mercado se estabelecem na incessante busca individual e do interesse próprio, acarretando, consequentemente, em resultados ineficientes do ponto de vista econômico e social.

Há quem defenda, ainda, que as falhas de mercado são determinadas pelas razões que levam a regulação de uma atividade econômica. Supõe-se, portanto, que uma vez adotadas as medidas de regulação, estas são capazes de diminuir ou ainda eliminar as ineficiências causadas pelas falhas de mercado.

Outrossim, entende-se que as falhas de mercado estão intimamente interligadas com uma abordagem normativa, que se sustenta na premissa de serem instituídas com a finalidade de defender o interesse público contra perdas de bem-estar a elas associadas. Por consequência, subentende-se que a regulação econômica tem por finalidade maximizar o potencial mercantil e sua finalidade, buscando ainda, suprimir a possibilidade de existência de falhas de mercado (Grau, 2017).

Aduz ainda, Humberto Alves de Campos (2008), entende que as falhas, traçando um apanhado minimamente objetivo, são as razões pela qual resta impossibilitado o devido equilíbrio mercantil dentro de um sistema interno regulado.

Neste esteio, dentre as falhas de mercado, temos uma variada gama de subespécies que a compõem, como: As Externalidades, Competição Imperfeita, Monopólio e Oligopólio, Poder de Mercado, Bens Públicos, Falha de Governo e etc. Todavia, nos ateremos aqui à temática proposta, consistente na Assimetria de Informações.

Em observância a festejada obra de Decio Zylbersztajn e Raquel Sztajn (2005), dispor de informações referentes aos produtos, direitos de propriedade e sobre suas ações, é um pressuposto fundamental para que haja o fiel cumprimento dos contratos celebrados.

A informação desempenha um papel crucial nas relações de consumo, especialmente em contextos de competição. No âmbito das decisões estratégicas comerciais, a informação assume um papel prioritário, uma vez que as estratégias são formuladas com base nas informações disponíveis sobre o seu público alvo, sendo que a tomada de decisões estratégicas, portanto, é diretamente influenciada pela qualidade e quantidade de informações que uma empresa possui acerca de seus consumidores e do ambiente competitivo em que está inserida.

A assimetria de informações, basicamente, trata-se de agentes que tem maior facilidade em adquirir certas informações, do que agentes mais hipossuficientes e, deste modo, por consequência, os colocam em posição de vantagem e sobreposição, à vista que nesse tipo de falha, uma parte envolvida em uma transação possui mais informações do que a outra, levando a resultados indesejáveis.

A assimetria de informação é um conceito relativamente novo na economia. A concepção inicial aceita, propagada pela economia clássica, e que o livre mercado funcionaria sempre em um modelo de concorrência perfeita. Isto é, os mercados seriam totalmente eficazes e todos os lados envolvidos, compradores e vendedores, teriam 100 % das informações disponíveis. Porém, atualmente a maioria dos economistas concorda que existe no mercado a informação assimétrica. A microeconomia vem estudando o tema mais a fundo recentemente, afirmando que essa situação traz impactos diretos nas relações comerciais. Por isso, o idealismo de um mercado competitivo perfeito está sendo cada vez mais deixado de lado pela literatura econômica. Em seu local, os estudiosos passaram a reconhecer a existência de falhas de mercado (Reis, 2019).

Isto posto, visto que o ideal de assimetria de informação não denota maior complexidade para a sua compreensão, faz-se importante o aprofundamento nas espécies comumente mais vistas, tratando-se da seleção adversa e do risco moral. A Seleção adversa, basicamente, consiste na hipótese em que uma das partes possui informações privadas que a outra parte não possui antes de concretizar a relação comercial. A título de exemplo, no mercado de seguros de saúde, os segurados podem esconder informações sobre condições médicas pré-existentis.

Em linhas gerais, a seleção adversa é um fenômeno associado a mercados nos quais uma das partes possui informações assimétricas significativas em relação à outra, ocorrendo quando uma das partes envolvidas em uma transação tem acesso a informações que a outra parte não possui, resultando em decisões desfavoráveis para a parte menos informada (Akerlof, 1970).

Cumprir destacar que essa teoria foi desenvolvida pelo economista George A. Akerlof, em sua notável obra “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”.

Para ilustrar esse fenômeno, o autor empregou como exemplo o mercado de carros usados nos Estados Unidos, conhecido como *market for lemons*, onde os carros usados mais antigos e em condições ruins são denominados *limões*. Conforme delineado pelo autor, nesse tipo de mercado, a assimetria de informação se manifesta devido ao desequilíbrio no nível de conhecimento entre os agentes envolvidos.

Aqueles que estão vendendo um carro têm conhecimento completo de suas condições, enquanto os potenciais compradores desconhecem tais informações. Em decorrência dessa disparidade, o comprador tende a oferecer um preço inferior ao valor real do carro, uma vez que não possui todas as informações necessárias para avaliar sua qualidade.

Por outro lado, os proprietários de carros em boas condições hesitam em vendê-los, temendo receber um valor aquém do real valor de seu veículo.

Em contextos de seleção adversa, a parte menos informada pode ser prejudicada porque não consegue distinguir completamente a qualidade do produto ou serviço oferecido, levando, portanto, a um problema de risco moral, no qual a parte mais informada pode agir de maneira oportunista, sabendo que a outra parte não possui informações suficientes para discernir a qualidade ou características do que está sendo negociado.

Estratégias como a sinalização (quando uma parte tenta comunicar informações relevantes para mitigar a assimetria) e contratos detalhados são algumas das abordagens utilizadas para lidar com os desafios da seleção adversa em diferentes contextos econômicos.

De outra banda, o risco moral se refere a um comportamento posterior à transação econômica. Ou seja, após efetivado o negócio jurídico e/ou comercial, o agente muda a sua forma de agir, justamente em razão do objeto, produto, ou serviço contratado.

A nível exemplificativo: considere a situação em que um indivíduo adquire um veículo novo e, inicialmente, não dispõe de um seguro para o automóvel. Nesse cenário, é verificada uma abordagem extremamente cautelosa ao dirigir.

No entanto, ao posteriormente adquirir um seguro, a tendência é que esse indivíduo se sinta mais despreocupado e passe a conduzir de maneira menos precavida. Dessa forma, emerge o conceito de risco moral, o qual a seguradora deve levar em consideração e estimar ao estabelecer os termos do contrato.

Essencialmente, o risco moral refere-se à possibilidade de comportamentos mais arriscados ou negligentes por parte do segurado, uma vez que ele se beneficia da proteção financeira oferecida pelo seguro. Portanto, é imperativo que a seguradora avalie cuidadosamente esse fator ao precificar e elaborar as condições contratuais, a fim de garantir uma gestão adequada dos riscos associados a comportamentos potencialmente mais ousados por parte do segurado após a obtenção do seguro.

Em vias de risco moral, a parte que possui informações assimétricas, geralmente a que está em uma posição de agente, pode tomar decisões que beneficiam a si mesma, prejudicando a parte que não possui informações completas (o principal).

Embora os exemplos utilizados se tratem de condutas praticadas pelo consumidor, não se controverte que os fornecedores, sob o ponto de vista consumerista, utilizam-se de diversos artifícios para a coleta de informações mais precisas acerca de seu público alvo.

Neste interregno, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, consagrado no ordenamento jurídico, certamente é trazido à discussão, competindo-nos analisar de que modo a assimetria de informações pode impactar na maximização da vulnerabilidade consumerista.

(HIPER)VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Considerando a temática em discussão na pesquisa em curso, é reconhecido que o direito do consumidor, e, por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), se fundamenta em princípios norteadores essenciais. Inquestionavelmente, entre esses princípios, destaca-se a vulnerabilidade do consumidor como um dos pilares fundamentais.

Entretanto, é inegável que, com o avanço do desenvolvimento social e econômico, a mera consideração da vulnerabilidade tornou-se insuficiente para conferir a proteção necessária ao componente mais fragilizado na relação consumerista.

Nesse contexto, antes de abordarmos especificamente a noção de hipervulnerabilidade, torna-se imperativo realizar algumas considerações preliminares sobre o conceito de vulnerabilidade.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor

Aprioristicamente, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, encontra sua positivação precisamente no artigo 4º, I, do CDC.¹

O conceito de vulnerabilidade, por sua própria natureza, implica claramente a caracterização de uma condição desfavorável experimentada por uma das partes envolvidas em uma dada relação. Nessa perspectiva, a legislação primordial que regula as relações de consumo expressamente reconhece a imperatividade de proporcionar ao consumidor uma maior segurança quando este participa de uma transação no âmbito consumerista.

Alguns juristas já consagrados, como Smith e Cooper-Martin (1997), entendem que os consumidores vulneráveis consistem em “aqueles mais suscetíveis a danos econômicos, físicos ou psicológicos, ou como um resultado de transações econômicas devido a características que limitam a sua capacidade de maximizar a sua utilidade e bem-estar” (p. 4).

1 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Para Diniz, Pereira e Bellini (2014), a vulnerabilidade está relacionada a questões de fragilidade do consumidor e pode ser situacional e circunstancial, não sendo diretamente ligada ao nível econômico-social dos indivíduos - como no caso dos jovens viciados em internet. No que se refere aos jovens, há indícios de uma vulnerabilidade permanente. Souza e Silva (2006) chamam atenção para a vulnerabilidade identificada nos jovens diante das estratégias de marketing, visto terem sido “educados” e “condicionados” a aspectos relacionados à sociedade de consumo, que contribuiu para que os jovens investigados se tornassem dependentes e incapazes de exigir e criticar (Oliveira *et al.*, 2021, p. 88).

É pertinente destacar que, em certas nações da América Latina, como Bolívia, Chile e Uruguai, não se observa a presença de respaldo constitucional que conceda aos consumidores um específico conjunto de direitos ou mecanismos de defesa. Esta ausência de amparo legal, portanto, agrava a situação desses indivíduos, uma vez que não dispõem de fundamentação jurídica para buscar a proteção de seus direitos (Morishita, 2005).

Uma vez já formado o conceito de vulnerabilidade, basta analisarmos a adjetivação que lhe acompanha, seja ela técnica, fática, socioeconômica, jurídica, biológica ou ambiental.

Não se olvida, portanto, que o aspecto financeiro tem preponderância na caracterização das vulnerabilidades previstas no CDC, causando evidente discrepância nas relações de consumo.

A vulnerabilidade econômica e social é resultado das disparidades de força entre os agentes econômicos e os consumidores. Aqueles detêm condições objetivas de impor sua vontade através de diversos mecanismos. Podemos destacar como uma dessas formas a introdução dos contratos de adesão e os submetidos às condições gerais (ou condições gerais dos contratos—CONDGs) (Lima y da Silva, 2006).

Dessa maneira, ao considerar a imposição econômica exercida por grandes corporações sobre consumidores em situação de notável desigualdade frente a essas entidades, é inquestionável que a intervenção mais assertiva do Estado se faz necessária para restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, em conformidade com os preceitos da Constituição e do CDC.

A despeito das facilitações proporcionadas pelo arcabouço legal advindo da Constituição de 1988, juntamente com o CDC e demais normativas

correlatas, é evidente que o consumidor, figura vulnerável, enfrenta consideráveis desafios ao buscar a proteção de seus direitos no sistema judiciário brasileiro. Há ainda quem diga que a vulnerabilidade jurídica, consista na ausência de conhecimento jurídico específico, no que se refere às relações de consumo, ou seja, o consumidor, no sentido menos pejorativo de “ignorância”, desconhece as leis que o protege.

Ademais, sabe-se que os fornecedores e fabricantes possuem demasiada influência no cenário jurídico/legislativo, visto que são, por vezes, detentores de um determinado ramo de atividade salutar para o desenvolvimento social.

A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal (Pellegrini *et al.*, 2001, p. 9).

Não há discordância quanto ao impacto significativo das recentes campanhas de marketing, cada vez mais sofisticadas e intrusivas, na estimulação do desejo do consumidor. Essas estratégias, ao serem habilmente elaboradas, desempenham um papel crucial ao despertar o desejo que, ao ser satisfeito pela aquisição de um produto ou serviço, proporciona uma satisfação momentânea. Essas campanhas utilizam uma variedade de técnicas, incluindo manipulações biológicas, físicas, químicas, psicológicas e orgânicas, que têm o poder de influenciar diretamente o consumidor na tomada de decisão de compra.

Diante desse cenário, é incontestável que o princípio da vulnerabilidade do consumidor, um dos fundamentos do referido código regulatório, permeia diversas esferas. Esse princípio delineia de maneira abrangente os preceitos que devem nortear as relações de consumo, especialmente no que se refere ao elo mais fragilizado do mercado consumerista. Importa ressaltar que a positivação desse princípio está presente em diversos textos legais, incluindo um código específico que regula todas as relações provenientes de operações consumeristas. Além disso, encontra-se respaldado na Constituição de 1988, que fortalece a política nacional de defesa do consumidor nas relações de consumo.

Hipervulnerabilidade

Para abordar de maneira mais específica o âmago desta pesquisa, é imperativo obter uma compreensão mais precisa sobre o conceito de hipervulnerabilidade no contexto do direito consumerista. Após esgotarmos a definição e categorias de vulnerabilidade decorrentes do princípio delineado no CDC, é pertinente analisar o impacto que o prefixo “hiper” introduz na composição desse termo. Como anteriormente mencionado, reconhecemos a vulnerabilidade como um elemento principiológico, partindo do pressuposto já estabelecido que atribui ao consumidor uma condição de desvantagem ou desequilíbrio.

A hipervulnerabilidade, por sua vez, caracteriza-se pela presença de fatores adicionais que agravam a condição de vulnerabilidade já expressamente reconhecida no artigo 4º, I, do CDC, sendo que esses fatores podem se manifestar em diversos aspectos, como fragilidades físicas, psicológicas ou biológicas.

Nesse contexto, a hipervulnerabilidade representa uma debilidade exacerbada que coloca o consumidor em uma condição ainda mais suscetível, resultado de circunstâncias agravantes que intensificam sua vulnerabilidade original (Lima, 2014). Nesse contexto, torna-se evidente que determinados consumidores, seja devido a características temporais ou aspectos físicos, psicológicos e biológicos, necessitam de uma proteção estatal mais intensiva. Isso justifica a vulnerabilidade exacerbada que lhes é atribuída, especialmente quando apresentam, por vezes, uma compreensão distorcida da realidade.

Cristiano Heineck Schmitt (2009) observa que o conceito primordial de vulnerabilidade, do qual a hipervulnerabilidade deriva, é frequentemente explorado por grandes conglomerados. Estes se utilizam de uma variedade de estratégias para enganar o consumidor antes da efetivação da aquisição de produtos e/ou serviços.

Portanto, é incontestável que a hipervulnerabilidade adota uma abordagem ainda mais solidária, uma vez que proporciona ao consumidor, identificado como o elo mais frágil na dinâmica de consumo, a oportunidade de buscar a proteção de seus direitos. Isso ocorre mediante o reconhecimento de situações que o coloquem em uma condição ainda mais precária do que o usual nas relações de consumo.

Dessa maneira, não há divergência quanto ao fato de que os fornecedores, enquanto detentores dos meios de produção, exercem controle e

fiscalização sobre o mercado em que atuam, resultando em uma condição de notável passividade em detrimento do consumidor.

A hipervulnerabilidade representa uma condição de agravamento da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor, pela ótica do CDC (LGL\1990\40).

Assim, se o consumidor em geral é vulnerável e está protegido pelo CDC (LGL\1990\40) sob diversos aspectos previstos em textos normativos específicos, determinadas categorias de consumidores, por estarem em situação de um maior potencial de risco de lesão que aqueles em condições relativamente “normais”, podem ser consideradas como hipervulneráveis (Pasqualotto e Rampazzo, 2017, p. 3).

Pasqualotto e Soares, ainda, entendem, que a caracterização da hipervulnerabilidade passa por diversos fatores, incluindo biológicos, sociais, culturais, educacionais, técnicos, econômicos, e geográficos e vinculados ao próprio consumo (Pasqualotto e Rampazzo, 2017, p. 8).

Não obstante, é relevante ressaltar que a avaliação da vulnerabilidade deve ser conduzida conforme as circunstâncias específicas de cada caso, assemelhando-se ao que foi mencionado acerca da hipossuficiência. É importante reiterar que todo consumidor é, por princípio, considerado vulnerável. Contudo, para que seja caracterizado como hipervulnerável, torna-se necessário o preenchimento de requisitos específicos que agravem a situação de desvantagem já estabelecida.

Nesse contexto, a condição de consumidor hipervulnerável pressupõe que os efeitos decorrentes da relação de consumo sejam mais evidentes e impactantes, ao contrário da vulnerabilidade, na qual se presume, pela simples natureza da relação consumerista, que o consumidor se encontra em desvantagem em relação ao fornecedor.

Nesse contexto, compreende-se que em situações específicas, nas quais uma condição de hipervulnerabilidade é devidamente configurada para um determinado consumidor, a atenção do magistrado julgador deve ser mais rigorosa, levando em consideração os eventos prejudiciais aos quais o adquirente foi exposto.

Por fim, especialmente no âmbito das normas consumeristas, destaca-se mais uma vez a intenção do ordenamento jurídico em restabelecer a condição de paridade nas relações de consumo, frequentemente desequili-

brada por fatores externos à vontade do consumidor, geralmente perpetrados pelo fornecedor. Nesse ponto, é crucial reconhecer que a negligência em relação aos direitos consumeristas implica em múltiplas violações aos preceitos constitucionais, evidenciando a necessidade de intervenção estatal, seja de natureza legislativa ou judiciária, dada a impossibilidade das relações de consumo serem autorregulatórias.

De maneira geral, a hipervulnerabilidade se revela como uma ferramenta precisa para reforçar a importância de conferir proteção ao consumidor, identificado como o elo mais frágil na relação de consumo. No entanto, uma vez que a ideia de hipervulnerabilidade foi devidamente conceituada, é pertinente explorar alguns exemplos práticos nos quais os agentes da cadeia de consumo se inserem, evidenciando situações em que essa vulnerabilidade é ainda mais evidente.

A ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E A HIPERVULNERABILIDADE: NEUROMARKETING COMO CONDIÇÃO MAXIMIZADORA DA VULNERABILIDADE CONSUMERISTA

Continuando a exploração do tema, a assimetria de informações, caracterizada como uma falha de mercado, impacta de maneira incontavelmente invasiva o consumidor no contemporâneo mercado comercial, marcado pelo amplo oferecimento de produtos e serviços resultantes do contínuo processo de globalização.

Com o intuito de aprimorar o processo de aquisição, os grandes fornecedores e fabricantes investem crescentemente em estratégias de marketing que, mesmo de forma subconsciente, exercem um poder sedutor sobre o consumidor, instigando o desejo de adquirir determinado produto e/ou serviço.

O neuromarketing, em uma definição superficial, refere-se à exposição de um indivíduo a produtos, marcas ou propagandas, visando analisar, por meio de profissionais especializados, as reações que se alinham a determinados processos biológicos, seja por impulsos e/ou respostas.

Mendonça, Kozicki e Coelho propõem uma divisão da teoria comportamental do consumo em três fases cruciais: a) a própria teoria comportamental do consumo, b) a teoria psicanalítica e; c) a teoria cognitiva do consumo. Na primeira fase, destaca-se a necessidade de compreender,

primordialmente, o que se desenrola no subconsciente do consumidor para que ele esteja propenso a adquirir um determinado item, considerando também o ambiente em que vive. A segunda fase, fundamentada nos ideais de Freud, sugere que o consumo exacerbado é uma manifestação dos desejos inconscientes do ser humano, sendo que a simples aquisição proporciona uma forma de encerrar frustrações e conflitos.

a teoria psicanalítica, desta forma, chama a atenção não apenas para os motivos inconscientes da compra, mas também para o seu caráter expressivo, posto que os consumidores projetam seus desejos nos produtos ofertados. A escolha dos produtos, então, dá-se de acordo com a capacidade de estes satisfazerem, mesmo que parcial e temporariamente, os impulsos inconscientes. Com base nesse raciocínio, cabe aos profissionais de marketing criar estratégias que ressaltem características dos produtos que despertem o desejo inconsciente dos consumidores (Meireles *et al.*, 2006).

Para encerrar, a terceira e última fase consiste na teoria cognitivista do consumo, sendo esta a corrente preponderante no estudo do neuromarketing, compreendendo que o comportamento do consumidor está intrinsecamente relacionado à interação entre o produto, o próprio consumidor e seu ambiente.

Mendonça, Kozicki e Coelho destacam que esses fatores englobam elementos de ordem cognitiva, como percepção, aprendizado, atitudes e valores; aspectos socioculturais, como influência familiar; e também fatores provenientes do ambiente no momento da compra. Essa teoria é integrativa, uma vez que leva em consideração uma variedade de aspectos para explicar o comportamento do consumidor.

Nesse sentido, pode-se concluir que o neuromarketing se configura como uma nova disciplina científica voltada para compreender os motivos que influenciam o potencial consumidor durante o processo de compra, fazendo uso de artifícios psicológicos e sociais.

Em que pese o neuromarketing ser recente, estando ainda em seus primeiros passos, a verdade é que várias empresas multinacionais importantes estão investindo somas expressivas em pesquisas nesta área, a exemplo, da General Motors, Ford, Daimler, GE, Coca-Cola, McDonald's, K-Mart, Kodak, Levi-Strauss e Delta Airlines. Uma

técnica de neuromarketing que já é bastante comum é o branding sensorial, no qual os sentidos são seduzidos por aromas, por estímulos auditivos, visuais que forcem os consumidores a comprar, atuando sobre a própria fisiologia, tornando o ato de compra não uma ação refletida, mas imposição exigida pelo organismo levado à desejar a experiência de consumo do produto e o consequente sentimento de satisfação. Esse estado da arte permite perceber o neuromarketing como ponto central de uma discussão sobre questões éticas, as quais não são tratadas no marketing tradicional, pois que este trabalha, principalmente, com pesquisas qualitativas, enquetes, entrevistas, sempre atuando externamente ao indivíduo, buscando compreender o comportamento do consumidor a partir de elementos externos a este (Meyers *et al.*, 2006).

Nesse cenário, do ponto de vista do fornecedor/fabricante, a emergência dessa ciência, apesar de ser uma disciplina relativamente recente, revela-se altamente promissora, pois ela se utiliza de dados coletados com uma considerável precisão, alinhando-se ao objetivo primordial de qualquer grande empresa, que é vender produtos/serviços e maximizar os lucros.

Entretanto, é evidente que, nesse contexto, o produtor detém uma quantidade significativamente maior de informações em comparação ao seu público-alvo, resultando em uma condição assimétrica derivada de uma falha de mercado.

Contudo, do ponto de vista protetivo, esse tipo de estudo pode ser considerado invasivo, pois há a possibilidade de coletar dados, baseados em informações, dos quais o próprio consumidor pode não estar ciente.

Por outro lado, é incontestável que as “pesquisas” realizadas com base nessa nova técnica também têm o propósito de orientar as grandes empresas para um mercado mais compatível com os produtos que comercializam, visto que, nesse contexto, além de identificar os desejos dos consumidores, o neuromarketing direciona a empresa detentora de um determinado serviço ou produto para o nicho que melhor se adequa à atividade remuneratória por ela desenvolvida ou ao mercado que explora.

Fazendo um breve paralelo com a ciência da AED, pode-se argumentar que o neuromarketing transita em uma linha tênue entre a externalidade positiva e negativa, uma vez que a análise da técnica é influenciada significativamente pela perspectiva do observador e pela classe social a que este pertence.

Da mesma forma, não se pode ignorar que a utilização do neuromarketing suscita diversas questões de natureza ética, social, política e econômica, uma vez que, por ser uma técnica tão recente, não existem dispositivos jurídicos hábeis para regulamentá-la no ordenamento jurídico vigente.

Nesse contexto, surge um questionamento socioeconômico relevante: a decisão de compra decorre da necessidade incontestável de sobrevivência ou é motivada por um mero capricho, impulsionado pelo bombardeio publicitário excessivo?

Encerrando a discussão deste tópico, é inegável que o neuromarketing, uma técnica recentemente empregada, conduz o consumidor para o caminho da hipervulnerabilidade. Isso ocorre porque, sem conhecimento prévio, o subconsciente do consumidor é alvo de técnicas publicitárias agressivas, aumentando significativamente sua fragilidade em relação ao fornecedor, que se torna o elo mais frágil na relação de consumo.

Por fim, destaca-se que o neuromarketing não faz distinção entre os consumidores, atingindo tanto aqueles com capacidade de discernimento mais enfraquecida quanto os fornecedores com plena capacidade de discernimento.

Importante ressaltar que é necessário evitar a confusão entre neurociência e neuromarketing. Enquanto a neurociência se refere ao processo de investigação e compreensão do funcionamento do cérebro humano, o neuromarketing utiliza os princípios da neurociência para captar as reações fisiológicas do potencial consumidor. Nessa perspectiva, é possível afirmar que o neuromarketing se configura como um desdobramento da neurociência (Redação Blog do EAD, 2024).

Nesse cenário, não se pode negar que o neuromarketing emerge como um campo de estudo socioeconômico promissor, especialmente no âmbito da análise consumerista. Isso se deve ao fato de que essa abordagem utiliza as reações físicas inerentes aos seres humanos quando expostos a determinada marca, produto ou propaganda, fornecendo suporte aos profissionais envolvidos nesse domínio para melhor direcionamento de suas estratégias de vendas e campanhas.

No entanto, considerando-se que se trata de um campo promissor que, inevitavelmente, se utiliza do subconsciente do potencial consumidor, é imperativo realizar análises prévias sobre a real influência desse processo na intenção de compra do adquirente.

Por fim, diante do constante avanço tecnológico impulsionado pelo processo de globalização, torna-se essencial que o CDC esteja alinhado com as inovações que surgem contemporaneamente. Se necessário, medidas legislativas adicionais podem ser implementadas para regular de maneira adequada as áreas em expansão, como é o caso do neuromarketing.

CONCLUSÃO

Pois bem, verifica-se no presente trabalho, um esmiuçado panorama sobre as nuances e divagações acerca da AED, oriunda do pensamento Ronald Coase, bem como a sua sistematização quando posta em paralelo com as práticas consumeristas.

Salientou-se, precipuamente, acerca de seu advento, princípios e benefícios, especialmente no que se refere a auto-organização econômica, traço marcante de uma sociedade alinhada pela melhor alocação dos recursos, e a iminente busca diminuição dos prejuízos.

Adiante, delimitou-se acerca das falhas de mercado, esmiuçando algumas que as compõe, como os custos de transação, as induções econômica, entretanto, com protagonismo especial para a assimetria de informações, núcleo central desta pesquisa em desenvolvimento.

Todavia, cumpre-nos destacar que a sistematização da AED, em especial às falhas de mercado/assimetria de informações, não se restringe tão somente ao acima mencionado, sendo que, a depender do segmento, pode e deve ser efetivamente aplicada para uma melhor compreensão do que se pretende, seja em qual área de estudo for.

Justamente neste interregno, trazendo para uma aplicação mais prática e cotidiana, buscou-se a implementação das falhas de mercado no âmbito das relações de consumo, dissecando, por consequência, parte de seus fundamentos e dinâmicas, utilizando-se como fator preponderante a assimetria de informações e suas tipagens, exemplificando, ainda, com situações corriqueiras.

Não obstante, a assimetria de informações, em um simples recorte, caracteriza-se por uma condição em que determinada parte do negócio jurídico obtém mais informações do que a outra, podendo-se dividir, ainda, em duas subespécies, consistentes na seleção adversa e no risco moral.

Mais à frente, traçou-se um importante panorama acerca da hipervulnerabilidade do consumidor, que se consolida a partir de uma agravante ao

já estado de debilidade do agente adquirente, devidamente consagrado no princípio da vulnerabilidade no código consumerista.

Em última análise, como já amplamente debatido, abordou-se a técnica do neuromarketing como um possível desdobramento das falhas de mercado, mais precisamente, no que se refere à assimetria de informações, e de que modo essa prática poderia potencializar ainda mais a hipervulnerabilidade do consumidor, quando a ela exposto.

Por derradeiro, em que pese serem absolutamente necessárias diversas discussões sobre o tema deste artigo, esta pesquisa inequivocamente se mostra uma inesgotável fonte de questionamentos, padecendo, portanto, de aprofundamento em diversas vertentes dentre as que lhe compõem, capazes, inclusive, de darem azo à diversas pesquisas científicas que serão de suma importância para sua melhor compreensão, tendo em vista a sua transversalidade com os mais variados aspectos.

REFERÊNCIAS

Akerlof, G. A. (1970). The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488-500.

Alves, H. (2008). Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, 5(2), 281-303.

Caliendo, P. (2008). *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Elsevier.

Coase, R. H. (1937). The nature of the firm. *Economica*, 4(16), 386-405.

Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.

Grau, E. R. (2017). *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros.

Heineck, C. (2009). A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor (RDC)*, 18(70), 139-171. <https://core.ac.uk/download/pdf/322641469.pdf>.

Lima, A. M. y da Silva, H. A. (15 de julio de 2006). O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: Origem e consequências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. *Jus*. <https://jus.com.br/artigos/8648/o-principio-da-vulnerabilidade-e-a-defesa-do-consumidor-no-direito-brasileiro>.

Lima, C. (2014). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. Editora Revista dos Tribunais.

Meireles, R., Caldas, G., Gonçalves, J. M. y Haddad, H. (2006). *Comportamento do consumidor e pesquisa de mercado*. Editora FGV.

Morishita, R. (2005). *Defesa do consumidor na América Latina: Atlas geopolítico*. Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/Anexos/atlas-geopolitico-2005.pdf>.

Oliveira, R., Barros, D. F., de Oliveira, T. M. y de Oliveira, D. (2021). Uma discussão necessária sobre a vulnerabilidade do consumidor: Avanços, lacunas e novas perspectivas. *Cad. EBAPE.BR.*, 19(1). <https://www.scielo.br/j/cebape/a/TqJ8X8WvJysZ3TKDJm5PwnB/>.

Pasqualotto, A. y Rampazzo, F. (2017). Consumidor hipervulnerável: Análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, 26(113), 81-109. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116712>.

Pellegrini, A., Gomes, V. y Ferreira, J. (2001). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Editora Forense.

Redação Blog do EAD (13 de junio de 2024). *Neuromarketing: o que é e como aplicar*. *Blog do EAD*. <https://ead.faesa.br/blog/neuromarketing>.

Reis, T. (20 de noviembre de 2018). O que é uma falha de mercado e o que pode ser feito para corrigi-la? *Suno*. <https://www.suno.com.br/artigos/falha-de-mercado/>.

Reis, T. (18 de enero de 2019). Assimetria de informação: entenda como funciona essa falha de mercado. *Suno*. <https://www.suno.com.br/artigos/assimetria-de-informacao/>.

Smith, N. C. y Cooper-Martin, E. (1997). Ethics and target marketing: The role of product harm and consumer vulnerability. *Journal of Marketing*, 61(3), 1-20.

Vanzella, M. (2009). As falhas de mercado diante da análise econômica do direito ambiental e do patrimônio cultural como bens coletivos. *Universitas*, 2(2), 81-94.

Venâncio, A. (1998). *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Renovar.

Zylbersztajn, D. y Sztajn, R. (2005). *Direito & economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Elsevier.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

CONCEPTUAL FOUNDATIONS FOR
CONDUCTING ANTI-CORRUPTION EXPERTISE
IN PUBLIC ADMINISTRATION IN UKRAINE

MARCO CONCEPTUAL PARA LA REALIZACIÓN DE PERITAJES
ANTICORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE UCRANIA

MARCO CONCEITUAL PARA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA
ANTICORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA UCRÂNIA

IHOR DIORDITSA*
YURIY ONISHCHYK**
VIKTOR DASIUK***

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a9

* Professor, Doctor of Science in Law, Professor of the Department of Private and Public Law, Kyiv National University of Technologies and Design, Kyiv (Ukraine). Google Scholar: https://scholar.google.com.ua/citations?user=m_diuTAAAAAJ&hl=uk, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7765-6591>, correo electrónico: dior-law@ukr.net

** Professor, Doctor of Science in Law, Head of the Department of Private and Public Law, Kyiv National University of Technologies and Design, Kyiv (Ukraine). Google Scholar: <https://scholar.google.com.ua/citations?hl=uk&user=qTGtMmIAAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3355-3392>, correo electrónico: onishchyk.yv@knutd.edu.ua

*** PhD in Law, Assistant of the Department of Private and Public Law, Kyiv National University of Technologies and Design, Kyiv (Ukraine). ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3549-9819>, correo electrónico: dasiukv@gmail.com

Abstract

In the article, the authors research the conceptual foundations for conducting anti-corruption expertise in public administration in theoretical and practical aspects. The relevance of the research is due to the fact that today the corruption-prone properties of normative legal acts are a problem which requires coherence and systematic anti-corruption activities of all authorized subjects of power. The authors define the legal nature, concept, features and types of anti-corruption expertise in public administration. The subjects of anti-corruption expertise in public administration are identified. The procedure and stages of anti-corruption expertise are analysed. It is concluded that the procedure for conducting anti-corruption expertise in public administration is a procedure established by law for the activities of authorised entities to analyse, verify and evaluate current regulations and draft regulations for compliance with corruption-related factors.

Keywords: public administration, anti-corruption expertise, corruption, anti-corruption policy, administrative procedure.

Resumen

En el artículo, los autores investigan los fundamentos conceptuales para llevar a cabo la pericia anticorrupción en la administración pública, teniendo en cuenta tanto aspectos teóricos como prácticos. La relevancia de la investigación radica en que, en la actualidad, las propiedades propensas a la corrupción de los actos normativos legales son un problema que requiere actividades anticorrupción coherentes y sistemáticas por parte de todos los sujetos de poder autorizados. Los autores definen la naturaleza jurídica, el concepto, las características y los tipos de pericia anticorrupción en la administración pública. Identifican los sujetos de la pericia anticorrupción en la administra-

ción pública. Analizan el procedimiento y las etapas de la pericia anticorrupción. Y concluyen que el procedimiento para realizar la pericia anticorrupción en la administración pública es un proceso establecido por ley para que las entidades autorizadas analicen, verifiquen y evalúen las normativas vigentes y los proyectos de normativa en función de su cumplimiento con los factores relacionados con la corrupción.

Palabras clave: administración pública, pericia anticorrupción, corrupción, política anticorrupción, procedimiento administrativo.

Resumo

No artigo, os autores investigam os fundamentos conceituais para a realização da perícia anticorrupção na administração pública, tanto em aspectos teóricos quanto práticos. A relevância da pesquisa reside no fato de que, atualmente, as propriedades propensas à corrupção dos atos normativos legais constituem um problema que exige atividades anticorrupção coerentes e sistemáticas por parte de todos os sujeitos de poder autorizados. Os autores definem a natureza jurídica, o conceito, as características e os tipos de perícia anticorrupção na administração pública. São identificados os sujeitos da perícia anticorrupção na administração pública. O procedimento e as etapas da perícia anticorrupção são analisados. Conclui-se que o procedimento para a realização da perícia anticorrupção na administração pública é um processo estabelecido por lei para que as entidades autorizadas analisem, verifiquem e avaliem as normativas vigentes e os projetos de normativas quanto ao seu cumprimento com os fatores relacionados à corrupção.

Palavras-chave: administração pública, perícia anticorrupção, corrupção, política anticorrupção, procedimento administrativo.

INTRODUCTION

Corruption is a dangerous phenomenon that poses a threat to Ukraine's national security and democratic development, and has a negative impact on all spheres of public life. In order to overcome corruption, the state must carry out effective activities aimed at preventing corruption and eliminating the causes and conditions for the spread of corruption.

Corruption can be of different types, public or private, individual or multi-person, and it can be white-most people do not consider it corruption, black-everyone considers it corruption, or grey-some people consider it corruption and others do not. It can also be grand corruption, when it affects central levels of government, or petty corruption, when it involves exchanging small amounts of money, providing small services, employing family members or friends, etc. (Madrid, 2023, p. 203).

One of the main factors that may contribute to the emergence of corruption in the state is regulatory acts. Today, the corruption-prone properties of normative legal acts are a problem that requires coherence and systematic anti-corruption activities of all authorised public authorities. Anti-corruption expertise is intended to identify and eliminate corruption-prone factors in legal acts as a preventive measure to prevent corruption, aimed at eliminating the causes that facilitate the commission of corruption or corruption-related offences.

The existence of corruption norms in legal acts is due to legal uncertainty of the essence and peculiarities of anti-corruption expertise. Reducing the level of corruption by eliminating the preconditions for corruption through the use of such a preventive tool as anti-corruption expertise is possible provided that proper legal regulation of this special type of activity in the field of public administration in general and improvement of anti-corruption expertise in public administration in particular is established.

THEORETICAL FRAMEWORK AND LITERATURE REVIEW

The issues of preventing and combating corruption are covered by the works of such scholars of various branches of law as Filatov (2022), Garashchuk (2010), Dashkovska (2015), Zayats (2021), Ivanov (2019), Kolomoiets (2019), Lysenko (2014), Luhovyi (2023), Maslova (2022), Nevmerzhytskyi (2008), Novikov (2020), Odyntsova *et al.* (2021), Oliynyk & Onishchuk

(2023), Onishchuk (2023), Romaniuk (2018), Rostovska (2019), Smetanina & Maaluli (2019), Trepak (2020), Khabarova (2019), Shatrava (2012), Zari-chanskyi (2023), etc.

Despite the considerable interest of scholars in the issues of preventing and combating corruption, many issues still remain fragmented and require scientific study, and this fully applies to anti-corruption expertise as one of the measures to prevent corruption. All of the above circumstances in their entirety necessitate a study of the conceptual foundations of anti-corruption expertise in public administration in Ukraine.

METHODOLOGY

The research was conducted using general scientific and special methods. The formal logical method was used to study the prevention of corruption as a special type of activity in public administration, and the peculiarities of forming the conceptual and categorical apparatus of the theory of the State's anti-corruption policy. Using the dialectical method, the author defines the legal nature, concept, features and types of anti-corruption expertise in public administration, and also clarifies the procedure for conducting anti-corruption expertise in public administration. The structural-functional method was used to determine the specific features of legal regulation of subjects of anti-corruption expertise in public administration. The comparative legal method was used to analyse the powers of the subjects of anti-corruption expertise in public administration. The methods of modelling, analysis and synthesis were used to develop the directions for improving the legal regulation of anti-corruption expertise in public administration.

RESULTS AND DISCUSSION

Legal Understanding of the Concepts of "Procedure" and "Administrative Procedure"

One of the most important guarantees of effective anti-corruption expertise is a clear regulation of its procedural aspect.

In the terminological literature, the definition of "procedure" is interpreted as a series of actions (Busel, 2002, p. 997); the course of doing something (New explanatory dictionary of the Ukrainian language, 2003,

p. 828); an officially established or customary procedure for carrying out, performing or processing something (Slipushko, 2007, p. 63); the order, succession, sequence in performing relevant actions to achieve a certain result (Shemshuchenko, 2003, pp. 185-186).

In the legal literature, the category of “procedure” is defined as follows: a procedure regulated by law and other legal acts, consisting of sequential actions and aimed at achieving a legal result; an independent integral formation regulated by legal norms, which determines the procedure for the implementation of socially and legally significant actions by the subjects of specific social relations and ensures normatively ordered regulation of social relations (Galitsyna, 2010, pp. 163-177).

Legal procedure is characterised by the following features (Nikolina, 2012, p. 45.): 1) focused on achieving a specific legal result; 2) consists of acts of behaviour that constantly change each other, and, like activities, is internally structured by legal relations; 3) has a model (programme) of its development, previously established at the normative or individual level; 4) hierarchically constructed; 5) constantly in dynamics, development; 6) has a service character: it is a means of realisation of the main relation; 7) legal procedure is a special type of legal relations of a procedural nature; 8) it is holistic in nature, as it consists of a certain sequence of actions of the subjects of legal procedure; 9) it arises on the basis of the law and has an official legal nature; 10) the procedure for carrying out legal procedure is regulated by the relevant procedural rules of law; 11) it has its own purpose, which is to change legal reality; 12) has an intellectual and volitional character, as it depends on the consciousness and will of the subject of legal procedure; 13) determines the sequence of activities of the subjects of legal procedure; 14) the result of the legal procedure is the exercise of rights, freedoms, legitimate interests of the subject of law or the fulfilment of legal obligations; 15) is manifested in legal activity; 16) is a set of consecutive acts of behaviour, each of which causes relevant local consequences, which affects the content and effectiveness of the entire legal procedure.

The procedure for conducting anti-corruption expertise in public administration is administrative in nature, since it is inherent in its public law nature and one of the mandatory participants in such expertise is a subject of administrative relations.

The science of administrative law has different approaches to understanding the concept of “administrative procedure”. Thus, according to Shko-

lik (2007, p. 123), administrative procedure is a procedure for performing actions by public administration bodies enshrined in the rules of administrative law. Tymoshchuk (2003, p. 198) argues that administrative procedure is a procedure established by law (officially) for consideration and resolution of administrative cases by administrative bodies aimed at adopting an administrative act or concluding an administrative agreement. In turn, Kolo-moyets (2011, p. 220) believes that administrative procedure is a procedure established by administrative procedural rules for the activities of authorised subjects to consider and resolve individually determined cases. Instead, Galitsyna (2010) understands administrative procedure as the rules, procedure and conditions established by law for performing procedural actions for consideration, resolution and adjudication of a specific administrative case in the field of public administration. Administrative procedure is also defined as the procedure established by law for consideration and resolution of individual administrative cases by public administration bodies in order to ensure the rights and freedoms, legitimate interests of individuals and legal entities, and the normal functioning of civil society and the State (Galunko, 2011, p. 276).

In the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expert Examination of Draft Regulatory Legal Acts, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on 8 December 2009, No. 1346, administrative procedure was defined as a procedure established in an act for individuals and legal entities to act in order to exercise their rights and perform their duties or to determine the powers of a state body, its official and employee (CMU, 2009). Art. 2 of the Law of Ukraine “On Administrative Procedure” (2022) establishes that administrative procedure is a procedure for consideration and resolution of a case determined by law.

Today, the procedure for conducting anti-corruption expertise is reflected in CMU Resolution No. 950 “On Approval of the Regulations of the Cabinet of Ministers of Ukraine” dated 18 July 2007, Order of the Ministry of Justice No. 383/5 “Some Issues of Anti-Corruption Expertise” dated 18 March 2015, Order of the Ministry of Justice No. 1395/5 “On Approval of the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise” dated 24 April 2017, Order of the NACP dated 29 July 2020 No. 325/20 “On Approval of the Procedure for Conducting Anti-Corruption Expertise by the National Agency on Corruption Prevention”, Order of the NACP dated 18 May 2023 No. 109/23 “On Approval of the Methodology for Conducting Anti-Corruption

Expertise by the National Agency on Corruption Prevention”. The current legislation does not regulate the procedure for conducting an anti-corruption assessment by the Anti-Corruption Committee and the public.

It should be noted that the relevant orders of the Ministry of Justice do not detail the procedure for conducting an anti-corruption expert assessment. For example, the Order of the Ministry of Justice of 18 March 2015 No. 383/5 “Some Issues of Anti-Corruption Expertise”, which approved the Procedure for Conducting Anti-Corruption Expertise, refers to the objectives of anti-corruption expertise, general issues of anti-corruption expertise of existing regulatory legal acts, anti-corruption expertise of regulatory legal acts subject to state registration, and anti-corruption expertise of draft regulatory legal acts. Order of the Ministry of Justice No. 1395/5 of 24 April 2017 “On Approval of the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise” defines typical types, criteria and methods of assessment, as well as ways to identify and eliminate corruption factors in regulatory acts and draft regulatory acts.

Procedure for Conducting Anti-Corruption Expertise in Public Administration by the Ministry of Justice of Ukraine

The anti-corruption expertise of existing regulations is carried out in accordance with an annual plan approved by the Ministry of Justice by 31 December. The plan for conducting anti-corruption expertise of current regulatory legal acts for the respective year is prepared by the structural unit responsible for conducting anti-corruption expertise on the basis of proposals justified by the need for anti-corruption expertise submitted by structural units of the Ministry of Justice and formed taking into account proposals received from state authorities, authorities of the Autonomous Republic of Crimea, local self-government bodies, enterprises, institutions, organisations independently of the Ministry of Justice. If additional proposals are received that are justified by the need for anti-corruption expertise, the approved annual plan is subject to appropriate adjustment. The anti-corruption expertise of current regulatory legal acts formed on the basis of proposals received from state bodies, authorities of the Autonomous Republic of Crimea, local self-government bodies, enterprises, institutions, organisations regardless of ownership and citizens is carried out by structural units of the Ministry of Justice in accordance with their competence. Based on the

results of the anti-corruption expertise of the current legal act, the Ministry of Justice prepares a conclusion of the anti-corruption expertise of the current legal act and sends it to the CMU for consideration. In order to conduct anti-corruption expertise of existing legal acts, the Ministry of Justice may engage, in accordance with the established procedure, experts from state bodies, other enterprises, institutions, organisations, as well as experts from international organisations and representatives of public associations (upon consent). The results of the anti-corruption expertise of existing legal acts are published on the official website of the Ministry of Justice within ten calendar days (Ministry of Justice of Ukraine, 2015).

The anti-corruption expertise of regulatory legal acts of state bodies whose regulatory legal acts are subject to state registration is carried out during such registration. The results of the anti-corruption expertise of a regulatory legal act are indicated in the conclusion on state registration, revision, or refusal of state registration of the relevant act (Ministry of Justice of Ukraine, 2015).

The anti-corruption expertise of draft legal acts is carried out as an integral part of their legal expertise by the structural units of the Ministry of Justice whose powers include legal expertise. The results of the anti-corruption expertise of a draft legal act are reflected in the opinion of the Ministry of Justice on the results of its legal expertise, which makes a general conclusion about the presence of corruption factors and provides suggestions on possible ways to improve the draft legal act if they are identified (Ministry of Justice of Ukraine, 2015).

In the course of anti-corruption expertise, the Ministry of Justice identifies and assesses the following corruption-prone factors: 1) unclear definition of functions, rights, duties and responsibilities of state and local authorities, persons authorised to perform state or local government functions; 2) creation of excessive burdens for recipients of administrative services; 3) absence or unclear administrative procedures; 4) absence or shortcomings of competitive (tender) procedures. When assessing the identified corruption-prone factors, the expert must take into account the type of law-making activity and, accordingly, the type of legal act or draft legal act containing corruption-prone factors. From this point of view, all legal acts are divided into four groups (depending on the threat of corruption factors, starting with the lowest): laws of Ukraine; legal acts of the President of Ukraine; legal

acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine; legal acts of other state authorities and local self-government bodies (Ministry of Justice of Ukraine, 2017).

If the above corruption-prone factors are identified, the expert is obliged to formulate recommendations for their elimination. The identified corruption-prone factors may be eliminated by: specifying the provisions of a legal act or draft legal act; including in the legal act or draft legal act reference provisions that require the use of provisions of other legal acts; reflecting in the legal act or draft legal act detailed (complete) procedures (Ministry of Justice of Ukraine, 2017).

To identify corruption-prone factors in a legal act or a draft legal act, corruption-prone indicators are established. When identifying corruption-prone factors in a legal act or a draft legal act, the expert must take into account that the characteristics of most of these factors are interrelated. Thus, one and the same corruption potential indicator (a specific regulatory provision) may indicate the presence of different corruption-prone factors in a legal act or draft legal act. For example, a regulatory provision that gives a person authorised to perform the functions of the state or local self-government the right to request additional materials and information from individuals and legal entities at their discretion, without specifying the purpose, timeframe and grounds for making such a decision depending on the content of the regulatory act or draft regulatory act, may be an indicator of unjustified discretionary powers and imperfect administrative procedures. In this case, the assessment of a regulatory provision is carried out in relation to each corruption-prone factor to which it can be attributed (Ministry of Justice of Ukraine, 2017).

Instead, the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise of Draft Legal Acts, approved by CMU Resolution No. 1346 of 8 December 2009, states that anti-corruption expertise of draft acts is carried out in three stages: the first is a general assessment of the draft act; the second is an anti-corruption assessment of the provisions of the draft act; the third is the preparation of a conclusion and the development of recommendations for eliminating corruption factors. The first stage determines whether the draft act belongs to projects with a potentially high degree of corruption risks, provides a general description of the draft act, assesses the level of justification for its adoption, determines whether the draft act complies with the requirements of the Law of Ukraine “On Principles of Preventing and Combating Corruption”, and analyses the results of a public anti-corruption expert review, if conducted. At the

second stage, each provision of the draft act is assessed for corruption-prone factors, the completeness of the regulation of social relations that are the subject of the draft act, as well as the degree of internal consistency and accessibility of the provisions of the draft act, the identified corruption-prone factors are identified and their impact on the possibility of creating preconditions for committing a corruption offence is assessed. At the third stage, a conclusion is drawn up in the form established by CMU Resolution No. 1057 of 16 September 2009 “Issues of Implementation of the State Anti-Corruption Policy”, as well as recommendations for eliminating corruption factors and possible ways to eliminate them (CMU, 2009).

The Procedure for Conducting Anti-Corruption Expertise in Public Administration by the National Agency on Corruption Prevention

The general issues of conducting anti-corruption expertise are contained in the NACP Order No. 325/20 of 29 July 2020 “On Approval of the Procedure for Conducting Anti-Corruption Expertise by the National Agency on Corruption Prevention”.

The NACP may conduct anti-corruption expertise of draft acts submitted to the VRU or the CMU on its own initiative. The NACP monitors legislative acts and draft acts submitted to the VRU or the CMU for consideration in order to identify corruption-prone provisions. The NACP monitors legislative acts and draft acts submitted to the VRU or the CMU in accordance with the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise approved by the NACP. If the monitoring of draft acts submitted to the VRU or the CMU reveals corruption-prone provisions, the NACP conducts an anti-corruption expert review of such draft acts. The NACP informs the relevant VRU or CMU committee of the anti-corruption expertise of the relevant draft act, which is the basis for suspending the procedure for its consideration or adoption, but for a period not exceeding 10 calendar days. The NACP Head or the person performing his/her duties informs the relevant VRU or CMU committee about the anti-corruption expertise of the relevant draft act. The starting date of the anti-corruption expertise of the draft act is the next calendar day after the day of such notification. The anti-corruption expertise of the draft act must be completed within no more than 10 calendar days from the date of its commencement (NACP, 2020).

Representatives of the Public Council under the NACP are involved in the anti-corruption review of draft acts. The NACP informs the Public Council of the anti-corruption expertise of the relevant draft acts no later than the next business day after the start of the anti-corruption expertise. The Public Council submits substantiated proposals to the NACP no later than 4 calendar days before the end of the anti-corruption expertise of the draft act. The proposals submitted by the Public Council are considered when preparing the NACP's anti-corruption expertise conclusions. The NACP may engage experts from state bodies, enterprises, institutions, organisations, as well as experts from international organisations, representatives of public associations, with their consent, to conduct anti-corruption expertise of draft acts (NACP, 2020).

The results of the anti-corruption expertise of the draft act are set out in the conclusion of the anti-corruption expertise, which includes: the full name of the draft act, its registration number (if any), date and initiators of submission to the VRU or the CMU; the essence of the main provisions of the draft act with a list of issues to be regulated by it; provisions of the draft act containing corruption-related factors, with appropriate justification, as well as forecasting possible negative consequences of the implementation of such provisions; recommendations on possible ways to The conclusion of the anti-corruption expertise is signed by the Head of the NACP or a person acting as such. The NACP sends the conclusions of the anti-corruption expertise to the relevant committee of the VRU or the CMU no later than the next day after the date of their signing. The conclusion of the anti-corruption expertise is subject to publication within 5 days after its signing on the official website of the NACP (2020).

However, the NACP Order of 18 May 2023 No. 109/23 "On Approval of the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise by the National Agency on Corruption Prevention", in addition to the standard criteria, methods of assessment, identification and elimination of corruption-prone factors in draft legal acts submitted to the VRU or the CMU, also defines the procedure for conducting anti-corruption expertise by the NACP of draft acts and existing legal acts.

According to Section II of the NACP Order of 18 May 2023 No. 109/23 "On Approval of the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise by the National Agency on Corruption Prevention", the anti-corruption expertise procedure carried out by the NACP consists of the following stages:

monitoring of draft acts (existing acts) for signs indicating the need for an expertise; expertise of the draft act (NACP, 2023).

Monitoring is carried out in relation to: draft acts submitted to the NACP in accordance with § 37-2 of the CMU Regulations, approved by the CMU Resolution of 18 July 2007 No. 950, by the bodies that submit draft acts to the CMU; draft acts submitted to the VRU for consideration, prepared for the first or second reading; draft acts submitted to the CMU that have not been submitted to the NACP for examination; and existing acts (NACP, 2023).

Monitoring of draft acts (effective acts) is carried out by the NACP experts in accordance with Annex 1 to this Methodology. If the monitoring reveals signs indicating the need for an expert review, the draft act (current act) is analysed in accordance with Annexes 2, 3 to this Methodology and one of the following decisions is made: the NACP conducts an expert review of the draft act (part five of Article 55 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”); the NACP submits proposals to the Ministry of Justice to include the current act in the plan for conducting an anti-corruption expert review (part nine of Article 55 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”) (NACP, 2023).

The examination of the draft act involves sending a letter on the commencement of the examination of the draft act to: the Main Committee of the VRU and the Anti-Corruption Committee; the CMU in the manner and within the time limits specified in paragraph 2 of § 37-1 of the CMU Regulations; and the Public Council under the NACP. At the same time, the draft act, comparative table (if any) and explanatory note received by the NACP in accordance with § 37-2 of the CMU Regulation are additionally sent to the Public Council (NACP, 2023).

The day of the beginning of the term for the examination of the draft act is the next calendar day after the day of such notification. The examination of the draft act must be completed within no more than 10 calendar days from the date of the start of the examination period. Based on the results of the examination, recommendations are developed on possible ways to eliminate the corruption-prone factors identified in the draft act, indicating specific ways to eliminate them in accordance with Section V of this Methodology. The results of the examination of the draft act are set out in the conclusion of the anti-corruption expertise. The conclusion is sent to the main committee of the VRU and the Anti-Corruption Committee, or to the CMU and the developer (NACP, 2023).

Communication of the expertise and its results is carried out through: posting information on the start of the expertise of the draft act on the NACP website, as well as informing the interested parties; publication of the conclusion on the NACP website; preparation of analytical reviews, infographics and publication on the NACP website; public discussion of the results of the expertise, etc. The effectiveness of the expert review is determined by assessing whether the subject of the relevant act has taken into account the NACP's recommendations aimed at eliminating the corruption-prone factors identified in the draft act. The NACP's recommendations are considered to have been taken into account if the draft act is revised to take into account the recommendations provided by the NACP (, 2023).

Corruption-prone factors that may be contained in the provisions of the draft act include: 1) establishing or expanding discretionary powers of a state or local government body or a person authorised to perform state or local government functions, in the absence of defining exhaustive cases, grounds, forms, terms, procedure for exercising such powers, control over their exercise and liability for possible abuses in their exercise; 2) vesting powers that are already vested in other state or local authorities or persons authorised to perform state or local government functions (duplication of powers), which creates competition between the authorities concerned and uncertainty about the entity on which they are vested; 3) delegation of powers of public authorities or local self-government bodies to private entities, as well as to advisory, consultative and other auxiliary bodies established on a permanent or temporary basis; 4) unreasonable establishment of provisions of a referential nature by means of lower-level legal acts; 5) creation of conditions for mandatory personal contact of individuals (legal entities) or their representatives with the subject of authority; 6) unclear, in violation of the principle of legal certainty, regulation of the rights, duties or responsibilities of individuals (legal entities) in any area of legal regulation; 7) creation of obstacles for recipients of administrative, educational, social or other public services, absence or restriction of the right to appeal against a decision of a public authority; 8) unjustified establishment of privileges, advantages for individuals (legal entities); 9) legal conflict in legislation: a contradiction between different provisions of the same legal act or between provisions of different legal acts of equal legal force in resolving the same issue, which allows for different interpretation of the provisions; 10) inconsistency of the provisions of a legal act with the provisions of a legal act

with higher legal force or international treaties of Ukraine; 11) use of legal constructions of an evaluative nature and words that allow for non-exhaustive regulation; 12) complication of implementation of measures to prevent or combat corruption provided for by law; 13) unreasonable application of exceptions to anti-corruption requirements, prohibitions and restrictions to certain categories of persons, restrictions on control, monitoring and other measures to prevent or combat corruption; 14) introduction of legal regulation that will allow avoiding criminal, administrative, disciplinary and civil liability; 15) unreasonable narrowing of the content or scope of the existing powers of specially authorized entities in the field of anti-corruption; 16) non-compliance with the procedure for development, approval and adoption of regulatory legal acts of the executive body, including restriction of participation of individuals (legal entities), their associations in public discussion; 17) unreasonable and inappropriate provision of advisory and/or intermediary services in any area of regulation; 18) the draft act was developed in the absence of a justified need for state regulation in the proposed area (NACP, 2023).

The NACP's Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise also identifies corruption factors in certain areas of regulation, namely: corruption factors in corporate governance; non-transparent procedure for appointing/dismissing managers and members of governing bodies of state unitary enterprises and business companies in which more than 50 per cent of shares (stakes) are owned by the state; unclear distribution of powers of governing bodies and/or officials and/or complications in bringing them to legal liability.

The identified corruption factors can be eliminated by: excluding provisions of the draft act that contain corruption factors, either alone or in combination with other provisions; improving the provisions of the draft act in light of the recommendations provided by the NACP; preparing a new draft act that takes into account the recommendations provided by the NACP at the development stage.

In order to eliminate the corruption-prone factors identified in the draft act, the NACP makes the following recommendations: to exclude from the draft act provisions that give the authority excessive, uncharacteristic discretionary powers, as well as provisions that allow for discretionary decision-making; to provide for the basic requirements for regulating the provision of administrative services when using discretionary powers, including

the timing, grounds and procedure for making decisions; to exclude from the draft act provisions of a referential nature-to formulate the relevant requirements and rules, and to define the procedures directly in the draft act; exclude provisions relating to the delegation of powers of public authorities or local self-government bodies to private entities; exclude provisions that provide for personal contact of individuals (legal entities) or their representatives with a public authority; specify the regulation of the rights, duties or responsibilities of persons applying for an administrative service; to define or clarify the procedure for appealing a decision of a public authority; to exclude from the draft act provisions that give administrative service providers the right to demand from individuals (legal entities) documents or information in the possession of the administrative service provider or in the possession of state authorities, authorities of the Autonomous Republic of Crimea, local self-government bodies, enterprises, institutions or organisations under their management; define an exhaustive list of types and forms of decisions to be made by the public authority, as well as the terms and procedure for decision-making; ensure that the public authority properly (in advance) informs individuals (legal entities) about certain actions, decisions concerning their rights, obligations and legitimate interests; eliminate legal conflicts by excluding relevant provisions from the text of the draft act; other recommendations aimed at eliminating identified corruption factors (NACP, 2023).

Procedure for Conducting Anti-Corruption Expertise in Public Administration by Public Experts

Regarding the procedure for conducting a civic anti-corruption assessment, it should be noted that in 2012, a number of Ukrainian non-governmental organisations led by Transparency International Ukraine with the support of the United Nations Development Programme in Ukraine developed the Methodology for Conducting a Civic Anti-Corruption Assessment (Osyka *et al.*, 2012), which describes the concept, subject, object, subjects and grounds for conducting a civic anti-corruption assessment; the concept and features of a regulatory legal act; the main corruption-prone factors contained in regulatory legal acts; preparation of a conclusion based on the results of a public anti-corruption expert assessment.

The activities of public experts in conducting anti-corruption expertise include several steps: 1) analysis of compliance of the draft legal act with

formal features (details of the act undergoing public anti-corruption expertise; developer of the legal act; grounds for reviewing the act; subject matter of the act under review; assessment of the competence of the public authority that adopted the act; compliance of the act's content with the Constitution of Ukraine and its laws); 2) analysis of the procedure for drafting a regulatory act, including interaction with civil society (draft regulatory acts of important public importance and relating to constitutional rights, freedoms, interests and obligations of citizens; acts that provide for the granting of benefits or restrictions for business entities and civil society institutions, exercise of local self-government powers delegated to executive authorities by the relevant councils; draft regulatory acts of consultations); 3) holding consultations with experts in the field of regulatory legal acts (the results of consultations with industry experts are reflected in the expert opinion, including information on specific and illustrative examples of corrupt practices in the application of existing legal acts); 4) assessment of the act for corruption factors (analysis of corruption factors, in particular: a list of provisions in which corruption factors are identified; description of corruption factors identified in the provisions; description of possible manifestation of corruption factors in the application of a particular legal provision; indication of positions held by persons who may use this corruption factor to commit corruption; recommendations for the elimination of corruption-prone factors and the elimination (correction) of corruption-prone norms; the presence of preventive (warning) anti-corruption norms in the analysed legal act and recommendations for their inclusion (Osyka *et al.*, 2012).

The following main corruption-prone factors are identified in the course of a public anti-corruption expertise: 1) incorrect definition of functions, powers (duties) and responsibilities of certain subjects (state authorities, local self-government bodies, their officials and employees, other persons covered by the Law "On Prevention of Corruption"): definition of competence by the formula "has the right"; breadth of discretionary powers; excessive freedom of by-law rule-making; lack of liability for offences; 2) conflicts and flaws in legislative technique: conflicts; corruption-generating flaws in legislative technique; 3) gaps in regulation: gaps in substantive law; lack or insufficiency of control and transparency; lack or insufficiency of administrative and judicial procedures; lack or insufficiency of competitive (auction) procedures; 4) incorrect definition of the conditions for exercising the right belonging to the person receiving public services (unjustified bur-

dens in its exercise) or the conditions for fulfilling an obligation; 5) false objectives of the draft law (Ukrainian Law Society, 2014).

Stages of Anti-Corruption Expertise in Public Administration

The procedure for conducting an anti-corruption expertise consists of certain stages. A stage is a relatively independent set of sequentially performed, interrelated procedural actions that are united by the purpose of obtaining a certain legal result (Goncharuk, 2004, p. 93). A stage can also be described as a relatively independent part of successive procedural actions, which, along with general tasks, has inherent goals and features relating to the participants to the process, their rights and obligations, the timing of procedural actions and the nature of procedural documents that are drawn up in the relevant administrative act (Kuzmenko, 2005, p. 17). The stages are of particular importance because they reflect the logical sequence of development of the relevant administrative proceedings. The stages follow each other, and each previous stage lays the foundation for the next one. Stages differ from each other in terms of their goals, objectives, circle of participants, range of procedural actions, legal consequences of the stage, etc. (Guberska, 2015, p. 13).

Khomenko (2015, p. 145), studying the procedure for the adoption of normative acts by local self-government bodies, identifies the following stages of their adoption: a) initiation and preparation of a draft normative act; b) consideration and adoption of a normative act; c) registration of a normative act; d) publication of a normative act.

Y. Maslova notes that the procedural anti-corruption expertise of draft legal acts submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine by MPs includes the following stages: 1) initial, which begins with the receipt of the draft legal acts by the Anti-Corruption Committee and includes the following procedural steps: fixing the receipt by registration by the secretariat, transferring the draft legal act by the head of the Anti-Corruption Committee secretariat (or his deputy) to the direct executor with a preliminary mark in the registration documents; 2) the main one, which starts from the moment the direct executor of the draft legal act receives it and includes the following procedural steps: replicating the draft by sending it to the members of the Anti-Corruption Committee, preparing a draft expert opinion on the compliance of the draft act with the requirements of anti-corruption legislation, conducting

additional consultations on the provisions of the draft law with the subject of the right of legislative initiative and other entities, comparing the provisions of the draft with the provisions of legislative acts of Ukraine related to anti-corruption legislation; 3) final, which begins from the moment the draft decision of the Anti-Corruption Committee is formed on the compliance of the draft legal act with the requirements of anti-corruption legislation or the presence of corruption factors and includes the following procedural steps: drafting a decision of the Anti-Corruption Committee, notifying the subject of the right of legislative initiative and inviting him/her to participate in the meeting of the Anti-Corruption Committee to consider the relevant draft act, sending a conclusion to the Anti-Corruption Committee on the draft act as intended (Maslova, 2021, pp. 279-280).

The activities that form the content of the mandatory anti-corruption expertise are set out in the Methodology for Conducting Anti-Corruption Expertise, approved by Order of the Ministry of Justice No. 1395/5 of 24 April 2017. Accordingly, during the anti-corruption expertise, the existing corruption indicators are identified, which is a sign of a regulatory prescription that certifies the presence of corruption factors in a regulatory act or draft regulatory act (e. g., inadequate definition in a legal act or draft legal act of the functions, rights, duties and responsibilities of state and local authorities, persons authorised to perform state or local government functions, which may result in unjustified establishment or excessive expansion of discretionary powers, creating conditions for potential or actual conflicts of interest and opportunities for abuse of their powers). The latter reflect the ability of a regulatory legal structure (a separate regulatory provision or a set of them), independently or in interaction with other norms, to facilitate the commission or increase of corruption or corruption-related offences. One and the same indicator of corruption potential may indicate the presence of different corruption factors (Maslova, 2021, p. 280).

The NACP conducts optional anti-corruption expertise on its own initiative in relation to draft legal acts submitted to the VRU or the CMU. The selection of draft legal acts submitted to the VRU or the CMU for anti-corruption expertise is based on the use of monitoring. In terms of content, monitoring of draft legal acts for the purposes of anti-corruption expertise means activities aimed at identifying signs in the draft act that indicate the need for an expertise (Maslova, 2021, p. 280).

The procedure of optional anti-corruption expertise is characterised by the following features: mandatory notification of its commencement is sent to the relevant VRU committee and the Anti-Corruption Committee, or to the CMU, with simultaneous posting of relevant information on the NACP's official website and other information resources; representatives of the Public Council under the NACP are involved in the examination; based on the results of the examination, the expert proposes recommendations on possible ways to eliminate the identified corruption factors, indicating specific ways to eliminate them; the effectiveness of the examination is determined by assessing whether the subject of the relevant regulatory act takes into account the NACP recommendations; the conclusion of the anti-corruption examination is subject to publication within 5 days after its signing on the official website of the NACP (Maslova, 2021, p. 280).

CONCLUSIONS

In view of the above, the procedure for conducting an anti-corruption expertise in public administration is a procedure established by law for authorised entities to analyse, review and assess current regulations and draft regulations for compliance with corruption-related factors. The procedure for conducting anti-corruption expertise in public administration consists of the following stages: 1) initiation of an anti-corruption assessment of existing regulations and draft regulations; 2) analysis, verification and assessment of existing regulations and draft regulations for compliance with corruption factors; 3) preparation of a conclusion and development of recommendations for eliminating corruption factors.

Each stage of the procedure for conducting anti-corruption expertise in public administration contains stages depending on the entity that carries it out. A stage is an element of the stages of the procedure for conducting anti-corruption expertise in public administration, during which procedural actions and decisions are taken to address their individual tasks (for example, forming a plan for conducting anti-corruption expertise of current regulations, monitoring draft regulations, obtaining a draft regulation, etc.)

REFERENCES

Busel, T. V. (2002). *Great explanatory dictionary of the modern Ukrainian language*. Perun.

Cabinet of Ministers of Ukraine (CMU) (8 de diciembre de 2009). On approval of the methodology for conducting anti-corruption expertise of draft legal acts: Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of 8 December 2009, No. 1346. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1346-2009-n#Text>.

Dashkovska, O. (2015). Anticorruption examination as a part of unified legal monitoring regulations. *Comparative and Analytical Law*, (5), 18-21. https://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/07/5_2015.pdf#page=18.

Filatov, V. (2022). Post-authoritarian policy at stage of transitional justice in Ukraine. *Journal of Law and Political Sciences*, 35(4), 50-70. <https://journal-law.com/english-volumes/>.

Galitsyna, N. (2010). Administrative procedure as an institution of administrative process. *Forum of Law*, (4), 163-177. http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=FP_index.htm_2010_4_28.

Galunko, V. (2011). *Administrative law of Ukraine: a textbook. Vol. 1, General Administrative Law*. PJSC Kherson City Printing House.

Garashchuk, V. (2010). *Actual problems of fighting corruption in Ukraine: a monograph*. Pravo.

Goncharuk, S. (2004). *Fundamentals of administrative law of Ukraine: a textbook*. Avanpost-prim.

Guberska, N. (2015). Stages of administrative procedures: concept and types. *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Series Law*, 3(32), 11-15.

Ivanov, O. (2019). *Administrative and legal status of the National Agency for the Prevention on Corruption Prevention*. [Tesis de doctorado]. National Academy of Internal Affairs.

Khabarova, T. (2019). Foreign experience in preventing corruption. *Bulletin of V. N. Karazin Kharkiv National University. Series "Law"*, (27), 71-77. <https://doi.org/10.26565/2075-1834-2019-27-09>.

Khomenko, V. (2015). Procedure of adoption of normative acts by local self-government bodies. *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Series Law*, 2(34), 144-147.

Kolomoiets, T. (2011). *Administrative law of Ukraine. Academic course: textbook*. Yurinkom Inter.

Kolomoiets, T. (2019). *Scientific and practical commentary on the Law of Ukraine "On prevention of corruption"*. Helvética.

Kuzmenko, O. (2005). *Theoretical foundations of administrative process: a monograph*. Attica.

Luhovyi, I. (2023). The concept and types of anti-corruption expertise of regulatory legal acts and their drafts. *South Ukrainian Law Journal*, 1(41), 236-241. <https://doi.org/10.32850/sulj.2023.1.41>.

Lysenko, M. (2014). Anti-corruption expertise of regulatory legal acts as a means of ensuring legality in lawmaking activities of executive authorities. *State and Law*, 66, 125-133. http://nbuv.gov.ua/UJRN/dip_2014_66_17.

Madrid, C. (2023). Corruption in international contracts. *Ratio Juris Unaula*, 18(36), 195-246. <https://doi.org/10.24142/raju.v18n36a10>.

Maslova, Y. (2021). Anti-corruption expertise: the dialectic of content and procedure. *Legal Scientific Electronic Journal*. (12), 278-280. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-12/67>.

Maslova, Y. (2022). Corruption prevention mechanism: Concept and structure. *Legal Position*, 1(34), 81-85. https://legalposition.umsf.in.ua/archive/2022/1/1_2022.pdf#page=81.

Ministry of Justice of Ukraine (18 de marzo de 2015). Some issues of anti-corruption expertise: Order of the Ministry of Justice of Ukraine dated 18 March 2015 No. 383/5. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0303-15#Text>.

Ministry of Justice of Ukraine (24 de abril de 2017). On approval of the methodology for conducting anti-corruption expertise: Order of the Ministry of Justice of Ukraine of 24 April 2017 No. 1395/5. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1395323-17#Text>.

National Agency on Corruption Prevention (NACP). (29 de julio de 2020). On approval of the procedure for conducting anti-corruption expertise by the National Agency on Corruption Prevention: Order of the National Agency on Corruption Prevention dated 29 July 2020 No. 325/20. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0787-20#Text>.

National Agency on Corruption Prevention (NACP). (18 de mayo de 2023). On approval of the methodology for conducting anti-corruption

expertise by the National Agency on Corruption Prevention: Order of the National Agency on Corruption Prevention dated 18 May 2023 No. 109/23. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0109884-23#Text>.

Nevmerzhytskyi, E. (2008). *Corruption in Ukraine: causes, consequences, mechanisms of counteraction: monograph*. Academy of the Prosecutor's Office of Ukraine, KNT.

New explanatory dictionary of the Ukrainian language: in 4 volumes (2003). □omo 3. Aconit.

Nikolina, K. (2012). Due process of law: theoretical aspects of definition. *Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Legal Sciences*, (94), 44-46. http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=VKNU_Yur_2012_94_13.

Novikov, O. (2020). *Public and legal support of counteraction to corruption in the conditions of regional development*. [Tesis de doctorado]. The Dnipropetrovs'k State University of Internal Affairs.

Odyntsova, I., Berezhna, K., Yuzikova, N., Leheza, Y. y Iliushchenko, H. (2021). International legal standards for providing public services in combating corruption. *Journal of Law and Political Sciences*, 27(2), 275-295. <https://journal-law.com/english-volumes/>.

Oliynyk, A. y Onishchuk, Y. (2023). The concept and types of anti-corruption expertise of regulatory legal acts. *Legal Scientific Electronic Journal*, 8, 148-151. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-8/32>.

Onishchuk, Y. (2023). Legal regulation of anti-corruption expertise: international standards and experience of foreign countries. *Topical Issues in Modern Science*, 9(15), 520-530. [https://doi.org/10.52058/2786-6300-2023-9\(15\)-520-530](https://doi.org/10.52058/2786-6300-2023-9(15)-520-530).

Osyka, I. M., Havronyuk, M. I., Khmara, O. C. y Yatskiv, T. (2012). *Methodology for conducting public anti-corruption expertise: General principles*. <https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2016/11/methodology.pdf>.

Romaniuk, B. (2018). Some issues of anti-corruption expertise in administrative proceedings. *Scientific Bulletin of Public and Private Law*, 6(2), 98-103. http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/6/tom_2/21.pdf.

Rostovska, K. (2019). *Administrative and legal bases of the State Anti-corruption Policy in Ukraine*. [Tesis de doctorado]. Dnipro National University of Internal Affairs. <https://dduvs.in.ua/naukova-diyalnist/spet-sializovani-vcheni-radi/ogoloshennya-pro-zahist-disertatsij/rostovska/>.

Shatrava, S. (2012). Anti-corruption expertise as a means of identifying corruption-generating factors in the activities of public administration entities. *Law and Security*, (4), 109-112. <https://dspace.univd.edu.ua/server/api/core/bitstreams/af87b8d9-bb3c-4e6c-892a-90a92fb97c81/content>.

Shemshuchenko, Y. S., ed. (2003). *Legal encyclopaedia: In 6 volumes*, Vol. 5. Ukrainian Encyclopaedia.

Shkolik, A. (2007). *Comparative administrative law: A textbook for law and international relations faculties*. ZUKC.

Slipushko, O. M. (2007). *New dictionary of foreign language words*. Aconit.

Smetanina, N. y Maaluli, A. (2019). Anti-corruption expertise as a direction of corruption prevention. *Journal of the Kyiv University of Law*, (1), 237-241. <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/230>.

Trepak, V. (2020). *Theoretical and applied problems of preventing and combating corruption in Ukraine*. [Tesis de doctorado]. Ivan Franko Lviv National University of the Ministry of Education and Science of Ukraine, Institute of State and Law named after V. M. Koretsky National Academy of Sciences of Ukraine.

Tymoshchuk, V. (2003). *Administrative procedures with the participation of citizens. Public administration: problems of administrative theory and practice*. Fact.

Ukraine (17 de febrero de 2022). Law of Ukraine: On administrative procedure. No. 2073-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-20#Text>.

Ukrainian Law Society (2014). *Methodology for conducting public anti-corruption expertise*. <https://justice.org.ua/teoriya-i-praktika/ekspertni-visnovki/metodologiya-provedennya-gromadskoji-antikoruptsijnoji-ekspertizi>.

Zarichanskyi, O., Yevdokimova, O. y Okhrimenko, S. (2023). Anti-corruption culture of future legal experts: A look at the problem. *Journal of Law and Political Sciences*, 38(3), 230-246. <https://journal-law.com/english-volumes/>.

Zayats, B. (2021). *The role of civil society institutions in the process of preventing corruption in public authorities and local self-government bodies of Ukraine: Administrative and legal dimension*. [Tesis de doctorado]. Lviv State Internal Affairs Department. <https://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/3678>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

IDEOLOGIA CAUTELAR E PODER PUNITIVO:
OBSERVAÇÕES SOBRE A ESTRUTURAÇÃO DA
CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

IDEOLOGÍA DE LA PRECAUCIÓN Y PODER PUNITIVO:
OBSERVACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA PRECAUCIÓN
EN EL PROCESO PENAL BRASILEÑO

PRECAUTIONARY IDEOLOGY AND PUNITIVE POWER:
OBSERVATIONS ON THE STRUCTURE OF CAUTELARITY
IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

ANAYARA FANTINEL PEDROSO*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a10

* Professora universitária na Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA). Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pampa. É pesquisadora do Núcleo de Estudos de Gênero, Violência e Sexualidades; do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia, ambos vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e do Grupo de Estudos em Criminologia Cultural, vinculado ao Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Advogada. Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/277707260/anayara-fantinel-pedroso>, Google Scholar: <https://scholar.google.com.br/citations?user=pkS5tLQAAAAJ&hl=pt-BR>, correio eletrônico: anayarafantinelpedroso@gmail.com

Resumo

Diante da relação direta existente entre ideologia e poder, buscamos voltar nossos estudos para o poder punitivo e um dos principais resultados de sua ampliação: o hiperencarceramento frente ao abuso das prisões cautelares. Neste contexto, queremos questionar se é possível afirmar que existe uma ideologia cautelar no espaço judicial brasileiro. E, se for possível, questionar também, como ocorreu a estruturação da ideologia cautelar no processo penal brasileiro. Para responder tais perguntas, esta pesquisa exploratória adota o método histórico, a abordagem qualitativa e os procedimentos bibliográfico e documental, sendo possível concluir que existe uma ideologia cautelar que exerce influência direta no poder punitivo brasileiro e que é estruturada a partir das epistemologias inquisitoriais, guardando relação, sobretudo, com a busca da verdade real; com o abuso das prisões cautelares; com a utilização da tortura; com a perseguição perigosista e com a criminalização da defesa, de modo a “legitimar” formalmente a primazia da presunção de culpabilidade de pessoas selecionadas pelo poder (punitivo (in)formal).

Palavras-chave: ideologia cautelar, poder punitivo, processo penal brasileiro, inquisição.

Resumen

Dada la relación directa entre ideología y poder, buscamos virar nuestros estudios hacia el poder punitivo y uno de los principales resultados de su expansión: la hiperencarcelación frente al abuso de las prisiones cautelares. En este contexto, queremos cuestionar si es posible decir que existe una ideología cautelar en el espacio judicial brasileño. Y, si es posible, también preguntarnos cómo se produjo la estructuración de la ideología cautelar en el proceso penal brasileño. Para responder a estos cuestionamientos, esta investigación exploratoria adopta el método histórico, el enfoque cualitativo y procedimientos bibliográficos y documentales, lo que permite concluir que

existe una ideología cautelar que ejerce influencia directa sobre el poder punitivo brasileño y que se estructura a partir de epistemologías inquisitoriales, manteniendo una relación, sobre todo, con la búsqueda de la verdad real, con el abuso de las prisiones cautelares, con el uso de la tortura, con la persecución peligrosa y la criminalización de la defensa, para “legitimar” formalmente la primacía de la presunción de culpabilidad de las personas seleccionadas por el poder (in)formal punitivo.

Palabras clave: ideología cautelar, poder punitivo, procedimiento penal brasileño, inquisición.

Abstract

Given the direct relationship between ideology and power, we seek to turn our studies to punitive power and one of the main results of its expansion: hyperincarceration in the face of the abuse of precautionary prisons. In this context, we want to question whether it is possible to say that there is a precautionary ideology in the Brazilian judicial space. And, if possible, also question, how did the structuring of the precautionary ideology occur in the Brazilian criminal procedure. To answer such questions, this exploratory research adopts the historical method, qualitative approach and bibliographic and documentary procedures, making it possible to conclude that there is a precautionary ideology that exerts direct influence on Brazilian punitive power and that is structured based on inquisitorial epistemologies, keeping relationship, above all, with the search for real truth; with the abuse of precautionary prisons; with the use of torture; with dangerous persecution and the criminalization of defense, in order to formally “legitimize” the primacy of the presumption of guilt of people selected by ((in)formal punitive) power.

Keywords: precautionary ideology, punitive power, Brazilian criminal procedure, inquisition.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar que a problemática central deste trabalho está relacionada com os valores ideológicos que circulam no espaço judicial e exercem influência direta na ampliação do poder punitivo através da aplicação indiscriminada das prisões cautelares, especialmente, por meio de argumentos que legitimam a utilização desta medida “excepcional” enquanto regra, contrariando aquilo que preconiza a legislação. Desta forma, buscamos responder a seguinte pergunta: É possível afirmar que existe uma ideologia cautelar no espaço judicial brasileiro? Se sim, como ocorreu a estruturação da ideologia cautelar no processo penal brasileiro?

Para responder estes questionamentos, é imprescindível que se remeta à historicidade das questões envolvendo o poder punitivo e os valores (ideológicos) responsáveis pela sua ampliação, pois, para que esses valores sejam colocados em prática até se tornarem uma ideologia propriamente dita e serem aplicados de forma semi-automatizada,¹ passam por um processo construtivo que envolve o conhecimento, a compreensão e a absorção das concepções estruturantes.

Este texto, que é parte de um esforço mais amplo de pesquisar a ideologia cautelar e as técnicas de neutralização no processo penal brasileiro e que foi defendido como dissertação de mestrado, buscará se debruçar pelos processos construtivos, propondo um exame da presença ou não da ideologia cautelar² no processo penal brasileiro e, mais especificamente, nas prisões

-
- 1 Utilizamos o termo “semi automatizada” e não “automatizada” ao pensar, mais especificamente, no processo de tomada de decisão na esfera judicial como forma de não generalizar ao compreender todas as decisões enquanto automáticas, mas também, pensar que, em grande medida, há uma instantaneidade decisória que se correlaciona com as ideologias latentes no espaço judicial; com as questões estruturais; subculturais e subjetivas presentes no espaço judicial e nos atores que protagonizam as dinâmicas processuais e decisórias.
 - 2 No decorrer deste capítulo abordaremos sobre aquilo que entendemos constituir as bases estruturantes desta ideologia. Mas desde já, é importante destacar que compreendemos que a ideologia cautelar está pautada em uma racionalidade binária, pois parte do princípio de que os indivíduos que representam uma ameaça para a sociedade e para os valores sociais devem estar disponíveis aos inquisidores e aguardar o julgamento enjaulados. Ou seja, trata-se de uma ideologia que objetiva as pessoas divergentes da normatividade estabelecida pelo poder (punitivo). Essa ideologia encontra subsídios para sua edificação através do processo inquisitório; da busca pela verdade real; da utilização das prisões cautelares; da criminalização da defesa e da perseguição etiológica dos imputados e ganha força no contexto tardo-moderno, onde as sensações de insegurança são ampliadas e as privações relativas são experimentadas com maior frequência por todos os grupos sociais e que, embora sentidas de forma diferente, ao final, levam ao mesmo

processuais. Esta análise dará subsídio para que, em estudos futuros, seja possível verificar os significados e os valores que circulam no espaço judicial e como as técnicas de neutralização são utilizadas neste espaço quando da decretação das prisões cautelares.

Esta pesquisa é exploratória, adota o método histórico, se utiliza de abordagem qualitativa e dos procedimentos bibliográfico e documental. O olhar aqui lançado para o processo penal brasileiro é feito a partir das lentes da criminologia cultural e, portanto, se utilizará também da metodologia triádica da criminologia cultural para analisar a presença e a estruturação da ideologia cautelar no processo penal brasileiro.

Para atingir o escopo apresentado, o estudo será dividido em três etapas, onde, primeiramente, buscará trazer alguns aspectos gerais sobre a presença da ideologia dentro dos campos do (poder-)saber e, mais especificamente, do poder punitivo. Em um segundo momento, a análise será voltada para a influência que a colonização punitiva exerce sobre o processo penal brasileiro e sobre a predominância das ideologias que nele produzem efeitos. Por fim, os olhares serão voltados para a forma pela qual a ideologia cautelar se estruturou dentro do processo penal brasileiro.

O PODER DA IDEOLOGIA E A IDEOLOGIA DO PODER (PUNITIVO BRASILEIRO)

Inicialmente, para tratarmos sobre a ideologia presente no (saber-) poder punitivo, precisamos recordar que desde a demonologia inquisitorial, eram buscados meios para justificar as causas do crime e o exercício do poder punitivo. Contudo, só a partir do século XIX que esses estudos foram denominados enquanto criminologia e passaram a ser importados para a América Latina através da criminologia etiológica, que desconsiderava a análise do poder punitivo, tratando-o como se houvesse uma neutralidade. Essa criminologia etiológica importada do norte contribuiu para a legitimação do poder punitivo através da sua ausência, bem como, forneceu subsídios para uma fundamentação de biologismos racistas responsáveis por inúmeros genocídios (Zaffaroni, 2021, pp. 15-25).

caminho: aumento da repressão, diminuição de garantias, violação de direitos e ampliação de demandas securitárias.

A criminologia constitui uma parte importante do controle social diante da sua capacidade de manutenção de valores necessários para a consolidação de determinado sistema, constituindo assim, um instrumento de legitimação do exercício do poder (Aniyar, 2005, pp. 43-49). A criminologia etiológica, por sua vez, forneceu subsídios para a consolidação e legitimação do poder punitivo através dos pressupostos (pseudo)científicos que se baseavam.

Foucault (1996) menciona que os desenvolvimentos científicos podem ser observados não apenas como descobertas, mas também como formas de vontade de verdade. Quando essa vontade de verdade encontra apoio institucional, passa a exercer um poder de coerção sobre os discursos diferentes daquele que está sendo proferido. Isso porque a vontade da verdade é, sobretudo, a vontade de poder e que, se encontrar os substratos necessários, poderá excluir todas as concepções que se contraponham à “verdade” responsável por camuflar esta vontade de verdade (Foucault, 1996). É justamente neste camuflar discursivo que será exercido o controle da população como um todo.

Situação que vai de encontro com a afirmação de Aniyar (2005, p. 49) de que a criminologia não buscou apenas observar a violação da ordem, mas também a própria preservação. Essa dupla atuação visava o não questionamento da ordem e, conseqüente, a não promoção da delinquência e, em contrapartida, a não contestação dos sistemas de classe. Nesse sentido, a autora refere que a manutenção de determinada ordem social depende da existência de uma ideologia que a sustente.

Essa ideologia, por sua vez, estará camuflada discursivamente —e, entendendo aqui como discurso não apenas aquele que é falado, mas sim, em todas as suas formas possíveis—. Partindo deste pressuposto, cabe ressaltar que todo o conhecimento —assim como todas as formas de poder e de controle social— estão sedimentados em bases ideológicas que ditam os caminhos a serem seguidos e as formas de encontrá-los.

Esta pesquisa assume seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, com a liberdade e com a resistência ao autoritarismo, visando assim, a efetivação da justiça social e a consagração dos objetivos da Constituição Federal. O que, conseqüentemente, a leva para uma posição que se distancie do (re)conhecimento de neutralidades —até porque a neutralidade não existe—, mas distante também, de vestir as roupagens da neutralidade e da (pseudo)cientificidade. Pois, conforme Zaffaroni (2013): “Não é simples

para um saber que pretendeu se apresentar como neutro por crer que isso é condição do científico, quando na realidade o é a renúncia ao conhecimento da dimensão do poder do saber” (p. 258).

E é justamente partindo deste pressuposto de distanciamento das falsas concepções de cientificidade —não só, mas também por tudo o que elas representaram dentro da história da criminologia—, que este trabalho assume o seu compromisso com olhar para o processo penal brasileiro a partir das lentes criminológicas críticas e, consequentemente, buscar um olhar-agir militante e não silenciador.

Seguindo, portanto, as lições de Vera Regina Pereira de Andrade (2012, pp. 57-58) —atribuídas à obra de Baratta—, de que a pesquisa em ciências sociais deve estar compromissada com o processo de transformação social, o que envolve, necessariamente, transpassar a concepção de objetividade e neutralidade científica e assumir o compromisso com o outro. Isso significa buscar um humanismo emancipatório através da pesquisa militante.

Neste mesmo sentido, ao afirmar a importância da criminologia dentro do sistema penal, Zaffaroni (2013) menciona que “essa é, sem dúvida, uma tarefa teórica, mas também prática e militante, pois deve fazer chegar seus conhecimentos a todos os estamentos comprometidos no funcionamento do sistema penal” (p. 262).

Por partir de um lugar que reconhece a impossibilidade de neutralidade e a presença de dimensões do poder dentro dos campos do saber, assim como, dentro do campo penal, que este estudo busca observar e tornar visível as concepções ideológicas que estruturam o funcionamento do sistema punitivo.

Especialmente porque essas concepções ocupam o plano de uma “dimensão muito mais invisível e difusa (lato sensu) do sistema que é a dimensão ideológica ou simbólica, representada tanto pelo saber oficial (as ciências criminais) quanto pelos operadores do sistema e pelo público, enquanto senso comum punitivo (ideologia penal dominante)” (Pereira, 2012, p. 134).

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 66), o conceito de ideologia é passível de inúmeros equívocos, uma vez que existem diversos sentidos “pejorativos” a ela destinados. Dentre eles, dois sentidos se destacam por serem amplamente utilizados quando há menção ao termo: o sentido napoleônico, que considera a ideologia enquanto uma especulação distante da realidade, de modo que se aproxima de ideais utópicos; e o sentido marxista, que vislumbra a ideologia enquanto uma grande estrutura responsável

por encobrir a realidade. Quando os autores abordam sobre ideologia em referência aos sistemas de controle, não se referem a nenhum destes supracitados, mas a um sentido “não pejorativo” do termo. Este é o mesmo sentido pelo qual será aderido na presente pesquisa.

A definição de ideologia aqui abordada diz respeito àquilo que fornece controle e direcionamento para o agir humano em determinadas situações. Ou seja, se interpreta enquanto ideologia as crenças³ que determinam os comportamentos humanos. Neste sentido, podemos considerar enquanto ideologia tanto as crenças realizáveis quanto aquelas irrealizáveis,⁴ pois o que faz com que as crenças se tornem ideologias é, sobretudo, a capacidade que elas possuem de assumir o domínio dos comportamentos humanos em determinados casos (Abbagnano, 2007, p. 533).

Em outras palavras, podemos considerar que o termo ideologia diz respeito a um conjunto de ideias que são absorvidas pelos indivíduos e passam a fazer parte do *ser individual*, bem como, do *ser coletivo*, já que estão intrínsecas nos saberes subculturais. Desta forma, consideraremos enquanto ideologia tudo aquilo que se apresenta antes de ser construído um pensamento propriamente dito. Sendo, portanto, as premissas que levam a pensar de determinada forma e, conseqüentemente, a balizar determinadas atitudes/decisões. Ou seja, são as formas de pensar que se (re)produzem no tempo e espaço dentro de um determinado grupo que compartilha valores que são construídos, negociados e circulados entre os indivíduos que a ele pertencem.

O poder se relaciona diretamente com as ideologias, uma vez que ele é o responsável por instrumentalizar e exercer um controle sobre elas, de forma que irá utilizar e validar aquelas que lhe forem úteis e descartar as que forem consideradas negativas ou perigosas (Zaffaroni e Pierangeli, 2015, p. 65). Isso significa que as ideologias estruturantes do poder punitivo são

3 Neste sentido, Abbagnano (2007, p. 533) compreende pela palavra “crenças” toda a ideia de compromisso presente nas condutas adotadas. Com essa definição, é possível compreender que há uma ampliação do sentido de tudo aquilo que pode ser considerado enquanto crença, de maneira que inclui tanto quando é fundada em elementos objetivos quanto infundada, podendo ser realizada ou até mesmo irrealizável.

4 Nessa perspectiva de crença é interessante pensar naquilo que aqui se convencionou a chamar de ideologia cautelar. Pois, significa que a própria sustentação pode estar consagrada em crenças realizáveis ou até mesmo irrealizáveis ou infundadas, o que por sua vez, pode ser problemático se analisada a partir do ponto justificador da cautelaridade enquanto forma de preservação da segurança, pois revelará a existência de aspectos estritamente punitivos, mesmo que adotados inconscientemente.

previamente definidas pelos detentores do poder, de modo que as ideologias contrárias não encontrarão terreno fértil no sistema penal. Isso significa que existe um domínio político⁵ sobre as ideologias, uma vez que são negociadas através do poder.

Fato é que o saber jurídico-penal trazido do Norte para ser reproduzido no Sul não leva em consideração as especificidades aqui presentes como por exemplo, a existência de um poder punitivo informal e da própria seletividade do poder punitivo formal (Zaffaroni, 2021, p. 21).

Esse apagamento, que encontra guarida no domínio político, é responsável pelos genocídios no território marginal(izado). Diante deste quadro, a ausência da criminologia no que tange à estruturação do poder punitivo transnacional, contribui para a ampliação deste e para a consequente produção de efeitos, que recaem sobre os corpos (tardo)colonizados.

A TARDO-COLONIZAÇÃO IDEOLÓGICA DO PODER PUNITIVO BRASILEIRO

Ao observarmos a capacidade de controle das ideologias através do poder e, mais especificamente, a partir de uma análise do poder punitivo, é importante pensarmos no atual contexto de transnacionalização da política criminal, onde os detentores de poder possuem, dentro das arenas de deliberação, a capacidade de impor as próprias agendas aos demais países, na busca de obter uma harmonização dos ordenamentos jurídicos e, consequentemente, dos valores político-criminais (Pitrez, 2017, p. 3).

Como a América Latina se encontra nas margens destes espaços de decisão, há uma incidência de efeitos no sistema penal e nas formas de controle social (dentre elas, o direito penal). Consequentemente, essa posição acaba impedindo a construção de uma ideologia própria, o que a leva a assumir o espaço de uma grande importadora da ideologia dos países centrais (Zaffaroni e Pierangeli, 2015, p. 65).

5 Neste sentido, Zaffaroni (2013) afirma que “como o punitivo é a chave do poder planetário, o que se diz a seu respeito não é o resultado de uma busca ingênua de conhecimentos de curiosidade científica desinteressada em âmbitos acadêmicos, mas sim que se defronta com o cerne da expansão colonial. Por isso, tudo o que se diz em criminologia é político, porque sempre será funcional ou disfuncional ao poder, o que não muda, ainda que quem o afirme o ignore ou o negue” (p. 25).

Ou seja, a ausência de força decisória nas arenas deliberação no que tange à construção das normas penais, implica em aceitar passivamente a transnacionalização de determinadas políticas criminais. Neste contexto de homogeneização normativa através da transnacionalização da política criminal, são transnacionalizadas também —de forma conjunta— as ideologias presentes nas construções destas políticas. De modo que a América Latina deixa de possuir uma política criminal própria e, conseqüentemente, uma ideologia própria, ficando refém de um tardo-colonialismo⁶ legislativo e ideológico.

A transnacionalização da política criminal não significa, necessariamente, a aplicação do poder punitivo. Isso porque a forma como este será exercido depende diretamente da realidade estrutural na qual estará inserido.

Zaffaroni (2021, pp. 35-41) ao mencionar que a aplicação do poder punitivo no Norte é diferente em relação ao Sul e que, apesar de existirem algumas semelhanças estruturais, no Norte há uma predominância do poder punitivo formal, enquanto que na América Latina, há a predominância do exercício informal do poder punitivo, informe que dentro deste contexto, a livre permissão para o exercício do poder punitivo informal, leva o poder punitivo formal para a informalidade. Pois, diante da não contenção do poder punitivo informal, há uma legitimação e ampliação do estímulo para a atuação deste poder. Cabe ressaltar ainda, que o poder punitivo formal também se torna informal na medida em que autoriza prisões vedadas nas Constituições.

A diferenciação entre as formas de aplicação do poder punitivo está diretamente relacionada às especificidades em relação aos critérios qualitativos e da dose de violência em critérios quantitativos. Ou seja, a aplicação do poder punitivo no contexto do Sul global se baseia em uma lógica genocida, na medida em que é constituído a partir da interação entre a informalidade e formalidade; entre o público e o privado; entre o sistema penal oficial e o sistema penal subterrâneo; entre a seletividade estigmatizante e a tortura e o extermínio (Pereira, 2012, pp. 105-109).

6 Adotamos a definição de colonialismo tardio com base na observação de Zaffaroni (2021, p. 77) de que este seria o termo mais apropriado para a atual quadra histórica, já que não se trata mais de um neocolonialismos e nem por imperialismos, onde os rumos a serem seguidos são definidos por estadistas do norte ou por imperadores, mas sim, conduzidos pelos gestores da macrocriminalidade financeira organizada do norte que exerce influência sobre os estadistas do norte.

Essas circunstâncias são facilmente observáveis no contexto político-criminal latino-americano e, mais especificamente, brasileiro, conforme evidenciado por Zaffaroni (2021):

Aqui, no sul da nossa América, o exercício do poder punitivo gera fenômenos quase completamente desconhecidos no norte: autonomização da polícia, execuções, envolvimento de exércitos, prisões deterioradas como campos de concentração, elevada mortalidade e morbidade prisional, mais de metade dos prisioneiros sem condenação, cultura de assassinos profissionais, crimes de ódio, perseguição de opositores e dissidentes, crianças de rua, prostituição infantil tolerada, acobertamento do tráfico de pessoas, remoções massivas da população, altas taxas de morte violenta, impunidades de homicídios etc [...]. Esse custo anual em vidas e saúde é, definitivamente a forma que o genocídio assume na nossa região: massacre parcimonioso, mas com uma continuidade inexorável. É o nosso genocídio por gotejamento em ato, sem prejuízo de alguns surtos não muito distantes da torneira livre (p. 38).

A permanência do “imperialismo ideológico” no Sul Global por meio da construção e imposição de modelos neoliberais e globalizados do controle penal euro-americanos para o Brasil —e também América Latina— promove mortes indiretas através da busca pelo “eficientismo penal”, conforme menciona Pereira (2012, p. 111), que por sua vez, se relaciona de forma direta com essa ampliação de recursos criminais a fim de promover a segurança, seja através da repressão e, especialmente, da prevenção.

É evidente que a política criminal brasileira —fruto de inúmeras transnacionalizações— possui bases ideológicas estruturantes que se fundam na noção de presunção de culpabilidade das pessoas consideradas enquanto dissidentes, contra as quais é aplicado o direito penal do inimigo, que por sua vez, se mascara através das noções de prevenção e de garantia da segurança da sociedade.

Há uma constante busca pela securitização que se demonstra na esfera legislativa, onde são hipertutelados determinados bens jurídicos em detrimento de outros. Essa securitização se demonstra através da insuflação do poder de polícia, especialmente diante da não intervenção judiciária quando reconhecidos o estado de periculosidade de determinadas regiões, que acabam sendo consideradas necessárias algumas respostas policiais como

forma de garantir a segurança. Aliado a isso, ressalta-se para a criminalização de atos que são considerados enquanto pequenas infrações, situação que transfere para a polícia a competência de atuar nessas questões, já que são os responsáveis pela atuação imediata e *in loco* quando do cometimento de crimes (Guedes, 2019, pp. 51-59).

Desta forma, o processo penal —que deveria servir para a proteção de direitos e garantias fundamentais— passa a ser um instrumento para a aplicação do poder (punitivo informal), norteador por uma ideologia cautelar, que por sua vez, pode ser considerada enquanto uma forma de opressão e que aliada a tantas outras —e também incorporada por elas— (como por exemplo: fascismo, machismo, capitalismo, racismo e autoritarismo) que se fazem presentes no sistema penal, carregam consigo suas racionalidades (binárias) favoráveis ao encarceramento em massa.

A ideologia cautelar é responsável por nortear a aplicação do poder punitivo (informal) na medida em que o seu significado está diretamente relacionado com três “sentidos”: o primeiro —“autolegitimante” e expressamente admitido por parte dos operadores do direito— que é a busca pela prevenção de possíveis riscos; o segundo —que é o “legitimador” dos riscos, expressamente construído pelos detentores do poder— que é o medo. Este se baseia em uma verdade real e inquestionável, comumente visível na opinião pública(da); e o terceiro —que embora não expressamente divulgado, é facilmente observável— que é a punição/repressão daqueles que preenchem os requisitos estigmatizantes do medo construído. Esses três “sentidos” são edificadas nas bases da racionalidade binária e responsáveis por atribuir significado à ideologia cautelar. Dentro destes três campos existem questões de cunho macro, meso e micro que igualmente dão significado para a estruturação de cada um deles e, quando unidos, podem ser facilmente remetidos às concepções inquisitoriais.

Ou seja, a cautelaridade possui “sentidos” que remetem à perspectivas legitimadoras de determinadas violações a direitos e garantias fundamentais, na medida em que a partir do estímulo do medo, mecanismos supostamente preventivos —embora com função repressiva, ou seja, com vontade de repressão e, conseqüentemente, com vontade de poder— passam a ser utilizados a fim de garantir a “ordem”.

Existe uma tendência justicialista que se relaciona ao fato de fortalecer os poderes judiciais existentes e uma conseqüente redução de direitos e garantias individuais. O processo justicialista ocorre com a busca pela

redução da criminalidade e da sensação de impunidade, o que desagua na necessidade de dar credibilidade às legislações repressivas, seja através do aumento da repressão. Essas tendências legitimantes do direito penal do inimigo se fazem mais presentes na conjuntura da sociedade do risco, onde predomina a ideia de insegurança cognitiva que determinados indivíduos representam para a população como um todo. Desta forma, diante da possível ameaça, estes indivíduos passam a ser considerados enquanto inimigos e a ser tratados como tal diante de um direito que se pauta na dogmática de um direito penal do autor (Guedes, 2019, pp. 59-63).

Neste contexto, a aplicação da sanção não é, necessariamente, direcionada ao fato praticado, mas à representatividade do indivíduo. Esse direito penal do autor que supostamente atua como forma a prevenir o crime se trata de um campo para o exercício do poder onde o estado de periculosidade passa a ser presumido e punido diante do prejuízo representado à segurança social cognitiva (Guedes, 2019, p. 69).

É justamente neste campo da racionalidade binária, da estereotipização e da criminalização de determinados indivíduos dissidentes daquilo que é considerado enquanto “padrão”, que a ideologia cautelar encontra o espaço necessário para hipertrofiar. Neste contexto, o colonialismo tardio é responsável por oferecer um terreno fértil para este desenvolvimento, pois conforme afirma Zaffaroni (2021):

O colonialismo tardio procura condicionar psicologicamente as pessoas (introduzir nelas colonialidade), a fim de alienar a sociedade colonizada mediante racionalizações e neutralizações de valores, de acordo com um programa de ressubjetivações que degeneram todos os papéis próprios de uma sociedade democrática plural. Promove assunções de papéis que perversamente reinventa, degenerando-os em relação aos que deveria fomentar qualquer estado de direito democrático (p. 101).

O tardo-colonialismo se utiliza da ferramenta mais antiga de dominação social: o condicionamento psicológico. Ou seja, a mesma ferramenta que, conforme afirma Quijano (2005, p. 117), ficou marcada como identidade da modernidade, qual seja: o padrão de poder constituído na América a partir do binarismo baseado em uma ideia de raça que buscava a partir das supostas diferenças biológicas, situar os indivíduos em posições de inferioridade ou superioridade. Essa racionalidade estruturou a atuação dos coloni-

zadores, constituindo assim, a relação de dominação e que, com a construção da identidade europeia, instituiu a perspectiva eurocentrada do conhecimento, de modo a naturalizar os processos colonialistas de dominação.

De modo não surpreendente que as crenças tardo-colonialistas são construídas com uma visão de mundo eurocentrista e acabam sendo transnacionalizadas para as periferias que, na maioria das vezes, as aderem de forma acrítica. Sendo este um dos grandes problemas, especialmente, em se tratando de legislação que regulará condutas e criminalizará atos em um contexto pautado por problemas estruturais que influem diretamente na atuação do poder punitivo.

O Direito Penal deve ser pensado a partir da nossa realidade marginal, o que significa um olhar para os problemas locais e a consequente necessidade de abandono dessas importações colonialistas. Essa construção decolonial deve caminhar na direção oposta das crenças de proteção aos bens jurídicos e de prevenção de danos, que comumente são atribuídas ao Direito Penal. O contexto marginal latino-americano necessita de uma maior contenção do poder punitivo a fim de promover a justiça social e combater a seletividade penal (Khaled Jr., 2021, pp. 86-88).

Para evitar construções e reproduções tardo-coloniais —sejam elas legislativas, criminológicas ou políticas—, se faz necessário (re)conhecer as ideologias presentes nestes saberes. Para isso, é necessário remontar o passado a fim de perseguir aquilo que sustenta hoje as estruturas processuais e científicas que vestem as roupagens de racionalidades cautelares, mas que na pele carregam as marcas do autoritarismo e seus atravessamentos de classe, raça e gênero.

Desta forma, é importante analisarmos as bases estruturalistas do campo penal para que seja possível compreendermos o sistema penal tardo-moderno. Pois, são estas as bases que fornecem subsídios para a plena estruturação deste sistema e, até mesmo, para determinados modelos autoritários.

Assim, (re)conhecer e (re)visitar a inquisitorialidade é de extrema importância para a identificação dos rumos jurídicos autoritários que são/possam ser seguidos nos transcurso processuais. Diante deste quadro, é possível afirmar que no atual contexto e, a partir de uma realidade marginal latino-americana, é através dessa revisitação ao medievo que há uma maior nitidez no olhar para as relações e práticas, tanto sociais quanto institucionais transmodernas (pré e pós moderna) (de Carvalho, 1993, p. 6).

Isso porque a questão criminal é a projeção do passado. Estamos parados em uma continuidade de poder, motivo pelo qual, precisamos pensar na Idade Média enquanto algo que ainda não terminou e que ainda está presente, porém, de forma oculta, especialmente através de determinados discursos legitimantes. Ou seja, o poder punitivo segue exercendo seu papel de verticalizar a sociedade, alcançar sua auto expansão e, consequentemente, produzir letalidade em massa (Zaffaroni, 2013, pp. 25-26).

As estruturas ideológicas que hoje marcam presença dentro do sistema penal são as mesmas do século XVIII, vestindo, apenas, novas roupagens e assumindo uma homogeneização com as alterações nas dinâmicas sociais. Essas estruturas ideológicas básicas são responsáveis pela sustentação das teorias aplicadas, que embora possam ser modificadas, manterão as mesmas formas. Esse quadro fica evidente diante de uma observação do exercício do poder punitivo, especialmente, sob o signo da função do Estado promover a defesa social que constitui um dos grandes argumentos legitimadores deste exercício, sendo amplamente utilizados para atender determinados interesses hegemônicos que se proliferam no tempo e espaço antes mesmo do século XVII (Zaffaroni, 2020, pp. 105-106).

E é exatamente por isso que neste estudo buscaremos —através da análise da inquisitorialidade— encontrar as matrizes responsáveis pela construção, estruturação e conservação daquilo que iremos chamar de ideologia cautelar dentro do sistema penal, de modo a demonstrar os efeitos de sua aplicação que (ainda) são reverberados na atual quadra histórica.

Para isso, realizaremos uma abordagem genealógica da ideologia cautelar, mas sem exauri-la. Ou seja, não pretendemos aqui fazer uma reconstrução historiográfica a ponto de reduzir determinados períodos históricos a apenas um capítulo, nem demonstrar uma “evolução histórica” —até porque inexistem evoluções propriamente ditas em um sistema penal que ainda objetifica os indivíduos através das prisões. O que podemos chamar de evolução são os refinamentos discursivos utilizados para mascarar genocídios e autoritarismos—. O que pretendemos neste estudo é, sobretudo, demonstrar como a inquisitorialidade se faz presente no processo penal, especialmente, através da ideologia cautelar. E para isso, é necessário abordarmos, brevemente, os processos inquisitoriais.

Justificamos a necessidade desta abordagem, pois acreditamos no fato de a ideologia cautelar carregar traços da ideologia inquisitória, sendo esta, uma das bases epistêmicas fundantes da ideologia cautelar. Ocorre que

a diferença está no fato de a noção de cautelaridade ser mais moderna e, talvez, mais abrangente. Possuindo um aparato discursivo-justificador mais amplo e refinado, a ponto de fornecer blindagens para autoritarismos dentro do processo penal tardo-moderno.

A escolha por realizar essa abordagem da ideologia cautelar enquanto um fenômeno independente não decorre de uma visão jurídica e legalista das prisões cautelares, mas sim, de uma visão criminológica, onde consideramos as prisões cautelares enquanto um método de punição, estando, portanto, afastada das teorias da pena. Essa escolha pode se fundamentar na observação de Rusche e Kirchheimer (2004, pp. 17-20) de que as penas não podem ser compreendidas a partir única e exclusivamente dos seus fins e das concepções jurídicas que com ela se relacionam. Mas sim, a partir das manifestações específicas, das causas do desenvolvimento e das escolhas pelos seus usos em determinados períodos históricos.

Este olhar para a cautelaridade enquanto um fenômeno independente não significa que esta ideologia não seja constituída por outras epistemologias, nem que ela esteja separada e/ou em um plano fora do processo penal. A busca por essa forma de observação advém de uma necessidade sentida de desmembramento de um dos maiores problemas do sistema penal brasileiro: as prisões cautelares. Esse desmembrar, desconstruir e (re)construir uma análise daquilo que as estruturam é uma forma de trazer aos olhos questões que, por vezes, se encontram camufladas nas entrelinhas discursivas e que preenchem —mesmo que camufladamente—, determinadas argumentações genéricas e abertas, que legitimam a punição antecipada.

Diante desta busca por encontrar tudo aquilo que constrói essa ideologia, ressaltamos que um dos pontos mais fortes é a presença da própria epistemologia inquisitorial, pois oferece um aporte fundamental para essa concepção da cautelaridade, de modo a estruturar e promover facilidades, a fim de garantir a permanência e a livre-circulação desta ideologia dentro do sistema penal como um todo.

Na próxima subseção, portanto, demonstraremos as primeiras manifestações punitivas do sistema inquisitório⁷ e que, em comunhão com os elementos característicos do contexto tardo-moderno brasileiro, culminaram

7 Para abordarmos sobre as primeiras manifestações do sistema inquisitório precisamos, em um primeiro momento, ressaltar que não podemos falar em existência de um direito penal no medievo, mas sim, em práticas punitivas propriamente ditas.

para a primeira construção e estruturação da ideologia cautelar, além da manutenção da presença desta ideologia dentro do sistema penal.

EPISTEMOLOGIAS INQUISITORIAIS E SEU SUBSÍDIO PARA A ESTRUTURAÇÃO DA IDEOLOGIA CAUTELAR

As primeiras manifestações inquisitoriais podem ser percebidas no Império Romano, chegando ao ápice da construção teórico-estrutural durante a inquisição, especialmente, através das práticas relacionadas à perseguição religiosa como forma de obtenção da verdade católica. Posteriormente, foi disseminada para a jurisdição laica na Europa continental e assim passou a ser assimilada nos sistemas processuais (Khaled Jr., 2020, p. 29).

Apesar de representarem importantes períodos históricos, aqui não falaremos sobre as primeiras manifestações das práticas punitivas; do direito propriamente dito e nem dos sistemas adotados que forneceram subsídios para a consagração da inquisição —o que englobaria uma análise da Grécia antiga e Roma antiga—, pois são temas longos para reduzir a pequenas linhas a fim de caber neste trabalho, o que nos distanciaria dos objetivos aqui propostos. A análise partirá da inquisição —especialmente papal medieval— e do processo inquisitório,⁸ na intenção de comparar⁹ com o processo penal tardo-moderno e verificar qual é a ideologia predominante, bem como, a presença da estrutura inquisitória no Processo Penal tardo-moderno e sua respectiva contribuição para a construção da ideologia cautelar.

A estrutura inquisitorial esteve diretamente relacionada com a Igreja Católica e com sua necessidade de controle dos pensamentos considerados heréticos. A relação Estado-Igreja propiciou um crescimento conjunto de ambos os lados, pois enquanto a Igreja transpassou uma ideia de legitimidade com base nas crenças católicas, o Estado forneceu o próprio poder baseado nos mecanismos administrativo-burocráticos. Deste modo, foi construído um modelo jurídico-político baseado na intolerância (de Carvalho, 1993, pp. 11-15).

8 A escolha de partir esta análise da inquisição também se pauta na noção de que este momento pode ser considerado o apogeu do processo inquisitório, ou seja, a forma mais refinada deste. Uma vez que os sistemas anteriores à inquisição (especialmente na Roma antiga) contribuíram apenas com algumas características para a consolidação do processo inquisitório e não no seu todo, conforme afirma Khaled Jr. (2020, p. 61).

9 Este “comparar” não se trata de uma visão calcada em determinada ótica evolucionista. A ideia é verificar as semelhanças existentes entre os diferentes períodos históricos.

A partir do momento em que o cristianismo se tornou a religião oficial do Império, passou a ser considerado também um dos principais responsáveis pela homogeneidade política da época. Deste modo, qualquer doutrina que pudesse divergir dos ideais cristãos, era considerada herética. Sendo que os tratamentos destinados aos integrantes destas doutrinas eram compostos por sanções que variavam entre excomunhão, perda de bens e até mesmo a morte (Boff, 1993, pp. 12-13).

A inquisição foi fruto de uma necessidade política de apoiar um poder autoritário. E com ela houve um crescimento das questões procedimentais relacionadas à busca pela verdade, bem como, à perseguição penal pública e obrigatória através do procedimento penal como forma de atacar todo e qualquer movimento que estivesse em desconforto com a ideologia imperante (Maier, 2006, p. 261).

Desta forma, os manuais clericais¹⁰ —que por sua vez, são extremamente importantes para compreendermos o processo inquisitório puro e suas respectivas manifestações— revelavam a importância não só jurídica, mas também política. Pois, era através do processo inquisitorial que aconteciam as excomuniões. Ou seja, o próprio processo penal medieval se apresentava de forma política (de Carvalho, 1993, pp. 11-12).

Estas apresentações políticas são compreensíveis, uma vez que no Direito Penal —diante do exercício do poder público que exerce sobre direitos e garantias individuais—, existe uma força de influência que é aplicada por determinada ideologia que se encontre em vigor ou que tenha sido determinada pelo exercício do poder. Isso porque é função do Direito Penal promover o respeito à organização política, bem como, dos valores sociais que a constituem, a fim de garantir a convivência pacífica entre os indivíduos sob a ideologia predominante (Maier, 2006, pp. 259-260).

10 Quando mencionamos sobre os manuais clericais, nos referimos, especificamente, ao *Directorium inquisitorium* escrito por Nicolau Eymerich —inquisidor-geral do reino dominicano— em 1376, que trata de uma abordagem prática da atuação dos inquisidores, que foi revisado e ampliado por Francisco Peña em 1578 diante do surgimento de novas heresias no século XVI. Essa atualização realizada por Peña tornou possível a utilização do manual por duas inquisições oficiais (romana e espanhola) e para todos os inquisidores, uma vez que foi capaz de reunir questões processuais e doutrinárias importantes, conforme menciona Boff (1993, pp. 14-15). O segundo manual clerical trata-se do *Malleus maleficarum*, escrito no ano de 1487 pelos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger que trata de um manual responsável por estabelecer métodos para o (re) conhecimento, para a captura e para a punição de bruxas, conforme Kramer y Sprenger (2021).

E para além disso, se observarmos a característica praxiológica do Processo Penal e a capacidade que possui de produzir efeitos na esfera da vivência humana e social, notaremos que há uma relação ainda mais forte entre o conteúdo disposto nele e o sistema. Ou seja, há uma relação direta entre política e Processo Penal, que supera a relação que aquela possui com os outros ramos jurídicos —inclusive com o Direito Penal—. Neste sentido, as manipulações políticas também acabam ganhando uma força maior e adquirindo um espaço de notoriedade no que tange à influência exercida sobre o Processo Penal (Maier, 2006, p. 260).

E de fato, ao analisar o processo penal da modernidade tardia é possível perceber as conotações políticas que o delineiam e que embasam inúmeras prisões, especialmente em se tratando de prisão cautelar. Pois, esta é uma das formas de eleição dos indivíduos que devem ser punidos e, consequentemente, terem alienados os direitos e garantias fundamentais, o que ocorre diante da desconsideração de princípios basilares do direito e da construção de novos princípios norteadores do processo penal do inimigo, como a presunção de periculosidade; a construção de determinados bens jurídicos a serem tutelados e a sobreposição destes aos direitos e garantias individuais, sob uma concepção securitária, por exemplo. Neste sentido, é viável afirmar que não só o processo penal tardo-moderno demonstra suas facetas políticas, como também, que toda a prisão se trata de prisão política.

Isso porque, nas palavras de Batista (2003), a criminalização de qualquer conflito é uma decisão política, motivo pelo qual, não existe crime natural; todo crime é político. Neste mesmo sentido, Gonzalez (2020, p. 29) afirma que, acertadamente, o Movimento Negro Unificado em 1978/1979 caracterizou o “preso comum” como “preso político” como consequência da política criminal que prevê as sanções mais altas para os atos indesejáveis menos gravosos, mas que atingem uma parcela minoritária da população —àquela que possui poder econômico—.

Khaled Jr. (2020, p. 31) menciona que a economia de poder e a anatomia da política estatal possuem relações diretas com a permanência da inquisitorialidade. Isso porque o poder político possui uma capacidade de subalternar a capacidade de contenção do poder punitivo nas relações jurídico-políticas. Isso significa que o espaço político sempre se utilizou de mecanismos discursivos capazes de se sobrepor à contenção do poder punitivo na esfera da política criminal.

Sendo, portanto, este poder político, um dos responsáveis pela ampliação do poder punitivo baseado em critérios seletivos que se estendem desde a inquisição até a atual quadra histórica, o que ocorre através de alguns refinamentos discursivos.

Essa utilização do poder político para ampliar o punitivismo durante a inquisição pode ser observada na menção que Boff faz ao crime de heresia, ao referir que “a heresia é tida como um crime político de lesa-majestade” (Boff, 1993, p. 17). E acrescida da observação de Tavares que —ao perpassar pela temática das inquisições— aduz que a perseguição das bruxas foi, sobretudo, política, uma vez que, iniciou buscando o fortalecimento dos poderes da igreja e, posteriormente, buscou a centralização do poder laico. Tanto é que passados os períodos “complicados” da Igreja e resolvidas algumas questões internas contraditórias, a mira deixou de ser as bruxas, passando para os inimigos externos; detentores do poder financeiro (judeus) e dissidentes (reformadores) (Tavarez, 2020).

Ou seja, podemos observar a volatilidade da escolha das “vítimas” das/pelas inquisições como forma de manutenção do poder. Ocorre que esta volatilidade sempre esteve restrita aos grupos sociais vulnerabilizados pela própria política através das estruturas sociais.

Isso significa que o alvo do poder punitivo esteve —e está— em constante movimento, seguindo o ritmo da política criminal e das blindagens discursivas por ela utilizadas, sob a guarida da ideologia predominante. Nestes casos, diante das análises da aplicação do poder punitivo, podemos observar fortemente a presença da ideologia cautelar, que encontrou subsídio para sua estruturação durante a inquisição e foi hipertrofiada no processo penal tardo-moderno, a ponto de ditar e se sobrepor às regras do jogo democrático através da instrumentalização discursiva persuasiva.

Neste sentido, segundo de Carvalho (1993, pp. 14-15), para analisar o processo inquisitório e a própria epistemologia, devemos levar em consideração as concepções de crime nela presente, pois, não se trata de crimes previamente estabelecidos nas legislações, mas adequações normativas às pessoas consideradas enquanto perigosas e/ou heréticas. Outro elemento epistemológico presente diz respeito ao decisionismo, que por sua vez, estava —e está— diretamente ligado com a noção de perigosismo de determinados indivíduos, pois, ao inexistir critérios objetivos que definam os ilícitos, as decisões passam a ser tomadas com base em critérios subjetivos, desprovidos de certa cognição. Situação que facilita a tomada de decisão baseada

em valores ideológicos predominantes na subcultura que os responsáveis por este processo estão inseridos.

Ou seja, conforme Khaled Jr. (2020) “a Inquisição visava perseguir a todos que potencialmente pudessem vir a apresentar uma ameaça para a economia de poder na qual sua hegemonia estava assegurada e que, desse modo, passavam a ser vistos como hereges” (pp. 63-64). Essa racionalidade binária, predominante na inquisição, revela a busca pelo controle social diante da categorização dos indivíduos entre aqueles que não seguem os dogmas da Igreja católica: os hereges, ou seja, inimigos a serem combatidos por meio da perseguição, e, os cidadãos, definidos como aqueles que vivem de acordo com estes dogmas (Khaled Jr., 2020, pp. 63-64).

Essa ameaça à economia do poder já estava relacionada com algumas terminologias típicas da ideologia cautelar, pois Eymerich menciona que os hereges elegem doutrinas falsas e perversas e que, por serem contrárias à igreja católica, há um afastamento daqueles indivíduos que seguem os dogmas católicos, dando início a um processo de isolamento e exclusão ocasionados pela heresia. Ou seja, a heresia era considerada a responsável pelas calamidades existentes, uma vez que provocava o enfraquecimento da verdade católica, tornando os solos férteis para a propagação de insurreições, desvios e quebra da ordem pública, por exemplo. Neste sentido, Eymerich (1993, pp. 31-84) estabelece no Manual dos Inquisidores um rol taxativo de quem é considerado enquanto herege, sendo estes, vislumbrados enquanto inimigos a serem combatidos.

A racionalidade binária existente no processo inquisitório se faz presente no fato de que qualquer desvio é suficiente para considerar o responsável enquanto inimigo e, conseqüentemente, enquanto uma ameaça social na qual devam ser tomadas as medidas inquisitoriais necessárias para a contenção dos perigos por ela representados. Isso significa que o processo inquisitório pode ser considerado enquanto um processo penal do inimigo (Khaled Jr., 2020, p. 65), que visa diuturnamente o controle das ameaças criadas pelo próprio poder punitivo, sob a guarida dos traços iniciais da ideologia cautelar, que adquire seu *status* completo no processo penal tardomoderno.

Pois, Segundo Khaled Jr. (2020) “O instrumental inquisitório foi concebido como ferramenta de perseguição e erradicação da alteridade, taxada de inimiga a ser combatida em prol dos desígnios do reino dos céus” (p. 61). Esse inquisitorialismo continua produzindo seus efeitos no processo penal

tardo-moderno que, aliado a outros elementos estruturantes, (re)constitui e fortifica a permanência da ideologia cautelar.

As epistemologias inquisitoriais, que são carregadas de construções jurídico-políticas calcadas na intolerância; na seleção de verdades únicas; na busca por homogeneidade; na exclusão e extermínio de tudo aquilo que representasse uma ameaça à ordem da organização político-estatal da época, foram responsáveis por expandir o poder punitivo sob retóricas que representam aquilo que convencionamos a chamar de ideologia cautelar. Não atoa que os atuais alvos do poder punitivo através da prisão cautelar, são comumente selecionados diante dos “riscos apresentados” para a garantia da ordem pública.

Ou seja, a ideologia cautelar encontrou subsídios necessários para o seu crescimento e estruturação na inquisição, período em que também começou a marcar sua presença no controle social de modo a construir uma trajetória ascendente no decorrer dos anos no que tange à força e às formas incorporadas para ditar as regras do jogo processual penal. Contudo, apesar das camuflagens (per)formáticas adquiridas por esta ideologia, ela ainda carrega no seu cerne as raízes autoritárias inquisitoriais, que se fazem visíveis a partir de uma análise crítica do processo penal.

É através da ideologia cautelar que ainda são produzidos efeitos semelhantes aos da inquisição. Os assuntos mais problemáticos do processo penal no que tange à violação de direitos e garantias fundamentais ocorrem através da objetificação dos dissidentes da atualidade e a imparcialidade, ambos frutos (proibidos) dessa gênese inquisitória, que produz os piores efeitos possíveis em termos de violação aos direitos humanos e que se fundam na ideologia cautelar, ora abordada.

Dentre os principais elementos responsáveis pela estruturação da ideologia cautelar, podemos destacar o sistema inquisitório; a busca da verdade real; a banalização das prisões cautelares; a utilização da tortura; a criminalização da defesa e a perseguição etiológica. Ou seja, são elementos que estão diretamente interligados, sendo responsáveis pela violação dos direitos e garantias das pessoas acusadas e que, igualmente, reproduzem — com novas roupagens e sob novas justificativas, estas baseadas na garantia da ordem — as cerimônias degradatórias dos acusados durante o medievo, mas agora, através da objetificação dos corpos por meio do enjaulamento de indivíduos no transcurso processual a fim de mantê-los (eternamente)

disponíveis para os inquisidores, já que a vontade de poder é camuflada na presunção de culpabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo —que ainda está em desenvolvimento a fim de atingir outros objetivos e para ampliar os aqui buscados— se propôs a responder dois questionamentos: O primeiro se é possível afirmar que existe uma ideologia cautelar no espaço judicial brasileiro? E, em sendo possível, como ocorreu a estruturação dessa ideologia no processo penal brasileiro?

Ao interpretarmos a ideologia enquanto conjunto de ideias que fazem parte dos indivíduos e, consequentemente, dos valores subculturais, consideramos que a ideologia é responsável por estruturar a forma de pensar e, consequentemente, as decisões tomadas pelas pessoas pertencentes a determinado grupo.

No decorrer das pesquisas, pudemos observar que existem bases ideológicas que estruturam todas as formas de poder e de controle social e, por vezes, estas ideologias se camuflam em discursos (falados ou não). Contudo, pudemos perceber também que o poder é capaz de exercer controle sobre as ideologias, de modo a selecionar as que forem consideradas úteis e excluir aquelas que não forem, exercendo assim, um domínio político —situação que ocorre com o poder punitivo—. Esse domínio exercido sobre as ideologias úteis e o próprio domínio que elas exercem sobre as atuações estão diretamente relacionadas à vontade de verdade e, consequentemente, à vontade de poder.

Dentro deste contexto, há uma reprodução histórica de ferramentas colonialistas responsáveis pela dominação social, como por exemplo, o condicionamento psicológico. Dentre as principais consequências desta ferramenta, destacamos a racionalidade binária, responsável por naturalizar os processos colonialistas —e tardo-colonialistas— de dominação, seja através da verticalização social, baseada em uma estrutura de raça, classe e gênero, seja através da manutenção desta verticalização —ou através de uma verticalização nacional— de imposição de perspectivas eurocentradas do conhecimento.

Como consequência podemos observar a política criminal brasileira que através de inúmeras transnacionalizações, carrega consigo bases ideológicas estruturantes que se fundam na noção de presunção de culpabilidade

das pessoas consideradas enquanto dissidentes, contra as quais é aplicado o direito penal do inimigo, que por sua vez, se mascara através das noções de prevenção e de garantia da segurança da sociedade. Diante deste contexto, consideramos que a ideologia cautelar é a responsável por promover essa estruturação da atuação e de mascaramento através do processo penal, especialmente porque, lemos este enquanto um fenômeno cultural.

Desta forma, o processo penal —que deveria servir para a proteção de direitos e garantias fundamentais— passa a ser um instrumento para a aplicação do poder (punitivo informal), norteado pela ideologia cautelar, que por sua vez, pode ser considerada enquanto uma forma de opressão.

Essa ideologia cautelar é responsável por nortear a aplicação do poder punitivo (informal) na medida em que o seu significado está diretamente relacionado com três “sentidos”: o primeiro —“autolegitimante” e expressamente admitido por parte dos operadores do direito— que é a busca pela prevenção de possíveis riscos; o segundo —que é o “legitimador” dos riscos, expressamente construído pelos detentores do poder— que é o medo. Este se baseia em uma verdade real e inquestionável, comumente visível na opinião pública(da); e o terceiro —que embora não expressamente divulgado, é facilmente observável— que é a punição/repressão daqueles que preenchem os requisitos estigmatizantes do medo construído. Esses três “sentidos” são edificadas nas bases da racionalidade binária e responsáveis por atribuir significado à ideologia cautelar. Dentro destes três campos existem questões de cunho macro, meso e micro que igualmente dão significado para a estruturação de cada um deles e, quando unidos, podem ser facilmente remetidos às concepções inquisitoriais.

A cautelaridade, portanto, possui “sentidos” que remetem à perspectivas legitimadoras de determinadas violações a direitos e garantias fundamentais, na medida em que a partir do estímulo do medo, os mecanismos supostamente preventivos —embora com função repressiva, ou seja, com vontade de repressão e, conseqüentemente, com vontade de poder— passam a ser utilizados a fim de garantir a “ordem”.

É justamente diante desta função divulgada —e não necessariamente função real— da cautelaridade, que encontramos suas nas epistemologias inquisitoriais, que são carregadas de construções jurídico-políticas calcadas na intolerância; na seleção de verdades únicas; na busca por homogeneidade; na exclusão e extermínio de tudo aquilo que representasse uma ameaça

à ordem da organização político-estatal da época e que foram responsáveis por expandir o poder punitivo sob retóricas que representam a presença inicial daquilo que convencionamos a chamar de ideologia cautelar. Não atoa que os atuais alvos do poder punitivo através da prisão cautelar, são comumente selecionados diante dos “riscos apresentados” para a garantia da ordem pública.

As consequências desta ideologia muito se assemelham às da inquisição, especialmente através da violação de direitos e garantias fundamentais das pessoas acusadas através da objetificação dos seus corpos. Desta forma, dentre os principais elementos responsáveis pela estruturação da ideologia cautelar, podemos destacar o sistema inquisitório; a busca da verdade real; a banalização das prisões cautelares; a utilização da tortura; a criminalização da defesa e a perseguição perigosista.

REFERÊNCIAS

- Abbagnano, N. (2007). *Dicionário de filosofia*. Martins Fontes.
- Aniyar, L. (2005). *Criminologia da libertação*. Revan.
- Batista, N. (2003). Entrevista: Todo crime é político. *Revista Caros Amigos*, 7(77), 29.
- Boff, L. (1993). Inquisição: Um espírito que continua a existir. En N. Eymerich (org.), *Diretorium inquisitorium. Manual dos inquisidores* (pp. 1-10). Editora Universidade de Brasília.
- de Carvalho, S. (1993). *Pena e garantias*. Rosa dos Tempos.
- Eymerich, N. (1993). *Diretorium inquisitorium. Manual dos inquisidores-diretorium inquisitorium*. Editora Universidade de Brasília.
- Foucault, M. (1996). *A ordem do discurso: Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Edições Loyola.
- Gonzalez, L. (2020). *Por um feminismo afro-latino-americano*. Editora Schwarcz-Companhia das Letras.
- Guedes, M. M. (2019). *Direito penal do inimigo e o terrorismo*. Almedina.
- Khaled Jr., S. H. (2020). *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. Letramento, Casa do Direito.
- Khaled Jr., S. H. (2021). *Direito penal e liberdade: Ensaios sobre castigo, culpabilidade e poder punitivo*. Lumen Juris.
- Kramer, H. y Sprenger, J. (2021). *O martelo das feiticeiras*. Editora BestBolso.
- Maier, J. B. J. (2006). *Derecho procesal penal I: Fundamentos*. Editores del Puerto.
- Pereira, V. R. (2012). *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Revan.
- Pitrez, E. (2017). *Política criminal transnacional na sociedade em rede: Regimes de proibição global, margem de apreciação, princípio da norma mais favorável*. Lumen Juris.
- Quijano, A. (2005). Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. En E. Lander (org.), *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-americanas* (pp. 107-126). Clacso.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (2004). *Punição e estrutura social*. Revan.

Tavarez, J. (2020). Prefácio. En E. R. Zaffaroni, *O nascimento da criminologia crítica* (pp. 1-10). Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, E. R. (2013). *A questão criminal*. Revan.

Zaffaroni, E. R. (2020). *O nascimento da criminologia crítica: Spee e a cautio criminalis*. Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, E. R. (2021). *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: A criminologia do ser-aqui*. Da Vinci.

Zaffaroni, E. R. y Pierangeli, J. H. (2015). *Manual de direito penal brasileiro: Parte geral*. Revista dos Tribunais.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB)
ENQUANTO POLÍTICA DE GESTÃO DE CONFLITOS
FUNDIÁRIOS NO BRASIL*

LA REGULARIZACIÓN DEL SUELO URBANO (REURB) COMO
POLÍTICA DE GESTIÓN DE CONFLICTOS TERRITORIALES EN BRASIL

URBAN LAND REGULARIZATION (REURB) AS A
POLICY FOR MANAGING LAND CONFLICTS IN BRAZIL

ANDERSON HENRIQUE VIEIRA**

ARÍCIA FERNANDES CORREIA***

TALDEN FARIAS****

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a11

* O presente artigo é fruto da pesquisa em andamento no âmbito do projeto de investigação intitulado “Regularização Fundiária Urbana Sustentável e os desafios para sua implementação: uma análise jurídico-normativa das experiências Brasileira e Colombiana”, cujo financiamento é feito pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Brasil-CNPQ (Processo/ Código n.º 421893/2023) com previsão de conclusão para o ano de 2026.

** Doutorando em Direito (UEPB). Maestro em Planejamento Urbano (UERN). Advogado (OAB/PB 26.023). Graduado em Direito por la Universidad Federal de Campina Grande-Campus Sousa. Integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos da UFCG-GEPIH na linha de pesquisa “Direito à Cidade, Política Pública e Poder Local” e integrante do projeto de pesquisa “Emphyteusis and urban land: explorando los usos potenciales de los arrendamientos de terrenos en Brasil ciudades” financiadas por el Lincoln Institute of Land Policy. Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/7084984/anderson-henrique-vieira>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=5ybKaT8AAAAJ&hl=pt-BR>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8999-0044>, correio eletrônico: andersonhvieira@gmail.com

Resumo

O artigo se propõe a tratar do atual escopo normativo —e valorativo— da REURB, suas principais modalidades e seus objetivos, como forma de verificar a distância entre o prolongamento e o acirramento penoso e longo dos conflitos fundiários e a aplicação célere e mediadora da REURB enquanto política de gestão da terra urbana e da cidade. Com esse objetivo, espera-se propor reflexões a partir do seguinte questionamento: sendo a REURB uma das formas de garantia do direito à moradia e da tutela das funções sociais da propriedade urbana, da posse e da cidade, como ela se qualifica enquanto política de gestão de conflitos fundiários? Para tanto, utilizou-se de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa e análise normativa, tendo, neste caso, como principal marco a Lei Federal n.º 13.465/2017. A conclusão indica que a REURB se mostra como uma política apta a ser utilizada na gestão de conflitos fundiários, pelo seu potencial de redução da insegurança jurídica da população ante à constante ameaça de remoção, desde que planejada e executada sob uma ótica funcio-

*** Professor de Direito Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui Pós-doutorado em Direito Público pela Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, com bolsa Capes, Doutorado em Direito Público e Mestrado em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. É professora-adjunta de Direito e membro permanente do Programa de Pós-Graduação PPGDir da UERJ, na Linha de Pesquisa de Direito da Cidade. Coordena o Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade (NEPEC), certificado pelo CNPQ. Integra, como membro permanente, o Fórum de Direito da Cidade da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. É procuradora do Município do Rio de Janeiro. É membro das Comissões de Direito Constitucional e Direito Municipal da OAB/RJ (triênios 2019-2021, 2022-2024 e 2025-2027). Tornou-se em 2023 integrante honorária do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ) e membro da Comissão de Políticas Públicas do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Está diretora do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Município e redatora-chefe da Revista Carioca de Direito. Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/3769675/aricia-fernandes-correia>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=pAYrck8AAAAJ&hl=pt-BR>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3964-2805>, correio eletrônico: correiaaricia@gmail.com

**** Professor de Direito Ambiental pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela UEPB, mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB, doutor em Recursos Naturais pela UFCG e doutor em Direito pela UERJ (com distinção), tendo feito estágio de doutoramento sanduíche pela Universidade de Paris I/Panthéon-Sorbonne (bolsa CAPES-COFECUB). Pós-doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Advogado e professor de Direito Ambiental da UFPB e da ufpe (graduação e pós-graduação). Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/9629997/talden-farias>, Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=Ff7o6N8AAAAJ&hl=pt-BR>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9799-8396>, correio eletrônico: taldenfarias@gmail.com

nal, inclusiva e descentralizada. Além disso se insere em um quadro axiológico, neste quadrante do século XXI, no qual se valorizam soluções mediadas e especializadas em matéria de conflitos fundiários.

Palavras-chave: regularização fundiária urbana, conflitos fundiários, acesso à terra, direito à moradia.

Resumen

El artículo se propone abordar el alcance normativo —y valorativo— de la regularización del suelo urbano (REURB), sus principales modalidades y sus objetivos, con el fin de verificar la distancia entre la prolongación y la agudización penosa y duradera de los conflictos de tierras, y la aplicación ágil y mediadora de la REURB como política de gestión de la tierra urbana y de ciudad. Con este objetivo, se pretende ofrecer reflexiones a partir de la siguiente pregunta: siendo la REURB una de las formas de garantía del derecho a la vivienda y de la protección de las funciones sociales de la propiedad urbana, la posesión y el derecho a la ciudad, ¿cómo se califica la política de gestión de conflictos de tierras? Para ello, se llevó a cabo una revisión bibliográfica con enfoque cualitativo y análisis normativo, teniendo como principal marco la Ley Federal n.º 13.465/2017. La conclusión indica que la REURB se muestra como una política adecuada para la gestión de conflictos de tierras, debido a su potencial para reducir la inseguridad jurídica de la población ante la constante amenaza de desalojo, siempre que sea planificada y ejecutada desde una perspectiva funcional, inclusiva y descentralizada. Además, se inserta en un marco axiológico del siglo XXI, en el que se valoran las soluciones mediadas y especializadas en materia de conflictos de tierras.

Palabras clave: regularización del suelo urbano, conflictos de tierras, acceso a la tierra, derecho a la vivienda.

Abstract

The article sets out to address the current normative —and evaluative— scope of REURB, its main modalities and its objectives, as a way of verifying the distance between the painful and long-lasting prolongation and exacerbation of land conflicts and the swift and mediating application of REURB as an urban land and city management policy. With this objective, we hope to propose reflections based on the following question: since REURB is one of the ways of guaranteeing the right to housing and protecting the social functions of urban property, ownership and the city, how does it qualify as a policy for managing land conflicts? To this end, we used a bibliographical review with a qualitative approach and normative analysis, with Federal Law n.º 13.465/2017 as the main landmark in this case. The conclusion is that REURB is an appropriate policy to be used in the management of land conflicts, due to its potential to reduce the population's legal insecurity in the face of the constant threat of removal, as long as it is planned and implemented from a functional, inclusive and decentralized perspective. It also fits into an axiological framework, in this quadrant of the 21st century, in which mediated and specialized solutions to land conflicts are valued.

Keywords: urban land regularization, land conflicts, access to land, right to housing.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O cenário fundiário urbano brasileiro, organizado sob a lógica da propriedade privada individual e absoluta e segundo um planejamento urbano conservador e hierarquizado, produziu um quadro de exclusão socioterritorial inequívoco, entre outros aspectos, por meio de irregularidade fundiária, déficit habitacional, distribuição seletiva de infraestrutura urbana e sanitária, ocupações em áreas ambientalmente sensíveis e conflitos fundiários.

Esse quadro centralizador, conservador e excludente desde sua concepção tem raízes históricas ligadas as estruturas oligárquicas portuguesas, transpostas para terras brasileiras através da concessão das capitânias hereditárias e, depois, via concessão de sesmarias, alimentaram um sistema de concentração de terras que poderia ter se desconcentrado pela valorização natural da posse, não tivesse sido a Lei de Terras de 1850, a verdadeira “cerca da terra” (Baldez, 1991, p. 10), convolado a terra em propriedade passível de aquisição apenas por quem tivesse recursos e não pelas pessoas escravizadas, que, naquele mesmo ano, não por coincidência, estavam proibidas de ser objeto de tráfico pela Lei Eusebio de Queiroz (Melo, 2018). Assim, a ocupação da terra brasileira para os não proprietários foi absolutamente excludente.

O processo de “libertação” das pessoas escravizadas e “aprisionamento” jurídico das terras, entre outros elementos históricos e sociais a serem considerados, contribuíram para formação de ocupações urbanas alternativas que se formaram a despeito de qualquer infraestrutura. A resposta do Estado a essas questões foram “soluções” pautadas no controle dos espaços (Crepaldi, 2022) e repressão (muitas vezes violentas) dos movimentos que tensionavam por mudanças. Nesse sentido, com a inserção da Constituição Federal de 1988 (arts. 182 e 183) (Brasil, 2023) e o consequente advento do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) (Brasil, 2001) houve uma sensível mudança de paradigma para ser reconhecida a função socioambiental da cidade e a necessidade de legitimação jurídica de situações fáticas do tecido urbano que se encontravam à margem do direito do ponto de vista estritamente legalista-liberal, como é o caso das ocupações urbanas alternativas/resistentes.

Fruto do Movimento da Reforma Urbana (Saule Jr. y Uzzo, 2015), o Capítulo da Política Urbana deixou nítido no texto constitucional que a terra urbana deveria ter como prioridade o usufruto do imóvel para a sobrevivência humana, seja pela moradia ou pelo cultivo, daí os institutos da usucapião

especial urbana *pro morare e pro cultivare*, o instituto do uso, parcelamento e edificação compulsórios, o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo, a desapropriação sanção, a possibilidade de imóveis públicos serem objeto de concessão de uso, dando-se finalidade pública aos imóveis públicos, e, mais importante do que tudo, o recado ao mercado de que a terra não deveria ser objeto de mera especulação imobiliária, uma vez que dentro da Ordem Econômica estava a Política Urbana.

Assim, essa configuração normativa e mudança paradigmática, muito embora não tenha nem de longe resolvido a questão urbana no Brasil, foram fundamentais para o desenvolvimento de instrumentos jurídico-urbanísticos e para criação de órgãos próprios na estrutura administrativa principalmente da União, que conferiram um tratamento mais funcional e integrativo à cidade, por meio do desenvolvimento de políticas que visaram à democratização do acesso à terra e o direito à moradia plena. Exemplos disso é o extinto e recentemente recriado Ministério das Cidades, Conselho das Cidades, Estatuto da Metrópole, programas habitacionais de interesse social como o Minha Casa Minha Vida e a regularização fundiária urbana (REURB) regulamentada em nível nacional inicialmente pela Lei 11.977/2009 (revogada) (Brasil, 2009) e posteriormente pela Lei 13.465/2017 a atual Lei Geral de Regularização Fundiária no Brasil (Brasil, 2017).

Concentrando o texto na questão da regularização fundiária urbana, torna-se mister definir seu conceito. A REURB é um procedimento administrativo complexo do ponto de vista técnico, social e conceitual. Justamente por isso não há proposições estanques e sua definição pode tomar contornos distintos de acordo com o paradigma teórico-metodológico adotado no seu planejamento, se caracterizando como um conceito em disputa.

Desse modo, é possível visualizar procedimentos de REURB planejados e executados sob uma lógica mais legalista-liberal (com destaque aos aspectos jurídicos) e outros que tomam formas integradas e funcionais, o que configura a REURB plena ou sustentável. Esta, sumariamente, é um procedimento administrativo que conjuga elementos jurídicos, urbanísticos, ambientais e sociais, com vistas a garantir moradia digna e adequada urbanização da área de intervenção considerando o equilíbrio ambiental, as principais necessidades locais e a participação popular emancipatória. Assim, cabe questionar: sendo a REURB uma das formas de garantia do direito à moradia e da tutela das funções sociais da propriedade urbana, da posse e da

cidade, como ela se qualifica enquanto instrumento de gestão¹ de conflitos fundiários?

Para propor reflexões preliminares ao questionamento e fomentar o debate em relação ao desenvolvimento de outras perspectivas, o artigo irá tratar brevemente do atual escopo normativo da REURB, suas principais modalidades e objetivos como forma de verificar a distância entre o prolongamento e o acirramento penoso e longo dos conflitos fundiários e a aplicação célere e mediadora da REURB enquanto instrumento de gestão da terra urbana e da cidade.

Com isso espera-se auxiliar órgãos da administração pública, do poder judiciário, entidades civis organizadas, movimentos sociais e a sociedade civil na luta pela garantia do direito à moradia, bem como contribuir em uma agenda de pesquisa que debata as possibilidades de gestão em contexto de conflitos fundiários urbanos.

Para tanto, utilizou-se como metodologia revisão bibliográfica com abordagem qualitativa e análise normativa, tendo como principal marco normativo a Lei Federal n.º 13.465/2017. Também foram empreendidas pesquisas junto às plataformas de jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Nordeste, Sudeste e Sul do Brasil, para verificar a aplicação dos instrumentos abordados na pesquisa. A justificativa para seleção dessas regiões dá-se primeiro pelo seu histórico de ocupações mais antigas, bem como pela maior concentração populacional.

O trabalho está organizado em quatro tópicos de discussão, além desta introdução. No tópico dois é abordado o tratamento normativo da REURB, sua (in)adequação conceitual, modalidades e objetivos, tendo como marco legal de análise a Lei Federal n.º 13.465/2017; no tópico três se discutem brevemente os conflitos fundiários no Brasil, seus principais conceitos, formas e como esse tensionamento se conecta com a luta pelo direito à moradia digna; já no tópico quatro, principal foco do artigo, são analisadas as possibilidades de aplicação da REURB enquanto instrumento de gestão de conflitos fundiários, considerando suas múltiplas dimensões de forma integrada. Após esse percurso têm-se ainda as considerações finais no tópico 5.

1 Amparado em Crepaldi (2022) optou-se pelo uso do termo “gestão” de conflitos fundiários ao invés da expressão “solução” de conflitos fundiários, por considerar que a dinamicidade das cidades impõe uma ação coordenada e contínua dos poderes públicos que não se esgotam em uma só proposição.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB): CONCEITO, MODALIDADES E OBJETIVOS

A primeira referência no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a regularização fundiária ocorreu por meio do Decreto-Lei 271/1967, que dispôs sobre loteamentos urbanos, responsabilidade do loteador e concessão de uso e espaço aéreo, sendo depois tratada na Lei Federal n.º 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo), que cuidou da regularização de loteamentos irregulares no Capítulo VIII, que trata das Disposições Gerais, notadamente nos arts. 38, 40 e 41, entretanto por não se tratar do instituto da REURB como discutido neste texto, toma-se a Lei 11.977/2009 como o primeiro marco normativo regulamentador da REURB no plano nacional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que no Brasil, a REURB foi inicialmente regulamentada, no plano nacional, por meio da Lei Federal n.º 11.977/2009 que posteriormente foi, na parte que toca à regularização fundiária urbana, revogada pela Lei Federal n.º 13.465/2017, o atual marco legislativo da REURB, juntamente com o Decreto Federal n.º 9.310/2018, além das legislações locais, Leis Orgânicas e Constituições Estaduais de cada Ente Federativo, que também detêm competência sobre a matéria, conforme já observado.

Segundo o art. 9.º da Lei 13.465/2017 a REURB se caracteriza pelo conjunto de “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes” (Brasil, 2017).

Da análise do conceito legal retratado na nova lei é possível notar que não há a adoção de um caráter integrado-funcional do procedimento que contribua com o debate da informalidade enquanto potencialidade e não como questão a ser combatida “indo contra o marco conceitual e jurídico mais amplo construído desde o final da década de 1970, e ignorando as lições da experiência internacional” (Fernandes, 2022, p. 1); nesse mesmo sentido, o legislador confere destaque a “titulação dos ocupantes” enquanto condição indispensável de garantia do direito à moradia, o que, para além de ser uma falácia jurídica, pode indicar um reforço à hierarquização do procedimento de REURB com foco nos aspectos jurídico-dominiais que são passíveis de garantir um título, mas não de garantir moradia plena.

De outro lado, sob um ponto de vista mais adequado à realidade urbana brasileira, extremamente assimétrica, e que considere efetivamente a necessidade de contemplar a multiplicidade de facetas da REURB, pode-se

conceituá-la como o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, executadas por meio de uma equipe multidisciplinar, destinadas à incorporação dos núcleos urbanos alternativos/resistentes ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana, da posse e da cidade, bem como o direito ao meio ambiente equilibrado, à efetiva participação popular e emancipação social.

Nesse mesmo sentido, para Correia e Farias (2015) a regularização fundiária plena —que ora se denomina sustentável— é aquela que apresenta quatro dimensões:

(a) a registral, que visa à garantia da posse ou à tutela da propriedade; (b) a urbanística, que permite a integração plena da moradia à cidade, seus equipamentos coletivos, serviços públicos e direitos fundamentais; (c) a ambiental, que proporcione a seus moradores e suas próximas gerações uma vida saudável e (d) a social, que garanta oportunidades a seus habitantes para que no presente, desfrutem de uma vida digna, e, no futuro, até possam permanecer em suas comunidades de origem, mas não por necessidade e, sim, por opção (Correia y Farias, 2015, p. 867).

Em termos, trata-se da inclusão/incorporação da realidade fática em que vivem milhões de pessoas à dinâmica urbana de forma integrada.

No que se refere às modalidades de REURB, a nova Lei não inovou em relação às possibilidades já tratadas no diploma anterior. Desse modo, segundo a leitura do seu art. 13, tem-se duas modalidades: a regularização fundiária urbana de interesse social ou REURB-S e a regularização fundiária urbana de interesse específico ou REURB-E. Ainda é possível verificar a regularização fundiária urbana inominada também chamada de REURB-I, entretanto, em que pese grande parte da doutrina tratar a REURB-I como uma modalidade secundária em relação à REURB-S e REURB-E, a rigor, ela se caracteriza como um rito de procedimento e não uma terceira modalidade de REURB, como será visto adiante.

A REURB-S é prevista no inciso I do art. 13 da Lei 13.465/2017 e no art. 5.º A do Decreto 9.310/2018 e destina-se à incorporação de núcleos urbanos resistentes ocupados por populações vulnerabilizadas do ponto de vista socioeconômico ao ordenamento territorial. Justamente por isso, a Lei 13.465/2017 (§ 1.º, art. 13) e seu decreto regulamentador preveem isenções

em relação a custas e emolumentos cartorários, quando do procedimento registral da REURB-S, bem como prevê que os custos da implementação das obras e equipamentos necessários à urbanização da área serão arcados pelo poder público.

No que se refere à REURB-E, seu conceito é residual, assim definido pelo inciso II, do art. 13: “REURB de Interesse Específico (REURB-E)-regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo” (art. 13, II, Lei 13.465.2017) (Brasil, 2017). Isso significa dizer que se enquadram como REURB-E os projetos que tratem de áreas de intervenção predominantemente ocupadas por populações que não se caracterizem como baixa renda. Nesta modalidade, os custos de planejamento, execução e implementação das obras essenciais e toda infraestrutura necessária à conclusão do procedimento será custeado pelos potenciais beneficiários ou requerentes privados; é o que prevê o art. 33, § 1.º, II. Porém o mesmo artigo, em seu inciso III, excepciona essa obrigação para os casos em que a REURB-E for promovida sobre áreas públicas, presente o interesse público, cenário no qual será possível que o Município faça o custeio de toda a infraestrutura necessária com posterior cobrança aos seus beneficiários (art. 33, § 1.º, III). Sob esse aspecto cumpre ressaltar que a mencionada cobrança feita aos beneficiários pela implementação da infraestrutura, muito embora pareça se assemelhar a já conhecida “contribuição de melhoria” com esta não se confunde. Isso porque no caso do disposto no art. 33, § 1.º, III da Lei 13.465/2017 a Municipalidade irá fazer a cobrança com base efetivamente no que gastou e não sobre eventual valorização da propriedade privada. Ademais, se trata de situação bastante excepcional.

Existem ainda outras possibilidades para que o Município proceda ao custeio das obras de infraestrutura, como a doação de área por parte dos beneficiários ao ente Municipal para que este dê destinação coletiva; com também a alternativa de se instituir as chamadas “Taxas de REURB-E” por meio de Lei municipal, para os casos em que imóveis que não se enquadrem nos critérios de baixa renda estejam inseridos em áreas de intervenção predominantemente ocupadas por população de baixa renda.

Já a REURB-I não se configura como uma terceira modalidade e sim como um rito de procedimento simplificado previsto no art. 69 da Lei Geral de REURB, voltado a núcleos urbanos alternativos com elevado grau de consolidação pelo decurso do tempo que estejam totalmente integrados à

cidade. Sua principal característica é a dispensa de uma série de requisitos tendo em vista a antiguidade da ocupação e o cenário de grande consolidação, entre eles: projeto de regularização fundiária, de estudo técnico ambiental, certidão de regularização fundiária e quaisquer outras manifestações, aprovações, licenças ou alvarás emitidos pelos órgãos públicos (§ 2.º, art. 69, Lei 13.465/2017). Ao prever todas essas dispensas, nota-se que o legislador supôs a devida urbanização/integração da área de intervenção. Justamente por isso um plano de REURB executado nas modalidades S ou E pode ter o rito de procedimento previsto no art. 69 e assim uma simplificação técnica do projeto. Note-se que mesmo áreas com altos níveis de consolidação podem não ter parcelamento registrado, motivo pelo qual, na prática diária, muitos profissionais acabam submetendo o projeto completo à apreciação da Prefeitura (ainda que a rigor não fosse necessário) e elaborando peças técnicas que subsidiem o trabalho do registrador.

Além da definição das modalidades possíveis de REURB, a Lei 13.465/2017, em seu art. 10 trata dos objetivos do procedimento, sem fazer distinção entre a REURB-S e a REURB-E, apesar de colocar como prioridade a ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda (o que também é corroborado pelo Estatuto da Cidade em seu art. 2.º, XIV) (Brasil, 2001), o que contribui no debate da informalidade urbana em suas várias expressões e não somente conectada a contextos vulneráveis socioeconomicamente, muito embora este seja mais facilmente verificável e também fortemente reprimido e criminalizado, isso porque há uma forçosa conexão entre informalidade e ocupações de baixa renda como se a posse (e os conflitos dela decorrente) fosse uma forma de acesso à terra urbanizada reservada aos mais pobres quando na verdade é quase a regra no Brasil (de Moraes *et al.*, 2023).

Assim, pode-se destacar como principais objetivos da REURB: ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados (art. 10, III); promover a integração social e a geração de emprego e renda (art. 10, IV); estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade (art. 10, V); garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas (art. 10, VI); garantir a efetivação da função social da propriedade e ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 10, VII).

Ainda nesse quadro, nos termos do art. 30, VIII, da Constituição brasileira de 1988, é da competência dos Municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Ainda nesse quadro, o art. 2, II do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) prevê que a política urbana deve garantir o direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. A conjugação dessas e outras disposições, inclusive em tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, constituem o fundamento que insere a REURB como direito subjetivo, dos ocupantes da localidade objeto de intervenção, desde que haja viabilidade técnica no que se refere aos elementos jurídicos, ambientais, sociais e urbanísticos, só sendo cabível o indeferimento do requerimento de REURB nos casos de existência de risco não mitigável na área de intervenção; ocupação recente não consolidada ou reversível e área de segurança nacional.

Porquanto seja a interpretação que mais se adegue a garantia do direito à moradia e habitação dos indivíduos é possível encontrar entendimentos judiciais que não consideram a REURB enquanto direito subjetivo dos potenciais beneficiários, principalmente nos Estados do Nordeste do Brasil em que os Tribunais ainda não enfrentaram de forma central a temática. Por outro lado, quando se analisa as decisões colegiadas proferidas pelos Tribunais de Justiça no eixo sudeste-sul do país é perceptível entendimentos mais garantistas (embora ainda haja divergência) no que se refere a aplicação da Lei n.º 13.465/2017 e por conseguinte do direito subjetivo dos potenciais beneficiários à REURB, como se observa em: Acórdão n.º 1022509-20.2017.8.26.0451-TJSP; Acórdão n.º 2055833-42.2018.8.26.0000-TJSP; Acórdão n.º 1.0000.22.065220-0/001-TJMG; Acórdão n.º 1.0000.22.112535-4/001-TJMG.

Assim, sendo a REURB uma obrigação de fazer da Administração Pública e tendo em vista seus objetivos de ampliar o acesso à terra urbanizada; priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; promover a integração social e a geração de emprego e renda e estimular a resolução extrajudicial de conflitos, como já visto, cabe refletir se a REURB da forma que está posta pode ser um instrumento apto a contribuir na gestão de conflitos fundiários. É o que será abordado nas próximas linhas.

CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO BRASIL

A urbanização brasileira desenfreada e fortemente conectada com um planejamento urbano tecnocrata-modernista, tem como um dos seus subprodutos a exclusão socioterritorial, já que sob essa ótica o estado adota uma posição abstencionista em relação à urbanização das cidades (Santos, 2012) e desse modo a população “busca acesso à moradia por meio de seus próprios e precários recursos” (Maricato, 2015, p. 80), o que rebate, entre outros aspectos, no déficit habitacional do ponto de vista qualitativo e quantitativo e no tensionamento das relações jurídico-sociais pela acesso à terra urbanizada, expresso por meio dos conflitos fundiários.

Desse modo, ao contrário da REURB, que pode ser caracterizada como um conceito em disputa que se reformula (Fernandes, 2022) de acordo com o paradigma teórico-metodológico que influencia no seu planejamento, como brevemente apontado na introdução deste ensaio, a acepção de conflitos fundiários urbanos tem abordagens mais estabelecidas, de forma que se pode destacar pelo menos 2 (duas), uma em sentido amplo e outra em sentido estrito (Saule Jr. y di Sarno, 2013). Em sentido amplo, os sujeitos passivos são diversos e o objeto do conflito não necessariamente é o acesso à terra urbanizada, mas sim demandas que ultrapassam a habitação e/ou a posse/propriedade de determinada área, estando conectado com a carência de urbanização e a inexistência de infraestrutura urbana; já em sentido estrito os sujeitos passivos são pessoas vulnerabilizadas do ponto de vista socioeconômico que tensionam pela possibilidade de permanência em determinada área pública ou privada, de forma que nesses casos tem-se um objeto muito bem delineado: o direito à moradia. Esta última acepção é o principal foco das reflexões que seguem.

Nessa esteira, é preciso demarcar que o direito à moradia é aqui entendido enquanto Direito Fundamental (talvez um dos mais elementares) que possibilita o exercício de outros direitos e garantias e por este motivo não pode ser compreendido dentro dos incipientes limites do acesso à terra, isso porque “se a vida digna do homem na cidade pressupõe um mínimo, a terra (moradia) dele faz parte inexoravelmente (Mattos, 2006, p. 27). Muito mais que o acesso, esse Direito Fundamental visa garantir a permanência dos indivíduos nos locais em que habitam com a observância das condições que permitam o desenvolvimento de uma vida digna, aí compreendidas infraestrutura urbana e sanitária; equipamentos públicos; equilíbrio ambiental; lazer; geração de emprego e renda, educação, entre outras camadas.

Dessa forma, a acepção estrita sobre conflito fundiário urbano é mais visibilizada uma vez que se insere no âmbito da luta por moradia, por meio de ocupações de imóveis urbanos vazios e das reivindicações para a regularização fundiária, muitas vezes em razão da construção de grandes empreendimentos imobiliários públicos e privados que buscam remover populações de baixa renda, tudo em nome do “interesse público” (Cafrune, 2010), como é exemplo o caso da ZEIS (Zona Especial de Interesse Social) “Tororó” localizada na cidade de Salvador/BA em que a urgência na remoção da população para atendimento a esse pseudo interesse público é a construção de um grande shopping center (Costa y Tierno, 2022).

Nesse quadro, a Resolução n.º 87/2009, art. 3.º, I do extinto e recentemente recriado Conselho Nacional das Cidades-ConCidades conceitua conflito fundiário urbano como:

Disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade (Brasil, 2010).

Note-se que a concepção adotada pelo Conselho das Cidades, guarda compatibilidade com a perspectiva de conflitos fundiários em sentido estrito, conforme demonstrado, e reflete a gravidade da questão no tecido urbano brasileiro.

Em relação às formas como esses conflitos podem se apresentar, tem-se dimensões judiciais, administrativas e também políticas. As formas judiciais se expressam, em geral, por meio de ações possessórias ou petitórias que visam à reintegração de posse (ou pedido correlato) de áreas que foram foco de ocupações resistentes/alternativas; a forma administrativa se configura, dentre outras possibilidades, quando da impugnação de procedimentos de regularização fundiária por parte de proprietários ou terceiros interessados. Já as formas políticas se expressam quando da desapropriação de áreas para construção de empreendimentos que nem sempre observam os preceitos do interesse público. É bom destacar que essas formas não ocorrem isoladamente e muitas das vezes os conflitos se transmudam de acordo com o tensionamento das relações e a necessidade de tutela de interesses coletivos.

Assim, a pluralidade e complexidade de formas em que os conflitos fundiários se apresentam não é refletida nos instrumentos e estratégias utilizados na sua gestão administrativa e também judicial. Especificamente em âmbito judicial, as diversas possibilidades no que se refere a regras de competências para julgamento (direito privado, fazenda pública, meio ambiente) dificultam o desenvolvimento de alternativas específicas para cada caso (Frota, 2017) e reproduz decisões que tem na propriedade privada sua centralidade, o que impõe a urgência de discutir e explorar alternativas, tal como a REURB, conforme passa-se a refletir.

A REURB ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONFLITOS FUNDIÁRIOS

Seja em sua forma política, judicial ou administrativa, como já visto, os conflitos fundiários, em sentido estrito, tendem a pleitear o direito de acesso e permanência de ocupações alternativas no tecido urbano colocando em xeque direitos coletivos e individuais por meio da disputa pelo direito à moradia digna. Desse modo, sendo a REURB instrumento de garantia do direito à moradia e da tutela das funções sociais da propriedade urbana, da posse e da cidade, se qualifica como um poderoso instrumento de gestão de conflitos fundiários, desde que pensada em sua formatação plena e em atendimento aos interesses públicos e coletivos. Assim, as próximas linhas se dedicam a analisar e demonstrar como a REURB da forma que está posta na Lei 13.465/2017 pode atender ao objetivo indicado. Para tanto, o debate será iniciado com a problematização dos pressupostos teórico-metodológicos da consensualidade e cooperação e em seguida serão abordados os principais instrumentos e ferramentas previstos na Lei Geral de Regularização Fundiária que podem contribuir na gestão de conflitos fundiários, considerando ainda os princípios gerais do direito e a jurisprudência aplicada.

Consensualidade e cooperação: a necessidade da simetria de informações para formação de consensos válidos

O ordenamento jurídico brasileiro, na esteira de outros países como Portugal, França e Alemanha seguiu uma tendência jurídica de incentivar a resolução judicial e extrajudicial de conflitos por meio de técnicas não adversariais como mediação, conciliação e arbitragem. Em âmbito nacional

esse contexto pode ser visualizado quando da leitura do art. 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”; no artigo 6.º do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que prevê a todos os sujeitos do processo o dever de “cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” e também na Lei 13.140 de 2015 que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Esse arcabouço normativo, entre outros diplomas, acabou por introduzir e reforçar a utilização dos princípios da consensualidade e cooperação quando do trato de lides que permitam sua aplicação, isso significa dizer que nesse contexto de cooperação e consensualidade, os sujeitos envolvidos no conflito devem colaborar mutuamente (com ou sem a presença de um terceiro) para a formulação de uma estratégia resolutiva que seja adequada a gestão do conflito e à tutela do interesse das partes (o máximo possível). Provavelmente esse quadro contribuiu para a inserção na Lei Geral de Regularização Fundiária de elementos que visem a resolução consensual de conflitos quando de eventuais impugnações aos procedimentos no que se refere a titularidades das áreas objeto de intervenção.

Em primeiro plano, o artigo 10, inciso v, da Lei 13.465/2017 elencou como objetivo da REURB “estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade”. Muito embora a consensualidade (Moreira, 2003), cooperação e diálogo sejam respostas necessárias e adequadas a muitos embates jurídicos, a obviedade da conclusão de que esses pressupostos seriam adequados, de forma unilateral, aos contextos de conflitos fundiários urbanos envolvendo populações vulnerabilizadas precisa ser refletido.

Isso porque os métodos de resolução de conflitos não adversariais, de forma preponderante, promovem uma ótica igualitária entre os atores envolvidos, quando na verdade, ao se tratar de ocupações resistentes/alternativas, o que há é uma lacuna que impede o exercício do poder negocial *pari passu*, devendo, portanto, que essas iniciativas considerem obrigatoriamente a presença de instituições como a Defensoria Pública, Ministério Público e até mesmo organizações da sociedade civil que lidem com a temática e eventualmente disponham de profissionais especializados que possam auxiliar a população. Por isso, merece debate a inserção em condições paritárias de

agentes naturalmente díspares que podem ser influenciados e tensionados a tomar decisões que não tomariam caso detivessem um conjunto de informações adequadas sobre seus próprios direitos e a real possibilidade de impactar nos resultados. Por este motivo, a consensualidade deve partir do pressuposto da simetria de informações e da paridade de armas para que de fato haja um consenso válido, sempre com a observância de representação efetiva da população vulnerabilizada por meio da Defensoria Pública e Ministério Público.

Com esse propósito, a Resolução 510/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que regulamenta a criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais, respectivamente, da Comissão Nacional de Soluções Fundiárias e das Comissões Regionais de Soluções Fundiárias, institui diretrizes para a realização de visitas técnicas nas áreas objeto de litígio possessório e estabelece protocolos para o tratamento das ações que envolvam despejos ou reintegrações de posse em imóveis de moradia coletiva ou de área produtiva de populações vulneráveis, em seu artigo 5.º assegura que a atuação das comissões de soluções fundiárias sejam guiadas pela observância de princípios como imparcialidade, autonomia da vontade, oralidade, celeridade, informalidade e da decisão informada. E ainda que são consideradas boas práticas para mediação (art. 1.º da Lei 13.140/2015) e conciliação de conflitos fundiários o cadastramento dos ocupantes, a identificação do perfil socioeconômico das pessoas afetadas e a divulgação, por meio de placas ou cartazes, de que a área em análise é objeto de litígio. A conjugação desses elementos é fundamental quando se trata de ocupações espontâneas de grupos vulnerabilizados socioeconomicamente.

Vale comentar que a elaboração da mencionada resolução foi um dos resultados do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828, em que o Ministro Luís Roberto Barroso determinou liminarmente a suspensão das desocupações coletivas e dos despejos liminares durante a pandemia da covid-19. Além da Resolução 510/2023-CNJ a ADPF também motivou a edição da Lei 14.216/2021 que estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. Da

leitura da decisão, resta nítido que o direito à moradia foi privilegiado em detrimento do direito de propriedade, em atendimento ao espírito do Direito da Cidade de natureza essencialmente pública e coletiva, pressupostos que, igualmente, presidem o instituto da regularização fundiária urbana.

Para conferir efetividade ao objetivo proposto no o artigo 10, inciso V, a Lei 13.465/2017 em seu artigo 34 previu que:

Os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito da administração local, inclusive mediante celebração de ajustes com os Tribunais de Justiça estaduais, as quais deterão competência para dirimir conflitos relacionados à REURB, mediante solução consensual (Brasil, 2017).

Da leitura do referido dispositivo, nota-se um reforço a lógica da consensualidade e um vazio no que se refere a instrumentos metodológicos que garantam a efetiva participação popular emancipatória na gestão dos conflitos fundiários. Essa ausência desconsidera que somente com a participação popular é possível desenvolver alternativas, instrumentos e estratégias que nasçam no real, na experimentação e na urgência das necessidades locais e coletivas (Matos *et al.*, 2022) e que possam contribuir na superação do principal desafio ao desenvolvimento de alternativas adequadas: a desinformação. Há um consenso geral em relação ao dever de prestar informações por parte do poder público, sobretudo, quando se trata de coletividades vulnerabilizadas, nesses contextos, a informação é a arma mais poderosa e ao mesmo tempo o maior desafio (Martins y Ribeiro, 2022).

Desse modo, sob uma ótica mais inclusiva que contemple o caráter eminentemente coletivo desses conflitos, o ideal seria a alteração legislativa para que fosse inserido ao artigo 34 instrumentos que considerem a disparidade social, econômica e técnica entre os agentes envolvidos no conflito, para que assim houvesse de fato uma gestão que respeitasse os direitos da população ocupante. A referida alteração normativa poderia se expressar, entre outras possibilidades, como já dito, por meio da obrigatoriedade da participação de Defensores Públicos, Prefeitura, órgãos de controle e associações civis organizadas no âmbito das ocupações para compor as negociações e desenvolvimento de alternativas. No caso de inexistência dessas organizações civis, especificamente organizadas no âmbito das ocupações, qualquer trâmite que visasse o uso de formas não adversariais para gestão

de conflitos, deveria ser precedido de mobilização social da comunidade, com vistas a promover o fortalecimento da relação de pertencimento e de identidade da população com seu território e compartilhar o máximo de informações possíveis para que os ocupantes tenham ciência dos seus direitos e possam tomar decisões adequadas a dinâmica comunitária.

Um contributo a ampliação na participação popular quando da gestão dos conflitos fundiários foi a disposição do artigo 10 da Resolução 510 de 2023 do CNJ que dispõe sobre visitas técnicas nas áreas objetos de conflito fundiário, nos seguintes termos:

Art. 10. Solicitada a intervenção da Comissão Regional, será agendada visita técnica na área objeto do litígio, cuja data e horário serão informados aos requerentes, bem como ao magistrado, ao qual incumbe a intimação das partes, terceiros, Ministério Público, Defensoria Pública, Município no qual se localiza a área e eventual movimento social ou associação de moradores que dê suporte aos ocupantes.

O instrumento a que se refere a Resolução cuida de integrar os diversos atores envolvidos nos conflitos ainda que não necessariamente estejam no polo passivo de eventual ação existente. Isso indica que o CNJ reconhece minimamente uma responsabilidade ainda que indireta do Estado mesmo que o objeto do litígio não se trate de áreas públicas. Essa responsabilidade se conecta com o dever de tutelar o direito à moradia enquanto direito fundamental.

Para tanto, a própria Municipalidade pode concorrer para a ampliação dos atores- partícipes do acordo, de forma a legitimar a resolução dos conflitos fundiários. Nesse sentido, observe-se que, segundo o § 2.º do art. 34, tem-se que “se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá condição para a conclusão da REURB, com consequente expedição da CRF”, o que se torna uma garantia da ocupação, no sentido da criação de um direito subjetivo à certidão de regularização fundiária passível de registro junto ao registro de imóveis, fazendo a pacificação do conflito valer *erga omnes*.

Esses arranjos se harmonizam com as diretrizes gerais para execução da política urbana prevista no art. 2.º do Estatuto da Cidade, especialmente no tocante aos incisos II e III que preveem a gestão democrática da cidade com observância da participação popular e de associações representativas

de segmentos diversos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, bem como na cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; e, acrescenta-se, na mediação e gestão de conflitos urbanos.

Nesse mesmo quadro, também há compatibilidade com os objetivos n.º 11 e 16 de desenvolvimento sustentável-ODS da ONU, na medida em que visam, respectivamente, tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis (ODS-11) e promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (ODS-16).

Outrossim, a previsão contida no artigo 10, inciso v, da Lei 13.465/2017 de promover a resolução extrajudicial de conflitos e desse modo reforçar à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade encontra respaldo na jurisprudência, é o que se verifica no Acórdão n.º 2238134-83.2020.8.26.0000 prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em que foi reforçada a obrigatoriedade da observância dos instrumentos de mediação e conciliação extrajudiciais quando da existência de conflitos fundiários em projetos de REURB, no caso concreto o Tribunal decidiu por suspender a execução de projeto em curso, para que o município processasse em âmbito administrativo a impugnação apresentada por terceiro interessado na demarcação urbanística.

Instrumentos previstos na Lei Geral de Regularização Fundiária e suas possibilidades de aplicação em contextos de conflitos fundiários urbanos

O efeito cautelar do requerimento de REURB

O denominado “efeito cautelar da REURB”, está presente no § 8.º do art. 31 da Lei 13.465/2017, segundo o qual:

O requerimento de instauração da REURB ou, na forma de regulamento, a manifestação de interesse nesse sentido por parte de qualquer dos legitimados garantem perante o poder público aos ocupantes dos núcleos urbanos informais situados em áreas públicas a serem regu-

larizados a permanência em suas respectivas unidades imobiliárias, preservando-se as situações de fato já existentes, até o eventual arquivamento definitivo do procedimento (Brasil, 2017).

A citada disposição trata-se de uma poderosa ferramenta de tutela do direito à moradia, haja vista que garante a manutenção da população ocupante na localidade objeto da disputa, suspendendo qualquer ato, incluindo decisões judiciais que determinem a remoção forçada, a partir do requerimento de REURB formulado perante a municipalidade até o arquivamento definitivo do procedimento. Importante destacar que é um efeito jurídico automático, além de ser direito subjetivo dos potenciais beneficiários, de forma que em caso de descumprimento é possível que o poder judiciário adote medidas para garantir a observância do dispositivo. Nesta senda, é possível verificar reiteradas decisões judiciais que reconhecem o efeito suspensivo previsto § 8.º do art. 31 da Lei 13.465/2017, como expressos nos acórdãos n.º: 1022509-20.2017.8.26.0451-TJSP; 1001265-33.2016.8.26.0075-TJSP; 1000693-07.2020.8.26.0247-TJSP; 2055833-42.2018.8.26.0000-TJSP.

Ainda nesse quadro, não é demais reiterar que o pedido de REURB só poderá ser indeferido pela Prefeitura, em situações muito específicas tais como área de intervenção com risco não mitigável; ocupação recente não consolidada ou reversível e área de segurança nacional, quaisquer outras motivações que ensejem eventual indeferimento deverão ser acompanhadas da indicação de medidas a serem adotadas, com vistas à reformulação e à reavaliação do requerimento (art. 32, parágrafo único, Lei 13.465/2017), sempre com o objetivo de tutelar o máximo possível o direito à moradia da população e preservar as situações de fato consolidadas. Essas prerrogativas legais impedem que a Administração Pública possa proferir indeferimentos ilegítimos e contribuem na efetividade do disposto no § 8.º do art. 31.

Destarte, muito embora a redação do dispositivo mencionado seja restritiva para limitar sua aplicação a núcleos urbanos informais situados em áreas públicas, com lastro no direito fundamental à moradia devidamente previsto no art. 6.º da CF/88 e sob uma ótica social, pública e coletiva própria do Direito Urbanístico que contribua na superação do histórico legalista-liberal que orientou (e ainda orienta) o desenvolvimento e aplicação dos instrumentos urbanísticos, a interpretação do § 8.º do art. 31 da Lei 13.465/2017 precisa ser ampliada para contemplar também núcleos urbanos informais situados em áreas privadas, em aplicação por analogia. Nesse sentido, cita-se

que já é possível encontrar decisões judiciais paradigmáticas que, por analogia, conferem extensão dos efeitos do dispositivo citado as áreas privadas, de forma que a expectativa é a formação de uma jurisprudência garantista e consolidada nesse sentido que possa ser subsídio a eventual alteração legislativa, como é exemplo o Acórdão n.º 1001265-33.2016.8.26.0075 proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Sob esse aspecto, cabe citar que decisões progressistas no que se refere a interpretação/aplicação de instrumentos urbanísticos, sobretudo em sede de conflitos fundiários cujo objeto é áreas de titularidade privada, não representam o entendimento mais consolidado do ordenamento jurídico brasileiro que ainda é fortemente revestido das prerrogativas clássicas do direito de propriedade enquanto centralidade e que o tutela, inclusive, a despeito da própria ordem jurídica.

Desse modo, sendo a REURB direito subjetivo dos beneficiários, desde que atendidas as condições técnicas do ponto de vista jurídico, urbanístico, social e ambiental, talvez o recurso previsto no parágrafo 8 do art. 31 se configure como uma das principais formas de garantia do direito à moradia em contexto de conflitos fundiários, pelo seu potencial de redução da insegurança da população ante a constante ameaça de remoção forçada.

Não se pode perder de vista que o efeito cautelar do pedido de REURB, como exposto, guarda harmonia com o conteúdo tratado no Comentário Geral n.º 7 adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU que trata do direito à moradia adequada e prevenção das remoções forçadas. De forma que garantias como a que é regulamentada no artigo acima analisado, se caracteriza como dever legal e não como liberalidade político-administrativa.

Assim, é preciso citar que as Defensorias Públicas no Brasil e outras instituições que lidam com a tutela dos direitos das populações potencialmente vítimas de remoções, têm utilizado dessa prerrogativa, contudo, ainda há desafios que impedem a efetividade da medida e sua maior utilização. Dentre esses desafios, é possível citar a ausência de conhecimento sobre as possibilidades trazidas pela nova Lei da REURB e de domínio técnico especializado para lidar com questões urbanas de caráter coletivo. Esse despreparo dos profissionais do Direito para lidar com as questões jurídico-urbanísticas de cunho essencialmente coletivo pode estar conectado com a ausência do reconhecimento da autonomia epistemológica do Direito Urbanístico nos cursos jurídicos do Brasil, o que é refletido na pouca oferta

da disciplina pelas universidades no país. Dados preliminares de uma pesquisa em andamento, coletados diretamente das grades curriculares dos cursos jurídicos das universidades federais brasileiras dão conta de que dos 76 cursos de Direito oferecidos, apenas 34 (cerca de 45 %) possuem a disciplina de Direito Urbanístico e desses apenas 3 (cerca de 9 %) a ofertam como disciplina obrigatória. Esse quadro significa afirmar que a grande maioria dos profissionais nunca cursaram a disciplina de Direito Urbanístico durante sua formação, já que mesmo quando prevista nas grades curriculares, quase sempre, não são ofertadas pelo caráter de disciplina optativa.

Outra questão é a resistência de alguns setores do poder judiciário em aplicar a normativa, como se verifica na decisão interlocutória, parcialmente transcrita abaixo, proferida nos autos do processo n.º 033/1.12.0010160-0 (CNJ n.º: 0022343-12.2012.8.21.0033) que tramitou na Comarca de São Leopoldo no Rio Grande do Sul:

No que se refere ao pedido de suspensão da marcha processual, feito pela Defensoria Pública à fl. 1761, em virtude do advento da Lei n.º 13.465/2017-REURB, verifico que não há razão para o acolhimento do pedido. Explico: A Lei n.º 13.465 foi promulgada na data de 11 de julho de 2017, e dispõe sobre o processo de regularização fundiária urbana, estabelecendo procedimentos e diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público e demais partes envolvidas. Além disso, estabelece medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais a serem adotadas para a incorporação dos núcleos urbanos informais (situação irregular), ao ordenamento territorial. Entretanto, antes mesmo da promulgação da Lei, três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 5771, 5787, 5883), foram propostas perante o STF, questionando a constitucionalidade da Lei n.º 13.465. Dentre elas destaca-se a ADI 5771, ajuizada pelo procurador-geral da República, que teve como pedido cautelar a suspensão da lei em sua integralidade. As três ações têm como relator o Ministro Luiz Fux. Dessa forma, estando a REURB em processo de análise de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, temerária seria a suspensão da presente lide, que tramita desde a data de 11/07/2012, ainda sem definição, razão pela qual vai indeferido o pedido de fl. 1761, devendo o feito seguir o seu curso (Processo n.º 033/1.12.0010160-0, Comarca de São Leopoldo no Rio Grande do Sul-TJRS) (TJ-RS, 2012).

Nesse sentido, o argumento para afastar a incidência do § 8.º, art. 31 se fundou no fato de haver controvérsias jurídicas sobre a Lei 13.465/2017 que são objeto de ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADI) perante o STF (ADI n.º 5771, ADI n.º 5787 e ADI n.º 5883) o que, em tese, impediria sua aplicabilidade. Por óbvio, a justificativa não se sustenta juridicamente frente à ausência de decisão do STF no bojo da ADI que suspenda os efeitos da Lei ou ainda de sua revogação. Nesse sentido, pontua-se que muito embora a decisão acima referida tenha sido reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando da apreciação do Agravo de Instrumento n.º 70083392704, pela Décima Nona Câmara Cível, não houve enfrentamento da questão da inaplicabilidade do § 8.º, art. 31 da Lei geral de regularização fundiária. Desse modo, o acórdão, ao revogar a liminar de reintegração de posse, se limitou a revisar seus critérios de concessão, o que reforça em alguma medida o desconhecimento técnico sobre os instrumentos jurídicos urbanísticos e/ou uma possível resistência em aplicá-los.

Dessa forma, o argumento pseudo jurídico expresso na decisão citada, só encontra guarida quando pautado em um legalismo liberal que não consegue contemplar a dimensão coletiva dos conflitos fundiários urbanos (Fernandes, 2012) e desta maneira reproduzem comandos repressivos e justificam eventuais violências contra a população ocupante. Justamente por isso, o Direito precisa se apropriar de maneira mais adequada dos pressupostos do urbanismo, para compreender de forma mais ampla e integrada a problemática da urbanização tardia e centralizadora no Brasil e suas consequências na seara jurídica, que por vezes impõe o reconhecimento da legitimidade de situações que se encontram à margem do direito, “para tanto, é preciso tentar entender a lei não como um produto acabado, mas como parte de um contexto sociopolítico muito mais amplo e passível de diferentes ordens —e conflitos— de interpretação” (Fernandes, 2012, p. 22), sobretudo porque o Direito Urbanístico não é a única norma válida a regular o solo, o que impõe o reconhecimento de uma pluralidade de regulações que nascem do próprio território por meio das mútuas e constantes interações e necessidades sociais (Rincón, 2006).

Para contribuir a esse respeito, algumas alternativas se mostram viáveis, tal como o debate sobre proposta de Emenda Constitucional que altere a redação do art. 126 para adicionar que além da criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias também deverão ser criadas varas especializadas para lidar com questões urbanísticas.

Nesse mesmo sentido, o § 3.º, art. 565 do CPC ao invés de prever uma faculdade, poderia dispor sobre a obrigação do magistrado comparecer à área objeto do litígio como forma de conferir maior efetividade da tutela jurisdicional e de possibilitar que a comunidade ocupante seja ouvida. Um avanço a esse respeito foi o arranjo do art. 9.º da já citada Resolução 510 de 2023 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ ao prevê:

Art. 9.º A visita técnica na área objeto de conflito fundiário coletivo, que não se confunde com a inspeção judicial prevista nos arts. 440 e 481 do Código de Processo Civil, é medida que decorre do comando do art. 126, parágrafo único, da Constituição Federal e atende à exigência do art. 2.º, § 4.º, da Lei Federal n.º 14.216/2021, além de se consubstanciar em ato que amplia a cognição da causa pelo Juiz, possibilita melhor tratamento do conflito e favorece a criação de ambiente para conciliação ou mediação (CNJ, 2023).

Espera-se desse modo que haja uma participação mais ativa dos magistrados no processo de cognição dos conflitos fundiários para que sirva como contributo na gestão e desenvolvimento de possíveis alternativas que contemplem a realidade fática e os interesses coletivos.

Ainda no que se refere a necessidade de que os agentes do Poder Judiciário, inclusive (e sobretudo) os Magistrados se apropriem de maneira profunda de temas envolvendo o Direito Urbanístico e Regularização Fundiária, como forma de viabilizar o reconhecimento de uma pluralidade de regulações que nascem do próprio território, a mencionada Resolução 510/2023 do CNJ em seu artigo 17 dispõe que caberá a todos os Tribunais nacionais, no âmbito das suas respectivas escolas judiciais, promover a inclusão, nos cursos iniciais de formação continuada de magistrados e servidores, de temas de direito agrário, direito urbanístico e regularização fundiária. Muito embora a norma seja muito recente e ainda não tenha decorrido o prazo para sua implementação pelos Tribunais, a expectativa é que a promoção de maior debate e a garantia de formação continuada aos agentes do Poder Judiciário viabilize instrumentos de gestão mais criativos e participativos.

Nesse mesmo sentido, também as disposições constantes na referida resolução poderiam servir como uma importante baliza para mediar ações mais enfáticas tanto do Ministério Público quanto da Defensoria Pública que muito embora tenham atuações importantes na temática urbanística de modo geral, especificamente sobre REURB ainda se verifica a necessidade

do desenvolvimento de estratégias que fomentem ações mais impactantes e amplas.

Por fim, vale dizer que o planejamento orçamentário municipal, por meio de rubricas específicas que reflitam a necessidade de promover REURB, nas respectivas localidades, pode se qualificar como uma alternativa a um dos principais desafios ao planejamento e execução de procedimentos de REURB: a falta de recursos.

Os elementos mínimos dos planos de REURB

Outro caminho conferido pela Lei de REURB para contribuir na gestão de conflitos fundiários são as obrigações contidas no art. 35 que dispõe sobre os elementos mínimos que devem conter o projeto de regularização fundiária urbana. Nesse sentido, especificamente nos incisos IX e V, a Lei indica que é obrigatório a apresentação de cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; além de termo de compromisso (Brasil, 1942) a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico definido. Isso significa dizer que além de promover a regularização jurídica-dominial (titulatória) é dever o ente executar toda a infraestrutura necessária ao desenvolvimento urbanístico-ambiental da localidade, quando necessário. Vale lembrar que além da previsão legal específica, como apontado, a elaboração e uso de termos de compromisso com vista a buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, por parte da administração pública, também encontra guarida no art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n.º 4.657/1942).

A esse respeito podem surgir alguns questionamentos: como a obrigação de implantar infraestrutura urbana pode contribuir na gestão de conflitos fundiários? Quais mecanismos podem ser utilizados para que o ente municipal de fato cumpra com a obrigação prevista?

Em relação ao primeiro questionamento, tem-se que o direito à moradia não significa meramente a garantia de um teto, mas de condições de habitabilidade e permanência da população na localidade ocupada, o que só se assegura com a devida urbanização da área por meio da implantação de infraestrutura em todos os aspectos. Assim, a efetiva garantia de um teto

é somente parte do conjunto de elementos necessários à tutela do direito à moradia que na prática só é contemplado plenamente com a franquia de equipamentos e serviços públicos (trabalho, renda, lazer, cultura, educação, saúde...) que possibilitem o desenvolvimento das atividades cotidianas da população e do desenvolvimento humano. Esse pensamento, conduz à compreensão de que:

O desenvolvimento humano é muito mais importante e complexo que programas de urbanização de áreas degradadas. Abrir uma rua, construir prédios, implantar saneamento básico é muito mais fácil de realizar do que a emancipação dos excluídos. Estes se habituaram a viver sem sonhos. Não veem qualquer perspectiva de um futuro melhor. A questão da inclusão urbana implica em questões muito mais abrangentes que uma construção de espaços físicos. A inclusão social implica na construção de espaços psicológicos e culturais. A pobreza não se resolve apenas com ações visíveis, pois visível é a exteriorização da pobreza, a verdadeira pobreza não se vê. Sem combate às causas da pobreza, não há como se falar em promoção urbana (Gazola, 2022, pp. 64-65).

Qualquer cenário que conjugue a concessão de unidades habitacionais (ainda que regularizada do ponto de vista jurídico) dissociada dos elementos urbanísticos e sociais apontados, na prática, pode incentivar a manutenção de quadros de informalidade, déficit habitacional e, por conseguinte, conflitos fundiários, na medida em que promovem uma remoção silenciosa e sistemática da população que se estabelecem em outras áreas em busca de melhores condições de vida.

No que tange aos mecanismos disponíveis para efetivo cumprimento da obrigação de implantação de infraestrutura urbana, tem-se pelo menos duas possibilidades. A primeira é por meio da execução do termo de compromisso assinado pelos gestores municipais, para que o poder judiciário garanta o cumprimento da obrigação de fazer em relação a implementação de serviços e execução de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras. A adoção dessa medida judicial é plenamente possível uma vez que o termo de compromisso integrante dos projetos de REURB se constitui como título executivo extrajudicial (§ 1.º, art. 21 do Decreto n.º 9.310/2018) na forma do art. 784, III do Código de Processo Civil, independente de regulamentação legal do município dispondo sobre o tema.

Outra possibilidade é por meio do ajuizamento de Ação Civil Pública (ACP) por parte do Ministério Público caso as obrigações assumidas no termo de compromisso e no cronograma de obras sejam descumpridas. Ressalta-se que o ajuizamento da ação de execução, pela dispensa do processo de conhecimento prévio, se mostra como uma tutela mais efetiva e célere, embora haja outras possibilidades.

Não se pode perder de vista que a flexibilização trazida pelo § 3.º do art. 36 da Lei 13.465/2017 em relação a possibilidade de implantação de infraestrutura essencial, equipamentos comunitários e melhoria habitacional antes, durante ou após à conclusão da REURB fragilizou em alguma medida a efetividade das disposições em relação a obrigação de promover à devida urbanização das áreas de intervenção, mesmo frente a possibilidade, como apontado, de utilizar instrumentos como ação de execução e a própria ACP. Isso porque o cumprimento do termo de compromisso e cronograma de obras (art. 35, IX e V) esbarra na ausência de planejamento e recursos financeiros dos entes municipais que por vezes assinam os documentos e assumem as obrigações meramente como elemento burocrático necessário à conclusão dos procedimentos de REURB que no fim se limitam aos aspectos registrais.

A conjugação entre REURB e Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS)

Por fim, tem-se ainda a estratégia jurídica de associar o planejamento e execução dos planos de regularização à instituição de zonas especiais de interesse social (ZEIS), bem como à titulação coletiva dos beneficiários. As ZEIS são parcelas de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra Lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo.

Desse modo, a configuração entre o interesse social expresso, entre outros elementos, pelo controle do uso do espaço com fins exclusivos a construção e manutenção de moradias para pessoas de baixa renda e a titulação coletiva em detrimento do título individual e exclusivo, pode se caracterizar como uma ferramenta importante contra a remoção forçada e violenta de ocupações alternativas/resistentes. Para Correia e Mendonça (2022) essa possibilidade é um elemento fundamental de interferência no

ordenamento territorial urbano que a depender dos objetivos de execução do plano de REURB, pode controlar a atuação dos atores do mercado fundiário. Sendo “possível proibir destinação comercial ou até mesmo quando o uso residencial for preponderante e com baixo adensamento, limitar a atividade de incorporação imobiliária” (Correia e Mendonça, 2022). Justamente por isso, a referida estratégia poderia contribuir para minimizar as pressões do capital que eventualmente pudessem representar uma remoção silenciosa e sistemática da população beneficiária.

A esse respeito, Gazola (2022) defende que há uma necessária dimensão humana que se coaduna com as dimensões clássicas da REURB (jurídica, ambiental, social e urbanística) e assim visa promover o resgate da cidadania por meio “da recuperação da autoestima, capacitação pessoal, social e cultural, integração comunitária, segurança pessoal, espacial e jurídica e do acesso igualitário aos serviços e equipamentos públicos disponíveis na cidade” (Gazola, 2022, p. 98).

Nesse quesito, não se pode deixar de pontuar que a Lei 13.465/2017, em seu art. 18, § 2.º representou um retrocesso, na consecução de uma REURB plena/sustentável (sobretudo em sua modalidade de interesse social) que efetivamente seja instrumento de gestão de conflitos fundiários e de garantia do direito à moradia, ao dispensar o condicionamento da implementação de REURB à existência de ZEIS e potencialmente reforçou a expressão da cidade como mercadoria (Maricato, 2015) e a preponderância do seu valor de troca em que os capitais ganham por meio de sua reprodução e exploração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, a REURB em sua forma plena, pelas ferramentas e pressupostos apontados, se mostra como um instrumento apto a ser utilizado na gestão de conflitos fundiários, principalmente pelo seu potencial de redução da insegurança da população mais pobre ante a constante ameaça de remoção, frente a disposição do § 8.º do art. 31 da Lei 13.465/2017 que garante a manutenção das ocupações alternativas nas localidades objeto do conflito fundiário (públicas ou privadas), por meio da suspensão de quaisquer atos administrativos ou judiciais que determinem a remoção forçada, até o arquivamento definitivo do procedimento perante o ente municipal.

Ademais, a REURB objetiva, segundo a leitura do art. 10, v da Lei 13.465/2017, estimular a resolução extrajudicial de conflitos, com observân-

cia da consensualidade e cooperação entre os atores envolvidos no processo. Nesse contexto, apesar da consensualidade, cooperação e diálogo serem elementos importantes na gestão de qualquer conflito jurídico, não é possível tomá-los unilateralmente ao se tratar de conflitos fundiários urbanos, haja vista as condições assimétricas do ponto de vista jurídico, social e econômico entre os envolvidos.

Assim, para que haja efetividade no uso da consensualidade prevista no dispositivo citado, é preciso que os elementos distintivos entre os atores envolvidos nos conflitos sejam fortemente considerados, haja vista que a adoção acrítica e unilateral dos referidos métodos, em geral, padroniza juridicamente os envolvidos e tem como subproduto a desmobilização do movimento, o que ao revés de contribuir na gestão conflito pode trazer consequências maléficas ao polo mais vulnerável da relação.

Por este motivo é preciso ter em mente que a Lei de REURB da forma como está posta, isoladamente, não responde adequadamente às questões que a dinâmica urbana impõe e até mesmo reproduz em alguma medida a hegemonia dos interesses do mercado em detrimento do direito à moradia, como na dispensa do condicionamento da execução de REURB à prévia instituição de ZEIS, o incentivo a titulação em massa e a desconsideração dos elementos distintivos entre os atores do processo ao reforçar o consensualismo na gestão dos conflitos fundiários e desprestigiar a participação popular emancipatória.

Por outro lado, as alternativas e perspectivas se mostram escassas. Atualmente a REURB é, ao lado do Programa Minha Casa Minha Vida, uma das poucas políticas urbanas regulamentada em nível nacional que tem a potencialidade de promover mudanças jurídicas, sociais, urbanísticas e ambientais importantes, desde que planejada e executada sob paradigmas teóricos e metodológicos inclusivos e descentralizados. De forma que o desafio é fazer um exercício jurídico normativo de interpretação para extrair o máximo das disposições previstas no atual marco da REURB e aplicá-las em atendimento aos interesses públicos e coletivos em contextos de conflitos pelo acesso à terra urbanizada e pelo direito à moradia, sem perder de vista as limitações do texto legal e o debate permanente por mudanças.

Para tanto, a mobilização social é fundamental ao criar um senso de pertencimento comunitário que impacta na efetividade das ações tomadas dentro do escopo da REURB. Nesse sentido, também é preciso observar que as alternativas, estratégias e instrumentos a serem adotados no âmbito de

qualquer procedimento de regularização fundiária, com vistas a gerir conflitos fundiários, precisa necessariamente surgir da realidade, do empirismo, da experimentação, da urgência das necessidades e do coletivo. Essas compreensões não são desenvolvidas só no âmbito acadêmico (e nem podem ser). Na academia são formados os pressupostos teóricos e metodológicos que contribui sobremaneira no “pensar” dos planos de regularização. Entretanto, as soluções ou instrumentos de gestão que realmente contribuam na minimização das contradições da expressão territorial da cidade, só nascem da realidade vivenciada pela população.

Nessa ótica, também é importante a compreensão de que não há soluções únicas e receitas mágicas que deem conta de gerir toda a complexidade que integra os conflitos fundiários e nesse contexto a REURB seria somente uma possibilidade frente a muitas outras. Dessa forma, outros caminhos para avançar no debate perpassa pelo reconhecimento da natureza coletiva do conflito fundiário, do ponto de vista subjetivo, mesmo que o imóvel ocupado não seja público e também pela urgência do tratamento normativo da propriedade coletiva, inclusive para que haja uma ampliação dos instrumentos de REURB.

REFERÊNCIAS

Baldez, M. (1991). *Ainda a reforma urbana: Notas sobre algumas conquistas institucionais. Mecanismos de concretização dos conselhos de participação popular*. Reproarte Gráfica.

Brasil (1942). Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). *Diário Oficial da União*. <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=4657&ano=1942&ato=00d0zZ61kMZRIT439>.

Brasil (2001). Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10257&ano=2001&ato=39fATQU5kMNpWT905>.

Brasil (2009). Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida-PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. *Diário Oficial da União*. <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11977&ano=2009&ato=c46ATSU90dVpWT821>.

Brasil (2010). Resolução Recomendada n.º 87, de 8 de dezembro de 2009. Recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. *Diário Oficial da União*. <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/ResolucaoRecomendada/resolucao-87-2009.pdf>.

Brasil (2017). Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos. *Diário Oficial da União*. <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13465&ano=2017&ato=534MTTU5EeZpWT6c4>.

Brasil (2023). *Constituição de 1988*. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Cafrune, M. (2010). Mediação de conflitos fundiários urbanos: do debate teórico à construção política. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, (11), 197-217.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2023). *Resolução n.º 510, de 26 de junho de 2023. Regulamenta a criação, no âmbito do Conselho*. <https://atos.cnj.jus.br/files/original13433320230628649c3905c2768.pdf>.

Correia, A. F. y Farias, T. (2015). Regularização fundiária sustentável, licenciamento urbanístico-ambiental e energia solar. *Revista de Direito da Cidade*, 7(2), 863-901. <https://doi.org/10.12957/rdc.2015.16955>.

Correia, A. F. y Mendonça, R. M. (2022). A lei federal n.º 13.465/2017 e a nova sistemática da regularização fundiária. En A. F. Correia (org.), *Moradia de direito: Projeto na régua, Volumen 1*. Institutas.

Costa, F. C. y Tierno, R. A. (2022). *Regularização fundiária como elemento central para solução de conflitos fundiários urbanos*. Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU).

Crepaldi, F. (2022). Consensualismo e regularização fundiária urbana: um caminho para assegurar o direito à cidade. *Revista Fides*, 13(1), 155-175.

de Moraes, B., Segat, F., de Souza, J. R. y Montanari, V. (2023). Do cercamento das terras comuns ao Estatuto da Cidade: A colonialidade do direito de propriedade como obstáculo para a efetivação do direito à cidade no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, 15(1), 294-330. <https://doi.org/10.12957/rdc.2023.64045>.

Fernandes, E. (2012). Direito e gestão na construção da cidade democrática no Brasil. *Oculum Ensaios*, (4), 16-33. <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/oculum/article/view/783>.

Fernandes, E. (8 de septiembre de 2022). Desafios da regularização fundiária urbana no contexto da Lei 13.465/17. *Consultor Jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2022-set-08/edesio-fernandes-desafios-regularizacao-fundiaria-urbana-contexto-lei-1346517/#:~:text=A%20aprova%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei%20Federal,e%20ignorando%20as%20li%C3%A7%C3%B5es%20da%3E>.

Frota, H. B. (2017). A função social da posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos. *Revista Fides*, 6(1), 37-52.

Gazola, P. M. (2022). REURB-S: inadequação da regularização jurídica desconectada de projeto integrado de promoção humana e urbana. En A. F. Correia (org.), *Moradia de direito: Projeto na régua, Volumen 1*. Institutas.

Maricato, E. (2015). *Para entender a crise urbana*. Expressão Popular.

Martins, É. S. y Ribeiro, C. (2022). Mediação fundiária: o papel do estado na regularização fundiária a partir da experiência do Rio Grande do

Sul e uma breve visão da REURB na análise econômica do direito. En A. F. Correia (org.), *Moradia de direito: Projeto na régua, Volumen 1*. Institutas.

Matos, C., Pagani, V. D.-R. y Fogaça, L. (2022). Da norma jurídica ao senso comunitário: como a regularização de conjuntos habitacionais transcende a mera formalização. En A. F. Correia (org.), *Moradia de direito: Projeto na régua, Volumen 1*. Institutas.

Mattos, L. P. (2006). *Nova ordem jurídico-urbanística. Função social da propriedade na prática dos tribunais*. Lumen Iuris.

Melo, M. A. (2018). *O direito fundamental de propriedade dos remanescentes das comunidades de quilombo no Brasil: a titulação dos territórios como instrumento de efetividade do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias*. [Tesis de doctorado]. Universidade Estácio de Sá.

Moreira, D. F. (2003). Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 231, 129-156. <https://doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>.

Rincón, A. R. (2006). Racionalidades normativas e apropriação do território urbano: entre o território da lei e a territorialidade das legalidades. *Economía, Sociedad y Territorio*, 5(20), 673-702. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11102001>.

Santos, A. M. (2012). Planejamento urbano: para quê e para quem? *Revista de Direito da Cidade*, 4(1), 91-119. <https://doi.org/10.12957/rdc.2012.9699>.

Saule Jr., N. y di Sarno, D. C. (2013). *Soluções alternativas para conflitos fundiários urbanos*. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário.

Saule Jr., N. y Uzzo, K. (2015). A trajetória da reforma urbana no Brasil. *Urbano*, 27.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). (2012). *Processo n.º 033/1.12.0010160-0, Comarca de São Leopoldo no Rio Grande do Sul-TJRS*. <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Processo+n.º+033%2F1.12.0010160-0do+TJRS>.

Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). (2015). *Ausência de Regularização da Obra Pela Proprietária. Acórdão n.º 1001265-33.2016.8.26.0075-TJSP*. <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=aus%C3%A2ncia+de+regulariza%C3%A7%C3%A3o+da+obra+pela+propriet%C3%A1ria>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA RUTA DE LA INTEGRACIÓN
LATINOAMERICANA Y SU CORREDOR VIAL:
¿UN NUEVO CAMINO PARA LAS INDIAS?*

THE LATIN AMERICAN INTEGRATION ROUTE AND
ITS ROAD CORRIDOR: A NEW PATH TO THE INDIES?

A ROTA DA INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA E SEU CORREDOR
RODOVIÁRIO: UM NOVO CAMINHO PARA AS ÍNDIAS?

ISABELLE DIAS CARNEIRO SANTOS**

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a12

* El presente artículo se deriva de una investigación de la línea Derecho Internacional y Comparado del Programa de Posdoctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (FDUSP), Brasil, iniciada en abril de 2023.

** Pós doutoranda em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Professora adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FADIR-UFMS). Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), com Bolsa Mérito MackPesquisa. Bolsista Capes no Programa de Doutorado Sanduíche na Universidad Complutense de Madrid (UCM), Espanha. Estágio Pós doutoral em Direito Público, com ênfase em Direitos Humanos e Fundamentais, pela Universidad de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Mestre em Ciências-Jurídico Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Portugal. Especialista em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Direito Público e graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Escavador: <https://www.escavador.com/sobre/6330240/isabelle-dias-carneiro-santos>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-3569-1335>, correio eletrônico: isabelle.santos@ufms.br

Resumen

Este artículo indaga por la Ruta de la Integración Latinoamericana (RILA), que integrará los océanos Atlántico y Pacífico, con un corredor vial que conectará el puerto de Santos, en Brasil, pasando por Paraguay y Argentina, hasta llegar al puerto de Antofagasta, en Chile. De esta manera, los objetivos son presentar una nueva vía de integración en Sudamérica, sus posibles resultados económicos, así como algunas consecuencias dañinas que se derivan de esta cooperación para crear lo que algunos ya reconocen como un nuevo camino para las Indias. Además del fortalecimiento de las relaciones internacionales con países del Medio Oriente, China y el oeste de los Estados Unidos, también tendrá un flujo más rápido y barato de productos que antes se exportaban por el Atlántico. Se concluye que la inversión en infraestructura y la creación de políticas públicas para prevenir o mitigar posibles daños son necesarias para que este nuevo camino no se convierta en una simple ruta comercial y pueda volverse una realidad perenne. Para el desarrollo del artículo se utilizó la metodología de investigación deductiva, cualitativa y bibliográfica, basada en los tratados, la legislación, la doctrina y los artículos científicos, así como en sitios web oficiales y no oficiales.

Palabras-clave: América del Sur, Ruta de la Integración Latinoamericana, Corredor Vial Bioceánico, comercio internacional, políticas públicas.

Abstract

This article addresses the Latin American Integration Route, which will integrate the Atlantic and Pacific Oceans, with a road corridor connecting Porto de Santos, in Brazil, passing through Paraguay and Argentina, until reaching Porto from Antofagasta, Chile. In this way, the objectives are to present a new route of integration in South America, its possible economic results, as well as some harmful consequences from this cooperation, creating what some already say to be a new path for the Indies. In addition to the strengthening of international relations with Middle Eastern countries, China and the western United States, there will also be a faster and cheaper flow of products

that were previously exported across the Atlantic. It is concluded that this new path, so that it does not become a simple commercial route, investment in infrastructure and creation of public policies to prevent and/or mitigate possible damages are necessary so that it can become a perennial reality. For the development of this article, bibliography, it was used the deductive, qualitative and bibliographical research methodology was used, based at international convention, doctrines, scientific articles, as well as official and unofficial websites.

Keywords: South America, Route of Latin American Integration, Bioceanic Road Corridor, international trade, public policy.

Resumo

Este artigo aborda a Rota de Integração Latino-Americana, que integrará os oceanos Atlântico e Pacífico, com um corredor rodoviário que ligará o porto de Santos, no Brasil, passando pelo Paraguai e Argentina, até chegar ao porto de Antofagasta, no Chile. Desta maneira, tem-se como objetivos apresentar um novo caminho de integração na América do Sul, os seus possíveis resultados econômicos, assim como algumas consequências danosas que derivam desta cooperação, criando o que alguns já dizem ser um novo caminho para as Índias. Além do fortalecimento das relações internacionais com países do Oriente Médio, China e o oeste dos Estados Unidos da América, também haverá um fluxo mais rápido e barato de produtos que antes eram exportados através do Atlântico. Conclui-se que este novo caminho, para que não se torne uma simples rota comercial, o investimento em infraestrutura e a criação de políticas públicas para prevenir e/ou mitigar possíveis danos são necessários para que a rota se torne uma realidade perene. Para desenvolver o artigo utilizou-se a metodologia dedutiva, qualitativa e de pesquisa bibliográfica, baseada em tratados, legislação, doutrina, artigos científicos, bem como em sites oficiais e não oficiais.

Palavras-chave: América do Sul, Rota de Integração Latino-Americana, Corredor Rodoviário Bioceânico, comércio internacional, políticas públicas.

INTRODUCCIÓN

La globalización nos acompaña desde hace varios siglos, pero a partir de la segunda mitad del siglo xx, después de la Segunda Guerra Mundial, se presentó una internacionalización política y económica con conexiones globales y locales. Desde entonces, se cambió la dinámica capitalista del comercio transnacional de los Estados, tanto los desarrollados como aquellos en vías de desarrollo.

El fenómeno de la globalización también se inserta en la integración regional, que es una forma de cooperación internacional entre Estados soberanos que puede tener lugar en dos niveles: el continental, del cual la Unión Europea es el modelo que inspira a otras regiones del planeta, ya que se considera un ejemplo de integración económica exitosa; y el subcontinental, del cual se pueden encontrar ejemplos en los bloques económicos de África, Asia, América (en América del Norte, Central y del Sur) y Oceanía.

En Latinoamérica, en los países del Cono Sur, se encuentran la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Mercado Común y Comunidad del Caribe (Caricom), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹ y el Acuerdo de Cooperación entre cuatro países sudamericanos: Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, para la creación de una Ruta de la Integración Latinoamericana (RILA).²

El fenómeno del regionalismo se divide en dos períodos históricos: el “viejo regionalismo”, ocurrido en los años sesenta, con un fuerte proteccionismo, y el “nuevo regionalismo”, que comenzó en los años ochenta, con la firma de acuerdos de diferentes naturalezas, incluidos los económicos. Cabe resaltar que aquí nos ocuparemos del nuevo regionalismo.

Entrando al siglo xxi, tenemos en Sudamérica la construcción de la RILA, un proyecto innovador, soñado décadas antes, al que algunos identifican como “un nuevo camino para las Indias”. Con respecto a la RILA, objeto de esta investigación, es importante recalcar que se configura como un corredor bioceánico vial que tiene como objetivo unir el océano Atlántico, con el Puerto de Santos, en Brasil, al océano Pacífico, con el Puerto de Antofa-

1 Son miembros efectivos del MERCOSUR Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, y en noviembre de 2023 el Pleno del Senado brasileño aprobó el texto del Protocolo de Adhesión de Bolivia al bloque.

2 Uruguay también forma parte del grupo de países del Cono Sur. Sin embargo, aún no hace parte de la RILA.

gasta, en Chile, facilitando el flujo de productos que antes se movilizaba por mar a través del Canal de Panamá, en América Central, o por la Patagonia, en el sur de América del Sur, además de reducir costos. Con ello se pretende impulsar la competitividad en el exterior de la región que compone la RILA, haciéndola más fuerte en el campo económico.

Así, se cuestiona si para los países de América del Sur este será “un nuevo camino para las Indias”, ya que la RILA aporta una visión de progreso económico entre los cuatro países que la integran, con el estrechamiento del camino que conducirá a mercados como el de la República Popular de China (RPC), la República de la India y el oeste de los Estados Unidos de América (EE. UU.).

En el caso de Brasil, se mantiene desde hace tiempo el comercio con China, India y EE. UU., regiones en las que el corredor de la carretera bioceánica facilita la importación de productos brasileños. Lo mismo sucede con productos de Argentina, Paraguay y Chile para países asiáticos y del Pacífico.

El objetivo es analizar, a partir de la realidad del Estado brasileño, la importancia de esta vía de integración regional en América del Sur, así como la influencia de su implementación para la economía de Brasil, como una nueva ruta para las Indias, en analogía con lo ocurrido en el siglo XV, para beneficiar, en principio, a cuatro países sudamericanos. También se pretende examinar las consecuencias no comerciales que la RILA puede traer, tanto positivas como perjudiciales para las subregiones nacionales por donde pasará.

Vale mencionar que tanto para Argentina como para Brasil, Chile o Paraguay, las investigaciones que abordan la RILA aún son pocas, pero tienden a crecer a partir de su futura implementación, prevista para 2025. De esta manera se justifica el abordaje del tema propuesto, por ser actual y reciente en las áreas del derecho internacional y la integración.

Como se trata de una ruta que en realidad aún no existe en su totalidad, ya que parte de la infraestructura está en construcción, con obras de carreteras, puentes y puertos, el estudio es prospectivo. Así, para abordar mejor el tema, metodológicamente se realizó una investigación deductiva, cualitativa y bibliográfica, basada en tratados, legislaciones, doctrinas, artículos científicos, así como sitios web oficiales y no oficiales.

GLOBALIZACIÓN: HISTORIA, CONCEPTO E IMPACTOS

Aunque el término *globalización* surgió en la década de los ochenta, en los ámbitos académicos, empresariales y gubernamentales, como un fenómeno económico, político y social, “para explicar el movimiento hacia la apertura de las fronteras económicas y la desregulación acelerada durante la década de 1970” (Moreira, 2010, p. 215), existe la creencia de que a lo largo de la historia de la humanidad, como en el período colonial con la navegación transcontinental, se han presentado diferentes “globalizaciones”, hasta llegar a la actualidad.

En ese sentido, Ferrer (1998) afirma que

el surgimiento del primer orden global coincidió con un progresivo aumento de la productividad, inaugurado con el incipiente progreso técnico registrado durante la Baja Edad Media. La coincidencia de la formación del primer orden económico mundial con la aceleración del progreso técnico no fue casual. La expansión de ultramar fue posible por la ampliación del conocimiento científico y la mejora en las artes de la navegación y la guerra.

El mismo autor señala que

la globalización debe ser vista como la fase actual de un largo proceso histórico, su origen se remonta a partir del siglo xv cuando el Nuevo Mundo fue descubierto por los pueblos cristianos de Europa y se ha formado el primer sistema internacional de alcance planetario (Ferrer, 1998, p. 155).

Hoy en día la globalización que se destaca es la económica, ya que tiene un impacto en el papel y en el desempeño del Estado, así como en las relaciones internacionales de los países capitalistas, en los cuales “se fue expandiendo hasta producir la movilidad de los factores de producción en el mundo, redimensionando la distribución geopolítica de los factores de producción en el mundo” (Flores, 2016, p. 30).

Pero ¿cómo podemos definir qué es la globalización, basándonos en el contexto que conocemos desde las últimas décadas del siglo xx? De acuerdo con Ricardo (2000), “el término globalización ha sido utilizado para

representar varios fenómenos, como el crecimiento del comercio y los negocios transnacionales, la interdependencia entre los flujos de capital y las empresas conjuntas internacionales [traducción del autor]” (p. 4).

Para Goldin y Reinert (2007), la globalización es “un incremento del impacto sobre las actividades humanas, debido a las fuerzas que se extienden más allá de las fronteras nacionales” (p. 28), mientras que Tomassini (1996) la entiende como “un conjunto de transformaciones que afectan a la sociedad, la economía, la política, los núcleos urbanos, la empresa, la oficina, el hogar y la utilización del tiempo libre” (p. 318).

De esta manera, se puede decir que la globalización es un fenómeno y un proceso que hizo posible la integración mundial en diferentes aspectos, proporcionando posteriormente la llamada integración regional entre los Estados soberanos. En ese sentido, cabe señalar que la globalización llegó tarde a los países en desarrollo y subdesarrollados, lo que llevó a muchos a buscar unirse, mediante la integración regional, para competir con los países ricos, desarrollados y centrales del hemisferio norte, clásicamente llamados países del primer mundo.

Así, se observa que uno de los impactos de la globalización es “la acelerada integración de las economías nacionales a la nueva dinámica de los mercados globales, fenómeno impulsado fundamentalmente por medio de la apertura comercial y la eliminación de barreras” (Villegas y Labarca, 2000, p. 250). De este modo, simultáneamente con el movimiento de globalización, comenzaron a reforzarse los procesos de regionalización con fines comerciales, productivos y de inversión.

En el caso de América Latina, si bien la primera intención de integración en la región fue política, como veremos en el siguiente apartado, las integraciones regionales posteriores comenzaron a tener un sesgo mucho más económico, orientado hacia el desarrollo de los Estados.

REGIONALISMO E INTEGRACIÓN REGIONAL

La integración y la globalización son dos conceptos que se vinculan estrechamente. El regionalismo, en el ámbito de las ciencias sociales, es una realidad de las relaciones internacionales y del derecho internacional, que se generalizó después de la segunda mitad del siglo xx. Como modelo de inspiración, muchos bloques económicos, incluyendo Latinoamérica, han utilizado y siguen utilizando el modelo europeo, ya que la Unión Europea (UE) es el modelo más desarrollado hasta el momento.

En Latinoamérica, la influencia, el poder económico y la hegemonía de EE. UU. sobre otros países americanos guiaron la necesidad de cooperación entre los Estados de la región con el objetivo de regionalizar y fortalecer sus economías, actuando en conjunto (de Carvalho, 2004). Con este objetivo se adoptaron diferentes modelos de integración regional, como la zona de libre comercio y la unión aduanera, aunque todavía lejos de alcanzar el modelo adoptado en Europa.

Vale la pena mencionar que el regionalismo puede ser cerrado o abierto. El regionalismo cerrado o viejo regionalismo se caracteriza por ser proteccionista y por tener una agenda política más amplia, basada en la economía de mercado; además, por la falta de armonización y de políticas nacionales. Y el regionalismo abierto, también conocido como nuevo regionalismo latinoamericano, es aquel que, según Ibáñez (1999), “requiere de una liberalización comercial intrarregional, de la apertura comercial racionalizada y selectiva hacia el exterior, no solo dentro de la región, sino también extrabloque, así como de una institucionalización pública fuerte, que complemente a las políticas estatales de integración” (p. 10).

Con respecto al regionalismo abierto, Fuentes (1994) señala que,

según la propuesta de la CEPAL, entraña la interacción de ambos elementos, es decir, la integración impulsada por políticas y la integración “de hecho” alentada por políticas no discriminatorias, a fin de facilitar el desarrollo de la competitividad de los países latinoamericanos y constituir al mismo tiempo el cimiento de un sistema económico internacional más abierto (p. 89).

Con el regionalismo abierto, que comenzó en los años ochenta, se han creado bloques regionales con diferentes propósitos y proyectos, es decir, económicos, culturales, políticos, tecnológicos y ecológicos. Pero el aspecto más llamativo del regionalismo se presenta en la esfera económica, en la que “las ventajas de un proceso integracionista, aunque solo sea con fines económicos, son innegables, y la mayoría de los bloques en formación ya son conscientes de esta ganancia [traducción del autor]” (de Carvalho, 2004, p. 23).

Siguiendo esta visión, según de Almeida (2013),

el regionalismo, es decir, los acuerdos de integración regional, no solo interesan al comercio internacional; son un componente inseparable de la economía mundial contemporánea. En la actualidad, y cada vez más, gran parte del comercio internacional tiene lugar entre bloques comerciales o en acuerdos de integración regional, que constituyen así una configuración relevante de la historia económica de las últimas décadas [traducción del autor] (p. 8).

En el mismo sentido, Moreira (2010) afirma que

un proceso de integración regional consiste en un conjunto de medidas económicas que tienen como objetivo promover el acercamiento y la unión entre las economías de dos o más países. [...] Es un proceso de constitución de un mercado integrado, en una región continua o no (p. 220).

Para que este regionalismo funcione, debe haber un “acuerdo de voluntades entre las unidades nacionales, para llegar a una solución uniforme en ciertos campos donde la actividad estatal aislada se vuelve inoperante o ineficiente” (de Azevedo, 1991, p. 73).

Como se mencionó anteriormente, la integración puede darse en diferentes áreas, como la política, la económica, la militar, la social, la cultural y la jurídica, a través de acuerdos regionales (regionalismo) entre los países involucrados. Precisamente por la existencia de diversas posibilidades, la conceptualización de la integración regional no resulta fácil y no se puede hacer de manera uniforme.

De acuerdo con Murillo (2004),

la integración regional implica una transferencia de competencias, deberes y responsabilidades de un agente a otro en una región determinada, sin que ello implique la desaparición del primero [...]. Es un proceso gradual donde hay avances y retrocesos y no una evolución lineal con tendencia positiva, porque no se trata de un mecanismo coercitivo, sino de un proceso de construcción social dinámica, condicionada por factores endógenos y exógenos (p. 11).

Es importante resaltar que el proceso integrador comprende la unión entre los Estados contratantes, normalmente estimulada por intereses económicos, pero que, a su vez, permite extraer de los países que operan en el proceso integrador la búsqueda de arreglos que permitan asegurar una acción conjunta con resultados beneficiosos en los sectores social y político (Furlani, 2022, p. 45).

Así entonces, hoy en día no se puede hablar de comercio internacional sin abordar el regionalismo y los bloques de intereses, especialmente económicos, formados entre diferentes Estados soberanos a nivel regional o incluso subregional.

La integración regional alrededor del mundo

En la actualidad, Europa, Asia, África y América Latina son los lugares en los que se percibe la mayor integración regional de los subcontinentes, cada uno con diferentes características, ya sea en el campo económico o en el social y político.

En Europa, región en la que hoy se destaca la Unión Europea, el concepto de integración regional ganó protagonismo en la década de los sesenta con el advenimiento de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 1951, y la creación del Mercado Común en Europa. Durante este período, la integración regional con fines económicos comenzó a entenderse, según los clásicos europeos, como

la eliminación de los aranceles [...], añadiendo que ella se instrumenta cuando dos o más mercados separados se unen para formar uno solo. Mientras que denominan como cooperación económica la rebaja de aranceles o los intercambios preferenciales que no llegan a formar un espacio económico único (Czar de Salduendo, 2010, p. 5).

Desde entonces, el proceso de integración en Europa se ha desarrollado hasta alcanzar el mayor modelo de integración regional actual, con la Unión Europea. Sus principales documentos son los Tratados de Maastricht (1993), Ámsterdam (1993), Niza (2003) y Lisboa (2007), responsables de la creciente unión económica y monetaria del bloque, incluyendo elementos políticos. La experiencia de la integración europea incidió en la integración regional, especialmente con fines económicos, en otras regiones del planeta.

En el continente africano, la Organización de la Unidad Africana (OUA), de 1963, conocida como Unión Africana (UA) desde 2002, tiene una importancia particular a la hora de promover el desarrollo del continente, buscando principalmente acelerar el proceso de integración de sus países.

En Asia, se destacan la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático³ (ASEAN) y la Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC). Prácticamente todos los miembros de la ASEAN participan de la APEC, que se dedica exclusivamente a asuntos económicos.

En América Latina la integración se presenta con mayor énfasis en dos momentos: el primero abarca desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la década de los setenta, mientras que la segunda fase comprende las últimas dos décadas del siglo XX. En la actualidad, la integración en la región tiene dos objetivos principales: el fortalecimiento democrático y las políticas económicas.

Lo cierto es que cada lugar puede tener un tipo diferente de integración, según su grado de profundización, que puede incluir la zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común y la unión económica y monetaria. De estos acuerdos, el más común en la economía mundial, según la Organización Mundial del Comercio (OMC), es el tratado de libre comercio, con más de trescientas versiones.

Integración regional en Latinoamérica

No es nuevo que los países sudamericanos tengan cierta proximidad histórica y cultural relacionada con el proceso de colonización ibérica, en el que se incluyen casi todos los países de la región, entre ellos Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, que forman parte de la RILA, y por donde pasará el Corredor Vial Bioceánico.

Pero para llegar al escenario actual ha sido necesario lidiar con el trasfondo histórico de una relación que comenzó hace siglos, con fundamentos ideológicos a veces más politizados, a veces más económicos, y que se subdivide en cuatro fases u olas: la primera comenzó en 1810 y se denominó panamericanismo; la segunda, llamada Latinoamericanismo, empezó en 1914; en 1991, se instituyó la tercera fase, nombrada americanismo; y, por

3 Bloque compuesto por Brunei, Camboya, Singapur, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Tailandia y Vietnam.

fin, la cuarta fase, el sudamericanismo, inició a principios del nuevo siglo, en el año 2000, como veremos a continuación, sin agotar el tema de las olas de integración.

Durante la colonización portuguesa y principalmente hispánica en las América, las colonias tuvieron el primer anhelo de independizarse, y posteriormente llevarían a cabo una integración regional que se inició a principios del siglo XVIII con Francisco Miranda, con la intención de crear una Gran Colombia, uniendo las antiguas colonias españolas en un solo país. Luego José Cecílio del Valle continuó con el objetivo de crear una federación de Estados.

En la América portuguesa, Silvestre Pinheiro Ferreira propuso una alianza con los países vecinos, a través de una confederación de Estados, con el objetivo de establecer la “defensa mutua [...], libertad de comercio, igualdad de derechos de navegación y ciudadanía común” (Ganan de Brites, 2015, p. 87). Sin embargo, esta iniciativa no salió adelante.

Es en el siglo XIX cuando aparece el más importante influenciador de la integración regional, el venezolano Simón Bolívar, en un “contexto en el que no se definirán los nacionalismos ni las fronteras de lo que serán los Estados latinoamericanos, las más diversas posibilidades políticas estaban en juego” (Ganan de Brites y Bobik, 2017, p. 310).

En 1826, Bolívar articuló el primer proyecto integrador de la región con la celebración del Congreso Anfictiónico de Panamá, con la participación de Perú, México, la Federación Centroamericana y la Gran Colombia (integrada por Colombia, Venezuela, Panamá y Ecuador), pues “quería una uniformidad ideológica cuyos elementos principales fueran el republicanismo (y aquí ya estaría fuera Brasil [por ser una monarquía]) y el antiesclavismo (Brasil y EE. UU. usaban mano de obra esclava)” (Ganan de Brites, 2015, p. 88).

La importancia del Congreso fue tal que la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), al conmemorar el Sesquicentenario del Congreso Anfictiónico de Panamá, estableció en su Resolución 31/42 que lo reconocía como “relevante y audaz ensayo unionista a nivel internacional del siglo XIX, con carácter ecuménico, en anticipación y coincidencia con los objetivos del sistema de Naciones Unidas” (Sibauste, 1992, p. 43).

A partir de la segunda mitad del siglo pasado comenzaron a crearse bloques con fines económicos, como la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), en 1960, su sucesora, la Asociación Latinoamericana

de Integración (ALADI), en 1980, y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de 1986.

Sin embargo, fue durante la última década del siglo XX cuando la integración se expandió y ganó centralidad en la agenda de los países de la región. Según Menezes (2007), los países de América Latina,

dada la proximidad geográfica, además de su identidad histórica y cultural, celebran un acuerdo internacional con el fin de coordinar estratégicamente sus acciones en busca de la solución de sus propios problemas y en el logro de objetivos comunes previamente establecidos en el tratado [traducción del autor] (p. 111).

De acuerdo con Fuentes (1994), “dos fenómenos caracterizan el proceso de integración económica en los años noventa: primero, la proliferación de acuerdos de libre comercio, especialmente a nivel bilateral, y segundo, la gran expansión del comercio y la inversión recíprocos en la región” (p. 81).

No es casualidad que el número de bloques económicos regionales aumentara en la década de los noventa, lo que fue en realidad una consecuencia de la democratización de los países latinoamericanos, como Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, República Dominicana, entre otros, como una forma de fortalecer los gobiernos elegidos por el pueblo.

De acuerdo con Bouzas (2017), “la multiplicación de acuerdos regionales en América Latina y el Caribe en las dos últimas décadas parece mucho más consistente con la hipótesis del ‘regionalismo estratégico’” (p. 77), con acuerdos entre el Norte y el Sur, que no son el tema central de este artículo, y acuerdos entre países de la región. Algunos ejemplos de bloques entre países latinoamericanos que han surgido desde entonces son el MERCOSUR, en 1991, la Alianza Bolivariana para las Américas (ALBA), en 2004, y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), en 2008.

En 2005, los gobiernos de los países latinoamericanos rechazaron el proyecto de creación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), liderado por EE. UU. y que involucraría a los países de las tres Américas en un único bloque económico continental. Esto ocurrió para el beneficio de los intereses nacionales y regionales de países de Centroamérica y de Sudamérica, configurando la cuarta fase.

Desde esta nueva perspectiva de cooperación, la vieja idea de unir dos océanos, facilitando y abaratando el flujo de productos de los países sudamericanos, comienza a implementarse con la llamada RILA.

LA RUTA DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA (RILA)

Para indagar por la Ruta de la Integración Latinoamericana, también conocida como RILA, Corredor Vial Bioceánico o Corredor Vial Capricornio, trataremos primero sus antecedentes, para luego explicar en qué consiste y cuál es su importancia para el comercio de cuatro países sudamericanos: Argentina, Brasil, Chile y Paraguay.

Antecedentes históricos

El hito inicial para la implementación de la RILA fue la creación, en el año 2000, mediante el Plan de Acción de Montevideo, de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), que incluyó la participación de doce presidentes de países de la región en el I Encuentro de Presidentes de América del Sur, ocasión en la que se firmó la Declaración de Brasilia.

Después de la crisis económica de los años ochenta en la región, el comercio intrarregional comenzó a aumentar; sin embargo, las relaciones entre los bloques comerciales sudamericanos se mantuvieron inestables.

En un momento de creciente comercio, a partir de 1990, la IIRSA⁴ “fue concebida a partir del reconocimiento de la importancia de desarrollar y fortalecer una visión regional que incorpore y amplíe las visiones nacionales, enfatizando la complementariedad entre las acciones de integración regional y el desarrollo de la infraestructura física” (Lampert y Forero, 2014, p. 24).

A diferencia de los bloques regionales creados en la región, la IIRSA no tuvo como objetivo crear nuevas instituciones regionales, sino trabajar con los recursos humanos y financieros de las instituciones existentes. Esta visión surgió porque

la IIRSA comenzó con un momento particularmente ambicioso de innovación institucional, como lo fueron las características de su lanzamiento resumidas en la Declaración de Brasilia. Primero, por

4 La estructura institucional de la IIRSA está conformada por el Comité Ejecutivo de Dirección (CDE), las Coordinaciones Nacionales (CN), los Grupos Técnicos Ejecutivos (GTE), el Comité Técnico de Coordinación (CCT) y la Secretaría del CCT.

el amplio consenso político sobre el que se fundó, así como por las visiones subyacentes para aprovechar las oportunidades y enfrentar las amenazas de la globalización. En segundo lugar, por la propuesta de combinar la modernización del espacio económico ampliado, reconociendo la identidad regional. Tercero, conceptualizando la integración regional como un espacio de aprendizaje y cooperación, y también como un mecanismo para ganar escala e influencia política y económica. Finalmente, sobre la convicción de que la integración física puede actuar como catalizador de otras dimensiones de la integración regional [traducción del autor] (IIRSA, 2011, p. 8).

Para eso, en la IIRSA se establecieron dos pilares: la gestión centrada en la propuesta y la discusión de los diferentes Ejes de Integración y Desarrollo (EID), y los Procesos Sectoriales de Integración (PSI). Lo que los distingue es el hecho de que

un EID es una porción de territorio multinacional que incluye una determinada dotación de recursos naturales, asentamientos humanos. [...] Un PSI tiene como objetivo identificar los obstáculos normativos e institucionales que impiden el desarrollo y funcionamiento de la infraestructura básica en la región, así como la propuesta de acciones que permitan superarlos [traducción del autor] (IIRSA, 2011, p. 8).

También se abordaron los objetivos estratégicos, incluyendo en esta lista la articulación de la infraestructura para el desarrollo territorial, con la evaluación de riesgos e impactos en las áreas social y ambiental, apuntando precisamente a las posibilidades de desarrollo sostenible, cuyo objetivo principal fue “la configuración de varios Ejes de Integración y Desarrollo para el futuro espacio económico ampliado de la región, con especial atención a la situación de los países con dificultades geográficas en el acceso marítimo a los mercados internacionales” (IIRSA, 2011, p. 15).

De esta manera se verificó, según los estudios de la IIRSA (2011), que

el número de proyectos incluidos en la Cartera IIRSA aumentó en más del 50 % entre 2003-2004 y 2010, mientras que la inversión estimada aumentó poco más del 150 % en el mismo período. Además, el avance en la ejecución de proyectos también fue considerable a partir de 2005-2006. Además de las fuentes públicas y público-privadas que

financian proporciones muy altas de inversión en proyectos IIRSA (83 %), los crecientes recursos tributarios de esta década que permitieron la recuperación de la inversión en infraestructura en los países sudamericanos también fueron fundamentales para el avance de integración física sudamericana [traducción del autor] (p. 9).

Con más de quinientos proyectos desarrollados en la IIRSA y con la creciente consolidación de la UNASUR, a partir de 2009 la integración física regional comienza a actuar en el orden político, social, económico y comercial. Los presidentes de los doce países sudamericanos deciden crear el Consejo de Infraestructura y Planificación (COSIPLAN), y en ese momento la IIRSA se convierte en el foro técnico de infraestructura de la UNASUR.

La verdad es que la IIRSA se apropió de diez ejes de integración y desarrollo: el Eje Andino, el Eje Amazónico, el Eje Escudo Guianés, el Eje Perú-Brasil-Bolivia, el Eje MERCOSUR-Chile, el Eje Interoceánico Central, el Eje Paraguay I-Hidráulico Paraná, el Eje Capricornio, el Eje Sur Andino y el Eje Sur.

¿Qué es la Ruta de la Integración Latinoamericana (RILA)?

La RILA es uno de los proyectos más audaces e importantes enfocados en el desarrollo de América del Sur, e involucra a cuatro países de la región: Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, con el objetivo de fortalecer las relaciones de los Estados en diferentes ámbitos, vinculando el Atlántico con el Pacífico.⁵

Como subraya Almeida (2019),

conviene recordar que los países sudamericanos implicados en la realización del proyecto tienen una historia común mucho más apegada al concepto de integración regional como movimiento no solo económico, sino también cultural y político, que al regionalismo clásico, marcado por la discusión casi unánime de cuestiones vinculadas a la macroeconomía de los involucrados [traducción del autor] (p. 30).

5 Para comprender rápidamente en qué consiste la RILA, es posible ver la entrevista del ministro de Relaciones Exteriores de Brasil (MRE), João Carlos Parkinson.

Así, Joichi y Oshiro (2019) señalan que

la propaganda para la construcción de cuatro puentes en la zona fronteriza da pie a una transacción comercial a nivel mundial, además de abrir rutas de navegación, por ejemplo, a los puertos del Pacífico, específicamente la costa oeste de Chile, hacia las naciones asiáticas, porción occidental y septentrional de América del Sur y Central, el Caribe, Estados Unidos y Canadá [traducción del autor] (p. 1137).

Aquí nos ocuparemos del Corredor Vial Bioceánico, que parte del centro oeste brasileño, pasa por regiones de Paraguay y el norte de Argentina, y llega hasta los puertos de Antofagasta e Iquique, en el norte de Chile,⁶ como se muestra en la figura 11.1.

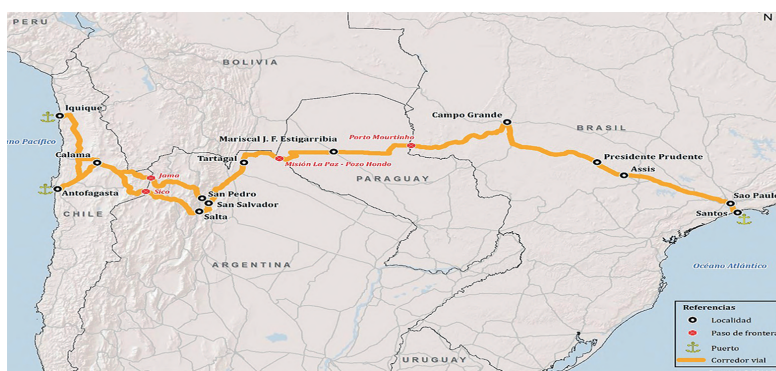


Figura 11.1 Corredor Vial Bioceánico

Fuente: Costa (2023).

De lo anterior se desprende que la vía aún es poco utilizada, precisamente por la falta de infraestructura en los países que integran la RILA, pues el territorio que rodea el corredor vial es difícil de articular y presenta numerosas barreras, como el Pantanal, en Brasil, y la cordillera de los Andes, en Chile.

6 En el proyecto inicial de la RILA, la ruta bioceánica, pasaría por Bolivia en lugar de Paraguay.

La RILA, según Asato *et al.* (2019),

tendrá alrededor de 2.200 kilómetros entre Campo Grande y los puertos del norte de Chile. El inicio de los trabajos de apertura de la Ruta de la Integración se intensificó luego de la segunda expedición realizada por empresarios del Estado [de Mato Grosso do Sul] y autoridades públicas, denominada RILA, del 25 de agosto al 2 de septiembre de 2017. La primera expedición se realizó a mediados de 2013. También hubo otros tres viajes aislados por caminos que podían viabilizar (y acortar) el recorrido, como un tramo por Bolivia, pero la falta de infraestructura en las carreteras de ese país y motivaciones históricas, entre ellas la guerra entre Chile y Bolivia (1879-1883), que bloqueó el acceso al mar a Bolivia, imposibilitó que ese país implementara la Ruta de la Integración (p. 43).

Lo cierto es que el alcance de la RILA, ya sea por el puerto de Paranaguá o por el puerto de Santos, en Brasil, atravesando los territorios de Paraguay y Argentina, hasta llegar al puerto de Antofagasta, en Chile, debe reducir los costos de transporte con impactos tanto en el volumen como en la diversificación del comercio que realizan los países de la región con otras regiones cercanas al océano Pacífico, como en el caso de China.

EL CORREDOR VIAL: ¿UN NUEVO CAMINO HACIA LAS “INDIAS”?

Si en el siglo XV Cristóbal Colón inició su viaje en busca del camino para las Indias, es decir, la tierra del oro y las especias, propiciando una expansión marítima con intereses mercantilistas para Portugal y España, en el siglo XXI se puede considerar que la RILA, en el ámbito comercial, es un nuevo camino para las Indias.

Así como Colón soñaba con acortar esta ruta comercial existente, la RILA también pretende unir el Atlántico con el Pacífico, estrechando el camino hacia países donde el comercio con los cuatro países sudamericanos, especialmente Brasil, está más latente.

Como se discutió anteriormente,

la conexión entre el océano Atlántico y el Pacífico ha sido parte de las ideas de los movimientos de integración de los pueblos sudamericanos durante mucho tiempo. Este movimiento, sin embargo, siempre ha sido impulsado por el sistema económico. Si bien este vínculo efectivamente ya existe en la parte sur de América del Sur con el movimiento de carga y personas desde la región de Valparaíso en Chile hacia la región de Paranaguá en Paraná, siempre ha existido el sueño de un vínculo entre las regiones Norte y Centro-Oeste de Brasil con puertos más al norte de Chile (da Silva *et al.*, 2019, p. 32).

Inicialmente se está construyendo una ruta vial, con nuevas infraestructuras de transporte, que conectará regiones centrales de Brasil con el noroeste de Argentina, el Chaco paraguayo y el norte de Chile. Sin embargo, el eje de integración y desarrollo que conecta las cuatro economías contará también con la construcción de vías fluviales, ferrocarriles y puertos que facilitarán y beneficiarán las actividades comerciales en los mercados de Asia Pacífico y Europa, lo que mejorará la competitividad de los productos de la región.

Según el presidente paraguayo Mario Abdo Benítez (Itaipu Binacional, 2019), “es una obra estratégica, ya que mejora las conexiones logísticas. Mato Grosso do Sul podrá exportar su producción de cereales y Paraguay, que ni siquiera tiene costa, tendrá conexión con ambos océanos [traducción del autor]”.

Para lograrlo se está construyendo un puente sobre el río Paraguay, entre los municipios de Porto Murtinho, en Brasil, y Carmelo Peralta, en Paraguay.

Según el proyecto, tendrá una longitud de 680 metros, con 380 metros de luces libres y 22 metros de altura, con dos torres de más de 100 metros de altura y viaductos de 150 metros en ambos extremos, con pilares preparados para la circulación de vehículos de gran tamaño. Se espera que la obra genere más de mil puestos de trabajo [traducción del autor] (Itaipu Binacional, 2019).

Además, es fundamental para la finalización del corredor vial, ya que

con la salida de mercancías desde puertos del Océano Pacífico, se estima que las distancias se acortan en unos 7.000 kilómetros, lo que supone una importante reducción de la distancia respecto a los puertos que miran al océano Atlántico y, en consecuencia, del valor del transporte y su incidencia en los bienes [traducción del autor] (dos Santos, 2023).⁷

De la misma manera en que en el siglo xv el financiamiento de la ruta para las Indias contaba con la participación de los gobiernos, así como de la burguesía, la RILA, además de contar con la construcción a cargo del Departamento Nacional de Infraestructura de Transportes (DNIT), con financiamiento de la Central Hidroeléctrica Itaipú Binacional, con los gobiernos paraguayo y brasileño, también cuenta con la participación de otros dos gobiernos y del sector empresarial.

Del lado paraguayo, el gobierno también garantiza la pavimentación de 678 kilómetros de la ruta bioceánica, invirtiendo R\$3400 millones. Lo mismo ocurre con Argentina, en un tramo más corto entre Paraguay y San Sebastián de Jujuy.

En cuanto al comercio de productos en el caso brasileño, especialmente en el Estado de Mato Grosso do Sul, los principales productos exportados son la celulosa, la soja, la carne de res fresca, refrigerada o congelada, la harina de soja y otros piensos para animales, y el maíz sin moler.

Solo Campo Grande, capital de Mato Grosso do Sul, en 2023 tuvo un comercio exterior con los países que integran la RILA que superó los US\$121028 millones, creciendo 46,56 % en junio de 2023, respecto al mismo periodo de 2022. Esta realidad proporciona

un mercado y un espacio para crecer en el comercio exterior con los países de RILA. Tal es así que la semana pasada, el Departamento de Tarapacá (Chile) inauguró aquí en Campo Grande su primera oficina comercial internacional, buscando impulsar aún más estos intercam-

7 El trayecto de 2396 kilómetros saldrá de Campo Grande y pasará por las ciudades de Sidrolândia, Nioaque, Guia Lopes da Laguna, Bela Vista, Caracol, Jardim y Porto Murtinho, en Brasil; Carmelo Peralta, Loma Plata, Mariscal Estigarribia y Asunción, en Paraguay; Tartagal, Salta, San Salvador de Jujuy, en Argentina; y San Pedro de Atacama, Iquique, Mejillones, Calama y Antofagasta, en Chile.

bios comerciales, generando nuevas oportunidades para ambos países (G1Globo, 2023).

En lo que respecta a Argentina, la región de San Sebastián de Jujuy, “además de alimentos, como frijoles, y bebidas (vino), servicios y logística, cuenta con un fuerte parque industrial de derivados de energía solar y eólica, cuyas empresas ya operan en otros países y tienen interés en invertir en Brasil” (Semadesc, 2017).

Es seguro que Paraguay, Argentina y Chile tendrán un mayor crecimiento económico gracias a las regiones por las que pasa la RILA, con el Corredor Vial Bioceánico, aprovechando el progreso en diferentes sectores, especialmente el comercial (exportación e importación). Sin embargo, otros ámbitos también se verán afectados, por ejemplo en los sectores del turismo, la educación⁸ y la infraestructura. Esta perspectiva genera expectativa tanto en el sector privado (el de los empresarios), como en las autoridades gubernamentales, y en las poblaciones por donde pasará el corredor vial de la RILA.

No obstante, para que la RILA tenga éxito más allá de las cuestiones económicas, son necesarias acciones preventivas por parte de los gobiernos, a través de políticas públicas. Es importante observar este factor, pues los gobiernos y los empresarios destacan principalmente los puntos positivos. Por otra parte, es imperativo enfatizar que también puede haber consecuencias desfavorables que involucran el medioambiente y a los pueblos indígenas, entre otros asuntos, y sobre las cuales se ha debatido en los últimos años, sobre todo en el contexto académico.

LOS POSIBLES IMPACTOS DESFAVORABLES DERIVADOS DE LA RILA

La implementación y la operación de la RILA podrán generar impactos positivos, como la construcción de puentes, puertos secos, carreteras y el resto de la infraestructura necesaria para su funcionamiento real, que contribuirá al crecimiento económico y al desarrollo de las regiones por las que

8 Se creó en el segundo semestre de 2016 la Red Universitaria de la Ruta de la Integración Latinoamericana, más conocida como UNIRILA, compuesta por profesores e investigadores de dieciséis universidades públicas y privadas de los cuatro países, con la finalidad de debatir sobre los sectores que se verán afectados por la implementación de la RILA.

pasará. No obstante, también provocará impactos nocivos. Aquí abordaremos dos situaciones sobre las que ya se ha debatido, especialmente en el ámbito académico. Sin embargo, es necesario resaltar que otras situaciones adversas pueden surgir durante el funcionamiento de la RILA.

Una de estas discusiones se refiere al medioambiente, ya que la RILA podrá generar daños y degradación, pues atravesará regiones cuyos biomas son vulnerables frente a los grandes flujos de transporte y a la contaminación de los camiones, como en el caso del Cerrado y el Pantanal brasileños, el Chaco paraguayo, los bosques del norte argentino y el desierto de Atacama, en Chile, poniendo en jaque “el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, alberga y rige la vida en todas sus formas” (Brasil, 1981), cuya titularidad “es de uso común del pueblo” (Brasil, 1988).

Otro punto a destacar en la discusión sobre el corredor vial entre Brasil y Chile tiene que ver con los pueblos originarios, esto es, los que descienden

de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (OIT, 1989).

Estos pueblos también pueden verse afectados directa o indirectamente, bien sea porque la ruta pasará cerca de sus territorios, o porque esa proximidad puede representar un riesgo para la salud, ya que existen enfermedades comunes para otros grupos, pero letales para los indígenas, y pueden aumentar la adicción al alcohol y los focos de pobreza.

Cabe resaltar que el número de pueblos indígenas a lo largo de la RILA es significativo, pues abarca etnias como los kadwéus, en Brasil, los ayoreo, en Paraguay, los guaraníes, en Argentina, y los aymaras y quechuas, en Chile.

Además, la legislación de Argentina, Brasil, Chile y Paraguay se ocupa de la protección de los pueblos indígenas, así como el medioambiente. Y estos países también son signatarios de tratados internacionales que abordan los dos temas que nos ocupan.

La legislación brasileña se ocupa del tema de los pueblos indígenas en su Constitución de la República Federativa de 1988, en los artículos 231 y 232. En cuanto a la protección del medioambiente, la misma disposición constitucional la aborda en el artículo 225. Con respecto a Argentina, su Constitución Nacional de 1853, reformada en 1994, cuando se insertó un capítulo titulado “Nuevos derechos y garantías”, se refiere al tema de los pueblos originarios en el artículo 75, y a la temática del medioambiente en el artículo 41. Paraguay, en su Constitución Nacional de 1992, incluye los asuntos de protección del medioambiente y de los pueblos indígenas, respectivamente, en los artículos 7, 8 y 62. En el caso de Chile, su Constitución Política de 1980, que se remonta al período dictatorial, abarcó la protección del medioambiente en el artículo 19, n.º 8. Sin embargo, no existe ningún tratamiento respecto a la protección de sus pueblos originarios, siendo dicha tutela prevista por las leyes n.º 17.729/72 y n.º 19.253/93.

No obstante, el hecho de que tengan un ordenamiento jurídico que busca ser acorde con los deseos contemporáneos de proteger a la persona humana, directa o indirectamente, si no existen acciones prácticas y reales de protección, no solo los derechos aquí discutidos, sino otros, se pueden violar con el funcionamiento de la RILA.

Por lo tanto, es necesario que los gobiernos de los cuatro países también se centren en los posibles efectos que puede traer el proceso de integración con la RILA, que requiere no solo inversiones en infraestructura, sino también la creación de políticas públicas, o sea, un “conjunto organizado de normas y actos destinados a lograr un objetivo específico” (Comparato, 1997), implementado por la administración pública durante un período específico, para evitar o mitigar posibles daños.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que se trata de una investigación prospectiva, es posible afirmar que la RILA ofrecerá oportunidades para diversas actividades económicas, en diferentes regiones de los países involucrados, además de generar impactos en distintos ámbitos, más allá del comercial.

Este nuevo camino para las Indias, además de posibilitar el crecimiento económico, de manera distinta a como ocurrió en el siglo xv con la explotación de otros pueblos, también podrá estrechar los vínculos desde

otros ámbitos, como el cultural, el laboral, el migratorio, el turístico, el educativo y el ambiental.

Así, la construcción del puente entre Brasil y Paraguay, cuya finalización está prevista para 2025, tiene el potencial de impulsar el flujo de bienes y personas entre Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, además de exportaciones más competitivas para los mercados a través de los puertos chilenos.

La previsión es que la RILA también tendrá como consecuencia una mayor competitividad y eficiencia logística, lo que permitirá aumentar la participación de la producción brasileña en estos mercados de Asia (China, India y Medio Oriente), el Pacífico y el Oeste americano, así como de los otros tres países que forman parte del Corredor Vial Bioceánico.

Por su parte, el corredor vial hará más fácil y más barato el acceso de productos a lo largo de la costa del Pacífico, lo que representa un cambio de paradigma en la región de los cuatro países sudamericanos, y quizás en sus vecinos, que se vislumbra en un futuro no muy lejano.

Además de las consecuencias que favorecerán el comercio de los cuatro países que forman parte de la RILA, con su Corredor Vial Bioceánico, y quizá de sus vecinos, es fundamental que también se discuta, en el conjunto de la sociedad, sobre los posibles resultados nocivos, en caso de inercia de las acciones preventivas, entre las que se encuentran las políticas públicas.

Si los gobiernos de los cuatro países no invierten efectivamente en infraestructura a lo largo de la RILA ni crean políticas públicas para prevenir o atenuar posibles daños ya previstos y otros que puedan surgir en el futuro cercano, la RILA se configurará como una simple ruta comercial, sin mayores impactos sociales, económicos y culturales entre los Estados involucrados.

Es necesario resaltar que este artículo no pretendía abarcar todas las discusiones relacionadas con los temas que involucran a la RILA; su objetivo era abordar su importancia, especialmente económica, para América del Sur en los próximos años como un nuevo camino para las Indias, siempre y cuando todos los países de la RILA estén comprometidos a invertir en infraestructuras a lo largo de la ruta y a frenar posibles violaciones derivadas de su operación a partir de 2025.

REFERENCIAS

Almeida, A. (2019). *Rota de Integração Latino-Americana: promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais pelas empresas e Estados partes*. [Tesis de maestría]. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Programa de Pós-Graduação em Direito.

Andrade, T., Constantino, M., Cantero, A. y Pasquotto, M. A. (2019). Rota de Integração Latino-Americana (RILA) para o desenvolvimento turístico. *Interações (Campo Grande)*, 20(especial), 45-56. <https://doi.org/10.20435/inter.v20iespecial.1994>.

Argentina (1994). Reforma de 1994, Ley 24430 de 1994. *Constitución nacional argentina*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804>.

Bouzas, R. (2017). El regionalismo en América Latina y el Caribe: ¿qué hay de nuevo? *Estudios Internacionales*, 49, 65-88. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.2017.47533>.

Brasil (1981). Lei n.º 6938 de 31 de agosto de 1981, Política Nacional do Meio Ambiente. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm.

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Senado Federal.

Chile (1980). *Constitución política de la República. Texto actualizado al 22 de enero de 2024*. https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion.pdf.

Comparato, F. K. (1997). Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, 86(737), 18.

Costa, B. (25 de abril de 2023). Megraestrada vai conectar Pacífico e Atlântico. *The News*. <https://thenewsc.com.br/negocios/megrastrada-vai-conectar-pacifico-e-atlantico/>.

Czar de Salduendo, S. (2010). Integración, nociones generales, integración económica e integración regional. En S. C. Negro (dir.), *Derecho de la integración. Manual* (pp. 3-22). Editorial BdeF.

da Silva, J. R., Santos, A. y Fernandes, M. F. (2019). Desafios para o Corredor Bioceânico e suas potencialidades turísticas: a questão da livre circulação de pessoas. *Interações*, 20(especial), 31-43. <https://www.scielo.br/j/inter/a/4rYMPdHCmLJQPJ59rKV8sfz/?format=pdf>.

de Almeida, P. R. (2013). Integração regional: uma introdução. En A. C. Lessa y H. Altemani (coords), *Temas Essenciais em R. I. 3*. Saraiva.

de Azevedo, A. M. (1991). Os aspectos institucionais da integração latino-americana. *Revista de Informação Legislativa*, 8(30), 73-92.

de Carvalho, L. A. (2004). Os processos de integração econômica regional na Europa e as Américas: breve abordagem histórico-evolutiva. *Revista Maracanan*, 2(2), 23-56. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/maracanan/article/view/70508>.

Delegação chilena inaugura escritório comercial e de desenvolvimento em Campo Grande (7 de julho de 2023). *G1Globo*. <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2023/07/07/delegacao-chilena-inaugura-escritorio-comercial-e-de-desenvolvimento-em-campo-grande.ghtml>.

Dia histórico: Itaipu dá largada à construção de mais uma ponte Brasil-Paraguai, agora no MS (2019). *Itaipu Binacional*. <https://www.itaipu.gov.br/sala-de-imprensa/noticia/dia-historico-itaipu-da-largada-construcao-de-mais-uma-ponte-brasil-paragua>.

dos Santos, P. C. (21 de fevereiro de 2023). Rota de Integração latino-americana entre Campo Grande/MS e os portos chilenos. *Observatório de Regionalismo*. <http://observatorio.repri.org/2023/02/21/rota-de-integracao-latino-americana-entre-campo-grande-ms-e-os-portos-chilenos/#:~:text=A%20Rota%20de%20Integra%C3%A7%C3%A3o%20Latino,e%20%C3%A0%20Am%C3%A9rica%20do%20Norte>.

Ferrer, A. (1998). América Latina y la globalización. *Revista de la CEPAL*, (número extraordinario). <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/935a13d3-9a37-4df1-9d1d-c376209e198c/content>.

Flores, M. V. (2016). La globalización como fenómeno político, económico y social. *Orbis. Revista Científica Ciencias Humanas*, 12(34), 26-41. <https://www.redalyc.org/pdf/709/70946593002.pdf>.

Fuentes, J. A. (1994). El regionalismo abierto y la regionalización económica. *Revista de la CEPAL*, (53), 81-89. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/98a09672-3a97-4de3-ba2e-5ee936f677a3/content>.

Furlani, C. E. P. (2022). *Os aspectos de cooperação jurídica internacional por meio da Rota Bioceânica-RILA*. [Tesis de doctorado]. Universidade de São Paulo (USP), Programa de Pós-Graduação em Direito.

Ganan de Brites, A. (2015). *Simón Bolívar: uma persistência latino-americana*. [Tesis de grado]. Universidade de São Paulo. https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-13092016-151214/publico/2015_AlexandreGananDeBritesFigueiredo.pdf.

Ganan de Brites, A. y Bobik, M. (2017). Simón Bolívar e o Congresso do Panamá: O primeiro integracionismo latino-americano. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, 9(2), 308-329. <https://www.redalyc.org/pdf/3373/337351121008.pdf>.

Goldin, I. y Reinert, K. (2007). *Globalización para el desarrollo: Comercio, finanzas, ayuda, migración y políticas*. Banco Mundial.

Ibáñez, J. (1999). El nuevo regionalismo latinoamericano en los años noventa. *XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, dedicadas al tema "Iberoamérica ante los procesos de integración"*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/826774.pdf>.

Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA). (2011). *IIRSA dez anos depois: suas conquistas e desafios*. Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (BID-INTAL).

Joichi, L. F. y Oshiro, G. (2019). A Rota de Integração Latino-americana (RILA) diante da globalização: a necessidade urgente da pavimentação jurídica transnacional e territorial. En A. Feitosa, B. Franceschini, R. B. da Silva y R. D. de Brito (orgs.), *Perspectivas de direito contemporâneo*. Grupo FGB, Pembroke Collins.

Lampert, C. E. y Forero, M. J. (2014). Infraestrutura e integração regional: a experiência da IIRSA na América do Sul. *Boletim de Economia e Política Internacional*, (18), 23-40. https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5325/1/BEPI_n18_Infraestrutura.pdf.

Menezes, W. (2007). *Direito internacional na América Latina*. Juruá.

Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (2004). *Declaración del Cusco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones (Cusco, 8 de diciembre de 2004)*. https://www.cvce.eu/obj/declaracion_del_cusco_sobre_la_comunidad_sudamericana_de_naciones_cusco_8_de_diciembre_de_2004-es-4a54e28f-18a1-4f82-bba7-bc5464f66698.html.

Murillo, C. (2004). Aproximación a los regímenes de integración regional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 1-31. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1004422>.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT). (1989). *Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. <https://www.ilo.org/es/media/443541/download>.

Paraguay (1992). *Constitución Nacional de Paraguay*. <http://biblioteca.mds.gov.py:8080/handle/123456789/137>.

Parkinson, J. C. (2020). *Rota Bioceânica: conheça os detalhes do corredor*. Portal vgv. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=crz6sxo-tHn8&t=4075s>.

Ricardo, J. (2000). As crises econômicas mundiais. *Brasília, 1*, 1-20.

Rota bioceânica: Campo Grande terá roda de negócios com argentinos em novembro (31 de agosto de 2017). *Semadesc*. <https://www.semadesc.ms.gov.br/rota-bioceanica-campo-grande-tera-roda-de-negocios-com-argentinos-em-novembro/>.

Sibauste, A. I. (1992). El Congreso Anfictiônico de 1826. *Lotería. Revista Cultural*.

Silva, C. (2010). A integração regional como resposta ao processo de globalização. *Gestão Contemporânea*, 7(7), 215-243. <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17553/material/1.%20ARTIGO%20-%20A%20integra%C3%A7%C3%A3o%20regional%20como%20resposta%20ao%20processo%20de%20globaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

Tomassini, L. (1996). El proceso de globalización y sus impactos socio-políticos. *Estudios Internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, 29(115), 315-353. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.1996.15051>.

Villegas, E. y Labarca, N. (2000). Elementos definitorios de la globalización económica (consideraciones sobre gobernabilidad y desarrollo). *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, VI (2), 243-256. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5732719.pdf>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

BREVE MIRADA AL PAPEL DEL DERECHO
INTERNACIONAL EN LA FORMACIÓN DE LA
SOCIEDAD GLOBAL (DEL SIGLO XI AL SIGLO XXI)

BRIEF LOOK AT THE ROLE OF INTERNATIONAL
LAW IN THE FORMATION OF GLOBAL SOCIETY
(11TH CENTURY TO 21ST CENTURY)

BREVE VISÃO SOBRE O PAPEL DO DIREITO INTERNACIONAL
NA FORMAÇÃO DA SOCIEDADE GLOBAL
(DO SÉCULO XI AO SÉCULO XXI)

JOSÉ LUIS MARÍN FUENTES*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a13

Resumen

En la actualidad el llamado derecho internacional ha adquirido un significado que hace unos años hubiese sido difícil predecir, en especial

* Profesor de tiempo completo de Derecho Internacional en la Universidad de Medellín, Facultad de Derecho. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magíster y especialista en Derecho Internacional de la Université Paris 2 Panthéon Assas. Abogado de la Universidad de Antioquia. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001641135, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=e8sqhc4AAAA-J&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0101-491X>, correo electrónico: jlmarino@gmail.com

por sus implicaciones en la vida diaria de la comunidad global. Esta realidad nos lleva a realizar un ejercicio en el que se busca describir de manera sucinta el desarrollo que ha tenido esta ciencia del derecho en determinados períodos. El concepto de derecho internacional engloba una serie de áreas que han venido creciendo sin cesar desde siglos atrás, lo cual hace imperativo su estudio desde varias perspectivas y teniendo en cuenta a los diferentes actores que están inmersos en el ordenamiento jurídico global. En este sentido, consideramos relevante hacer un pequeño aporte a la literatura sobre la materia con el fin de confrontar posiciones, ideales y realidades, y al mismo tiempo contribuir a nuestra manera en su desarrollo.

Palabras clave: derecho internacional, conflicto de leyes, Medioevo, organización internacional.

Abstract

Today the so-called international law has acquired a meaning that a few years ago would have been difficult to predict, especially due to its implications for the daily life of the global community. This reality leads us to carry out an exercise in a some succinct, but deep in certain way, to carry out a description of the development that this science of law has had and for certain periods of time. The concept “International Law” encompasses several areas that have been growing without ceasing for centuries, which makes it imperative to study it from different perspectives and by the different actors that are immersed in

the global legal system. In this sense, we consider it relevant to make a small contribution to the literature on the subject to confront positions, ideals, and realities and at the same time contribute in our own way to its development.

Keywords: international law, conflict of laws, Medieval, international organization.

Resumo

Atualmente, o chamado direito internacional adquiriu um significado que, há alguns anos, seria difícil prever, especialmente devido às suas implicações na vida cotidiana da comunidade global. Essa realidade nos leva a realizar um exercício no qual buscamos descrever de maneira sucinta o desenvolvimento que essa ciência jurídica teve em determinados períodos históricos. O conceito de direito internacional abrange uma série de áreas que têm crescido incessantemente ao longo dos séculos, o que torna imperativo seu estudo a partir de diversas perspectivas e levando em consideração os diferentes atores envolvidos no ordenamento jurídico global. Nesse sentido, consideramos relevante oferecer uma pequena contribuição à literatura sobre o tema, com o objetivo de confrontar posições, ideais e realidades, contribuindo, ao mesmo tempo, para seu desenvolvimento.

Palavras-chave: direito internacional, conflito de leis, Idade Média, organização internacional.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito pretende mostrar de una manera bastante general cuál ha sido la función que ha ejercido el hoy en día denominado derecho internacional, tomando el término en su acepción más global¹ y con relación a la estructuración de los grupos humanos que se encuentran establecidos en un territorio determinado, llámese sociedad, cultura, colectividad, nación o pueblo.

Buscar un punto de partida para esta cuestión no es tarea fácil, ya que se debe definir en primer lugar la figura central en estudio, para poder ubicarla en un período determinado de la historia humana. Y es que solo hace pocos años el derecho como disciplina científica dejó de ser un instrumento de regulación social entre las personas, para pasar a serlo entre los otros seres vivos que conviven con ellas, como los animales y la naturaleza verde.

En este sentido, y dejando claro que este no es un escrito científico con la profundidad que el tema se merece, en primer lugar, haremos una especie de barrido histórico para tratar de descubrir los orígenes de la ciencia del derecho, y de esa forma confrontarlos con la especialidad que aquí se abordará, esto es, el derecho internacional. Para tal propósito tomaremos como punto de partida el denominado Código de Hammurabi (1792-1750 a. C.), y seguiremos una línea histórica hasta la Alta Edad Media, procurando definir para cada período involucrado las cuestiones que puedan ser más relevantes en cuanto al tema en estudio.

Luego, nos centraremos en los primeros ejercicios sobre la materia llevados a cabo en el norte de Italia a comienzos del siglo XI, y más adelante, en el periodo que se denominó Renacimiento, cuyas transformaciones se experimentarían en la parte más relevante de la Europa occidental y luego sobrepasarían el Atlántico para establecerse tanto en el norte como en el sur del continente americano. Tomaremos posteriormente el camino que se

1 Hay muchas referencias que indican que tal denominación se le atribuye únicamente al derecho que regula(ba) las relaciones entre los Estados europeos (Jeremias Bentham, por ejemplo); sin embargo, creemos que esta distinción ya ha sido superada, por lo que no entraremos a contribuir con la misma, y en este sentido podemos indicar que “international law is law made in Europe. Thus, history of international law *stricto sensu* is based upon the history of relations amongst European States and upon norms that they have established amongst themselves and for themselves, be it by practice and by treaties or be it by the virtue of influence of religious and philosophical authorities that lived from time to time in course of European history” (David *et al.*, 2005, p. 2).

forja esta disciplina a finales del siglo XIX, hasta mediados del siglo XX. Después, se buscará explicar su grandiosa transformación hasta lo que llevamos del siglo XXI.

Finalmente expondremos la relación que ha tenido esta ciencia del derecho con la estructuración de la sociedad moderna, entendida como un sistema global en el que convergen un sinnúmero de visiones y formas de convivencia.

APROXIMACIÓN HISTÓRICA

La Antigüedad

Se podría señalar, sin lugar a equivocarse, que aquello que se conoce como la ciencia del derecho siempre ha sido connatural a los seres humanos (Koskeniemi, 2012), ya que desde un punto de vista sociológico y antropológico el derecho puede entenderse como un comportamiento inherente a la condición humana (también animal y vegetal),² que después de que se identifica pasa a determinarse como tal, como una forma de regular de manera expresa y primigenia las conductas que tienen lugar entre los individuos que comparten un mismo espacio o territorio. No en vano, el derecho internacional, como cualquier otra rama del derecho, entendido este último como disciplina científica, es un puente entre el pasado y el futuro de una sociedad, que atraviesa su presente. Lo que hace que el derecho internacional sea único es el hecho de que tiene una relación cuádruple única con el pasado. Es la ley de un sistema social que es producto de muchos pasados, esto es, el pasado de todas las sociedades humanas (Allott, 1999). Al parecer, y más por una cuestión biológica, principalmente hormonal, la supervivencia de la especie la dictamina el predominio de aquel individuo que posee unas mejores condiciones físicas para perpetuar la existencia del grupo, y la existencia de contradicción dentro del grupo (Chaumont, 1974). En este sentido, aquellos especímenes, a los cuales los biólogos han denominado macho alfa

2 En este sentido podemos tomar como ejemplo de regulación lo que sucede en el interior de un panal de abejas, donde cada uno de los individuos que lo componen tienen un rol establecido y cualquier alteración al mismo es “sancionada” por el individuo que ha de cumplir con aquella función. En el caso del mundo vegetal, hay eventos en los que cada planta o especie tiene un lugar determinado en el espacio que se le ha asignado, y en el mismo se desarrolla y cumple sus funciones.

y hembra alfa, deben cumplir con tal función empleando una serie de comportamientos y sanciones frente a los otros miembros de la especie.

Teniendo como referente lo anterior, y para este escrito en particular, hemos decidido tener como punto de partida el llamado Código de Hammurabi, instrumento de naturaleza jurídica desarrollado en la antigua región de Mesopotamia, entre los años 1792 y 1950 a. C. Este código tiene la virtud de haber sobrevivido hasta nuestros días de una forma muy completa en cuanto a su contenido. Si bien se trata de un texto tallado en piedra, que comprende en su totalidad cincuenta y dos columnas divididas en casillas que suman tres mil seiscientas líneas escritas de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo (Azpiri, 2010), su contenido ha podido llegar a nosotros gracias a la labor tanto de los antropólogos como de los filólogos, quienes han hecho que sea comprensible para todos.

En la región de Mesopotamia coexistieron varias ciudades Estado, como Babilonia, Ur, Lagash, Nippur y Mari. Sin embargo, no es pertinente en este caso pensar que cada una representaba lo que hoy se conoce como un Estado (moderno), por lo que no tuvo espacio la aplicación de una normativa que hubiera podido ser apta para regular las relaciones de tipo jurídico entre las mismas y entre sus individuos. Lo anterior se debe a que el Código de Hammurabi contiene esencialmente normas que regulaban situaciones de familia y contractuales desde el punto de vista interno, ya que las precitadas ciudades se encontraban todas reunidas bajo un imperio, esto es, el mando de un rey único, como lo era Hammurabi; por ello, no se puede afirmar que las relaciones entre estas ciudades fueran de tipo externo, tal como se entienden hoy para un sujeto jurídico claramente determinado como es el Estado. Ahora, no hay evidencia de que hubiese existido otro documento legal con el cual se hubieran llevado a cabo actos jurídicos con otras ciudades que no pertenecieran al Imperio.

Desde el punto de vista de países como la India, podemos considerar que si bien no existió una regulación propia en materia de derecho internacional, ello no fue obstáculo para que las relaciones entre pueblos (arios y no arios) se basaran en textos como los *Dharmasastras*³ y los *Arthasastras*,⁴ que se apoyaban fundamentalmente en una norma llamada *Deshadharma* (en el

3 Tratados para el aprendizaje tradicional.

4 Ciencia de los métodos y las formas.

año 2000 a. C. aproximadamente), la cual regulaba sus relaciones interestatales y estaba influenciada totalmente por la religión (Bandyopadhyay, 1920).

En el caso de China, a pesar de que se trata de un Estado cuya cultura es milenaria, sorprende el hecho de que allí la ciencia del derecho internacional haya sido bastante marginal (Carrai, 2020) y no haya tenido un desarrollo como el que se presentó en su vecino cercano, la India, pues desde sus orígenes las relaciones llamadas internacionales eran esencialmente comerciales, y se fundamentaban en un régimen de tributos (Fairbank y Teng, 2011) que tenía como fundamento la práctica del sistema soberano-vasallo, ya que China no consideraba a otros Estados como iguales a China, y por lo tanto, no podía aceptar principios jurídicos internacionales modernos como la igualdad o el establecimiento de relaciones diplomáticas modernas con otros Estados (Yun, 2014). Lo anterior no obstaba para que entre sus mismas ciudades existieran relaciones diplomáticas en las cuales los miembros que representaba cada una de ellas gozaban de inmunidad en ese sentido (Ying-Shih, 2008).

En Grecia la cuestión parece ser un poco más avanzada, ya que en este territorio se estructuraron las denominadas ciudades-Estado o *Polis*, las cuales, si bien estaban pobladas por individuos que compartían la misma cultura, eran totalmente independientes, y sus relaciones caían en el espectro interestatal. En este contexto tenemos una de las primeras expresiones de la ciencia del derecho internacional en ese territorio, la cual no es otra que el llamado caso de Magnesia, ciudad donde veintitrés jueces fueron elegidos en el año 112 a. C. para resolver un conflicto territorial entre las ciudades de Kretan de Hierapytna e Itanos.⁵ Este fue uno de los primeros eventos documentados en los que se acudió a un tribunal (arbitral) para que determinara la solución a un problema que enfrentaba a dos ciudades autónomas. La decisión tomada era esencialmente una conciliación (*syllysis*, *dialysis*) y no una sentencia judicial (*dike*) (Chaniotis, 2004). No hay que olvidar que estas ciudades, en especial Atenas, firmaron tratados con muchas ciudades de otros pueblos no griegos, lo que indica un desarrollo más estructurado en cuanto a la materia. Igualmente, en dicho territorio nació la práctica actualmente denominada resolución de conflictos, que se llevó a cabo entre las ciudades Estado, y que conducían los sacerdotes del templo de Delfos (Coleman, 2013).

5 También son conocidos, entre otros, los conflictos respecto a la delimitación de fronteras entre ciudades tales como Amphisa y Delfos (125 a. C.), Esparta y Mecene (138 a. C.), Saos y Priene (197-190 a. C.).

Otro de los territorios donde también hubo una incidencia en el campo del derecho internacional fue el de la antigua civilización egipcia (1570-1070 a. C.). Durante el período faraónico se presentaron muchas relaciones de carácter extraterritorial (con los hititas, los babilónicos, los asirios, entre otros), en especial en materia comercial, diplomática y territorial (Levit, 2015). En este contexto la historia nos muestra cómo el Tratado de Kadesh, de 1277 a. C., entre el faraón egipcio Ramsés II y el gobernante hitita Hattusili III (el cual se ha conservado tanto en jeroglíficos egipcios como en el alfabeto hitita, y tanto en Karnak y Tebas, Egipto, como en Hattusa, Turquía contemporánea), también conocido como el Tratado de la Perla, aunque era esencialmente un acuerdo de extradición de refugiados políticos (Maf, 2017), recogía un acuerdo de paz detallado entre los dos imperios, así como un pacto de ayuda militar mutua (pacto *de facto* de autodefensa colectiva contra terceros o levantamientos domésticos de esclavos), así como un compromiso de no aceptar refugiados políticos o delincuentes fugitivos (conteniendo los primeros compromisos relacionados con la ley de extradición y cuestiones de asilo) (Langdon y Gardiner, 1920). El hecho anterior se conoce como el primer tratado de paz que fue documentado en la historia, y es el documento más antiguo y conservado sobre la materia (Vlasova *et al.*, 2018).

En el caso del derecho romano, no sabemos hasta qué punto se podría tomar el primitivo *ius gentium* como una expresión del derecho internacional, ya que si bien el mismo no se había concebido como una normativa para regular las relaciones entre entes de poder (gobiernos diferentes al del Imperio), este lo hacía entre personas que pertenecían a diferentes territorios (extranjeros) y que se encontraban dentro de la jurisdicción romana. Quizás su importancia radica en el hecho de que en el Imperio romano se creó un derecho especializado para abordar las problemáticas que surgían con el intercambio y las relaciones entre ciudadanos del Imperio y personas de diferentes pueblos, y que tenían lugar en el interior de su territorio.

Si bien el Imperio romano se extendió por toda la cuenca del Mediterráneo y parte de Asia y Europa, tuvo relaciones con otros gobiernos o territorios que componían en ese momento una comunidad jurídica de carácter continental y extracontinental. Ahora, en cuanto a los vestigios más antiguos del derecho internacional público romano, visto este como una normativa que regula las relaciones con otras entidades políticas, encontramos que se aplicó el denominado *jus fetiale*, el cual se puede definir como un cuerpo de procedimientos y normas subyacentes que trataban, entre otras cosas, de las

relaciones exteriores. También hace referencia a los ritos de los sacerdotes feciales, que eran utilizados, entre otras actividades, para vincular al pueblo romano con los tratados con personas extranjeras o para declarar la guerra (Lesaffer, 2016).

Con la caída del Imperio romano, tanto el de Occidente como el de Oriente, esto es, con la expulsión en el año 476 del último emperador romano por parte de los bárbaros, se daría inicio a un período que en la historia se conoce como la Edad Media (o Medioevo), el cual en la parte occidental de la tierra y durante casi quinientos años mantuvo la ciencia del derecho bajo el dominio del derecho canónico, que en cabeza del papa, como máximo jerarca de una sociedad teocentrista, fundamentaba todas las relaciones jurídicas de los hombres en la figura de Dios (García, 2004). El derecho canónico servía pues como instrumento para redactar tratados, y mediante la institución del arbitraje, para resolver litigios entre príncipes y otros nobles que tenían su propio territorio y que de alguna u otra manera se encontraban en un pleito que solo podía solucionarse mediante la intervención de un representante de la Iglesia.

Siglo XI d. C.: escuela de Bolonia

El Medioevo da lugar a la creación de una nueva cultura jurídica. Después del siglo X, las llamadas relaciones internacionales comienzan a desarrollarse de la mano del comercio, por lo que es imperativa la creación de nuevas reglas para hacer frente a aquella sobreveniente realidad. En este período histórico ya se daban por sentadas la existencia de instituciones tales como los tratados internacionales y la imperiosa necesidad de respetarlos, así como el recurso al arbitraje para dirimir las disputas entre príncipes y naciones. Bajo este contexto, también se había prohibido la guerra privada, y se habían producido unos tímidos intentos de humanizar la denominada guerra justa (la tregua de Dios, la paz de Dios) (Maf, 2017).

En este período la disciplina que venimos llamando derecho internacional nuevamente comienza a asomarse, pero de una forma tímida, particularmente en los albores del siglo XII d. C. y bajo la estructura del llamado derecho estatutario. Tal regulación surge como un producto del estudio de las compilaciones justinianas del siglo VI d. C. (el Código, el Digesto, las Institutas y las Novelas). Esta especialidad comienza a desarrollarse de manera más estructurada e integral en la ciudad de Bolonia, bajo el denominado

método de la glosa, aplicado primeramente por un grupo de estudiosos civilistas, entre quienes se encontraban Irnerius y sus alumnos Martinus, Bulgarus y más tarde Accursio, Azon y Odofredo, a quienes se les tiene como los fundadores de la llamada escuela de los glosadores, y que determinarían en función de su tarea la nueva configuración no solo del derecho civil, sino del internacional, público y privado. De acuerdo con Boulet-Sautel (1985), “la glosa mató el texto que ella comentaba y los Glosadores sin duda alguna consintieron en llevar a cabo esta masacre, pero al hacerlo, engendraron el Derecho moderno” (p. 22).

En términos generales, puede decirse que en esta etapa se crearon tres tipos de glosas o comentarios. En primer lugar, la más simple de ellas era la que básicamente llamaba la atención sobre un pasaje que era importante; la segunda ofrecía referencias cruzadas a textos similares y aparentemente diferentes; y la tercera era de tipo explicativo, esto es, buscaba explicar y justificar el significado, y ubicarlo dentro del campo de conocimiento construido a partir de otros textos. Es este tercer tipo de glosa el que llegó a dominar las páginas de las versiones medievales de los textos de derecho romano (Lewis, 2007).

En este sentido, y tal como señala Meijers, en las Institutas se establecía que

todos los pueblos regidos por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común a todos los hombres. Porque lo que cada pueblo constituye como ley es la ley propia de esta ciudad, y se llama ley civil, es decir, ley particular de esta ciudad. Pero lo que la razón natural ha establecido entre todos los hombres se guarda igualmente entre todos, y se llama derecho de gentes, como si todos los pueblos usaran de este derecho (Meijers, 1959).⁶

Si bien en estos primeros ejercicios, en los que se les hacen comentarios tanto al Codex como al Digesto y las Institutas, se presentó una estructuración tanto del derecho público como del privado, instituciones estas que

6 “*Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est. Vocatur jus civile quasi jus proprium civitatis: Quod vero naturalis ratio inter homines constituit id apud omnes peraeque custoditur vocaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur*”.

ya eran conocidas en el derecho romano, en el campo jurídico aquello que significaba poder y gobierno solo se invocaba a menudo cuando aparecía la oposición entre la utilidad pública y los intereses privados, sin que tal cuestión hubiera sido objeto de un desarrollo teórico en esta época (Giordanengo, 2000).

A mediados del siglo XIII, con Accursio como último gran exponente de esa primera generación de glosadores, no terminaría dicha labor, ni sería el fin de aquella escuela; simplemente, aquel método de enfocarse únicamente en el *corpus iuris civilis* había mostrado signos de fatiga y su creatividad se había estancado frente a las situaciones jurídicas que tenían lugar en aquel entonces.

En el siglo XIV aparecería una nueva generación de estudiosos que retomarían el trabajo llevado a cabo hasta entonces por los glosadores y continuarían con aquellas tareas ya bajo la denominación de los comentadores o posglosadores. Sus máximos exponentes serían Bartolo de Sassoferrato (Bartolus) y su aventajado alumno Baldus. Bartolo sería considerado el más influyente de este grupo, y su obra le daría una fama universal, especialmente aquella a la cual se le denominó *Mos Italicus*, siendo una técnica que adaptaría el derecho romano a las necesidades imperantes de aquella época, es decir, el siglo XIV y los siguientes. Sus teorías respecto a la relación entre el derecho romano, el derecho local y el derecho estatutario (Estatutos) fueron el inicio del sistema conocido como conflicto de leyes o el modernamente llamado derecho internacional privado (Samuel, 2018). Por eso, en relación con una rama específica del derecho internacional como lo es el privado, podemos señalar que esta tuvo un desarrollo preferente frente al público durante los siglos XIV y XV, ya que al ser un período en el que el comercio internacional tuvo un gran auge, así como la movilidad personal entre diferentes jurisdicciones, hizo que su aplicación tuviera una connotación superior.

De una manera bastante tangencial podemos indicar que hasta este punto puede llegar aquel período denominado como la prehistoria del derecho internacional, esto es, desde la Antigüedad hasta la Baja Edad Media, cuando bajo el influjo del Renacimiento surgió la necesidad de acudir a nuevas estructuras jurídicas para entender los fenómenos sociales que iban teniendo lugar en especial en Europa occidental.

Derecho internacional clásico: siglos XVI-XIX

El texto “Sobre el poder civil, sobre los indios, sobre el derecho de la guerra” (1538-1539) de Francisco de Vitoria sería tomado como el punto de partida no solo de la nueva escolástica, sino del denominado derecho internacional (humanitario). Lo anterior, porque se considera que Vitoria fue quien formuló las primeras definiciones sobre la comunidad internacional, apoyándose para ello en la definición del derecho de gentes, que era básicamente el derecho natural (Mecholan, 1988), cuestiones estas que tendrían un desarrollo posterior por parte de la denominada escuela de Salamanca, que pregonaría el estudio de una nueva ciencia jurídica conocida como derecho natural y de gentes.

Como indica Bou Franch (2008), Vitoria fue consciente de que las concepciones universalistas (teocráticas o imperialistas) estaban destinadas a desaparecer y se estaba formando una pluralidad de Estados nacionales. Ante esta situación, configuró un derecho de gentes de carácter universal, que regulase las relaciones entre entidades políticas diversas e independientes (Bou Franch, 2008). En esa misma línea encontramos a otro de los máximos exponentes de la escuela de Salamanca, Francisco Suárez (1548-1617). Para Suárez, quien iría más lejos que Vitoria, debía existir una distinción entre lo que este último llamaba derecho de gentes y el derecho interno. Ese derecho de gentes tendría una connotación doble, esto es, por un lado, un *ius inter gentes*, y por el otro, un derecho en sentido impropio, es decir, aquel que los pueblos observan *intra se*. En este sentido, puede decirse que se trata de una verdadera *regulación inter gentes o populos*, porque a esa forma de organizar y reglar a una comunidad determinada se le puede considerar un derecho que todos los pueblos y las gentes varias deben guardar entre sí; y de otro modo, porque es un derecho que todas las ciudades y los reinos observan dentro de sí mismos, y por semejanza y conveniencia se llama derecho de gentes (Truyol, 1977). Otro de los autores de esta primera generación internacional de publicistas fue Alberico Gentili (1552-1608), quien fundamentó su posición en la distinción entre dos clases de sociedades, la internacional (*societas gentium*) y la interna, entendida esta como una sociedad netamente civil (*civitas*). Igualmente, Gentili desarrolló el derecho diplomático, especialmente en su obra *De legationibus* (1585), así como el derecho de la guerra, *De jure belli commentatio prima* (1588). Respecto a este autor, del Vecchio (1967) afirmaba:

De aquí se desprende el carácter especial de esta obra de Gentili, que, por la amplitud de miras y el orden sistemático de su contenido, inspirado siempre en el Derecho, no tiene precedente que se le pueda comparar en la historia del Derecho internacional (p. 13).

En 1625 aparecería la obra de Hugo Grotius (Huig de Groot, 1583-1645) titulada *De jure belli ac pacis libri tres*. Para Reder (2004) y otros autores (Nussberger, 2018; Olivares y Pérez, 2018), Grotius debería ser considerado el verdadero padre del derecho internacional. Este autor indicaría que Grotius, al tratar de codificar esta ciencia del derecho, fue el primero en adoptar la diferenciación del derecho natural en dos niveles diferentes, y a partir de esta idea desarrolló la tesis de que el derecho internacional tenía dos fuentes: el derecho natural general (el cual existe aunque no existiera Dios, *etsi non daretur Deus*), como primera fuente, y los tratados intergubernamentales, como segunda fuente (Reder, 2004).

En ese momento, algunos territorios centrales del continente europeo se encontraban en un conflicto bélico que se denominó la Guerra de los Treinta Años (1618-1648) y que enfrentaba esencialmente al llamado Sacro Imperio Romano Germánico y a otros monarcas y príncipes de la región. En estos conflictos tuvo un papel relevante la obra de Grotius, ya que desarrollaba e incluía también un conjunto de normas que debían aplicarse en tiempo de guerra entre los beligerantes, por lo que en cierta medida ayudó a que en tales conflictos se siguieran ciertas pautas de respeto por los derechos humanos, aunque fuera de manera incipiente. Al respecto, Grotius indicaba lo siguiente: *Tantum vero abest ut admittendum sit quod quidam fingunt, in bello omnia jura cessare, ut nec suscipi bellum debeat nisi ad juris consecutionem nec susceptum geri, nisi intra juris, ac fidei modum*.

En ese contexto, Bou Franch (2008) indica que para Grotius el derecho de gentes nace del consenso común de los Estados, que determina la formación de un sistema de normas dirigido a tutelar las exigencias de una colectividad entera, y no ya los intereses individualizados de sus miembros; ello lo expresa en el siguiente apartado de su obra:

Sed sicut cujusque civitatis jura utilitatem suae civitatis respiciunt, ita inter civitatis aut omnes, aut plerasque, ex consensu jura quaedam nasci potuerunt, & nata apparet, quae utilitatem respicerent non coetuum singulorum, sed magnae illius universitatis. Et hoc just est, quod gentium dicitur, quoties id nomen a jure naturali distinguimus (p. 1350).

Los tratados de Münster y Osnabrück, de 1648, pusieron fin a la Guerra de los Treinta Años en Alemania y a la de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos. De allí surge el primer congreso diplomático en el sentido estricto del término, en el que no solo se crea el concepto de soberanía nacional, sino también el de Estado nación. Algunos autores sostienen que el verdadero comienzo del derecho internacional como ciencia jurídica fueron los tratados de paz de Westfalia, y que, en este sentido, el libro de Grotius es uno de los pocos que ha cambiado la historia del mundo (Foster, 1909). A partir de 1648 se reconocen las fronteras y la soberanía de los Estados en el interior de ellas, su derecho a ejercer allí mismo su jurisdicción y el derecho de cada Estado a negociar con otros sus propios tratados.

Luego de este evento, serían numerosos los autores que de una u otra manera abordarían especialmente todo lo relacionado con el derecho internacional público, y dentro de este, el humanitario. Uno de ellos sería Samuel Pufendorf (1632-1694), discípulo de Grotius que en una de sus obras, dedicada a la historia de los principales Estados de Europa, definió los verdaderos poderes del Estado y su estructura. En 1673 aparecería otra obra suya, titulada *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, donde desde la concepción del derecho natural abordaría el derecho internacional, en especial aspectos claves que años más tarde serían incorporados en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. En este sentido, Pufendorf (1991) indica:

Agreements to which a man is compelled by force on the part of the person to whom he makes the promise or agreement are invalid. For the wrong which the other party does to me by the infliction of unjustified fear renders him incapable of claiming his right from me on the basis of that act (p. 74).

Pufendorf (1991), al igual que otros, negó la existencia de un derecho internacional individual, considerado este como un conjunto de normas positivas acordadas por todos los Estados. Este autor, con una posición típica de los iusnaturalistas, sostuvo que las normas que prevalecían entre los Estados soberanos no eran más que la aplicación de la ley de la naturaleza a las relaciones interestatales (Saastamoinen, 2019). También en este grupo de autores tenemos a Emer de Vattel (1714-1767), con su obra *The law of the Nations (Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and*

Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury) de 1758, que se convertiría en la obra más importante sobre la materia en el siglo XVIII y donde desarrollaría conceptos no solo de derecho internacional, sino de derecho mercantil internacional, en especial cuando indicaba que solo deberían existir ciertas restricciones al comercio, teniendo en cuenta que las partes beligerantes debían respetar la condición de Estados neutros a aquellas partes que únicamente proveían de mercancías, más no de contrabando o material de guerra, ya que de lo contrario tales bienes podrían ser incautados justificadamente por los beligerantes, y que estas incautaciones no debían interpretarse como actos de guerra.

Siglo XIX

Después de los acontecimientos de los que fue testigo en la población de Solferino, Jean Henri Dunant⁷ regresaría a Ginebra convencido de que el derecho de la guerra podía ser humanizado. Su libro, *Recuerdos de Solferino*, fue la invitación para que en esta ciudad se celebrara en 1864 el primer convenio internacional sobre protección humanitaria en tiempos de guerra,⁸ en particular sobre la situación de los militares heridos durante un conflicto entre Estados. Este acontecimiento sería el origen del derecho internacional humanitario moderno (DIH).

Cuatro años más tarde, en la ciudad de San Petersburgo, precisamente el 11 de diciembre de 1868, se firmaría la llamada Declaración de San Petersburgo, la cual desarrolló el principio de proporcionalidad al prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempos de guerra. Aunque fue una reunión de plenipotenciarios de varios Estados, imperios (como el de Austria-Hungría y el otomano) y regiones (Baviera), que abordó un contenido breve, tuvo una gran influencia en el derecho internacional que se desarrollaría más tarde.

Sería finalizando el siglo XIX cuando en la ciudad de La Haya (Países Bajos) tendría lugar el denominado Convenio de La Haya de 1899, relativo

7 Junto con Gustav Moynier, Guillaume-Henri Dufour, Louis Appia y Théodore Maunoir, creó en 1863 el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

8 En este convenio participaron dieciséis plenipotenciarios de igual número de Estados, y posteriormente sería ratificado por doce de ellos.

a las leyes y los usos de la guerra terrestre, y que de cierta manera completaría la normativa comenzada treinta y cinco años atrás en materia de DIH. En efecto, las últimas décadas sirvieron para afianzar esta rama del derecho internacional público, la más relevante debido a los procesos sociales, económicos e industriales que venían desarrollándose y configurarían el nuevo panorama mundial.⁹ Es de notar que las regulaciones anteriores tenían un campo de aplicación básicamente europeo, ya que desde el otro lado del Atlántico las relaciones internacionales eran todavía incipientes y no ameritaban la aplicación de tales normas.

Por otro lado, en el campo del derecho internacional privado, en la ciudad mencionada anteriormente tendría lugar un acontecimiento muy importante: la creación de la Conferencia de La Haya sobre la materia en 1893, de la mano principalmente de Tobias Michael Carel (T. M. C.) Asser y Pasquale Stanislao Mancini. Ese año se llevó a cabo una conferencia apoyada por el gobierno de los Países Bajos, que propició el nacimiento a dicho organismo y en la que se abordaron cuestiones de derecho civil y procedimiento. Esta institución representa hasta el día de hoy el organismo más importante a nivel mundial en la regulación de las materias propias del derecho internacional privado, teniendo en cuenta que ha llevado a cabo más de cuarenta convenios internacionales.

Siglo xx

En cuanto al derecho internacional en todas sus acepciones (público, privado, humanitario), creemos que el siglo xx es la época en la cual vería su desarrollo más prominente. En este período los Estados están más estructurados, ya son pocas las colonias que quedan en ultramar y los nuevos miembros de la comunidad internacional comienzan a reclamar su espacio en este nuevo contexto. El hecho más relevante del comienzo de siglo no es otro que la Primera Guerra Mundial, la cual daría nacimiento, con el Tratado de Versalles de 1919,¹⁰ al primer organismo multilateral: la Sociedad de Na-

9 El derecho internacional privado en el siglo xix se abordaría básicamente desde el punto de vista académico, gracias a autores como Savigny, Foelix, Weiss, Story (fue quien acuñó el concepto), Beale y Dicey, entre otros.

10 En Europa, durante el mismo período se firmaron los siguientes tratados de paz: el Tratado de Saint Germain con Austria, Checoslovaquia, Serbia-Croacia-Eslovenia, el 10 de septiembre de 1919, y con Rumania, el 9 de diciembre del mismo año; el Tratado de Neully con Bulgaria, el 27

ciones (también conocida como Liga). Para el derecho internacional público comenzaría un periodo de esplendor, ya que adquiriría un protagonismo que haría imprescindible su aplicación (Gamarra y Fernández, 2015).

Uno de los primeros autores que al principio del siglo haría sus aportes a la ciencia del derecho internacional público sería Hans Kelsen (1881-1973), quien como internacionalista desarrollaría, junto con otros juristas (Max Wenzel, Georg Jellinek y Rudolf von Ihering), la teoría monista, la cual se fundamenta, entre otros aspectos, en el hecho de que existe un sistema normativo universal, esto es, un único sistema jurídico en el que se encuentran tanto el derecho interno como el internacional. Para Kelsen (2020), la construcción de un sistema dualista conduciría a que aquello que denominamos derecho internacional se convirtiera en una especie de moral o de derecho natural, y no en un verdadero derecho. Por eso, para este autor debe existir una primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, lo que se convertiría en su tesis central, que no es otra que el monismo (Villar, 2006). No puede olvidarse que para Kelsen la soberanía del Estado y el poder que este ejerce en su territorio implicarían que el Estado en sí mismo se convirtiera en un orden supremo, tal como lo hace la norma fundamental (*Grundnorm*), y en consecuencia, se constituiría en el fundamento de la validez de un orden jurídico-político soberano, lo que a su vez permitiría la unidad del orden jurídico interno, del cual haría parte el derecho internacional (Kelsen, 2020).

La creación de la Sociedad de Naciones en 1920, cuya sede sería el llamado Palacio Wilson, ubicado en la ciudad de Ginebra (Suiza), supone un avance en la consolidación de la paz internacional (especialmente europea), ya que sería la encargada de fomentar la cooperación entre los Estados y evitar que se volviesen a presentar conflictos de envergadura mayor, como la Primera Guerra Mundial. Con tal propósito se realizaría en la ciudad de París un convenio internacional denominado Pacto Briand-Kellog¹¹ (1928) o Pacto de París, en el cual los representantes de los Estados participantes acordaron no usar la guerra (la fuerza) como un mecanismo para la resolución de conflictos o controversias internacionales. De igual forma se crearía la primera corte internacional (Tribunal Permanente de Justicia Internacio-

de noviembre de 1919; el Tratado de Trianón con Hungría, el 4 de junio de 1920; y el Tratado de Sèvres con Turquía, el 10 de agosto de 1920.

11 Esta denominación la obtuvo de los principales promotores, el ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Aristide Briand, y el secretario de Estado de Estados Unidos, Frank B. Kellog.

nal, 1922-1945), cuya sede sería la ciudad de La Haya, en los Países Bajos. El período comprendido entre 1919 y 1945 abarcaría también la creación de organismos internacionales a gran escala; fuera de los dos anteriormente mencionados, también aparecería la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde el rol del derecho internacional se estructuraría en disciplinas independientes (Collins, 2019). El período antes mencionado establecería un nuevo orden jurídico mundial, también conocido como el mandato Wilson, en honor al presidente de Estados Unidos (Woodrow), y se consideraría como un período de transición que daría origen a una nueva ideología que, a pesar de sus debilidades, tuvo el gran mérito de arrojar luz sobre los requisitos básicos para la colaboración permanente entre los Estados y la correlativa necesidad de limitar la soberanía nacional (de Visscher, 1968).

En el campo del derecho internacional privado se establece en 1926 un órgano auxiliar en la Sociedad de Naciones, encargado de abordar y desarrollar lo relativo al derecho civil internacional. Este organismo se presentó bajo el nombre de Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y su sede se estableció y se encuentra hasta el día de hoy en la ciudad de Roma (Villa Aldobrandini). La función del UNIDROIT es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, y en particular el derecho mercantil entre Estados y grupos de Estados, y formular instrumentos de derecho, principios y normas uniformes para lograr esos objetivos, los cuales en la actualidad superan los veinte y abarcan catorce materias propias del derecho civil y contractual internacional.

Tras el fracaso del sistema internacional diseñado a partir de la Sociedad de Naciones, Europa (y gran parte del mundo) se vuelve a ver inmersa en una nueva guerra (1939-1945), en la que los avances que se habían establecido en la materia, en especial en relación con el DIH, se vienen abajo, y nuevamente se da inicio a otro sistema internacional que tiene su origen en la Conferencia de San Francisco, donde a partir del 26 de junio de 1945 se puso en funcionamiento un acuerdo multilateral llamado Carta de las Naciones, que daría origen a un organismo multinacional denominado Naciones Unidas, a una nueva Corte Internacional de Justicia y a una serie de agencias internacionales adscritas a dicho sistema. Lo anterior crea un nuevo orden legal, llamado derecho internacional de las organizaciones internacionales, el cual, a pesar de haberse desarrollado para la regulación interna de las mismas, en muchas ocasiones regula las relaciones al interior de los Estados y en el contexto global (Chesterman, 2007).

El DIH se retoma nuevamente con la actualización de los acuerdos anteriores (Ginebra, 1864, y La Haya, 1899) en los llamados Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos, los cuales hasta el día de hoy, con sus respectivas modificaciones, regulan lo concerniente a la materia a nivel mundial.

El 30 de abril de 1948, mientras Colombia se encontraba en una gran crisis política y social causada por la muerte del líder político Jorge Eliécer Gaitán, se firmó en Bogotá un tratado internacional (o un pacto) que daría lugar a la Organización de Estados Americanos (OEA)¹² y que constituye el eje central de la organización hasta el día de hoy; lo anterior, al abrigo del artículo 52 de la Carta de las Naciones Unidas. Dos años más tarde y sustentada en la misma norma, se crearía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que sería la piedra angular en la construcción de lo que hoy conocemos como Unión Europea, con todos sus componentes legales y judiciales.¹³

Mediante la Resolución 2205 de la Asamblea General de la ONU del 17 de diciembre de 1966, se creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). Este organismo se ha encargado de elaborar un sinnúmero de convenios y leyes modelo en materia de derecho mercantil internacional. Entre los más relevantes se encuentran la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (1985), la Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional (2018), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2017), y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001).

12 En 1979, en la ciudad de Costa Rica y en materia de DIH, se firma para la región un instrumento normativo llamado Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), con el cual nace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un sistema regional de protección de derechos humanos (a imagen y semejanza del europeo) que complementa al universal desarrollado por la ONU.

13 Entre estos se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que desarrolla y protege el Convenio Europeo de Derechos Humanos (más dieciséis protocolos), creado por el Consejo de Europa en 1948.

ROL DE LAS ORGANIZACIONES SUPRANACIONALES EN EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL SIGLO XXI

Desde la década de los cincuenta y hasta nuestros días el derecho internacional ha sufrido no solo su más grande transformación, sino su mayor división. Hoy no abordamos esta disciplina en su sentido más estricto, sino que lo hacemos desde sus diferentes variantes. Es así como hablamos de especialidades, unas pertenecientes al internacional público, como el derecho internacional del medioambiente, el derecho marítimo y aéreo internacional, el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, el derecho penal internacional (tratado de Roma de 1988) y el derecho internacional de los derechos humanos;¹⁴ las otras ramas se abordan desde la óptica del derecho internacional privado, en el cual encontramos un sinnúmero de instrumentos internacionales¹⁵ que se han desarrollado en las últimas décadas y que regulan temas como el derecho internacional de la familia,¹⁶ el derecho

14 Resoluciones de la Asamblea General de la ONU; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, AG 1948; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Racismo (1965); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, AG 1984; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).

15 Convenciones, leyes modelo, principios (*lex mercatoria*), acuerdos bilaterales.

16 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio del 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de la Forma de las Disposiciones Testamentarias; Convenio del 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y Separaciones Legales; Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Convenio del 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; Convenio del 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia. Convenciones interamericanas de derecho internacional privado: Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, La Paz, 1984; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Montevideo, 1989; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, México, D. F., 1994; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 1989. ONU: Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, New York, 1956.

contractual internacional,¹⁷ el arbitraje internacional,¹⁸ el derecho laboral internacional,¹⁹ el derecho internacional de protección del patrimonio,²⁰ el derecho procesal civil internacional,²¹ las normas generales,²² entre muchos otros. Lo anterior muestra la evolución (Kelly, 2011) y el dinamismo de la ciencia del derecho internacional, que le han permitido diversificarse a partir de disciplinas que se van creando de acuerdo con las necesidades nacientes o con las preexistentes. Los aspectos culturales y económicos de la

17 Convenio del 15 de junio de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales; Convenio del 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación; Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, México, D. F., 1994; Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías; Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales.

18 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975; las diferentes Leyes Modelo de la CNUDMI, entre otros instrumentos.

19 Todos los Convenios de la OIT.

20 Convenio del UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, Roma, 1995.

21 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio del 5 de octubre de 1961 por el que se Suprime la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros; Convenio del 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial; Convenio del 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial; Convención del 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial; Convenio del 1 de febrero de 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial. Convenciones interamericanas de derecho internacional privado: Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrito en Montevideo el 8 de mayo de 1979; Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, y su Protocolo Adicional, suscrito en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984; Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, realizada en la ciudad de Montevideo el 8 de mayo de 1979; Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979; Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, realizada en la ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975.

22 Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979; Convenio de La Haya del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro; Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales; Tratado de Derecho Civil Internacional; y Tratado de Derecho Comercial Internacional, Montevideo, 1989. Europa: Convenio relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, Lugano, 2007.

globalización han acentuado los de tipo jurídico, ya que cuando aparecen nuevos fenómenos sociales, mercantiles y empresariales a escala global es necesario hacerles frente desde la posición del derecho para poder regular ese sinnúmero de relaciones que aparejan estos intercambios personales y económicos principalmente.

Otra de las ramas que sufrieron un importante desarrollo fue el derecho penal internacional, el cual después de la Segunda Guerra Mundial se consolidó con la creación de normas y tribunales especializados para hacer frente a los delitos y crímenes que se cometieron tanto a principios como a mediados y finales del siglo xx. Los primeros que tuvieron una connotación multilateral fueron los de Núremberg (1945-1946) y Tokio (1946); posteriormente aparecerían los de Camboya (2001), para la Antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994-2015), hasta que finalmente se crea, en 1998, el Tratado (Estatuto) de Roma, y con él, la Corte Penal Internacional (CPI), para seguir juzgando los crímenes de guerra y los de lesa humanidad. Sin embargo, la efectividad de estos instrumentos e instituciones se ha puesto en entredicho, ya que las grandes potencias, como EE. UU., China, Rusia, India e Israel, entre otras, no los han ratificado ni reconocen la jurisdicción de la CPI. En el caso de los conflictos que nos ocupan actualmente, como el de Ucrania y el de Israel contra Hamas, es difícil (aunque no imposible) que se cree un nuevo tribunal internacional para conocer sobre los crímenes de guerra y de lesa humanidad que se han producido durante su desarrollo.

Para que lo anterior suceda se necesita que la ONU desaparezca como organismo internacional, y en especial el Consejo de Seguridad, donde mediante el mecanismo del derecho de veto se hace poco probable la creación de tal tribunal, ya que el sistema internacional actual (en materia de guerra y paz) reposa sobre las decisiones que tome de manera afirmativa el Consejo de Seguridad de la ONU.

ESTADO ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

La segunda década del siglo xxi consolida el derecho internacional en todas sus acepciones y variantes. Convive de manera muy cercana con el derecho interno y lo complementa, ya sea mediante la inclusión en el ordenamiento jurídico local del derecho uniforme (con la ratificación y la incorporación de tratados y convenciones internacionales) o del llamado derecho armonizado o *soft law* (leyes modelo, *lex mercatoria*), los cuales estructuran de una forma más dinámica y completa el llamado derecho global.

En este sentido y de forma segmentada podemos apreciar cómo en la actualidad existe un sinnúmero de organizaciones internacionales de tipo económico comercial, que desarrollan su propio derecho (como la Asociación del Comercio de Granos y Alimentos-GAFTA, la Federación de Asociaciones de Aceites, Semillas y Grasas-FOSFA o la Federación Internacional de Ingenieros Consultores-FIDIC) y que tienen una aplicación paralela a las regulaciones locales o internas. En este caso, su conocimiento y su manejo son casi exclusivos de los tribunales de arbitraje o de los mediadores o conciliadores internacionales que para los mismos se hayan establecido. Por otro lado, encontramos las de orden político, en las que se ha establecido un orden económico internacional regentado por organizaciones de tipo regional que establecen sus propios modelos de relacionamiento y regulación (Congyan, 2013), constituyéndose en nuevos sujetos de derecho internacional, en especial a la luz del internacional público; entre estas encontramos la Unión Europea, el MERCOSUR, la OEA, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las economías emergentes BRICS+,²³ LA ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL SUDESTE ASIÁTICO (ASEAN) y el G7.

En el campo del derecho internacional de la familia ha sido notable la transformación sufrida a partir de los años setenta, con la aparición de nuevos géneros o identidades sexuales que se convierten en nuevos sujetos de regulación tanto local como internacional y entre los cuales encontramos a la denominada población LGTB+, los no binarios, los andróginos, los *queer*, entre otros. Lo anterior pone de relieve no solo el problema de las calificaciones jurídicas propias del derecho internacional privado, sino igualmente las de orden público (Carrascosa, 2003) y las de reconocimiento de las decisiones judiciales (*exequátur*) en las que esté implicado alguno de los sujetos con las características mencionadas, que reclame derechos fundamentado en su nueva identidad sexual.

Con respecto a las relaciones de carácter laboral y profesional, y como consecuencia de la globalización y los avances tecnológicos, la dinámica del derecho laboral ha tenido varios cambios, en especial en cuanto a la movilidad internacional de los trabajadores, la cual ha sufrido una inmensa transformación con la aparición de las nuevas categorías de empleados.

23 En principio, su acrónimo hacía referencia a los miembros iniciales: Brasil, Rusia, India y China; luego se unió Sudáfrica. El grupo se amplió a partir del 1 de enero de 2024 a Egipto, Etiopía, Irán, Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos.

Ese nuevo progreso tecnológico ha proporcionado nuevas herramientas y nuevos dispositivos que afectan las formas tradicionales en que se asignan los recursos, incluida la mano de obra. En particular, el auge de la economía compartida o bajo demanda presenta nuevos desafíos para la regulación laboral. Cada vez son más los servicios que no proporcionan las empresas, sino que se ofrecen y se solicitan de forma personal gracias a plataformas que permiten el contacto entre diferentes usuarios (Bianco, 2017); igualmente, es cada vez más común la aparición de categorías como la de nómadas digitales, o el modelo implementado con la aparición de la pandemia del covid-19, que obligó a rediseñar las relaciones laborales, en especial con el llamado trabajo en casa, lo que necesariamente llevaría a una transformación del derecho internacional del trabajo, principalmente con la aparición de los nuevos contratos laborales estándar (*standard employment contract-SEC*), diseñados para implementarlos en cualquier país del mundo.

Por otro lado, la irrupción de los nuevos medios para hacer transacciones comerciales y personales en plataformas digitales, sobre todo en la llamada Blockchain, donde se intercambian criptomonedas o criptoactivos como el Ethereum, el Bitcoin y los *no fungible token* (NFT), es solo un ejemplo del reto complejo que implica desarrollar normativas de carácter global que regulen este tipo de actividades; ello se debe a la dificultad para determinar elementos esenciales como los lugares de emisión, de cobro y de cumplimiento tanto del activo como de la obligación subyacente, así como la ley aplicable y el tribunal competente cuando existan problemas que pongan de presente las relaciones contractuales entre los diferentes actores de ese mercado o plataforma virtual.

Tras abordar varias áreas de una forma restrictiva, llegamos al campo del derecho ambiental global, el cual ha sido el que ha tenido más incidencia y desarrollo en las últimas décadas. Desde 1972, con la firma de la Convención de Estocolmo, pasando por el Protocolo de Montreal de 1989 (Capa de Ozono), la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático aprobada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, el Protocolo de Kyoto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático del 11 de diciembre de 1997, el Acuerdo de París de 2015, el Acuerdo de Escazú o Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe de 2018, entre otros instrumentos de carácter regional o

global, se ha diseñado una nueva política y una regulación medioambiental de cobertura global que ha adoptado un papel relevante y se ha convertido en lo que hoy se conoce como derecho internacional del cambio climático (Bodansky *et al.*, 2017).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (COVEMAR), celebrada en Montego Bay, si bien es un convenio que se creó especialmente para delimitar los derechos y espacios marinos de los países ribereños, también fue el preámbulo para la protección del mar en cuanto definió las políticas para su conservación, en especial el área denominada alta mar. Esa última parte del convenio (artículos 116 al 120, y 136 al 149), que parecía que fuese más bien un instrumento de *soft law*, por el poco reconocimiento y la poca observancia respecto a lo que implica proteger dicha zona, recientemente se reforzó con la firma del Tratado de la ONU sobre el Alta Mar del 5 de marzo de 2023, que promete una regulación más estricta y completa sobre la materia.²⁴

CONCLUSIÓN

Pretender desarrollar o presentar en unas pocas líneas el trasegar que ha tenido una disciplina como el derecho internacional en todos sus componentes y durante varios siglos no solo es bastante ambicioso, sino quizás utópico. Sin embargo, podemos hacer una aproximación a esta disciplina de una forma tangencial para identificar los cambios, además de la incidencia que ha podido tener durante períodos determinados de la historia tanto social como humana.

El derecho internacional es esencialmente “derecho”, con una aplicación específica en determinadas situaciones en las que están presentes las personas independientemente del ropaje que lleven, esto es, Estados, organizaciones internacionales, regímenes *de facto*, insurgentes, movimientos de liberación, multinacionales o personas físicas.

Desde comienzos del siglo XI ha quedado claro que esta disciplina jurídica ha estado acompañando los movimientos y las transformaciones que ha tenido la sociedad, y se ha adaptado a los nuevos modelos de convivencia y desarrollo que han tenido lugar en cada período de la historia

24 Ver el tratado en https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf.

de la humanidad. A partir de entonces, de una forma lenta pero segura, el derecho internacional ha sabido escindirse en ramas que abordan situaciones precisas en lugares determinados, y es así como se forman de manera clara y definida el derecho internacional privado y el derecho internacional público, con cada uno de sus matices.

La segunda mitad del siglo XX es determinante en cuanto a la expansión y el desarrollo de todas las materias que componen la ciencia del derecho internacional, y ello se da a la par con la irrupción del modelo de desarrollo implementado después de la Segunda Guerra Mundial y de la creación de la ONU. Nuevos sujetos de protección aparecen en el espectro social global, en especial el medioambiente, los niños, las mujeres y los animales.

En el campo del DIH, el desarrollo ha sido bastante fragmentado, sobre todo en lo concerniente a su aplicación y su reconocimiento, ya que podría afirmarse que, aunque existe un cuerpo normativo bastante estructurado (los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos), el tema de los derechos humanos es considerado esencialmente como una cuestión basada en una visión occidental de la convivencia entre las personas adscritas a una comunidad determinada. Siempre habrá reticencia, sobre todo en países como China, India y aquellos ligados a la religión como elemento esencial de gobierno (Irán, Indonesia, Afganistán, Nigeria, Sudán, Corea del Norte, Rusia, entre muchos otros), para reconocer los derechos a la igualdad, a la vida, a la alimentación, a la libertad y muchos más que en la mayoría de los países del hemisferio occidental se dan por sentados, pero que son una opción a cargo del que detenta el poder.

Finalmente, podemos afirmar que el derecho internacional, en la actualidad y en sus modalidades (uniforme y armonizado), es sin lugar a dudas el derecho imperante, y por excelencia el de aquel modelo social implementado en las últimas décadas por el movimiento denominado globalización, a partir de sus aspectos económicos, sociales, jurídicos y ambientales. La autarquía jurídica hace muchos años comenzó su lento declive y su desaparición, y el nuevo estándar jurídico global está presente en nuestra vida y en las manifestaciones que de ella se desprenden.

REFERENCIAS

- Allott, P. (1999). International law and the idea of history. *Journal of the History of International Law*, 1(1), 1-21.
- Azpiri, J. O. (2010). *Código de Hammurabi*. Hammurabi, José Luis Depalma Editor.
- Bandyopadhyay, P. (1920). *International law and custom in ancient India*. Calcutta University Press.
- Bianco, A. (2017). Determining employment as a development strategy in a changing world. En K. Stone, E. Dagnino y S. Fernández (eds.), *Labour in the 21st Century: Insights into a changing world of work* (pp. 2-27). Cambridge Scholars Publishing.
- Bodansky, D., Brunnée, J. y Rajamani, L. (2017). International climate change law. *American Journal of International Law*, 111(4), 1074-1079.
- Bou Franch, V. E. (2008). Las denominaciones del derecho internacional en la historia. En J. Alventosa y R. M. Moliner (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (pp. 1345-1358). Universidad de Valencia.
- Boulet-Sautel, M. (1985). Sur la méthode de la glose. *Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 2, 21-26. <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/revues/part/41560/02-1985-p021-026.pdf>.
- Carrai, M. A. (2020). Historiographies of international law from a Chinese perspective. *Clio@ Themis, Revue Électronique d'Histoire du Droit*, 18. <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.302>.
- Carrascosa, J. (2003). Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI. *Anales de Derecho*, 21, 109-143. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57141>.
- Chaniotis, A. (2004). Justifying territorial claims in classical and hellenistic Greece: The beginnings of international law. En E. M. Harris y L. Rubinstein (eds.), *The law and the courts in Ancient Greece* (pp. 185-213). Bristol Classical Press.
- Chaumont, C. A. (1974). À la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international. *Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit)*. Actes des deuxième et troisième Rencontres de Reims. Centre d'Études des Relations Internationales, Faculté de Droit.

Chesterman, S. (2007). An international rule of law? *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/03/Chesterman-An-International-Rule-of-Law-2005.pdf>.

Coleman, P. (2013). *The international law and customs in Ancient Greece and Rome*. Gale, Making of Modern Law.

Collins, R. (2019). The League of Nations and the emergence of International Administration: Finding the origins of international institutional law. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(2), 285-293. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/547>.

Congyan, C. (2013). New great powers and international law in the 21st Century. *European Journal of International Law*, 24(3), 755-795. <https://doi.org/10.1093/ejil/cht050>.

Courvoisier, C. (1977). Réalités du droit international contemporain (force obligatoire et sujets de droit). Actes des seconde et troisième Rencontres de Reims. *Politique Étrangère*, (5), 537-542.

David, V., Sladký, P. y Zbořil, F. (2005). *Mezinárodní právo veřejné*. Linde.

del Vecchio, G. (1967). Alberico Gentili. *Revista de Estudios Políticos*, (153-154), 11-18. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2081374.pdf>.

de Visscher, C. (1968). *Theory and reality in public international law*. Princeton University Press.

Fairbank, J. K. y Teng, S. Y. (2011). On the Ch'ing tributary system. *Harvard Journal of Asiatic Studies*, 6(2), 135-246.

Foster, J. (1909). The evolution of international law. *Yale Law Journal*, xviii(3), 149-164.

Gamarra, Y. y Fernández, C. R., coords. (2015). *Los orígenes del derecho internacional contemporáneo. Estudios conmemorativos del centenario de la Primera Guerra Mundial*. Institución Fernando el Católico.

García, M. (2004). *La idea medieval del derecho*. Fundación Manuel García Pelayo.

Giordanengo, G. (2000). De l'usage du droit privé et du droit public au Moyen Âge. *Cahiers de Recherches Médiévales*, 7. <https://doi.org/10.4000/crm.880>.

Kelly, M. J. (2011). The evolution of international law: arcs and cycles. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 44(1-2), 41-46.

Kelsen, H. (2020). *El problema de la soberanía y el derecho internacional. Una contribución a la teoría pura del derecho*. Oxford University Press.

Koskenniemi, M. (2012). A history of international law histories. En B. Fassbender y A. Peters (eds.), *The Oxford handbook of the history of international law* (pp. 943-971). Oxford Academic.

Langdon, S. H. y Gardiner, A. H. (1920). The treaty of alliance between Hattusili King of the Hittites, and the pharaoh Ramesses II of Egypt. *The Journal of Egyptian Archaeology*, 6(3), 179-205. <https://typeset.io/pdf/the-treaty-of-alliance-between-hattusili-king-of-the-eg3e99e8ta.pdf>.

Lesaffer, R. (2016). Roman law and the intellectual history of international law. En A. Orford y F. Hoffmann (eds.), *The Oxford handbook of the theory of international law* (pp. 38-58). Oxford University Press.

Levit, J. I. (2015). The African origins of international law: Myth or reality? *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 19(113), 113-165.

Lewis, A. D. E. (2007). *Western European legal history*. University of London Press.

Maf, G. (2017). Naissance et évolution du droit international public: Naissance et aperçu historique dans l'Antiquité. *Le droit international public*. <https://hal.science/hal-01666450>.

Mecholan, H. (1988). Vitoria, père du droit international? En A. Truylol (ed.), *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria* (pp. 11-26). Centre Charles De Visscher pour le Droit International.

Meijers, E. M. (1959). *Études d'histoire du droit*. Universitaire Pers Leiden.

Nussberger, A. (2018). *Das Völkerrecht: Geschichte, Institutionen, Perspektiven*. C. H. Beck.

Olivares, Ó. y Pérez, F. (2018). Historia y derecho internacional. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (40), 141-165. <https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/918/792>.

Pufendorf, S. (1991). *On the duty of man and citizen according to natural law*. Cambridge University Press.

Reder, M. (2004). *Natürliche Evolution, fragile Entwicklung oder Demontage? Historische und philosophische Überlegungen zur Entstehung des Völkerrechts*. Institut für Gesellschaftspolitik an der Hochschule für Philosophie München.

Saastamoinen, K. (2019). Pufendorf on the law of sociality and the law of nations. En S. Zurbuchen (ed.), *The law of nations and natural law 1625-1800* (pp. 107-131). Brill.

Samuel, G. (2018). *Rethinking legal reasoning*. Edward Elgar Publishing.

Truyol, A. (1977). *Fundamentos de derecho internacional público*. Editorial Tecnos.

Villar, L. (2006). Hans Kelsen y el derecho internacional. *Derechos y Libertades*, (14), 221-234.

Vlasova, G. B., Vlasov, V. I. y Denisenko, S. V. (2018). The emergence of international law. *CBU International Conference on Innovations in Science and Education*, 6, 848-852.

Ying-Shih, Y. H. (2008). Foreign relations. En D. Twitchett y M. Loewe (eds.), *The Cambridge history of China, Volume I: The Chinese and Han empires, 221 B. C.- A. D. 220* (pp. 377-462). Cambridge University Press.

Yun, L. (2014). International law in ancient China: encounter of the suzerain-vassal system and European international law in the nineteenth century. *Matters of Russian and International Law*, 5.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA MEMORIA COLECTIVA DE LA PROTESTA SOCIAL
DEL AÑO 2021 EN COLOMBIA. UNA GARANTÍA A LA
VERDAD PARA LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES
DE LOS DERECHOS HUMANOS*

THE COLLECTIVE MEMORY OF THE SOCIAL PROTEST IN
COLOMBIA IN THE YEAR 2021. A GUARANTEE OF THE
TRUTH FOR VICTIMS OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

A MEMÓRIA COLETIVA DO PROTESTO SOCIAL NA
COLÔMBIA EM 2021: UMA GARANTIA DA VERDADE
PARA AS VÍTIMAS DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

KELLY NATALIA MELO ANDRADE**

LUIS ALFONSO TORRES ERASO***

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a14

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación terminado en el año 2024, denominado “La verdad como herramienta para la construcción de memoria colectiva en afectaciones a derechos humanos en el marco de la protesta social en Colombia en el año 2021”. Grupo de investigación DIDS del programa de Derecho de la Universidad Cesmag. Línea de investigación: Derecho, innovación y desarrollo social. Investigador principal: Luis Alfonso Torres Erasó. Coinvestigadora: Kelly Natalia Melo Andrade. Institución financiadora de la investigación: Universidad Cesmag.

** Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño. Abogada de la Universidad Santiago de Cali. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0216-2017>, correo electrónico: knmelo@unicesmag.edu.co

*** Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Derecho Procesal. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad de Nariño. Pertenece al grupo de investigación Derecho, Innovación y Desarrollo Social (DIDS) de la Universidad Cesmag de Pasto (Nariño). ORCID <https://orcid.org/0009-0001-7851-2028>, correo electrónico: latorres@unicesmag.edu.co

Resumen

El derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos tiene diversas manifestaciones, entre ellas, la construcción de la memoria colectiva. En el presente artículo se da a conocer un estudio sobre este tipo de materialización del derecho a la verdad en el contexto de las protestas sociales de Colombia en 2021, partiendo de un análisis de sus causas, su desarrollo y las consecuencias que tuvo para esta sociedad. Asimismo, se estudia el concepto de memoria colectiva teniendo como objetivo clarificar las nociones básicas para comprender este fenómeno; además, se expone cómo se configuró este tipo de memoria en el marco de las protestas del estallido social. El presente producto de investigación se elaboró con un enfoque académico y científico, utilizando la revisión y el análisis documental como técnica de base.

Palabras clave: derecho a la verdad, memoria colectiva, protesta social, Colombia, derechos humanos.

Abstract

The right to truth of victims of human rights violations has various manifestations, including the construction of collective memory. This article conducts a study on this type of realization of the right to truth in the context of the social protests in Colombia in 2021, based on an analysis of their causes, development, and consequences generated in this society. Likewise, the concept of collective memory is examined

with the aim of clarifying basic notions to comprehend this phenomenon, and furthermore, it is outlined how this type of memory was shaped within the framework of the social unrest protests. This research was carried out through an academic and scientific approach, utilizing documentary review and analysis as the foundational technique.

Keywords: right to truth, collective memory, social protest, Colombia, human rights.

Resumo

O direito à verdade das vítimas de violações de direitos humanos tem diversas manifestações, entre elas, a construção da memória coletiva. No presente artigo, realiza-se um estudo sobre essa forma de materialização do direito à verdade no contexto dos protestos sociais na Colômbia em 2021, partindo de uma análise de suas causas, desenvolvimento e consequências geradas nessa sociedade. Além disso, é estudado o conceito de memória coletiva com o objetivo de esclarecer algumas noções básicas para compreender esse fenômeno, expondo também como esse tipo de memória foi configurado no âmbito dos protestos do estallido social. Este produto de pesquisa foi realizado por meio de uma abordagem acadêmica e científica, utilizando a revisão e análise documental como técnica base desta investigação.

Palavras-chave: direito à verdade, memória coletiva, protesto social, Colômbia, direitos humanos.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio cualitativo, histórico, hermenéutico y narrativo se centra en el análisis de la memoria colectiva que surge a partir de eventos relacionados con las violaciones de derechos humanos acontecidas en Colombia durante la ola de protestas sociales del año 2021. Es fundamental reconocer que esta forma de memoria no solo constituye una expresión social, sino que además encarna el derecho a la verdad de las víctimas de abusos de derechos humanos en este contexto particular.

La noción de memoria colectiva, aunque relativamente reciente en la historia humana, se erige como un elemento para la construcción de identidades y como una defensa en contra de los relatos históricos oficiales que buscan subordinar a las poblaciones, olvidando el sentir de la comunidad. Este concepto surge en la segunda mitad del siglo XX, y se destaca por su naturaleza dinámica y su capacidad de desafiar las narrativas impuestas, permitiendo que las comunidades definan su propia historia.

En ese sentido, el enfoque de la investigación es eminentemente académico y científico, con el propósito de exponer las repercusiones que las mencionadas protestas han tenido en la sociedad colombiana, centrándose en las diversas manifestaciones de memoria colectiva que han emergido tanto en la sociedad en su conjunto como en las propias víctimas de violaciones de derechos humanos.

Asimismo, es importante subrayar que este trabajo es producto de una investigación científica sustentada en una exhaustiva revisión documental. Esta metodología ha permitido ahondar en la conceptualización y las características del derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de los derechos humanos, así como en la naturaleza misma de la memoria colectiva. También ha posibilitado examinar en profundidad la vulneración de derechos humanos que tuvo lugar durante las protestas sociales del año 2021. Finalmente, ha facilitado la identificación de diversas narrativas y percepciones que han moldeado la memoria colectiva en torno a este trascendental acontecimiento histórico.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo científico se estructura en tres ejes principales. En primer lugar, se hace una exposición sobre el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), haciendo un análisis desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos tanto nacionales

como internacionales. Para ello, se explican su concepto y sus características desde una perspectiva doctrinaria, normativa y jurisprudencial. En segundo lugar, se desarrolla la temática de la memoria colectiva partiendo del punto de vista doctrinario y clarificando cuáles son sus nociones básicas y sus características. Por último, se dan a conocer los casos de violación de derechos humanos en la protesta social del año 2021 y las principales manifestaciones de memoria colectiva fruto de estos hechos, analizando estos casos a la luz teórica de todos los conceptos estudiados en los dos primeros apartados de este artículo.

DERECHO A LA VERDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho a la verdad surge en el DIH por la necesidad de las víctimas de crímenes como la desaparición forzada, la tortura y el secuestro de conocer las circunstancias en las que se presentaron los hechos. Los convenios de Ginebra de 1949 disponen el derecho de las familias a conocer el paradero de sus integrantes y la obligación de las partes en conflicto de buscar a las personas dadas por desaparecidas (Vásquez, 2019).

Posteriormente, este concepto se ha desarrollado en instrumentos internacionales de forma implícita. El sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) incluye el derecho en los “Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” y los “Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación”. Por su parte, la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas establece de forma expresa el derecho a la verdad bajo la garantía de conocer las circunstancias de la desaparición, los resultados de la investigación y la suerte de la persona. La resolución n.º 9/11 de la ONU contiene las prácticas que deben acoger los Estados para hacer efectivo el derecho a la verdad respecto a los archivos y expedientes sobre violaciones de los derechos humanos y la protección de testigos (Bernales, 2016).

El Comité de Derechos Humanos, en el año 1983, estableció que en casos de desaparición forzada el Estado tiene la obligación de determinar

qué ha pasado con la víctima. Reconoció que el derecho a saber es una forma de hacer cesar o prevenir la tortura psicológica (ONU, 1966, artículo 7) de los familiares de víctimas de desapariciones forzadas y de ejecuciones clandestinas. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha incorporado parámetros jurisprudenciales en la resolución de los casos que reconocen el derecho a la verdad. Se plantea que los familiares tienen derecho a conocer el destino de la víctima de desaparición forzada (Corte IDH, 1988). Dispone la obligatoriedad de esclarecer las violaciones de los derechos humanos como una garantía de los familiares que se satisface mediante la investigación y la sanción a los responsables (Corte IDH, 1998). Reconoce el derecho a la verdad como una garantía independiente, al mencionar la violación del derecho a conocer la verdad (Corte IDH, 2010). De igual forma, ha dispuesto que las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus familiares tienen derecho a la verdad en la dimensión individual y colectiva; por ello, también se constituye en una herramienta de reparación (Corte IDH, 2003).

Aunque el derecho a la verdad se asume en las fuentes de derecho internacional principales, la mayoría de los instrumentos se enmarcan en herramientas de *soft law*, es decir, no tienen carácter vinculante para los Estados. Esto suscita una disparidad frente al reconocimiento como un derecho autónomo. Para Rincón (2010), el derecho a la verdad es una garantía autónoma contemplada en el derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que su objetivo es establecer lo acontecido de forma amplia y detallada. Comparte el núcleo esencial con otros derechos, como el derecho a la justicia, puesto que busca conocer a los perpetradores de la violación, los móviles y la reparación en el sentido de que la verdad es una medida de satisfacción. Según Bernal (2016), es un derecho fundamental independiente desarrollado por la Corte IDH que no está sujeto a ninguna otra garantía. Se relaciona con el debido proceso, las garantías judiciales, la protección judicial y el acceso a la justicia, pero no los subsume porque el derecho a la verdad tiene finalidades distintas. Su pretensión es determinar la historia más fidedigna de un acontecimiento, y trasciende los procesos judiciales, de tal forma que no depende de una investigación ni del debido proceso en general.

Según Theodor (citado por Newman, 2009), se deben evaluar dos requisitos para verificar la obligatoriedad del derecho y su autonomía: el grado de reconocimiento del derecho en tratados o instrumentos interna-

cionales y la adecuación de los Estados a la regla. En Colombia, el primer parámetro se demuestra con el esbozo general de los tratados e instrumentos que contienen de forma expresa e implícita el derecho a la verdad. Frente a la adaptación de los Estados a la regla en el ordenamiento interno, en Colombia se evidencia un amplio marco normativo y constitucional que acoge el derecho a la verdad. Se establece en las normas que protegen especialmente a víctimas del conflicto armado y da cuenta de la respuesta del Estado colombiano frente a las obligaciones derivadas de este derecho. Si bien es cierto que la garantía no se encuentra incorporada de forma taxativa en la Constitución Política, está integrada en normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en estricto sentido mediante los tratados que reconocen los derechos humanos, y en sentido lato a través de los instrumentos que no tienen naturaleza jurídica de tratados, pero tienen valor axiológico. También se destacan los criterios estructurados en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el reconocimiento del derecho. La aplicación de los estándares se da a través del control de convencionalidad y se constituye en la obligación internacional de aplicar, crear e interpretar las normas nacionales de conformidad con el *corpus iuris* interamericano, que recae en las autoridades del poder público (Mendieta y Tobón, 2018).

Medina (2007), por su parte, define la verdad como un requisito esencial para la reconciliación a nivel colectivo, que representa el “carácter simbólico y restaurador del esclarecimiento de los hechos de violencia, la identificación y sanción de los culpables, el perdón y arrepentimiento como procesos implícitos en la búsqueda de la verdad” (p. 3). Bernal (2016) la define como “un conocimiento certero sobre una realidad determinada” (p. 9). La verdad también se relaciona con los procesos formales iniciados por el Estado, en los que se realizan declaraciones oficiales, y está en la obligación de revelar, de forma independiente, si coinciden o no con lo ocurrido. Las declaraciones encuentran diferentes formas de manifestarse, expresiones artísticas, visuales, auditivas y de escritura, debido a que la experiencia de manifestar la verdad debe satisfacer requerimientos estéticos y emocionales. El relativismo de la verdad demuestra el vínculo con la subjetividad de quien la expresa, puesto que “cualquier cosa que satisfaga el alma es verdad” (Naqvi, 2006, p. 8).

Para categorizar las definiciones sobre el derecho a la verdad referidas en el contexto de las violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH, Uprimny y Saffon (citados por Gutiérrez y Rodríguez, 2013) consideran

que hay tres tipos de verdad: 1) la verdad judicial, ofrecida en los procesos judiciales y tomada como oficial; 2) la verdad histórica, garantizada mediante mecanismos extrajudiciales como las comisiones de la verdad; y 3) la verdad social, generada por mecanismos no institucionales. La clasificación evidencia que existen múltiples mecanismos para producir la verdad y satisfacer el derecho. Todos son complementarios y necesarios para superar contextos de violaciones de derechos humanos. La verdad judicial se desarrolla en un proceso contencioso en el que hay dos partes enfrentadas: el demandante, que busca obtener una prestación, y el demandado, que refuta los hechos y el derecho. No obstante, este tipo de verdad puede limitar la reconciliación en cuanto se enfoca en las situaciones jurídicamente relevantes para el litigio sin conocer la integralidad de lo sucedido. De la misma manera, “la verdad obtenida a través del rito procesal otorga un sentido, el jurídico, a los hechos probados y cierra la posibilidad de analizarlos desde una perspectiva distinta a la jurídica” (Ortega y García, 2019, p. 56). Por tal razón, se originan dispositivos alternos extraprocesales que constituyen el complemento a la verdad judicial.

Así las cosas, no es posible configurar una verdad absoluta. Su disposición no depende simplemente del acaecimiento de los hechos, sino de la posibilidad de probarlos, teniendo en cuenta los requisitos y las dificultades que implica la ejecución de la etapa probatoria en su integralidad. En este punto se pueden omitir o invisibilizar algunas situaciones, en cuanto no son compatibles con la ritualidad procesal. Para Hunter (citado por Bernal, 2016), el proceso no tiene la finalidad de buscar la verdad. Se encarga de resolver conflictos jurídicos, y por tanto, la verdad procesal da certeza frente a un hecho y su efecto genera una decisión justa en cuanto se funda en la aplicación de la ley. De acuerdo con lo anterior, lo que se alcanza en el proceso es la convicción de la verdad y sobre ella se emite la sentencia.

La verdad histórica permite a las víctimas vivir sus experiencias mediante la subjetividad de sus testimonios, que dan cuenta de los significados de los hechos. Permite conocer historias, valores, consecuencias y creencias sobre el sistema social, y para su materialización generalmente se acude a las comisiones de la verdad. La experiencia a nivel mundial indica que este tipo de instrumentos aporta a la indagación sobre la verdad. Tiene como finalidad explicar las causas y las consecuencias del conflicto sobre las comunidades, y contribuye al reconocimiento de las víctimas y los victimarios.

Muñoz (2020) realiza un análisis sobre la insuficiencia de lo jurídico frente al procesamiento de crímenes atroces para vislumbrar la importancia de la verdad histórica. Su argumento se basa en que el derecho penal no permite procesar crímenes atroces, ni tampoco puede tramitar el trauma ocasionado por los hechos. Afirma que la verdad judicial satisface la dimensión individual del derecho por cuanto es eminentemente reparador. Por su parte, la verdad histórica garantiza la dimensión colectiva porque busca la reconstrucción de la historia desde la experiencia de los sujetos. De igual forma, plantea que las restricciones del proceso judicial se pueden subsanar con elementos extrajudiciales que logren arribar a una verdad integral (Muñoz, 2020, p. 1). Por tanto, el derecho a la verdad solo se podrá garantizar a través de la combinación institucional de mecanismos judiciales y no judiciales, pues las verdades producidas por ellos son, presuntamente, diferentes.

Por otra parte, la verdad social se edifica desde las narrativas sociales de quienes vivenciaron los hechos para mitigar la ausencia de la verdad estatal u oficial. Así entonces, el derecho a la verdad está intrínsecamente ligado a la construcción de la memoria colectiva, que busca recomponer el pasado a través de los recuerdos. Las experiencias vividas y percibidas son fundamentales para la edificación de la memoria. Las primeras se adquieren a través de conocimientos históricos, sociales y culturales que los individuos, los grupos sociales o las clases poseen, y que son determinantes para sus reacciones mentales y sus emociones frente al acontecimiento. Las segundas comprenden los elementos históricos, sociales y culturales que las personas, los grupos o las clases toman del discurso religioso, político, filosófico, de los medios, de los textos, de los distintos mensajes culturales, en pocas palabras, del conocimiento formalizado e históricamente producido y acumulado.

A partir de la conceptualización de la verdad surge su clasificación según las implicaciones del derecho en la esfera personal y general. Newman (2009) y Rincón (2010) coinciden en la categoría de la dimensión del derecho a nivel individual y social. El derecho a la verdad individual hace referencia a la garantía para las víctimas de violaciones de derechos humanos y del DIH, y de sus familiares, de poder conocer lo sucedido respecto a las violaciones. El derecho a la verdad se extiende a los familiares de las víctimas debido a que se consideran víctimas indirectas. La dimensión colectiva se relaciona con el derecho que posee la sociedad a conocer la verdad sobre los delitos y crímenes. Frente a esta garantía los Estados tienen la

obligación de recordar y salvaguardar la memoria de grupos que fomentan el negacionismo. De igual forma, la sociedad se considera como víctima, teniendo en cuenta que tanto los crímenes como el conocimiento de los hechos son de interés colectivo, para efectos de prevenir que hechos similares se vuelvan a perpetrar (Padrón *et al.*, 2020).

LA ESTRUCTURACIÓN DE LA MEMORIA COLECTIVA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la actualidad, en diferentes sectores sociales (el académico, el gubernamental, el de los líderes, etc.) se ha generado un gran interés por el concepto, el estudio y el desarrollo de la memoria colectiva, pues se evidencia la necesidad de construir un presente colectivo teniendo en cuenta el pasado, ya que la celeridad de la vida diaria nos hace olvidar lo que han vivido las comunidades y dejar atrás costumbres que constituyen algunos de los elementos más importantes que conforman la identidad colectiva. Asimismo, se debe tener en cuenta que centrarnos únicamente en el presente de una forma estoica nos puede llevar a olvidar nuestra identidad y a cometer los mismos errores del pasado.

La memoria colectiva es un concepto que podría catalogarse como reciente en la historia de la humanidad. Lo desarrolla el académico Maurice Halbwachs, quien en el año 1925 publicó su obra *Memoria colectiva* e hizo un estudio profundo sobre esta temática que ha servido como fundamento básico para múltiples investigaciones en esta materia.

Halbwachs (1968) estructura su obra en cuatro capítulos en los que desarrolla las relaciones entre memoria colectiva e individual, y memoria colectiva e histórica; además, establece los elementos que la configuran, como el tiempo, el espacio y la narrativa. A pesar de este gran esfuerzo, el autor citado no busca definir el concepto de memoria colectiva, y por ello, no se encuentra en sus textos una definición clara sobre su esencia. No obstante, teniendo como fundamento esta magnífica obra y partiendo de las características que provee Halbwachs en su libro, distintos estudiosos de las ciencias sociales han logrado construir una definición.

Por su parte, Ramos (2013) considera que la memoria colectiva es una restauración en el presente de hechos pasados, con un sentido y una representación propios. Por tanto, quienes recuerdan son los otros y, en consecuencia, las remembranzas son colectivas y la memoria es compartida.

Este tipo de memoria se construye a partir de elementos como el tiempo y el espacio, comunes a la colectividad y que permiten estructurar recuerdos grupales. Por su parte, Rousso (2012) manifiesta que la memoria colectiva no solo se configura con base en las representaciones del pasado, por cuanto tiene el objetivo de generar identidad a nivel social o grupal.

Luego entonces, la memoria colectiva se entiende como una actuación de naturaleza colectiva, es decir, en la que interviene una pluralidad de personas que comparten recuerdos de su historia como sociedad y buscan recrearlos desde el presente, puesto que dichos sucesos marcaron su identidad. Así las cosas, la memoria colectiva se desprende de un hecho o un acto como las guerras, los cambios económicos, tecnológicos o sociales, que generan traumas en la sociedad tanto a nivel colectivo como individualmente. Sin embargo, la memoria colectiva no se queda en contar la historia, sino que profundiza en la pregunta por qué sucedió con la sociedad después de estos sucesos, y por ello, la memoria colectiva no puede entenderse como las simples representaciones del pasado que genera una comunidad, sino como una construcción permanente de su presente, que crea unos valores o modos de mirar la realidad por parte de las personas que integran una comunidad (Rousso, 2012).

Al mismo tiempo, Ramos (2013) entiende que el objetivo de la memoria colectiva se centra en reconciliar la historia con las sociedades, puesto que permite a todos los actores de una sociedad participar en la construcción de su identidad sin importar que sus versiones no se apeguen científicamente a las narraciones históricas; no obstante, permite a los individuos ser protagonistas de la construcción del presente de su colectividad.

En consecuencia, la memoria colectiva se construye como fruto de los recuerdos de cada miembro de la sociedad, es decir, es la suma de subjetividades que aportan lo vivido o conocido sobre sucesos que marcaron a una comunidad. Estos recuerdos individuales se unen entre sí para construir esa memoria colectiva aportando desde cada versión y cada punto de vista la perspectiva de cada miembro de la comunidad sobre el recuerdo en común. Cabe destacar que, aunque todos sean diferentes, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, serán considerados para la formación de este tipo de memoria (Ramos, 2013).

Por otra parte, la memoria colectiva tiene una característica especial que consiste en que se reconstruye constantemente a partir de los recuerdos pasados y de las vivencias del presente que permiten edificar un futuro. Por

ello, nunca podría confundirse con la historia, dado que esta busca ser objetiva y se basa en datos inmodificables que imponen a la sociedad respetarla, obviamente, teniendo en cuenta que siempre la comunican o la escriben quienes ostentan un poder dominante, como en los casos de las guerras, en las que son los vencedores quienes cuentan lo ocurrido, dejando en el olvido la versión de los perdedores. Sin embargo, la memoria colectiva no se restringe a traer al presente el pasado, sino que se encuentra viva. En ese sentido, Ramos (2013) entiende que la memoria colectiva nunca será un objeto acabado, dado que se construye continuamente y no es singular, atribuible a un solo individuo, pues cada relato aporta a la construcción de la memoria colectiva y posee validez. Por eso, cada uno de ellos se debe analizar y contextualizar, buscando identificar su finalidad, a qué público se dirige y si quien narra es una persona que tuvo una vivencia directa; además, se debe preguntar qué busca con ello. Asimismo, el autor citado menciona que en la lectura de la memoria colectiva se hace evidente que existirán múltiples relatos y versiones sobre el mismo hecho que permiten reconocer la diversidad de pensamientos, sentimientos y sensaciones que surgen en una comunidad.

Es menester resaltar que la diferencia entre la memoria colectiva y la historia oficial radica en que la primera retiene ciertas fracciones de la historia que marcaron a la colectividad y se mantiene en la conciencia social, teniendo como su única frontera la misma colectividad. Por ello, cuando los grupos olvidan ciertos sucesos o no les otorgan la relevancia que sus antepasados les daban, se puede hablar de la existencia de dos colectividades diferentes que poseen identidad propia. En cambio, la historia es la sucesión de periodos y en cada etapa todo se renueva y se dan a conocer nuevas características de cada persona, sin importar la continuidad ni lo ocurrido con cada miembro que daba forma a la identidad de la sociedad (Halbwachs, 1968).

Además, fruto de la memoria colectiva, se identificarán las relaciones de poder existentes, que mediante diversas estrategias de sometimiento social, directo o indirecto, buscan imponer una versión de la historia y hacer una narración oficial de los hechos. Sumado a esto, Ramos (2013) ha sido explícito al mencionar que la memoria colectiva “se presenta como un movimiento continuo y orgánico, que se mueve en sus propias lógicas con relación a cada grupo: sus características, sus modos de entender la realidad y sobre todo de darle un significado específico” (p. 39). Desde esta perspectiva, la singularidad de la memoria colectiva debe referirse a cada grupo

social específico, puesto que cada uno tiene sus propios atributos, que son totalmente diferentes en las distintas comunidades.

Por último, Carretero *et al.* (2006) señalan que las expresiones sociales de la memoria colectiva en realidad siempre se manifiestan por medio de diferentes objetos, fechas de celebración o conmemoración, símbolos o creaciones artísticas, monumentos, lápidas, placas, nombres de edificios, billetes, relatos, cuentos, rituales o prácticas sociales. Estos permiten que los sujetos de la sociedad evoquen hechos del pasado que marcaron a las personas, y las impulsan a sentir, imaginar o plantearse metas sociales que sean verificables en el presente o en el futuro. Debe decirse que la memoria colectiva también ayuda a los grupos sociales a olvidar hechos trágicos o a recriminar y tomar el fiel compromiso de no permitir que se vuelvan a configurar.

Ahora bien, la memoria colectiva se forma a partir de tres elementos determinantes: 1) la relación con el espacio, 2) el vínculo con el tiempo y 3) la narrativa. El espacio es el dispositivo material que configura la memoria colectiva, porque en los lugares físicos generalmente las personas materializan sus recuerdos y logran hacer representaciones que perpetúan los acontecimientos que marcaron su historia desde el punto de vista individual o colectivo, y que permiten que la colectividad establezca una relación sentimental y simbólica con ellos. Cada aspecto del lugar cobra un significado para la colectividad, puesto que allí pudieron haber ocurrido sucesos dolorosos, o las personas pudieron haber sido amadas o defendidas de enemigos externos, lo que les trae recuerdos a los miembros del colectivo (Ramos, 2013).

Lo anterior se hace evidente en lugares en los que hay monumentos o terrenos donde ocurrieron sucesos históricos, pues basta que las personas recorran estos espacios o miren una reproducción gráfica o hablen de ellos para que recuerden y revivan la conexión que les ha permitido apropiarse de esos lugares y de su historia. Para Ramos (2013), la sociedad genera lazos de protección para esos lugares, puesto que existe una afinidad tanto física como emocional, que se denomina topofilia.

En el presente, el concepto de memoria colectiva y su relación con el espacio también se deben analizar desde las nuevas formas de colectividades virtuales, como en el caso de los grupos de individuos que generan una comunidad en el metaverso, para quienes existen espacios virtuales que les recuerdan sucesos ocurridos en esas dimensiones. Estos grupos de personas siempre tendrán presentes estos hechos que estarán dispuestos a recordar y

que les sirvieron para formar su identidad, tanto individual como colectiva. Lo mismo puede evidenciarse al utilizar distintas redes sociales, como Facebook, WhatsApp, Telegram, Instagram, entre otras, donde las personas hacen grupos y permanecen en contacto, formando su identidad con base en momentos vividos, por ejemplo a través de publicaciones compartidas o aportes realizados en los foros de discusión o chats grupales.

El segundo elemento que caracteriza la memoria colectiva es el tiempo que se aplica a este contexto, pues “la existencia de unos marcos temporales logra situar los recuerdos” (Ramos, 2013, p. 39). Puede ser una fecha o una época que se toma como hito para ubicar la fuente de las costumbres o de los hechos que forjaron la identidad social (Ramos, 2013). Halbwachs (1968) entiende el tiempo como “real en la medida en que tiene un contenido, es decir, que ofrece una materia de hechos al pensamiento. Es limitado y relativo, pero tiene una realidad plena” (p. 129), pues una colectividad le brinda valor a un espacio temporal siempre que hayan ocurrido sucesos que hayan marcado su historia, ya que para la formación de memoria colectiva no se tiene en cuenta únicamente su transcurrir rutinario, que no aporta ni es trascendental para la misma.

El último elemento de la memoria colectiva es el lenguaje como base fundamental para su construcción. Este permite transmitir y realizar un diálogo a nivel individual y colectivo, generando nuevos significados de los hechos o lugares que son objeto de recuerdo. Sumado a ello, el lenguaje es el único medio que nos permite recordar y generar discursos que crean realidades como base de una comunidad (Ramos, 2013).

Según Ramos (2013), los relatos permiten transmitir la memoria colectiva dado que dan a conocer la época, los lugares y los personajes que intervinieron en los hechos que les dan origen, y no se limitan a recordar en el presente hechos que marcaron el pasado de las sociedades, sino que permiten volver a revivir estos sucesos desde una nueva perspectiva y la reconstrucción de las comunidades de forma permanente.

Para Rousso (2012), un ejemplo de memoria colectiva son las “conmemoraciones (oficiales, nacionales, locales, partidarias), los monumentos, la actividad de las asociaciones recordatorias (excombatientes, exdeportados, exresistentes, etc.)” (p. 5). También pueden existir manifestaciones culturales, pinturas en murales, lugares históricos, objetos, “lápidas conmemorativas, la toponimia urbana o geográfica, los nombres que se imponen a edificios o buques, las imágenes que se imprimen en el papel moneda,

mediadores literarios (relatos, mitos, etc.), o rituales (conmemoraciones, efemérides)” (Carretero *et al.*, 2006, pp. 20-21). Estos permiten a los sujetos de la sociedad evocar hechos del pasado que marcaron a las personas y que las impulsan a sentir, imaginar o plantearse metas sociales para el presente o el futuro, teniendo en cuenta que no buscan recrear los hechos de la misma manera en que sucedieron. Además, la memoria colectiva ayuda a los grupos sociales a olvidar hechos trágicos y también a realizar actos para recriminar hechos del pasado y tomar el fiel compromiso de no permitir que se vuelvan a repetir.

Sin embargo, la memoria colectiva no se limita a dichas manifestaciones, pues como enseña Nin (2021), “la memoria colectiva se construye y por lo tanto las aulas son el espacio propicio para debatir las tensiones, luchas y conflictos de dichos procesos” (p. 250). En ese sentido, las aulas de clase son lugares que permiten dialogar, analizar los hechos pasados y reconocer los conflictos presentes de una comunidad, buscando proponer soluciones que relacionen y rescaten la memoria colectiva.

Sumado a ello, Botero y Prieto (2016) también conciben que otra forma de construir la memoria colectiva es a través de la literatura; al respecto señalan que el escritor involucra en su narrativa una serie de tópicos culturales, sociales e históricos cuya finalidad es dar a conocer varios puntos de vista frente a unos sucesos que nos permiten reflexionar sobre los efectos y las huellas que dejaron ciertos acontecimientos en un grupo social, y de igual manera, sus efectos frente a la construcción de su identidad presente y futura.

A nivel mundial se pueden encontrar varios ejemplos de la construcción de memoria colectiva, teniendo como fundamento hechos y actuaciones que incluyeron vulneraciones de los derechos humanos. Entre ellos, el genocidio de la población judía ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, debido al cual se creó la ONU, buscando garantizar la protección de los derechos humanos. Además, existen monumentos, fechas de conmemoración y lugares históricos que rememoran la peor atrocidad que ha sufrido la humanidad, con el propósito de que nunca se vuelvan a repetir estos actos; por ejemplo, el monumento de la *Madre patria llama*, ubicado en la ciudad de Volgogrado, en Rusia, que conmemora los veinticinco millones de personas de la Unión Soviética que murieron en la Segunda Guerra Mundial, y especialmente los hechos de la batalla de Stalingrado. Asimismo, los nueve de mayo de cada año se celebra en Rusia el día de la victoria en la Segunda Guerra Mundial, y se conmemora la firma de la rendición del ejército

alemán. Cabe señalar que también en otros países que participaron en estos sucesos se ha construido memoria colectiva; por ejemplo, el monumento llamado *La tumba del soldado desconocido*, ubicado en el Arco del Triunfo en París (Francia), el Museo de Auschwitz (Polonia), el Parque Memorial de la Paz en Hiroshima (Japón), la *Estatua de la rendición incondicional* en San Diego (Estados Unidos), entre otros. Los monumentos, desfiles y conmemoraciones han ayudado a construir una memoria colectiva mundial que ha marcado la identidad de todos los seres humanos, buscando olvidar estos desastres del pasado, pero a la vez comprometidos con que nunca más vuelvan a ocurrir.

Asimismo, en Suramérica encontramos los horrores ejecutados por la dictadura militar de Argentina en los años setenta, lo cual generó el movimiento de las madres de la Plaza de Mayo, quienes fueron víctimas por la desaparición de sus hijos por parte de la fuerza pública; entre ellos se encontraban estudiantes, sacerdotes, intelectuales y periodistas.

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PROTESTA SOCIAL DEL AÑO 2021 EN COLOMBIA Y LA CONSTRUCCIÓN DE MEMORIA COLECTIVA

La génesis del denominado “estallido social” en Colombia tuvo lugar el 28 de abril de 2021, fecha en la cual se convocó a un paro nacional por parte del Comité del Paro, conformado por líderes sindicalistas y representantes de organizaciones sociales. El objetivo principal era oponerse de forma masiva al proyecto de reforma tributaria presentado por el gobierno del momento. Esta reforma se presentó en la época de la pandemia, en la que los ingresos de la población colombiana disminuyeron considerablemente y las condiciones de vida desmejoraron. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (2021) señaló que entre 2019 y 2020 la pobreza monetaria aumentó, pues pasó del 35,7 % al 42,5 %, mientras que el coeficiente Gini pasó de 0,52 a 0,54 (Uprimny, 2022, p. 155). Este suceso fue el detonante que provocó la convocatoria para salir a las calles masivamente a protestar en contra de las políticas gubernamentales que atentan especialmente contra la clase media. Sin embargo, se extendieron los reclamos frente a problemáticas laborales, económicas y sociales. De esta forma, se infiere que la causa del estallido está relacionada con problemas sociales estructurales asociados a la desigualdad y la pobreza (Uprimny, 2022).

La crisis sanitaria y el riesgo de contagio del covid-19 no fueron un impedimento para que la ciudadanía expresara a través de movilizaciones su rechazo y su descontento. Así lo demuestra el grafiti y meme que mencionaba: “Si un pueblo sale a protestar en medio de una pandemia, es porque el gobierno es más peligroso que el virus” (Villa, 2021, p. 3). La pandemia originada por el covid-19 de alguna manera limitó el ejercicio del derecho a la protesta social. Las implicaciones sanitarias y las restricciones gubernamentales a la libre locomoción de los individuos hicieron que disminuyera la protesta; sin embargo, el ímpetu con el que la ciudadanía mostró el inconformismo con respecto a las políticas sociales y económicas superó el temor a los contagios, y personas pertenecientes a distintos gremios y sectores se volcaron de forma masiva a las calles.

En el contexto político el paro se llevó a cabo en medio de una crisis institucional. El tratamiento de la pandemia y de las protestas que se presentaron en años anteriores originó una profunda desconfianza por parte de la ciudadanía respecto a la capacidad institucional de encontrar respuestas y salidas desde los sectores gubernamentales (González, 2022).

A pesar de que las jornadas en general fueron pacíficas, la represión estatal estuvo presente desde el comienzo del paro. En el mes de mayo se retiró el proyecto de reforma tributaria, el ministro de Hacienda renunció a su cargo, se archivó la reforma a la salud y se ofrecieron matrículas gratis a jóvenes de escasos recursos económicos en las universidades públicas. El inconformismo siguió representado en las gigantescas protestas por diversas causas, como los “asesinatos de líderes sociales y guerrilleros desmovilizados, la violencia contra indígenas, afros y campesinos; la desigualdad y la pobreza, [...] por el sentimiento de no futuro de los jóvenes, o por la corrupción y la desconfianza, hasta las instituciones” (Céspedes y Acevedo citados por Uprimny, 2022, p. 137).

Entre la diversidad de actores y protagonistas del paro, un sector de los participantes conformado por jóvenes de barrios populares, que no trabajaban ni estudiaban, creó grupos denominados *primeras líneas* para afrontar la represión estatal. De forma paralela, se generaron bloqueos en las vías de varios barrios y ciudades. Estos lugares se denominaron *puntos resistencia* y se caracterizaron por ser

repertorios de acción y protesta nuevos en este tipo de movilizaciones, semejantes a una barricada: en un punto estratégico de la malla urbana, especialmente en los sectores populares, los jóvenes con el uso de piedras, troncos o alambrados bloquean la movilidad de las personas y los vehículos, alterando profundamente la normalidad cotidiana (Uprimny citado por Castillo, 2021, p. 139).

Este paro se caracterizó por la pluralidad de sus actores y por que sus protagonistas provienen de distintos sectores, lo que generó la concentración de multiplicidad de reclamaciones y distintas formas de expresión. Cabe señalar que no contaban con líderes de organizaciones que los representaran en sus exigencias, no compartían rótulos ideológicos y se movilizaron a través de medios sociales. La amplia participación también fue un distintivo de las protestas; los manifestantes usaban diversas herramientas para gestionar sus reclamos sin parámetros preestablecidos (Umaña, 2021).

En un Estado democrático, y en especial en un Estado social de derecho, la lógica del sistema exige que se dispongan normas constitucionales y que se reconozcan los derechos subjetivos y los mecanismos materiales para efectivizar las garantías fundamentales. Sin embargo, en Estados con “democracias débiles”, caracterizados por la inestabilidad institucional y la falta de efectividad que evidencian las violaciones de los derechos humanos (Uprimny, 2022), la exclusión, el desfavorecimiento y la vulnerabilidad se constituyen en la generalidad. Por ello, se requiere que la respuesta institucional frente a las reivindicaciones sociales sea acorde con las normas que protegen los derechos fundamentales a nivel interno e internacional.

Así las cosas, la respuesta institucional frente a las protestas se atendió mediante la represión policial. El Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) disolvió las manifestaciones, al igual que los bloqueos que no generaban perturbaciones mayores (Uprimny, 2022). En el sometimiento muchos manifestantes fueron privados de la libertad, y la fuerza pública se extralimitó en el uso de la figura del traslado por protección, que permite a la policía desplazar a una persona a un lugar seguro, denominado centro de traslado, para protegerla cuando se encuentre en riesgo o ponga en riesgo a terceros. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la policía realizó más de siete mil traslados por protección (Uprimny citado por CIDH, 2021). En el transcurso de las protestas se denunciaron la represión y el abuso de la fuerza contra los manifestantes en las movilizaciones pacíficas.

Esto se evidencia en las cifras sobre violaciones de derechos humanos documentadas y sistematizadas por la ONG Temblores, la Defensoría del Pueblo, Indepaz¹ y la organización internacional Human Rights Watch (HRW).²

En algunas circunstancias la acción de la fuerza pública y el ESMAD se desarrolló en contravía de las disposiciones constitucionales respecto a sus funciones en la intervención para asegurar la convivencia. Esto conllevó una transgresión de los derechos humanos de los manifestantes que afectó su vida, su libertad y su integridad personal. Varias organizaciones gubernamentales y no gubernamentales se encargaron de sistematizar y documentar lo acontecido respecto a las violaciones de los derechos humanos a través de cifras que, si bien no son uniformes, muestran una tendencia en el número de víctimas y derechos afectados. Para ilustrar las afectaciones se tomará el informe de la ONG Temblores, que recoge la mayoría de las categorías de derechos vulnerados.

Temblores, junto al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social e Indepaz, estructuró un informe sobre la violación sistemática de la Convención Americana y los alcances jurisprudenciales de la Corte IDH con respecto al uso de la fuerza pública contra la sociedad en Colombia. En el documento se relacionan los estándares dispuestos por la Corte IDH respecto a la protesta social y las obligaciones frente al uso de la fuerza, y se realiza un contraste analítico sobre las actuaciones de las autoridades gubernamentales en las protestas desarrolladas entre el 29 de abril y el 31 de mayo de 2021, con el fin de establecer si el Estado colombiano ha cumplido con los parámetros dispuestos por el órgano judicial del sistema interamericano y con los deberes estatales respecto al derecho a la protesta.

En cuanto al uso de la fuerza por parte de los agentes encargados de controlar las protestas, las organizaciones manifiestan que de acuerdo con los estándares de la Corte IDH esta se debe usar bajo los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad para que sea el último recurso que se

-
- 1 Hasta el 8 de mayo la ONG Temblores reportó 39 casos de homicidio en los que el presunto agresor es miembro de la fuerza pública, 278 hechos de violencia física, 12 hechos de violencia sexual cometidos por miembros de la fuerza pública, 963 detenciones arbitrarias, 356 intervenciones violentas en el marco de protestas pacíficas, 28 víctimas de agresiones oculares y 111 casos de disparos con arma de fuego.
 - 2 Sobre la situación de violencia se presentan las siguientes cifras: 43 homicidios, 6 casos de violencia sexual, 1023 detenidos, 980 desaparecidos, 105 personas que continúan desaparecidas y 1130 heridos.

utilice. Sin embargo, en las normas reglamentarias sobre el uso de la fuerza se menciona la necesidad, pero no se hace alusión a la fuerza como un medio que deba ser usado en última instancia, lo que hace que esta se emplee de forma abusiva y desproporcionada, tal como lo corroboran las estadísticas sobre personas lesionadas con arma de fuego y víctimas de homicidio.

En el documento se reconoce la sistematicidad de algunas prácticas violentas usadas por la fuerza pública en contra de la vida y la integridad de los manifestantes, y el incumplimiento de los estándares interamericanos y las obligaciones estatales, como se expresa a continuación: se registran 184 situaciones en las que se accionaron armas de fuego; 70 personas recibieron impactos de arma de fuego; se encontraron 20 personas muertas por impactos de armas de fuego (Indepaz, 2021, p. 19); 193 casos de “armamentos en contra de los cuerpos de las personas manifestantes” (Indepaz, 2021, p. 21); el dispositivo Venom fue utilizado en las protestas de 2021 por primera vez, se trata de un “lanzador múltiple de proyectiles con capacidad para 30 cartuchos” (Indepaz, 2021, p. 24). La utilización de esta arma fue descalificada por HRW debido a su uso indiscriminado y lesivo para controlar las protestas; el lanzamiento indiscriminado de aturdidoras y gases lacrimógenos por parte del ESMAD en barrios residenciales y dentro de viviendas ha afectado tanto a quienes están en el espacio público manifestándose o realizando cualquier otra actividad como a personas que se resguardan dentro de sus domicilios (Indepaz, 2021, p. 28); se registraron 119 casos de vulneración al principio de publicidad en los procedimientos policiales; 50 casos de hostigamiento y agresión; 29 casos de hostigamiento a civiles por grabar y 40 en los que al menos hay un policía sin identificación (Indepaz, 2021, p. 33). Se reportaron 25 hechos de violencia sexual y 6 de género en contra de las personas que protestaban (Indepaz, 2021, p. 40); y se registraron 65 casos de lesiones oculares en contra de manifestantes.

Ante este panorama, se debe insistir en que la fuerza pública debe proteger a los ciudadanos y actuar de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y legalidad. No obstante, el desconocimiento de los parámetros constitucionales y convencionales para ejercer la labor ha hecho que se violen los derechos humanos de los manifestantes. Las actuaciones ilegales legitiman a los afectados para activar los mecanismos judiciales que garanticen la justicia, la verdad y la reparación. Sin embargo, el antecedente sobre la materialización de los derechos en este tipo de casos no es alentador. La ONG Temblores ha documentado 34 homicidios desde la creación

del escuadrón móvil antidisturbios. En años recientes (2019) Human Rights Watch informó que en las manifestaciones se presentaron actos de violencia por parte de los manifestantes y que hubo un uso indebido de “armas menos letales” por parte de miembros del ESMAD. Establece que la Fiscalía se encuentra investigando 72 casos de abuso policial, pero no hay imputación por los delitos cometidos.

Las cifras demuestran que la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar no se cumple con la debida diligencia que estos casos ameritan, lo que afecta a otro tipo de derechos, como el derecho a la verdad, que están relacionados directamente con el acceso a la justicia. El núcleo esencial de la verdad implica conocer lo que sucedió en determinada situación vulneratoria de derechos humanos, comprometiendo así a los Estados a investigar y juzgar a los responsables, con el fin de encontrar un punto de coexistencia entre la verdad jurídica y la verdad real.

No obstante, si bien el derecho a la verdad tiene un componente objetivo que se funda en evidenciar la verdad judicial, también es cierto que las cifras de impunidad en Colombia y la congestión del sistema impiden que la justicia sea eficiente y eficaz en muchos casos. Por tanto, se genera la necesidad de crear mecanismos alternos que permitan visibilizar la verdad histórica desde las narrativas sociales de quienes vivenciaron los hechos para mitigar la ausencia de la verdad estatal u oficial.

Así entonces, el derecho a la verdad está intrínsecamente ligado a la construcción de la memoria colectiva, la cual en palabras de Halbwachs (1968) busca recomponer el pasado a través de los recuerdos y la experiencia vivenciada por un individuo, una comunidad o un grupo.

En el transcurso del estallido social de 2021 se evidenciaron distintas acciones colectivas que permitieron resignificar los elementos de la memoria, como el territorio, y construir diferentes narrativas frente a representaciones creadas por la ciudadanía en torno a los lugares y los monumentos de memoria. Entre los meses de abril y julio de 2021 se derribaron diferentes estatuas en algunas ciudades; esta práctica la inició el pueblo misak, cuando derrocó la estatua de Belalcázar. El objetivo de estas acciones, según González (2023), fue darles otro significado a la conquista y la colonización, y romper con los símbolos establecidos desde la institucionalidad; por tanto, “es el posicionamiento contra la hegemonía cultural: contra una memoria decidida por *otros*, no autónoma, no autoconstruida” (González, 2023, p. 6.). En ese sentido, las estatuas hacen parte de la memoria histórica, pero no

formaban parte de la memoria colectiva de los pueblos indígenas; por ello, se decide dotar de nuevo significado a los monumentos en el presente para replantear el pasado con una perspectiva hacia un futuro en el que se supere la idea de la “herida colonial” (González, 2023, p. 7).

Según González (2023), los procesos de resignificación de los símbolos se vieron acompañados de intervenciones artísticas. Por ejemplo, en el Morro de Tulcán se ponían en práctica el arte popular, la *performance* y rituales indígenas. En otros lugares de Colombia, como Bogotá y Cali, los signos se acompañaron de nuevas estéticas mediante las cuales se reivindican luchas actuales, como las pañoletas violeta y los círculos de la palabra. También se nombraron de forma distinta los espacios donde se encuentran los emblemas. En Bogotá, la llamada Avenida Jiménez fue renombrada como Avenida Misak.



Figura 13.1 Avenida Jiménez en la ciudad de Bogotá

Fuente: González (2023).

Cali tampoco fue ajena a los procesos de renombramiento y ocupación de espacios. En esta ciudad se denominó Puerto Resistencia a lo que antes se llamaba Puerto Rellena. Nombrar de forma distinta los espacios es un indicativo de que el uso de la zona está reconfigurado y de que los indi-

viduos se sienten representados en la nominación respecto a los proyectos comunes. La génesis de este proceso surge con las acciones violentas realizadas por la fuerza pública en contra de los manifestantes. Así se originaron la falta de legitimidad y el actuar inconstitucional de los agentes estatales, y la desconfianza por parte de la ciudadanía; por tanto, se vio la necesidad de realizar acciones colectivas conducentes a la protección de los manifestantes, como la conformación de los denominados grupos de primera línea. Luego, las dinámicas de criminalización de la protesta y la necesidad de protección dieron lugar a la agrupación popular en torno a la posibilidad de suplir y gestionar los requerimientos básicos de subsistencia, como la alimentación, la educación, la salud, etc. En este recorrido surge la idea de crear un monumento que represente ese momento coyuntural y que no se pueda borrar. De esta forma, “se les ocurrió hacer una mano izquierda, pero que empuñara la palabra resistencia, que no fuera cerrada, tanto por temas de estructura como por querer crear un icono en la ciudad” (Guiza, 2023, p. 47). El monumento a la resistencia se inauguró el 13 de junio de 2021 en un acto artístico y con la presencia de miles de personas.



Figura 13.2 Monumento a la Resistencia

Fuente: Guiza (2023).



Figura 13.3 Espacio denominado Puerto Resistencia

Fuente: Guiza (2023).

Entre las diferentes manifestaciones de la memoria colectiva que dejó el paro colombiano de 2021, existe una expresión que surgió gracias a los avances tecnológicos de la época y que resultó muy acorde con las circunstancias en que se presentaron las protestas en América Latina. Se trata de los memes, entendidos como patrimonio documental colombiano y fuente de memoria colectiva de estos hechos.

Lo anterior a primera vista puede causar extrañeza en algunos lectores; no obstante, en estudios recientes de las ciencias sociales se acepta este tipo de documentos digitales como fuente de memoria colectiva. Para entender lo anterior, en primer lugar, debe recordarse que vivimos en una era digital y que existen nuevas formas de capturar y transmitir los sucesos históricos. Sin embargo, se aclara que, aunque se reconoce el valor histórico y cultural de los memes, se necesita un trabajo más amplio para conservarlos y acceder a ellos. Es clave salvaguardarlos, debido a su naturaleza efímera, como documentos que capturan la memoria colectiva, las identidades individuales de los seres humanos y momentos socioculturales específicos que contienen recuerdos y situaciones culturales y políticas (Giovine y Romero, 2022).

Explicado lo anterior, es necesario partir de una definición del término meme, que de acuerdo con Giovine y Romero (2022) se entiende como

un documento (digital), en tanto cuenta con un soporte (electrónico) y un mensaje, que puede ser gráfico, textual o ambos. Comunica una idea, una opinión, un sentir, y documenta un hecho o un evento determinado, sucedido en un momento y dentro de una sociedad, a través de códigos culturales populares, propios de cada grupo social. Por

tanto, su valor documental se sustenta en las características particulares de la información que registra y transmite (social, cultural, política, estética, ideológica), con la cual se identifican los creadores y divulgadores, y que cristaliza un hecho relevante para esa comunidad en el momento de creación y divulgación del meme (p. 28).

Según esto, el meme siempre tiene una naturaleza documental y digital, se comparte mediante imágenes o texto, o una mezcla de los dos formatos, contiene un mensaje jocoso o de opinión frente a hechos o decisiones que se presentan en una comunidad y tiene como objetivo documentar estos hechos. Adicionalmente, una de las cualidades de los memes es que son transformados constantemente por las personas que intervienen en su réplica, y únicamente se mantienen en la memoria aquellos que poseen un mensaje que ha marcado la mente de los individuos, ya sea por su contenido trascendental o por su capacidad de generar risas o ironía (García, 2022).

De igual manera, García (2022) resalta entre las principales características que han permitido que los memes sean tan virales y formen parte de la identidad social que son expresiones cortas y concretas, por lo que quienes los reciben no tardan en analizar su mensaje y comprenderlo. En cuanto a la elaboración de memes no podemos afirmar que el único que interviene es el autor de este documento, pues en ese sentido Giovine y Romero (2022) han considerado que la producción y la difusión de memes es una tarea compartida entre el autor y las personas que deciden modificar o compartir el mensaje; asimismo, se incluye a los sujetos que deciden darle “me gusta” a este tipo de imágenes, con lo cual se construye una identidad colectiva alrededor de estos mensajes.

Cabe anotar que en el diseño de la mayoría de los memes se utiliza material que se ha elaborado previamente, como imágenes, videos, etc., el cual se añade o se modifica para transmitir el mensaje que pretende el autor (García, 2022). Igualmente, este autor ha señalado que los memes cumplen diversas funciones en la sociedad, entre ellas, una de naturaleza comunicativa, puesto que dan a conocer hechos importantes o llamativos de una comunidad por medio de chistes o imágenes alusivas, y también permiten relacionarse entre familiares o conocidos por medio de las redes sociales, de tal manera que se crean espacios de humor y de discusión (García, 2022).

Centrándose en la época del Paro Nacional, se debe considerar que se registraron muchos hechos que se dieron a conocer por medios digita-

les, creando memoria colectiva, y por ello García (2022) plantea que con lo ocurrido en el Paro Nacional de 2021 se pudo verificar cómo los avances tecnológicos han influido en la memoria colectiva; entre ellos, las tecnologías de la información y las redes sociales, que jugaron un papel crucial en la manera en que se recuerdan estos eventos. La gran cantidad de datos generados y la variedad de formatos digitales permitieron documentar los acontecimientos del Paro Nacional, proporcionando recursos que hoy podemos consultar para entender nuestro pasado y reflexionar sobre el futuro de nuestra sociedad.

Además, este autor ha considerado que para lograr informar sobre los hechos acontecidos en el Paro Nacional se utilizaron diferentes formatos, como fotografías, podcasts, videos, afiches, prensa, blogs, reportes, afiches, plataformas digitales y memes. Sin embargo, los memes se destacaron por capturar la atención general del país, multiplicándose rápidamente por su naturaleza humorística y su capacidad de reflejar la esencia del paro de una forma rápida y eficaz (García, 2022). Desde esa perspectiva, se puede entender que los memes obtuvieron ese lugar protagónico en la formación de memoria colectiva del Paro Nacional puesto que se caracterizan por su naturaleza graciosa y por la facilidad con que se pueden compartir por internet.

En los memes se refleja la identidad colectiva de gran parte de nuestro país, la cual contiene un mensaje de inconformidad del pueblo frente a las decisiones políticas, su situación económica, la violencia estatal y el olvido del sector pobre de la población. Esta actividad tuvo un auge a nivel digital, pues la réplica de memes en las redes sociales se hacía cada segundo, buscando actualizar los acontecimientos del paro, mostrar la inconformidad y manifestarse frente a las decisiones del gobierno (García, 2022).

A continuación, se dan a conocer algunos ejemplos de los memes que se produjeron en el paro de 2021:



Figura 13.4 Meme publicado durante el paro del año 2021

Nota: La imagen muestra un meme creado en medio de la protesta social del año 2021, y hace referencia al contexto de la virtualidad, que era utilizada en los trabajos y en el ámbito académico debido a la pandemia del covid-19.

Fuente: García (2022).

Cuando estás en plena
marcha y los lacrimógenos
no te huelen a nada



Figura 13.5 Meme publicado durante el paro del año 2021

Nota: La imagen muestra un meme creado durante la protesta del año 2021, en el que una persona que supuestamente se encuentra en una marcha no huele los olores de los gases que lanza la fuerza pública para la dispersión de multitudes; se trata de una sátira por la situación de la pandemia del covid-19, que produce la pérdida del olfato.

Fuente: García (2022).

Vicky viendo el mierdero que
armó por preguntar el costo
de una docena de huevos.



Figura 13.6 Meme publicado durante el paro del año 2021

Nota: La imagen muestra un meme durante la protesta del año 2021, en el que una reconocida periodista, que entrevistó a un ministro promotor de la reforma tributaria, que fue una de las causas del estallido social, se arrepiente de haber preguntado por el precio de una docena de huevos, pues a su pregunta el funcionario público respondió con un valor totalmente desfasado.

Fuente: García (2022).

CONCLUSIONES

En el presente artículo se describió el concepto de memoria colectiva como una actuación de naturaleza comunitaria, en la que cada persona comparte sus recuerdos de eventos que marcaron la historia de una sociedad, buscando construir su identidad presente. La memoria colectiva se desprende de sucesos como guerras, cambios económicos y victorias que generan alteraciones individuales o colectivas, teniendo en cuenta que no se trata de contar una historia, sino de analizar qué le generó a la sociedad y cómo repercute en el presente. Cuando una sociedad olvida sucesos o cambia su relevancia se puede considerar que existen dos colectividades diferentes. En la memoria colectiva pueden existir varios relatos de unos mismos hechos sin necesidad de que todos coincidan, pues esto hace evidente la diversidad de pensamientos, sentimientos y sensaciones dentro de una comunidad.

Además, gracias a la memoria colectiva se identifican las relaciones de poder existentes, que mediante diversas estrategias de sometimiento social, directo o indirecto, buscan imponer una versión de la historia y hacer una narración oficial de los hechos. Tres elementos fundamentales confi-

guran la memoria colectiva: el espacio o el objeto que sirve para recordar o traer al presente hechos que identifican a la sociedad (por ejemplo, símbolos o creaciones artísticas, como monumentos, lápidas, placas, nombres de edificios, billetes, relatos, cuentos, rituales, prácticas sociales); el tiempo, que no se toma de forma cronológica, sino únicamente como un hito en la construcción de la citada memoria (por medio de diferentes objetos, fechas de celebración o conmemoraciones); y el lenguaje, que es el vehículo de transferencia de los recuerdos.

La memoria colectiva se diferencia de la historia puesto que la primera es dinámica y se construye desde la individualidad, buscando desmitificar la historia, que es lineal y la escriben siempre los ganadores, quienes pretenden imponer su visión de lo sucedido frente a una comunidad. Además, se identifica que la memoria colectiva se ha construido a partir de eventos en los que ha habido vulneraciones de los derechos humanos, tanto a nivel mundial, como continental, y por último, se demuestran las diferentes manifestaciones mediante las cuales los ciudadanos construyen memoria colectiva a partir de los sucesos acontecidos en el estallido social del año 2021. Esto, a raíz de la necesidad de comprender la verdad histórica de los hechos y brindar un significado distinto a los espacios y símbolos ocupados por la comunidad, que mantienen una visión de país común, pero sin olvidar los hechos que generaron violaciones de los derechos humanos.

REFERENCIAS

Bernales, G. (2016). El derecho a la verdad. *Estudios Constitucionales*, 14(2), 263-304. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n2/art09.pdf>.

Botero, A. S. y Prieto, M. I. (2016). *Somos memoria: La literatura como herramienta para la construcción de memoria colectiva en la escuela*. [Tesis de grado]. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. <https://repository.udistrital.edu.co/bitstream/handle/11349/5559/BoteroHerreraAngeStephany2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Carretero, M., Rosa, A. y González, M. F., eds. (2006). *Enseñanza de la historia y memoria colectiva*. Paidós.

Castillo, L. C. (2021). Arde Cali, sucursal del cielo y capital mundial de la salsa. En *Pensar la resistencia: Mayo del 2021 en Cali y Colombia. Documentos especiales CIDSE n.º 6* (pp. 95-125). Centro de Investigación y Documentación Socioeconómica (CIDSE). <https://www.unilibre.edu.co/pdf/2021/La-Resistencia.pdf>.

Céspedes, J. S y Acevedo, A. M. (2021). *Sobre los repertorios de acción colectiva en el marco del paro nacional del 28 de abril del 2021 en Santiago de Cali*. Observatorio de Derechos Humanos y Conflictividades. <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2021/11/Informe-Indepaz-corrección-final.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). *Observaciones y recomendaciones: Visita de trabajo a Colombia*. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_cidh_Colombia_spA.pdf.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). (2020). *Surge el movimiento de las madres de Plaza de Mayo, defensoras de los derechos a la verdad y a la justicia*. <https://www.cndh.org.mx/noticia/surge-el-movimiento-de-las-madres-de-plaza-de-mayo-defensoras-de-los-derechos-la-verdad-y>.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2012). *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (11 de febrero de 1978). *Gaceta Oficial n.º 9460*. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (29 de julio de 1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (24 de enero de 1998). Caso Blake vs. Guatemala. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (25 de noviembre de 2003). Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (20 de marzo de 2013). Caso Gelman vs. Uruguay. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (24 de noviembre de 2010). Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

Defensoría del Pueblo Colombia (2021). *Informe defensorial visita CIDH Colombia protesta social abril-junio 2021*. <https://www.minjusticia.gov.co/normatividad-co/Documents/Notificaciones2022/Cumplimiento-de-Sentencia-Judicial/informe-visita-cidh.pdf>.

García, M. M. (2022). *Preservación digital de la memoria colectiva representada en los memes del estallido social en Colombia en 2021. Dinámicas Alternativas de información*. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/62913?locale-attribute=en>.

Giovine, M. A. y Romero, M. E. (2022). Los memes y su valor potencial como patrimonio cultural en el contexto del giro iconotextual. *Nierika. Revista Arte Ibero*, 11(21), 22-43. <https://nierika.ibero.mx/index.php/nierika/issue/view/25/N%C3%BAmero%2021%20completo>.

González, E. (2023). Prácticas anticoloniales para reconstruir la memoria colectiva. De la iconoclastia al “artivismo”. *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, (152), 202-214. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8962319>.

González, F. (2022). La crisis de representación de la sociedad colombiana. Un intento de análisis político del Paro Nacional de 2021. *Revista Controversia*, (218), 87-125. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8700251>.

González, M. (2016). Teorías en diálogo: representaciones sociales y memoria colectiva. *Iztapalapa. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 80(37), 131-151. <http://dx.doi.org/10.28928/revistaiztapalapa/802016/aot1/dealbagonzalezm>.

Guiza, D. (2023). *Valor y significado del Monumento a la Resistencia de Cali desde una perspectiva del patrimonio cultural*. [Tesis de maestría]. Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/c529ac2c-f911-4b67-b85c-775777f20828>.

Gutiérrez, L. M. y Rodríguez, J. (2013). Una comisión de la verdad en el modelo colombiano de justicia transicional: Aproximación a través de la historia reciente y la experiencia comparada. *Jurídicas*, 10(2), 40-60. <https://revistasoj.s.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/4857>.

Halbwachs, M. (1968). *La memoria colectiva*. Prensas Universitarias de Zaragoza.

Indepaz (2021). *Informe de Temblores ONG e Indepaz a la CIDH*. <https://indepaz.org.co/informe-de-temblores-ong-e-indepaz-a-la-cidh/>.

Medina, M. (2007). Alcances de las políticas de reparación a víctimas del conflicto armado interno en Colombia y en Perú. *Aportes Andinos*, 18. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/866>.

Mendieta, D. y Tobón, M. L. (2018). El (des) control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 51-88. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v16n2/0718-5200-estconst-16-02-00051.pdf>.

Muñoz, A. M. (2020). La (in)suficiencia del derecho: la producción de la verdad en escenarios transicionales. *Revista Derecho del Estado*, 48, 85-112. <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.04>.

Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? *International Review of the Red Cross*, (862). <http://www.un.org/icty/latest-e/index.htm>.

Newman, V. (2009). Falso o verdadero (¿el derecho a la verdad es norma imperativa internacional?). *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (14), 43-69. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562009000100003#:~:text=No%20es%20este%20reconocimiento%20suficiente,los%20desaparecidos%20para%20los%20familiares.

Nin, M. C. (2021). Aportes de la geografía a la enseñanza de los genocidios y a la construcción de memoria colectiva. *Didáctica Geográfica*, 22, 247-273. <https://didacticageografica.age-geografia.es/index.php/didacticageografica/article/view/629/570>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (18 de febrero de 2005a). *Promoción y protección de los derechos humanos*. <https://www.derechos-humanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (16 de diciembre de 2005b). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (23 de diciembre de 2010). *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>.

Padrón, P. A., Narváez, C. I., Guerra, M. A. y Erazo, J. C. (2020). El derecho a la verdad como mecanismo idóneo de reparación integral. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(8), 274-295. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7408567>.

Ramos, D. (2013). La memoria colectiva como re-construcción: entre lo individual, la historia, el tiempo y el espacio. *Realitas. Revista de Ciencias Sociales, Humanas y Artes*, 1(1), 37-41. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6984235.pdf>.

Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Editorial Universidad del Rosario.

Rousso, H. (2012). Para una historia de la memoria colectiva: El post-Vichy. *Aletheia*, 3(5), 1-15. http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.5463/pr.5463.pdf.

Ortega, L. G. y García, J. P. (2019). La verdad en la justicia transicional. *Revista Iusta*, 1(50), 39-63. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2019.0050.02>.

Umaña, C. (2021). Derecho a la protesta en época de pandemia: el caso colombiano. *XIV Jornadas de Sociología*. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. <https://cdsa.aacademica.org/000-074/262>.

Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En R. Uprimny, M. P. Saffon, C. Botero y E. Restrepo (eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y*

reparación para Colombia (pp. 109-138). Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20transicional%20sin%20transici%C3%B3n.pdf>.

Uprimny, R. (2022). El “estallido social” colombiano: Reflexiones sobre protesta y derechos humanos en democracias débiles. *Deusto Journal of Human Rights*, 10, 133-159. <https://djhr.revistas.deusto.es/article/download/2625/3141/>.

Vásquez, J. M. (2019). Aspectos generales del derecho a la verdad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 69(274) 645-681. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/69953>.
testa ciudadana frente al covid-19. *Revista Advocatus*, 35, 9-11. https://www.researchgate.net/publication/356181017_La_Reforma_Tributaria_y_el_Derecho_a_la_Protesta_ciudadana_frente_al_Covid_19.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE FALSOS POSITIVOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA*

EVIDENCE FLEXIBILITY IN CASES OF FALSE POSITIVES IN COLOMBIAN JURISPRUDENCE

FLEXIBILIZAÇÃO PROBATÓRIA EM CASOS DE FALSOS POSITIVOS NA JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA

DANY STEVEN GÓMEZ AGUDELO**

JUAN ESTEBAN AGUIRRE ESPINOSA***

PAULA ANDREA MALAVERA PINEDA****

BRYAN STIVEN VÁSQUEZ MORENO*****

JULIÁN CAMILO GIRALDO NARANJO *****

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a15

* Este artículo es un resultado de la investigación denominada “Efectivización de las garantías constitucionales en la implementación de la justicia digital, durante la pandemia del covid-19 en Colombia”, financiada por la Universidad Católica Luis Amigó Sede Medellín (Colombia), en el año 2023. Research Organization Registry: <https://ror.org/055d5bf90>

** Abogado de la Universidad Católica Luis Amigó. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA). Magíster en Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó. Conjuez del Tribunal Administrativo de Antioquia (Colombia). Docente de Derecho Administrativo General, Procedimiento Administrativo General y Procedimientos Especiales, Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. Docente del Semillero de Investigación en Ciencia y Derecho. Líder del grupo de investigación Jurídicas y Sociales, en la línea de “Derecho y sociedad”, reconocido en A por Minciencias. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=YaysRIIAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2687-0146>, correo electrónico: dany.gomezag@amigo.edu.co y danygomezagudelo@hotmail.com

Resumen

Este artículo propone una revisión crítica de las decisiones del Consejo de Estado de Colombia, ya que algunos fallos al analizar la responsabilidad del Estado no han tenido en cuenta la flexibilización probatoria en casos de ejecuciones extrajudiciales, conocidos como falsos positivos. El objetivo es establecer los fundamentos dogmáticos que permiten el dinamismo probatorio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado entre 2018 y 2022 en Colombia. La metodología utilizada consistió en abordar las causas, el contexto y algunos aspectos teóricos en precedentes judiciales, y la literatura especializada sobre el tema, con el fin de comparar analíticamente la información. Se concluye que los principios de equidad y *pro homine* permiten efectuar una distribución de la carga probatoria, para lograr una justicia material de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

Palabras clave: falsos positivos, flexibilización probatoria, distribución de la prueba, prueba indiciaria, responsabilidad del Estado.

*** Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Especialista en Derecho Tributario Internacional de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Ponente y conferencista internacional. Investigador adscrito al grupo de investigación Jurídicas y Sociales, en la línea de “Derecho y sociedad”, reconocido en A por Minciencias. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=9QD3rjkAAAAJ&hl=es>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9012-9585>, correo electrónico: aguirreespinosaesteban@gmail.com

**** Contadora pública y abogada de la Universidad Católica Luis Amigó. Especialista en Gestión y Control Tributario de la Universidad Católica Luis Amigó. Magíster en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Medellín. Docente universitaria y egresada del Programa de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó (Medellín, Colombia). Integrante del Semillero en Ciencia y Derecho. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=j0JtiggAAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7856-7574>, correo electrónico: paula.malaverapi@amigo.edu.co

***** Abogado de la Universidad Católica Luis Amigó (Medellín, Colombia). Integrante del Semillero en Ciencia y Derecho. Google Scholar: ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1391-3373>, correo electrónico: bryan.vasquezmo@amigo.edu.co

***** Abogado y comunicador corporativo. Magíster en Derecho. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia. Asesor jurídico del Congreso de la República y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=TCN3uscAAAAJ&hl=es>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3895-382X>, correo electrónico: julian-1829@hotmail.com

Abstract

This article proposes a critical review of the decisions of the Council of State of Colombia, since some rulings when analyzing the responsibility of the State have not taken into account the flexibility of evidence in cases of extrajudicial executions, known as false positives. The objective is to establish the dogmatic foundations that allow evidentiary dynamism in the jurisprudence of the Constitutional Court and the Council of State between 2018 and 2021 in Colombia. The methodology used consisted of addressing the causes, the context and some theoretical aspects in judicial precedents and specialized literature on the subject, in order to analytically compare the information. It is concluded that the principle of equity and pro homine, allow a distribution of the burden of proof, to achieve material justice for the victims of serious violations of human rights.

Keywords: false positives, evidence flexibility, indicative evidence, distribution of evidence, State responsibility.

Resumo

Este artigo propõe uma revisão crítica das decisões do Conselho de Estado da Colômbia, uma vez que alguns julgamentos ao analisar a responsabilidade do Estado não consideraram a flexibilização probatória em casos de execuções extrajudiciais, conhecidos como falsos positivos. O objetivo é estabelecer os fundamentos dogmáticos que permitem o dinamismo probatório na jurisprudência da Corte Constitucional e do Conselho de Estado entre 2018 e 2022 na Colômbia. A metodologia utilizada consistiu em abordar as causas, o contexto e alguns aspectos teóricos em precedentes judiciais e na literatura especializada sobre o tema, com o intuito de comparar analiticamente as informações. Conclui-se que os princípios de equidade e pro homine permitem efetuar uma distribuição do ônus da prova, a fim de alcançar uma justiça material para as vítimas de graves violações de direitos humanos.

Palavras-chave: falsos positivos, flexibilização probatória, distribuição do ônus da prova, prova indiciária, responsabilidade do Estado.

Introducción

El conflicto armado colombiano, reconocido oficialmente por la Ley 1448 de 2011, es el resultado de una multiplicidad de causas que fueron el germen de diversas respuestas violentas ante la pobreza, el hipercentralismo del Estado, la corrupción, la desigualdad, la concentración de la riqueza y la propiedad sobre la tierra, etc. La transversalidad de las disputas armadas ha hecho que estas parezcan como inherentes a la historia patria, de tal suerte que “al lado de un sistema de valores e instituciones liberales que emergen claramente en la década de 1810, coexisten prácticas recurrentes, circulares, de coacción y cerramiento sociales en gran escala” (Palacios, 2012, p. 26). La complejidad del conflicto colombiano se ve representada tanto por la variedad de tácticas empleadas en la guerra, como por la pluralidad de víctimas (mujeres, niños, afrodescendientes, campesinos, indígenas, población LGTBI) y de victimarios, teniendo en cuenta que los agentes del Estado participaron de manera activa en la violación de los derechos humanos de la población.

Entre 2002 y 2010 se implementó en Colombia una política de “seguridad democrática”, basada en una lógica eficientista que otorgaba beneficios a los militares según el número de bajas en combate, lo que estimuló indirectamente el incremento de las ejecuciones extrajudiciales, denominadas como falsos positivos, esto es, ciudadanos asesinados y presentados como guerrilleros caídos en combate.

En ese sentido, las víctimas indirectas de estas violaciones de los derechos humanos han acudido a los estrados judiciales para reclamar, mediante el medio de control de reparación directa, el pago de los perjuicios ocasionados por el fallecimiento en forma violenta de sus seres queridos; sin embargo, algunas autoridades les han exigido cumplir con la carga de la prueba, recaudando la evidencia necesaria para acreditar la ocurrencia de un falso positivo a manos de un agente del Estado, y lograr demostrar así la responsabilidad extracontractual del Estado para acceder a la reparación integral.

Precisamente, las condiciones de las víctimas —situaciones que ocurren generalmente en zonas rurales— hacen que desconozcan que deben recoger la prueba, y que sientan temor a sufrir retaliaciones por parte de integrantes de la fuerza pública, lo que dificulta e incluso puede impedir la recolección de las pruebas; por eso, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (Corte IDH) ha propuesto establecer una flexibilización probatoria en casos de graves violaciones a los derechos humanos, dinamizando la carga de la prueba, para que así el Estado —que cuenta con mayores medios de defensa— demuestre que no ocurrió una ejecución extrajudicial, y se haga uso, especialmente, de los indicios en favor de las víctimas.

Adicionalmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU 060 de 2021, analizó una sentencia proferida por el Consejo de Estado, con ocasión de un caso de falsos positivos. La Corte le llamó la atención al Consejo de Estado, debido a que el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no aplicó los principios de equidad y *pro homine*, ni flexibilizó la carga de la prueba en favor de las víctimas del caso, situación que hizo mucho más grave la violación de su derecho al acceso a la justicia y al debido proceso.

Por ello, la Corte Constitucional le ordenó al Consejo de Estado proferir un nuevo fallo teniendo en cuenta sus consideraciones y evitando el desconocimiento del precedente establecido en las sentencias SU 035 y 062 de 2018, efectuando una flexibilización probatoria que permitiera valorar el contexto de las afirmaciones de las víctimas de falsos positivos.

Así entonces, el objetivo general de la investigación consistió en establecer los fundamentos dogmáticos que permiten la flexibilización probatoria en casos de falsos positivos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado durante el período 2018-2022 en Colombia.

Para llevar a cabo lo anterior, se seleccionó el tipo cualitativo de investigación, esto es, se abordaron las causas, el contexto y aspectos de orden subjetivo del problema, y se escogió el paradigma dogmático jurídico, al acudir directamente a diversas fuentes formales del derecho, con miras a analizar la información encontrada, para ofrecer aportes a la comunidad académica y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además, se utilizó la técnica o instrumento de recolección de información de la revisión documental, y se procedió a sistematizar los datos pertinentes y comparar diversas fuentes, como sentencias, la doctrina especializada, trabajos de grado y artículos publicados en revistas indexadas.

Este trabajo se compone de tres capítulos. En el primero se da cuenta de los antecedentes históricos sobre la flexibilización de la prueba en casos de falsos positivos. En el segundo, se aborda la aplicación de la prueba indiciaria en la jurisprudencia para garantizar los derechos de las víctimas.

Mientras que en el tercero, se examinan las reglas para la configuración de la flexibilización probatoria en los casos de ejecuciones extrajudiciales.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE FALSOS POSITIVOS

En Colombia, un prolongado e ideologizado conflicto armado ha exterminado y desplazado a millones de personas. Desde la época de la independencia y su proceso colonizadorio, el país ha sufrido diferentes disputas armadas propiciadas por las oligarquías, cuyos medios históricos reflejan una perversa apropiación de la tierra.

Después del grito de independencia en 1810, las pugnas políticas entre centralistas y federales agitaron la situación colombiana; se creó un peligroso ambiente de antagonismo, en el que los primeros proponían una constitución de corte centralista, mientras los segundos eran reticentes frente a dicha propuesta. Esta contienda produjo las primeras guerras civiles en el país durante el siglo XIX.

A finales de la década de los cuarenta del siglo XX, un proyecto político liderado por Jorge Eliécer Gaitán propició un cambio de concepción del Estado y la sociedad; la incorporación de las ideas socialistas de la época al liberalismo democrático y la posibilidad de eliminar los privilegios para las oligarquías produjeron grandes expectativas para los más desfavorecidos.

Este modo de gobierno bipartidista excluyó las posturas políticas socialistas, agravando el conflicto por la mala distribución de la tierra, lo que dio lugar a que tras las constantes luchas armadas del Ejército Nacional contra rebeldes armados en la operación Marquetalia, a la cabeza de Guillermo León Valencia, se crearan las primeras guerrillas: “de esta operación militar emerge el mito fundacional de las FARC. Las autodefensas y disidencias liberales se concretaron plenamente en una organización armada móvil, transitando de la violencia tradicional [campesina] a una violencia político-ideológica revolucionaria” (Gallego, 2010, p. 121).

Tras la constitución de las guerrillas en Colombia, que se llevó a cabo entre los sesenta y los ochenta, las políticas conservadoras han sido constantes transgresoras de derechos humanos, tanto de combatientes como de la población civil, y han justificado estas graves vulneraciones arguyendo que se han cometido en aras de limitar la expansión de las políticas comunistas, pues las ideologías marxistas diseñaban programas políticos que reclama-

ban una distribución equitativa de la tierra que poseían los grandes terratenientes, quienes ostentaban el poder político de la época.

La década del setenta evidenció la grave situación económica, política y agraria por la que atravesaba Colombia. El gobierno conservador de Misael Pastrana Borrero (1970-1974) sepultó todos los logros alcanzados en las reformas agrarias de Lleras Restrepo y López Pumarejo.

Esta situación se agravó en la década de los ochenta, a raíz del tráfico de marihuana y cocaína, pues las guerrillas “marxistas” aceptaron el financiamiento y las alianzas con los narcotraficantes más poderosos del país; escenario que concluyó con el fortalecimiento armamentístico de dichos grupos delincuenciales, y por tanto, la degradación de la guerra desde ambos mandos.

En los años noventa, asfixiados por la delincuencia de las guerrillas “marxistas”, se crearon las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que en principio buscaban defender los territorios, el ganado y las empresas; sin embargo, como en las guerrillas, el narcotráfico permeó sus finanzas, y ello propició el anhelo de un estatus político a partir de ideologías de extrema derecha.

Ahora bien, el fenómeno de los falsos positivos es una consecuencia de la aplicación de una política estatal de lucha contrainsurgente que se llamó Body Count, la cual ha sido calificada como una estrategia por parte de las fuerzas militares de Colombia y conocida por el gobierno de los Estados Unidos desde la década de los noventa.

Si bien algunos consideran que no se tiene una definición clara del concepto de los falsos positivos, su enunciación se debe a las publicaciones periodísticas; jurídicamente, estas prácticas deplorables se pueden asociar con lo que se establece desde la normatividad penal como lo injusto, o con los delitos de ejecución extrajudicial desde el escenario del derecho internacional humanitario (DIH), o con lo que la legislación interna colombiana denomina delitos de desaparición forzada y homicidios en personas protegidas (Ley 599-2000). Por su parte, Aponte (2011) clarifica el concepto de falsos positivos así:

Se trata de personas muertas sin piedad fuera de combate, ajenas al conflicto armado, pero que son puestas en escena como falsos positivos; es decir, como logros de las fuerzas armadas frente a las guerrillas, todo con el propósito de obtener beneficios en la guerra (p. 93).

Según Rodríguez (2015), las Naciones Unidas han acuñado una conceptualización que aclara en qué consiste una ejecución extrajudicial, refiriéndose a ella como los asesinatos de civiles para hacerlos pasar por guerrilleros muertos en combate. El autor indica que se perpetra una ejecución extrajudicial cuando ciertos individuos actúan comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado y dan muerte a una persona de una forma característica de la privación ilegítima de la vida.

El panorama no es nada alentador, sobre todo para las víctimas de estos flagelos. De acuerdo con Dussán (2016), “fue en agosto de 2008 cuando sale a la luz pública la muerte en combate de varios jóvenes de Soacha por parte de las Fuerzas Militares, los cuales fueron presentados como subversivos e integrantes de bandas criminales o delincuentes comunes” (p. 9).

Estos crímenes ocurrían con mayor frecuencia en sectores rurales; por ello, las pruebas que llevan a la certeza de las infracciones son en muchas ocasiones difíciles de aportar a las investigaciones en materia penal y en los procesos de indemnización a los que se encuentra vinculado el Estado colombiano. Sin embargo, la Corte IDH ha establecido criterios de flexibilización desde el control de convencionalidad directo que realiza en los casos planteados a su jurisdicción, como se describe a continuación.

La Corte IDH ha señalado, conforme a la práctica y la valoración de la prueba en casos de violaciones sistemáticas de derechos convencionales, que su apreciación se aísla de los criterios formalistas de los ordenamientos jurídicos internos, como se reseña en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, en la Sentencia del 24 de junio de 2005, donde se estableció lo siguiente:

Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional, de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (p. 16).

En el caso *Escher y otros vs. Brasil*, en la Sentencia del 6 de julio de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) se sostuvo que

El Tribunal ha establecido que es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, “siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”. Al respecto, la Corte ha señalado que corresponde a la parte demandante, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato; no obstante, ha destacado que a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio (p. 38).

En este contexto, la gran mayoría de los casos de graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al DIH en Colombia, que han sido cometidas en el marco del conflicto armado interno, se ha presentado en situaciones de total impunidad, bien sea porque ocurren en rincones apartados de la geografía colombiana o porque las cometen las fuerzas militares, que de cualquier manera buscan esconder la verdad.

LA PRUEBA INDICIARIA EN CASOS DE FALSOS POSITIVOS

El objetivo de este acápite es establecer cómo opera la prueba indiciaria en los casos de ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos, que ocurren en zonas rurales, en circunstancias probatorias que dificultan dar por probados los hechos en un proceso contencioso administrativo.

Como la acepción de la palabra lo señala, indicio es una variación de *indicare*, que significa indicar, hacer evidente algo, exponer, hacer notorio un hecho a partir de un razonamiento jurídico. Es apropiado pensar que esta palabra proviene de *indiciare*, consecuencia de la contracción de *inde dicere*, que revelaría el hecho, pero esclarecido por el argumento probatorio que el intérprete es capaz de extraer de él, es decir, el hecho indicado.

Desde tiempos remotos los seres humanos han utilizado los indicios para (re)construir hechos no conocidos, desarrollando diferentes formas de uso e interpretación. Como consecuencia de sus escasas fortalezas físicas, se transformaron en cazadores racionales, y recolectaron vestigios como pisa-

das, olores y sonidos para mejorar su efectividad y de esta manera asegurar su supervivencia.

Este contexto propició en el primitivo la elaboración de inferencias para hostigar a la presa; aquellas fueron afinadas a través de operaciones mentales y le permitieron la caza de animales que lo doblaban en tamaño y peso. Así lo manifiesta Ginzburg (1989):

Durante milenios, el hombre fue cazador. La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba (p. 144).

Ellos fueron pioneros en narrar acontecimientos ignorados a partir de rastros que en principio pueden ser ínfimos, pero que, al concatenar una relación entre ellos, establecen una convergencia para (re)construir un hecho desconocido. Carlo Ginzburg afirma (1989): “el cazador habría sido el primero en ‘contar una historia’, porque era el único que se hallaba en condiciones de leer, en los rasgos mudos (cuando no imperceptibles) dejados por la presa, una serie coherente de acontecimientos” (p. 144).

En la mitología griega, Sófocles narra la historia de Layo y Edipo Rey; el primero cargó durante toda su vida con la maldición de Apolo, quien le manifestó que sería asesinado a manos de su propio hijo; intentando evadir aquella profecía y siendo Rey de Tebas, ató las piernas de su hijo recién nacido y lo envió con un sirviente al intransitable monte Citerón para desaparecerlo. Edipo fue rescatado y enviado a Corinto, en donde reinaba Pólibo. Años más tarde el oráculo le advierte que será el asesino de su padre y se casará con su propia madre. Tratando de fugarse de su destino, huye acompañado de algunos bandoleros, y en una encrucijada de tres caminos asesina a Layo y se proclama rey.

Durante su reinado y a raíz del asesinato de Layo, la ciudad padeció de las pestes propias de la época, cumpliéndose así la maldición divina; esta circunstancia provocó que su nuevo rey (Edipo), de quien se desconocían los verdaderos descendientes y el lugar de nacimiento, enviara al sabio del pueblo a consultar el oráculo para salvar la ciudad.

Cuando Tiresias regresa al palacio, señala a Edipo como el asesino, y anuncia el destierro o la muerte de este para liberar a Tebas; comunica además lo que van a ser los indicios de la investigación. Sófocles (2014) señala:

Saldrá a la luz que es tebano por su linaje y no se complacerá de tal suerte. Ciego, cuando antes tenía vista, y pobre, en lugar de rico, se trasladará a tierra extraña tanteando el camino con un bastón. Será manifiesto que él mismo es, a la vez, hermano y padre de sus propios hijos, hijo y esposo de la mujer de la que nació y de la misma raza, así como asesino de su padre (p. 16).

Edipo consulta a su esposa Yocasta los acontecimientos de la muerte de su antiguo esposo (Layo), para ir armando el rompecabezas de la escena ignorada, y esta le informa a Sófocles (2014), quien afirma:

Una vez le llegó a Layo un oráculo, no diré que del propio Febo, sino de sus servidores, que decía que tendría el destino de morir a manos del hijo que naciera de mí y de él. Sin embargo, a él, al menos según el rumor, unos bandoleros extranjeros lo mataron en una encrucijada de tres caminos. Por otra parte, no habían pasado tres días desde el nacimiento del niño cuando Layo, después de atarle juntas las articulaciones de los pies, le arrojó, por la acción de otros, a un monte infranqueable (p. 16).

En este escenario, Edipo intuye que es el asesino de su padre, pues recuerda que pocos días antes de ser rey tebano luchó junto con los bandoleros que lo acompañaban en una intersección de tres vías. Enseguida, Edipo interroga a profundidad a Yocasta y ella le cuenta que a Layo lo custodiaban cinco personas y un heraldo, quienes se movilizaban en una carroza; además, relaciona el físico de ambos por su apariencia semejante, a lo que Edipo responde: “Sería imposible que con tales indicios no descubriera yo mi origen” (Sófocles, 2014, p. 34). A Edipo le restaba averiguar su ascendencia, y para ello escucha atentamente a dos de sus sirvientes, quienes también lo habían sido de su antecesor:

MENSAJERO. —¡Ea! Dime ahora, ¿recuerdas que entonces me diste un niño para que yo lo criara como un retoño mío? SERVIDOR. —¿Qué ocurre? ¿Por qué te informas de esta cuestión? MENSAJERO. —Este es, querido amigo, el que entonces era un niño (Sófocles, 2014, p. 34).

Edipo abandona a Tebas ciego y pobre, consumándose la profecía del viejo Tiresias y acreditándose cada uno de los indicios: 1) Tebano de nacimiento; 2) ciego cuando antes tenía vista; 3) pobre en lugar de rico; 4) hermano y padre de sus propios hijos; 5) hijo y esposo de la mujer de la que nació y de la misma raza; 6) así como asesino de su padre.

Apoyado en las teorías de Morelli, un médico que se encargó de observar minuciosamente rasgos pictóricos para la atribución de la autoría de pinturas de la Edad Antigua y la Edad Media, Sigmund Freud cimentó la teoría del psicoanálisis basado en la sintomatología; ello con el objeto de ensamblar una historia ignorada, pues de esta manera el médico, a través de signos e indicios, físicos o psíquicos (síntomas), lograba enlazar y relatar una historia que le era incomprensible por vía directa.

Desde entonces, la aplicación de la semiótica en las ramas de los saberes humanos ha ocupado un lugar esencial, y en el mundo jurídico no ha sido la excepción, pues el jurista, a pesar de su desarrollada razonabilidad, está imposibilitado para conocer de primera mano gran parte de los acontecimientos relevantes de una escena; es por ello por lo que se vale de los vestigios, rastros, rasgos e indicios para descubrir un hecho que todavía ignora, pero que le es posible conocer.

En sus estudios filosóficos del derecho, Carlo Ginzburg (1989) define la semiótica médica o sintomatología como “la disciplina que permite diagnosticar las enfermedades inaccesibles a la observación directa por medio de síntomas superficiales, a veces irrelevantes a ojos del profano” (Ginzburg, p. 143).

A partir de los tres ejemplos anteriores se puede concluir que los indicios son las piezas de un rompecabezas, que por obvias razones tienen relación con el todo; pero a pesar de que la tengan, es necesario articular las piezas de manera concomitante para que sirvan como objeto de prueba en un proceso judicial; y es así como se (re)construye la historia no conocida de un hecho, ensamblando indicios que coinciden con los acontecimientos conocidos, para inferir desde la crítica y la sana experiencia la probabilidad de un hecho por conocer.

El primer asomo de los indicios en el derecho ocurrió en Roma. Allí no se tenían las reglas de calificación y aceptación de las legislaciones modernas; sin embargo, el juez estaba facultado para inferir una probabilidad, si estos eran suficientes. Fueron los medievales quienes trataron de clasificar por primera vez los indicios.

Con la transformación de las ciencias jurídicas, los indicios también fueron mutando, y en nuestro ordenamiento jurídico, como en el de los demás Estados, han sido de gran importancia, pues limitar el conocimiento probatorio a la percepción directa de los hechos limita alevosamente no solo las garantías de quienes están inmersos en el proceso, sino también el conocimiento objetivo del derecho, ya que al hombre le es imposible conocer cada hecho ocurrido de primera mano.

De esta concepción se desprende la clasificación de los indicios como prueba indirecta; situando como centro de gravedad el juicio concluyente de la inferencia lógica que hace el juez. Sobre esta teoría fueron fundadas las decisiones judiciales de los años ochenta.

No obstante, esta posición adoptada por la Corte, que implica situar el centro de gravedad del indicio en las inferencias lógicas que el togado es capaz de realizar, recibió críticas contundentes, pues el indicio es un hecho autónomo a pesar de que necesita de relaciones fácticas para acreditarse; asimismo, asevera Parra (2015):

El indicio es un hecho, con esto estamos significando que debe mostrar su faz, porque reducir el indicio al juicio lógico crítico o colocar a este juicio como centro de gravedad resulta un atentado contra la libertad de las personas que tendrían que defenderse (p. 25).

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia extendió la concepción y la aplicación de la prueba indiciaria, ponderando el indicio como un hecho, y tomando una posición más proteccionista para los procesados. De esta manera, se garantizan el acceso a la justicia, la igualdad de armas en materia probatoria y el debido proceso; es tal el desarrollo actual de dicha prueba que se desestiman enfáticamente aquellos argumentos que pretenden subordinarla.

De ese modo, la investigación encontró que los pronunciamientos de la Corte Constitucional refuerzan la posibilidad de brindar plenos efectos jurídicos a medios probatorios indirectos, como la prueba indiciaria; por ejemplo, es procedente la valoración de recortes de prensa con información relevante, para que un juez pueda resolver un medio de control de reparación directa por un homicidio extrajudicial, dado que estos por sí solos no tienen la fuerza de convicción suficiente para que el operador judicial pueda decidir el caso, pero si se valoran con otras pruebas, se convierten en plena

prueba para la acreditación o la presunción de ciertos hechos. Sobre el particular, Sánchez *et al.* (2019) explican que “es deber del juez administrativo acudir a criterios flexibles y privilegiar la valoración de los medios de prueba indirectos, a fin de alcanzar la verdad histórica de los hechos y lograr la satisfacción de los derechos fundamentales de las víctimas” (p. 10).

Un caso emblemático que explica esta afirmación es la sentencia de la Corte IDH en el caso de Pueblo Bello vs. Colombia, que narra la desaparición de decenas de campesinos en el municipio de Turbo (Antioquia), a manos del paramilitar Fidel Castaño, en hechos ocurridos el 14 de enero de 1990, en los que sujetos armados incursionaron violentamente entre la población civil, amarraron a las víctimas y las obligaron a montarse en dos camiones. Los siguientes elementos permitieron resolver judicialmente el caso:

1. La zona de los hechos tenía una alta y notoria presencia de paramilitares.
2. Los campesinos asesinados se desempeñaban en actividades agrícolas.
3. Se demostró que en la carretera por donde pasaron los camiones que transportaban a los paramilitares con sus víctimas se encontraba un retén militar.

Sobre el particular, Sánchez *et al.* (2019) afirman que

si bien no se logró acreditar una participación directa u omisiva de las fuerzas militares que se encontraban en dicho retén; haciendo uso de la lógica y la experiencia —el hecho de que dicha carretera fuese la única posible para el desplazamiento de los rehenes— permitió inferir, como mínimo, la omisión de la obligación de Colombia de proteger los derechos humanos contenidos en la CADH (p. 20).

Por ello, válidamente se configuró el análisis que permitió la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, mediante la prueba indiciaria, indemnizando a cada una de las víctimas y los familiares de los desaparecidos, en aplicación de los principios *pro homine* y de equidad.

En reiteradas sentencias, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que la flexibilización probatoria en casos de graves violaciones de derechos humanos es una clara manifestación de la equidad como garantía a los derechos de las víctimas. El principio *pro homine* juega un papel fundamental al aplicar las reglas de la experiencia, la sana crítica y la lógica, dado que los estándares probatorios obligatoriamente deberán flexibilizarse, para

que las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales puedan acceder a una decisión favorable en el medio de control de reparación directa.

En la decisión judicial T 535 de 2015, la Corte Constitucional, al estudiar la acción de tutela contra una decisión judicial que negó la condena a la nación por la ejecución extrajudicial de unos jóvenes en el departamento del Tolima, se pronunció tajantemente, pues manifestó que los fundamentos éticos de la existencia del Estado social de derecho son la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, conforme lo sostiene Ferrajoli, los derechos humanos son intereses vitales de la humanidad que prescriben la dignidad de la persona frente al Estado. A la luz de esta concepción, que hace parte de los principios irradiadores del ordenamiento constitucional colombiano, las motivaciones esenciales de las ramas del poder público no son otras que la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos; actuar contra ello es desconocer siglos de evolución en busca de la racionalidad humana.

En la Sentencia T 237 de 2017, en una acción de tutela contra la providencia judicial que negó el medio de control de reparación directa a los familiares de un campesino asesinado en La Ceiba (Guaviare), la Corte decidió flexibilizar el estándar probatorio, toda vez que las imposibilidades de la víctima para acceder a los medios de pruebas resultaban utópicas.

En este sentido, la Corte sostuvo que, tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, la “justicia rogada” no opera con todas sus formalidades, con lo cual recae sobre el juez la obligación de garantizar los derechos de quienes acuden a la justicia, debiendo, si es del caso, decretar pruebas de oficio y adoptar las medidas necesarias para resolver la controversia puesta a su consideración.

En la sentencia SU 035 de 2018 de la Corte Constitucional, que resolvió el caso del asesinato de Olivo Peña Ortega, en El Tarra, el órgano constitucional expresó claramente su preocupación por el infundado desconocimiento que en sus providencias ha venido implementando el Consejo de Estado, incurriendo en defectos sustantivos en la interpretación del principio *pro homine*.

La Corte Constitucional encontró que el Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente, pues en materia de homicidios en persona protegida —denominados comúnmente falsos positivos— existe una nutrida línea jurisprudencial, en ese tribunal y también en esta corporación, sobre la flexibilización de los estándares probatorios en materia de

violaciones graves de los derechos humanos, con lo cual se admite que demostrar tal hecho mediante una prueba directa es casi imposible por la vulnerabilidad de las víctimas y la posición dominante que ejercen las fuerzas militares, por lo que se ha establecido que los indicios son los medios probatorios que por excelencia permiten que el juez determine la responsabilidad patrimonial de la nación, aplicando un rasero menor que el que podría aplicarse en materia penal.

En este sentido, el indicio puede definirse como una creación que parte de la lógica jurídica y que permite la verificación total y plena de ciertos hechos. La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en Sentencia del 10 de abril de 2013, indicó:

Naturalmente, los indicios por sí mismos carecen de entidad, como que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida. Por eso, si del hecho indiciario no se tiene un convencimiento pleno, la deducción viene a ser “contraevidente” (p. 30).

Por esta razón, se puede deducir que mientras más cercana se vea la consecuencia a la lógica y las máximas de la experiencia, mayor será la connotación probatoria que tendrá el indicio.

El indicio debe tener como elementos básicos un hecho conocido que sea indicador o comprobado, un nexo lógico que puede ser inductivo o deductivo, y un hecho desconocido o indicado que es lo que se pretende buscar. La prueba indiciaria debe fundamentarse en el principio de equidad, según el cual el juez debe ordenar las pruebas para ambas partes y no solamente para quien esté en mejores condiciones de proveerlas; el juez debe garantizarles a las partes la posibilidad de estar en equidad horizontal, de tal manera que se les guarde el cumplimiento de los principios fundamentales a la hora de las actuaciones procesales, y que puedan incorporar los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad.

La sana crítica se ha conceptualizado como un paradigma de tipo valorativo que permite al juez analizar las pruebas y, a partir de varios enfoques, concluir la veracidad de los hechos o pretensiones de las víctimas; estos enfoques son la lógica que se relaciona como una construcción de premisas que se fundamenta en la asociación entre causa y efecto; el sentido

común, que es el sentimiento o pensamiento de un colectivo sobre un asunto o hecho en especial; las reglas o máximas de la experiencia, que son parte interna del juez, porque comprenden una acumulación de sus vivencias propias o de experticias que utiliza para realizar la valoración de cada prueba; y el conocimiento de la ciencia, del arte y de la técnica, pues el juez como persona idónea pretende profundizar en las concepciones de estos temas, para apreciar de manera más clara las circunstancias del proceso y determinar cuál es la mejor decisión.

En este tipo de procesos existe una imperiosa necesidad de la prueba indiciaria, debido a que en la mayoría de los casos se observa la falta de otros medios de prueba, lo que se traduce en que no se aplican pruebas de oficio, o confesiones; además de que los hechos producto del fenómeno de los falsos positivos fueron cometidos muchos años atrás, lo que hace que el operador judicial deba apelar a su talento para valorar pruebas, toda vez que en calidad de director del proceso, como lo indica Parra (2015), “debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyado en la experiencia” (p. 19), todo ello acompañado del procedimiento que debe realizar para estudiar los hechos y las circunstancias que los rodean.

Para la producción sólida de estos procesos, las partes en principio deben solicitar el decreto y la práctica de las pruebas que tengan a la mano y que crean convenientes, desde la demanda o su contestación, mientras que el operador judicial es quien se encarga de desarrollar dichas acciones y les da la debida valoración dentro de la fase probatoria, en la que de forma inequívoca y prioritaria se trae a colación la prueba indiciaria.

Es importante resaltar que la desafortunada vulneración de los derechos humanos, en la actualidad, no se encuentra incluida entre las causales taxativas que, por regla general, constituyen una premisa de responsabilidad. No obstante, esto no impide que se declare la responsabilidad en tales casos, especialmente cuando el juez, basándose en indicios, determina que es necesario hacerlo.

La prueba indiciaria, entonces, ha ido ganando espacio en la jurisdicción contenciosa administrativa, debido a que los operadores judiciales en casos recientes, sin vacilación, acuden a este medio probatorio con el fin de obtener certeza de la verdad, teniendo en cuenta cada uno de los aspectos que se relacionan con los hechos que provocan el proceso contencioso administrativo, y aunque no se aleja de la realidad de lo que en la actuali-

dad se llama “falla en el servicio”, se puede afirmar que la responsabilidad por graves violaciones de los derechos humanos se atribuye a la falla en el servicio inherente, la cual puede ser un error no intencional o un exceso en la ejecución de las funciones de los agentes del Estado, pero no obedece necesariamente a un desconocimiento deliberado de los derechos humanos. Estas acciones resultan ser hechos que comprometen el bienestar de las personas y que, desafortunadamente, el Estado intenta ocultar.

Un caso en el que se tuvieron en cuenta tanto los indicios como otros medios probatorios, y en el que se discute un conflicto sobre graves violaciones de los derechos humanos, es el que se presentó por la muerte del señor Fabio Medina Guerra, quien sufrió una ejecución extrajudicial a manos del Ejército Nacional de Colombia. Las víctimas interpusieron la demanda por el medio de control de reparación directa; sin embargo, el fallo fue negativo para los demandantes, porque a pesar de que se demostró que en el expediente que se llevó en la jurisdicción penal figuraban los restos del señor Medina Guerra, no existía un documento oficial que acreditara tal muerte, como un registro civil de defunción.

Estas discrepancias que se originaron en la sede contenciosa administrativa hicieron que la parte demandante interpusiera una acción de tutela por vulneración al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la reparación integral, y nuevamente se negaron sus pretensiones tanto en primera como en segunda instancia. Luego, mediante la Sentencia T 237 de 2017 de la Corte Constitucional, se revocaron estos fallos, dado que se estableció un defecto fáctico por la falta de valoración probatoria, amparando así los derechos vulnerados a los familiares del señor Medina Guerra, pues a juicio de la Corte Constitucional, tanto el juez administrativo como los jueces constitucionales de primera y de segunda instancia, no valoraron ni tuvieron en cuenta los fundamentos fácticos ni jurídicos puestos a consideración en el proceso penal, los cuales permitían atribuir, mediante prueba indiciaria, la responsabilidad al Ejército Nacional de Colombia en la ejecución del señor Fabio Medina Guerra.

LAS REGLAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

Las ejecuciones extrajudiciales señaladas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos son prohibidas, lo cual ha generado, además, la responsabilidad internacional del Estado, tanto por el incumplimiento de su obligación de no hacer (no ejecutar arbitrariamente) como por el incumplimiento de sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar los casos de falsos positivos. Esta serie de pronunciamientos internacionales se emite de forma excepcional, y deben estar planeados y limitados proporcionalmente, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control en el ordenamiento jurídico interno.

El 21 de diciembre de 2018, la Corte IDH en el caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia declaró responsable al Estado colombiano por las ejecuciones extrajudiciales bajo la modalidad de falsos positivos de los jóvenes Wilfredo Quiñones Bárcenas, José Gregorio Romero Reyes, Albeiro Ramírez Jorge, Gustavo Giraldo Villamizar Durán, Elio Gelves Carrillo y Carlos Arturo Uva Velandia, ocurridas en los departamentos de Arauca, Santander y Casanare entre los años 1992 y 1997. Estos casos, que se habían tramitado de manera independiente ante la Comisión Interamericana, se acumularon en la fase de fondo antes de llegar a la Corte; a su vez, se hace referencia a los falsos positivos como

ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado colombiano, con un *modus operandi* caracterizado por la muerte de civiles posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate, mediante diversos mecanismos de distorsión de la escena del crimen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Este es el primer fallo de un tribunal internacional en el que se reconoce un patrón de comisión de falsos positivos. El Estado colombiano reconoció su responsabilidad por violación del derecho a la vida, por lo que su defensa se basó en el rechazo de la acumulación de los casos y en alegar la inexistencia del patrón señalado, tesis que fueron derrotadas. Por lo anterior, la Corte IDH condenó al Estado colombiano por violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en perjuicio de las seis

víctimas del caso. En materia de reparaciones, la Corte ordenó al Estado colombiano la investigación, el juzgamiento y la sanción de los responsables, brindar atención adecuada en materia de salud a las víctimas, y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, garantizando la participación de las víctimas.

En el Consejo de Estado, la flexibilización probatoria ha acogido los principios fundamentales de justicia, verdad y reparación integral, para hacerlos valer dentro del estándar probatorio, porque deben examinarse de forma detallada las circunstancias particulares de cada caso, ya que el juez tiene como responsabilidad directa realizar una valoración de los medios de prueba indirectos, para poder tener en cuenta una amplitud histórica de todos los hechos ocurridos durante el proceso; es por eso por lo que las construcciones realizadas por terceros que no cuentan con una acreditación de veracidad no pueden tenerse en cuenta para que sean valoradas dentro del factor situacional de los hechos reales que hayan ocurrido; además, no se pueden presumir circunstancias que no puedan probarse como reales; por ello, se aplican las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

La aplicación de la flexibilización probatoria está encaminada a enmarcar, por encima de cualquier valoración, la relativa a los medios probatorios indirectos y que protege de forma integral los derechos de las víctimas, adicionando la protección de la igualdad en todas sus manifestaciones, con base en el artículo 13 de la Constitución Política, que añade como medios probatorios los siguientes: los hechos notorios, que buscan que tengan congruencia con la decisión que toma el juez; el juramento estimatorio, en el que se aprecia la prueba y se verifica si existe una compensación económica que debe indemnizarse; y el uso de presunciones, en las que se tendrá en cuenta cómo se invertirá la carga de la prueba en favor de la víctima, de acuerdo a los hechos reales que puedan demostrarse.

En la Corte IDH, la flexibilización probatoria se gradúa de acuerdo con la naturaleza y la gravedad del litigio; se aplican de manera preponderante la libertad probatoria y el principio de contradicción que de forma suprema garantiza a la víctima mejores condiciones para demostrar los hechos que expone en el proceso, considerando que el juez valora de forma preliminar y en todas las etapas la equidad, tanto probatoria como en cada una de las actuaciones procesales; los medios de prueba que prevalecen para la Corte IDH son las pruebas documentales, en las que se trata de aquellas a las que pueda dárseles el carácter de veraces, reales y fidedignas, y que puedan pro-

bar quienes las presentan en juicio; y las pruebas testimoniales, de personas relevantes para el proceso.

Otro caso relevante detectado en la investigación es el de Olivo Peña, un campesino de El Tarra (Norte de Santander) a quien retuvieron miembros del Ejército que luego le dispararon en varias oportunidades, simulando un combate, hasta causarle la muerte. Sus dos hijas presentaron el medio de control de reparación directa, en contra de la nación, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, con el fin de que se le reconocieran y pagaran los perjuicios ocasionados.

En decisión de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander falló a favor de una de las hermanas, reconociéndole perjuicios morales y patrimoniales, mientras que a la otra hermana le negó la pretensión por no acreditarse la legitimación en la causa por activa.

En segunda instancia, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado negó la pretensión al estimar que no se demostró que la víctima hubiese muerto en combate o como consecuencia del excesivo uso de la fuerza, o sea, no se comprobó la ejecución extrajudicial.

En el fallo, el Consejo de Estado presentó afirmaciones contradictorias entre sí, toda vez que en una parte señaló que no había pruebas de un enfrentamiento con arma de fuego, en el que hubiese participado el señor Olivo Peña, mientras que en otro acápite señaló que estaba probado que la muerte se produjo por un enfrentamiento.

Asimismo, la accionante alegó la ocurrencia de un defecto procedimental, toda vez que la Sección Tercera del Consejo de Estado realizó un examen para identificar si se cumplían los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando el alcance de su actuación se limitaba a analizar los argumentos del recurso de apelación.

La señora Amélica Peña Rangel instauró una acción de tutela contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al estimar vulnerados sus derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia e igualdad. Con el fallo de la Corte Constitucional (Sentencia SU-035 de 2018), el Consejo de Estado procedió a emitir una nueva decisión, teniendo en cuenta los planteamientos de la Corte Constitucional, mediante la Sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, con radicado 1100103150002 0160141301.

En este sentido, los falsos positivos constituyen una forma grave de violación de los derechos humanos, y gracias a los principios de equidad y *pro homine* se flexibiliza el estándar probatorio. El principio de equidad tie-

ne fundamento de rango constitucional y se convierte en norma de aplicación directa para los jueces, al consagrarse en la carta magna que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (República de Colombia, 1991, art. 230).

Sobre el particular, Sánchez *et al.* (2019) resaltan que “supone un criterio que le permite al juez, apoyado en la experiencia y la lógica, decretar la medida que le pueda ser más favorable a la víctima conforme al caso en particular, darle a cada quién lo que le pertenece” (p. 7).

Mientras que el principio *pro homine*, considerado como un criterio hermenéutico, posteriormente pasó a convertirse en un criterio de selección normativa, con el cual el juez debe aplicar la norma más favorable a la persona, Medellín (2019) afirma sobre el particular que “esta disposición contiene un intrincado sistema de principios específicos que sientan las bases para un diálogo activo entre la CADH y otras normas de derechos humanos, cualquiera que sea su origen —nacional o internacional—” (p. 8).

De este modo, el decreto y la práctica de las pruebas en procesos de reparación directa por falsos positivos no pueden verse desde la lógica del proceso tradicional, dado que las partes están en una desigualdad probatoria y el Estado tiene mayor infraestructura y mecanismos para recoger pruebas a su favor. Sería ilegítimo que el Estado exigiera la aplicación de la carga de la prueba en cabeza de las víctimas, cuando ni siquiera facilitó la obtención de la misma. En ese sentido, Ramírez (2020) afirma:

La carga probatoria en estos casos recae sobre la víctima, quien se ve limitada al momento de demostrar hechos, porque únicamente cuenta con medios probatorios indirectos como los indicios, caso distinto al Estado como la otra parte en el proceso, quien cuenta con pruebas directas como documentos y pruebas periciales, situación que genera inestabilidad jurídica y es allí donde el criterio de flexibilidad probatoria aplica (p. 26).

Por ello, la flexibilización procura mantener el equilibrio entre las partes y el respeto a la seguridad jurídica. Al respecto, Sánchez *et al.* (2019) indican que “se admite cuando los hechos que dan vida al proceso revisten una gravedad tal que ponen a la víctima en una situación de desventaja al reclamar la protección jurisdiccional de sus derechos” (p. 26).

Uno de los presupuestos esenciales del Estado social de derecho es contar con una debida administración de justicia, a través de ella se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de los ciudadanos, y se definen las obligaciones y los deberes que les asisten a la administración y a los asociados.

Para lograr el eficaz y efectivo cumplimiento de los mencionados fines del Estado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido en algunas ocasiones el derecho a la tutela judicial efectiva. Este precepto se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral, lo que implica que derechos como el acceso a la administración de justicia (art. 229), la igualdad (art.13), la defensa en el proceso (art. 29) y la efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) sean predicables a los sujetos procesales y a los ciudadanos en general que acuden a la administración de justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva no solo comprende reconocer a las personas naturales o jurídicas la posibilidad de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino también la obligación correlativa de estas de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio sea real y efectivo.

En ese orden de ideas, cuando el artículo 229 superior ordena garantizar el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia, está adoptando como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, la cual comporta el compromiso estatal de lograr en forma real y no meramente nominal que, a través de las actuaciones judiciales, se establezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se creen vulneradas.

Es por ello por lo que, con fundamento en el artículo 93 superior, el cual establece que los derechos y los deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, ha acogido los mecanismos establecidos en los instrumentos internacionales relacionados con este derecho. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) han marcado el desarrollo tendiente a garantizar el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos.

Este derecho está compuesto por tres elementos esenciales; el primero se refiere al acceso a la administración de justicia, lo que se traduce en el acceso a la jurisdicción competente para proponer un conflicto; el segundo

está integrado por el derecho a obtener una resolución de fondo de la *litis* para que se haga un estudio profundo de las pretensiones, el cual se verá reflejado en la obtención de una sentencia motivada, razonable, congruente y fundada en el derecho; y por último, pero igual de importante, el derecho a la ejecución de la sentencia que se profiera, que exige que el fallo proferido se cumpla y que se repare en su derecho al actor y se compense, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; de lo contrario, habría que convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan en simples declaraciones de buenas intenciones.

Ahora bien, un seguimiento a los pronunciamientos del Consejo de Estado,¹ con respecto a los casos en los cuales se examinan las ejecuciones extrajudiciales, ha proporcionado cinco reglas que se deben tener en cuenta en el momento de decidir sobre los asuntos puestos en conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, frente al tema de los falsos positivos:

1. En asuntos de ejecuciones extrajudiciales el juez está obligado a flexibilizar la valoración de las pruebas, estableciendo que el juez contencioso administrativo debe actuar como juez de convencionalidad, aplicando los estándares de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
2. Que los indicios adquieren una especial relevancia en el momento de determinar la responsabilidad patrimonial de la nación.
3. En casos de violaciones graves de los derechos humanos, las pruebas recopiladas en el proceso penal se pueden analizar y valorar como elementos suficientes y necesarios para justificar una condena patrimonial a la nación.
4. El estándar de la prueba en cabeza del Estado en materia de su responsabilidad en casos de posibles ejecuciones extrajudiciales es más alto.
5. En ciertos casos se puede invertir la carga de la prueba y exigirle al Estado demostrar que no ocurrió la alegada ejecución extrajudicial.

1 Para realizar un mejor análisis, consultar las siguientes providencias judiciales:
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2014, Expediente 26737.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Expediente 32988.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de octubre de 2014, Expediente 20411.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril de 2016, Expediente 47911.
Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2018, Expediente 46134.

Estos criterios jurisprudenciales indican que “la labor del juez debe ser más rigurosa, garantista y valerse de los instrumentos a su alcance en aras de buscar el esclarecimiento de la verdad y evitar una posible revictimización por incurrir en excesos rituales manifiestos”, conforme a lo establecido en la providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de noviembre de 2018, Expediente 46134.

Asimismo, el máximo tribunal de la justicia contenciosa administrativa de Colombia (2016) advierte que

el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas (p. 10).

En estas dos providencias judiciales relacionadas en el párrafo anterior, el Consejo de Estado abre la puerta para que los jueces contencioso administrativos del país realicen el control de convencionalidad indirecto, en el cual se acude a normas internacionales en virtud del bloque de constitucionalidad, entendido como ese puente entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Esto, conforme a la providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, en la cual se establece que “en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios” (p. 11).

Para la Corte Constitucional de Colombia, en los casos de reparación directa por falsos positivos, según la Sentencia SU-060 de 2021, se debe tener en cuenta:

1. La existencia de casos en los cuales se adelantó un enfrentamiento con armas que no eran idóneas para el combate.
2. Operaciones adelantadas en conjunto por “informantes desmovilizados”, que señalan a las víctimas como guerrilleros.
3. Contradicciones e imprecisiones en los testimonios de los militares respecto a la forma en que se adelantaron los enfrentamientos.
4. La falta de concordancia entre los relatos de los hechos realizados por los miembros de la fuerza pública y el protocolo de necropsia.

Finalmente, la Corte Constitucional ha observado que algunos fundamentos fácticos que generan la vulneración sistemática o grave de los derechos humanos por parte de los agentes del Estado traen consigo desequilibrios de fuerzas o estructuras de delincuencia institucional y organizada, lo que hace que para efectos de asegurar una efectiva garantía en la protección de los derechos fundamentales de las víctimas sea fundamental que se aplique la valoración probatoria y que quien la aplique sea el operador de justicia, que debe ser particularmente flexible; y, en la mayoría de los casos, remitirse a la prueba indiciaria es lo que va a determinar la diferencia entre declarar o no la responsabilidad patrimonial del Estado, y su consecuente indemnización de perjuicios para las víctimas.

CONCLUSIONES

Algunas decisiones del Consejo de Estado en el medio de control de reparación directa, por ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos, no han cumplido con el deber de efectuar una flexibilización de la valoración probatoria, omitiendo el estándar establecido por la Corte IDH, en virtud del bloque de convencionalidad, que respaldan diversos fallos de la Corte Constitucional y mediante el cual se pretende garantizar una justicia material, lo que se traduce en que se niega injustamente la solicitud de reparación integral de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos.

Los jueces y juezas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben conservar el deber legal de apropiarse de su rol de jueces de convencionalidad, efectuando una valoración probatoria que tenga en cuenta el contexto de las ejecuciones extrajudiciales o falsos positivos. Se destaca la obligación —no el deber— de acudir a la prueba indiciaria, efectuando infe-

rencias lógicas que, junto con otros medios de prueba, posibiliten la reconstrucción histórica de los hechos y corroboren las afirmaciones efectuadas por las víctimas.

De esta manera, la carga de la prueba no queda en cabeza de la víctima de los hechos (parte demandante), sino del Estado (parte demandada), que cuenta con mejores mecanismos y con la posibilidad de recolectar pruebas, con lo cual se garantiza su derecho a la defensa y la contradicción; por tanto, se modifica la carga de la prueba y se le exige que pruebe que no se cometió una ejecución extrajudicial o un falso positivo, lo que tiene como fundamento mandatos convencionales, constitucionales y expresas disposiciones de la Ley 1437 de 2011. Sobre el particular, Giraldo (2022) sostiene:

Cuando una de las partes, incluso siendo entidades demandadas como el Ejército Nacional, no ha cumplido con la carga de la prueba —no aporta las que tiene en su poder o no acredita gestión alguna para su consecución—, no puede solicitarle al Juez el decreto de las pruebas. Y en caso de hacerlo, este debe abstenerse de decretarlas; salvo cuando la parte acredite sumariamente la gestión y esta no haya sido atendida por la entidad pública o el particular (p. 31).

Asimismo, los indicios tienen la capacidad de demostrar un hecho oculto a través de una relación de inferencias lógicas que circulan alrededor del hecho investigado; es menester mencionar que, en aquellos casos de ejecuciones extrajudiciales las víctimas sufren la desaparición o la destrucción del material probatorio idóneo para acceder al medio de reparación directa; por esta razón, a la víctima le resulta indispensable acceder a un estándar probatorio flexible fundado en indicios, en aras de garantizar la igualdad probatoria y el acceso a la justicia.

Todo esto es lo que ha provocado la proliferación de víctimas que son en su mayoría sujetos de debilidad manifiesta y que no cuentan con la posibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana, a lo que se le suman la inactividad, el estatismo y la desidia estatal frente a las investigaciones de los hechos por parte de las autoridades correspondientes; sencillamente, es una expresa denegación de justicia, razón por la cual el juez contencioso administrativo debe acudir a criterios flexibles, privilegiando la valoración de medios de prueba indirectos, tales como la prueba indiciaria, que agregándose a las inferencias lógicas soportadas en las máximas o reglas de la experiencia y la sana crítica, buscan desembocar de forma integral

en la reconstrucción de la verdad de los hechos, y así darle el derecho a quien lo merece, con lo cual, a su vez, se brindan las garantías a las víctimas sobre la protección de sus derechos y la reparación del daño.

Lo anterior es desde todo punto de vista justificable y totalmente razonable, porque en casos de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al DIH se rompe el principio de la dogmática jurídico-procesal tradicional, que indica que las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, debido a que, en relación con las pruebas, las víctimas se encuentran en una posición totalmente desigual, lo que trae consigo que el operador judicial deba y tenga la obligación de flexibilizar los estándares probatorios, de tal manera que las víctimas puedan ver como una realidad los principios de justicia material y del acceso a la administración de justicia.

REFERENCIAS

Aponte, A. (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales*. Editorial Ibáñez.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2014). Sentencia del 28 de agosto de 2014. Expediente 32988 [C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/05001-23-25-000-1999-01063-01\(32988\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera (2015). Sentencia del 12 de marzo de 2015. Expediente 30413 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/042CasoChamorroNarvaez/52001-23-31-000-1999-00838-01\(30413\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TEXTOS_COMPLETOS/LibroDDHH/042CasoChamorroNarvaez/52001-23-31-000-1999-00838-01(30413).pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera (2016). Sentencia del 14 de septiembre de 2016. Expediente 34349 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/14-09-2016_25000232600020010182502%20.pdf.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2017a). Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente 32988 [C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-25-000-1999-00163-01\(32988\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-25-000-1999-00163-01(32988).pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2017b). Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente 44887 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2007-00371-01\(44887\)A.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2007-00371-01(44887)A.pdf).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A (2017c). Sentencia del 23 de marzo de 2017. Expediente 50941 [C. P. Hernán Andrade Rincón]. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/242/19001-23-33-000-2017-00068-01.pdf>.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B (2017d). Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente 46440 [C. P. Danilo Rojas Betancourt]. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2017/04/C-E-DECLARA-QUE-NO-OPERA-CADUCIDAD-EN-CASO-DE-LA-UP.pdf>.

Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia del 21 de noviembre de 2018. Expediente 46134. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/244/11001-03-15-000-2020-04068-01.pdf>.

Corte Constitucional (2012). Sentencia C-289 [M. P. Humberto Sierra Porto]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-289-12>.

htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a,aplica%20en%20 todos%20los%20%C3%A1mbitos.

Corte Constitucional (2014). Sentencia C-286 [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-286-14.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D286%2F14&text=La%20Corte%20encuentra%20que%20hay,lo%20resuelto%20en%20dicho%20pronunciamiento>.

Corte Constitucional (2015). Sentencia SU-636 [M. P. María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU636-15.htm>.

Corte Constitucional, Sala Plena (2018). Sentencia de unificación 035 [M. P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU035-18.htm>.

Corte Constitucional (2021). SU-060 de 2021 [M. P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU060-21.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia del 24 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006a). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006b). *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006c). *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Sentencia del 6 de julio de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia*. Sentencia del 20 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_364_esp.pdf.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2013). Sentencia del 10 de abril de 2013. Expediente n.º 11001 31 03 043 2006 00782 01 [M. P. Margarita Cabello]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/babr2013/providencias/S-%2010-04-2013%20\(1100131030432006-00782-01\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/babr2013/providencias/S-%2010-04-2013%20(1100131030432006-00782-01).doc).

Dussán, F. A. (2016). *Muertes cuestionadas en combate producto de errores administrativos en operaciones militares. La guerra judicial en el departamento de Caquetá, 2002-2010*. [Tesis de maestría]. Universidad

Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/7819/1/TESIS%20FINAL%20DE%20MAESTRIA%20DDHH%20Y%20DIH-22%20DE%20JUNIO%20DE%202016.pdf>.

Gallego, M. (2010). *La visión holística de la justicia transicional*. [Tesis de maestría]. Universidad Ankara.

Ginzburg, C. (1989). *Mitos, emblemas, indicios. Morfología e historia*. Gedisa.

Giraldo, C. A. (2022). *El alcance de la prueba oficiosa y el debido proceso del Ejército Nacional en la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia*. [Tesis de maestría]. Universidad Militar Nueva Granada. <https://repository.unimilitar.edu.co/server/api/core/bitstreams/19fd9751-5001-4638-a69d-7ba891d24277/content>.

Juzgado 39 Administrativo del Circuito de Bogotá (2019). Sentencia del 1 de marzo de 2019.

Medellín, X. (2019). Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, 17(1), 397-440. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397>.

Nisimblat, N. (2018). *Derecho probatorio. Técnicas de juicio oral*. Ediciones Doctrina y Ley.

O'Donnell, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Palacios, M. (2012). *Violencia pública en Colombia, 1958-2010*. Fondo de Cultura Económica.

Parra, J. (2015). *Algunos apuntes de la prueba indiciaria*. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>.

Ramírez, J. R. (2020). *De la aplicación del criterio de flexibilidad probatoria en casos de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario dentro del conflicto armado colombiano*. [Tesis de grado]. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/52634c5e-d804-4397-9c25-ae096c63547e>.

República de Colombia (1991). Artículo 230, título VIII. *Constitución Política de Colombia*. Legis.

Rodríguez, M. (2015). *Análisis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia en un contexto de seguridad democrática*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/11694>.

Sánchez, J. F., Córdoba, M. J., Serrano, H. S. y Castro, A. C. (2019). Flexibilización probatoria y equidad: propuestas para la justicia del posconflicto. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14(1), 157-190. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4910>.

Sófocles (2014.). *Edipo Rey: Tragedia clásica griega*. E-artnow. <https://www.storytel.com/co/books/edipo-rey-tragedia-cl%C3%A1sica-griega-1339100>.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

EL DERECHO DISCIPLINARIO JURISDICCIONAL.
ENTRE LA MANIFESTACIÓN IUS PUNIENDI
Y LA CONCRECIÓN DEONTOLÓGICA DEL
ARTÍCULO 26 CONSTITUCIONAL*

JURISDICTIONAL DISCIPLINARY LAW:
BETWEEN THE MANIFESTATION OF IUS PUNIENDI AND THE
DEONTOLOGICAL CONCRETION OF CONSTITUTIONAL ARTICLE 26

O DIREITO DISCIPLINAR JURISDICCIONAL:
ENTRE A MANIFESTAÇÃO DO IUS PUNIENDI E A
CONCREÇÃO DEONTOLÓGICA DO ARTIGO 26 CONSTITUCIONAL

JUAN CARLOS GALVIS MARTÍNEZ**

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a16

* El presente artículo se suscribe a la línea de investigación “Derecho operacional y militar” del grupo de investigación Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova.

** Profesor universitario de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova y de la Fundación Universitaria Juan N. Corpas. Catedrático de posgrados de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja y de la Escuela de Posgrados de la Policía Nacional. Miembro fundador y del Consejo Directivo del Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas. Abogado, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Doctorando en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Asesor de entidades públicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0030-8235>, correo electrónico: juancarlosgalvis89@gmail.com

Resumen

La finalidad del presente artículo de investigación es auscultar el concepto y el desarrollo del derecho disciplinario jurisdiccional en Colombia, para determinar cómo su posicionamiento en el mundo jurídico nacional ha resultado relevante para el cumplimiento de los parámetros deontológicos que estableció el constituyente en 1991, en el artículo 26 superior. Con una metodología cualitativa, mediante el análisis de fuentes documentales como la doctrina, la ley y la jurisprudencia, se pretende generar una conceptualización, la búsqueda de antecedentes, la apropiación dogmática y una mención del procedimiento, así como analizar y mostrar la importancia de la existencia de esta rama del derecho, y su aporte a la construcción de sociedad, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los deberes profesionales y de una función social de la profesión jurídica, asegurando mandatos y estándares de conducta que permitan que la sociedad tenga herramientas para enfrentar los posibles incumplimientos de estos deberes.

Palabras claves: deontología, derecho disciplinario, disciplinario jurisdiccional, ética, deberes.

Abstract

The purpose of this research article is to examine the concept and development of jurisdictional disciplinary law in Colombia, how its positioning in the national legal world has been relevant for the fulfillment of the deontological parameters that were established by the constituent in 1991 in article 26 of the Constitution. By means of a qualitative methodology under the analysis of documentary sources such as doctrine, law and jurisprudence it is intended to generate a conceptualization, search of antecedents, dogmatic appropriation and

a mention of the procedure, it is intended to analyze and show the importance of the existence of this branch of law, its contribution to the construction of society, from a preventive and coercive objective to the compliance of professional duties, as well as of a social function of the legal profession, ensuring mandates and standards of conduct that allow society to have tools before the possible non-compliance of the aforementioned.

Keywords: deontology, disciplinary law, jurisdictional disciplinary law, ethics, duties.

Resumo

O objetivo do presente artigo de pesquisa é examinar o conceito e o desenvolvimento do direito disciplinar jurisdiccional na Colômbia, considerando que seu posicionamento no âmbito jurídico nacional tem sido relevante para o cumprimento dos parâmetros deontológicos estabelecidos pelo constituinte de 1991 no artigo 26 da Constituição. Por meio de uma metodologia qualitativa, com base na análise de fontes documentais como doutrina, lei e jurisprudência, busca-se gerar uma conceitualização, investigar antecedentes, apropriar-se dogmaticamente do tema e mencionar o procedimento. Pretende-se analisar e demonstrar a importância da existência dessa área do direito, seu papel na construção da sociedade, tanto no objetivo preventivo quanto no cumprimento coercitivo dos deveres profissionais, assim como na função social da profissão jurídica, assegurando mandatos e padrões de conduta que proporcionem à sociedade ferramentas diante de possíveis violações desses deveres.

Palavras-chave: deontologia, direito disciplinar, disciplinar jurisdiccional, ética, deveres.

INTRODUCCIÓN

El derecho disciplinario es la rama del derecho que se encarga de encausar la disciplina de un grupo de personas hacia la concreción de un orden interior, es decir, por medio de las herramientas que ofrece esta área se busca encarrilar a las personas hacia los objetivos de un contexto determinado, como el Estado, una empresa, una institución educativa, un establecimiento penitenciario o una profesión. En Colombia, la transformación de esta área ha contado con características propias, que le han permitido tener un desarrollo amplio y constante; la creación de figuras novedosas ha permitido ampliar su campo de acción hacia diferentes escenas del orden jurídico.

Entre las áreas mencionadas, resulta conveniente revisar el papel del derecho disciplinario jurisdiccional en Colombia, y vale la pena señalar que es un área del derecho única en el mundo, teniendo en cuenta que en ningún ordenamiento jurídico existen tal rama ni su objetivo, pues generalmente un área se encarga de conminar el cumplimiento de las funciones propias de la profesión a los abogados en ejercicio y el de las funciones judiciales a los funcionarios judiciales.

La Constitución colombiana, en su artículo 26, establece el derecho a escoger libremente las profesiones, pero, además, se otorga la posibilidad de exigir títulos de idoneidad y que las profesiones se agremien, además de que la ley les ceda potestades que con una interpretación profunda se entenderían como la facultad del Estado para ejercer inspección, vigilancia y control de las actividades de los profesionales de diferentes ramas, incluso bajo la modalidad de la descentralización por colaboración; para el caso de los abogados en Colombia, la forma de ejercer dichas funciones se da mediante la rama judicial, con una jurisdicción propia.

Todo esto requiere de un análisis serio, que permita encontrar aquellas particularidades que sirvan como soporte para determinar los fundamentos teóricos que muestren a la comunidad jurídica temas como el concepto, sus criterios dogmáticos, sus características y cuál ha sido su desarrollo, para que se pueda entender la existencia de un área propia del derecho colombiano.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El derecho disciplinario jurisdiccional como especie del derecho disciplinario requiere encontrar su fundamento en el ordenamiento jurídico-

co colombiano. Una de las posibles respuestas puede ser la persecución del cumplimiento de deberes de naturaleza profesional, pero entre esas posibles justificaciones es importante comprender cómo en la deontología en el mundo constitucional y legal se halla su fundamentación o concreción, cómo desde su nacimiento se establece la presencia de una comunión que permite que exista una rama sancionatoria que exija criterios de conducta deontológicos, y que ante el posible incumplimiento se determina cuál será la consecuencia.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo del presente estudio, en aras de encontrar aquella concreción deontológica y cómo por medio del derecho disciplinario se logra su cumplimiento, se utilizará el enfoque cualitativo, el cual mediante la revisión documental, doctrinal y jurisprudencial permitirá plantear una definición, una caracterización y una conceptualización con base en un análisis hermenéutico que facilite la estructuración teórica.

EL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

El derecho sancionatorio

Para iniciar, es menester señalar que el derecho disciplinario es un área del derecho que se encarga de someter a un régimen de disciplina a un grupo de personas en torno a un orden interior de determinado sector (Chiavario, 2001, p. 731). Sobre ese supuesto, se presentan los parámetros de conducta de un proceso, unas garantías y unas sanciones. Las reprimendas limitan los derechos y las garantías, bajo el fundamento y la posibilidad que tiene el Estado de ejercer control social; uno que nace de la facultad que se tiene para sancionar, lo que traduce el concepto del *ius puniendi*.

Esta facultad proviene, incluso, de los fundamentos teóricos de la estructuración del Estado, pues en el génesis de este se debió haber hallado la necesidad de un control (Medina, 2007, p. 92); por ende, quien ostenta el poder debe responder ante sus súbditos o administrados, de acuerdo con el contexto histórico que se analice. Esto traduce la visión del control social (Monsalve, 2010, p. 511), aquel que permite al poderoso imponer límites a las conductas de los particulares, justamente bajo el parámetro de ejercer control sobre sus ciudadanos (Toro, 2019. p. 180).

El *ius puniendi* se refleja en una sociedad desde dos parámetros: el primero es el hecho político en su legislación, pues por medio de esta se limitan las conductas, así como la creación de penas y sanciones, y la forma de imponerlas; y el segundo se concreta con la imposición de aquellas, previo proceso por parte de la autoridad judicial o administrativa (Medina, 2007, p. 88). Entonces, básicamente por medio de dicha facultad el Estado puede limitar conductas en contra de las leyes que se han creado con antelación y que permiten generar estándares de conducta entre los particulares.

Sobre esta conceptualización, García (2008) ha dicho:

Entre sanción administrativa y pena hay elementos comunes. Esos elementos coincidentes constituyen en principio buenas razones para que a ambas se les dé un fundamento común, que se suele poner en el *ius puniendi* del Estado. Pues, en efecto, común a las dos es, por un lado, el carácter afflictivo, de castigo, y, por otro, el que su inflicción [sic] está en manos del Estado. La existencia de sanciones administrativas y penales lleva a preguntarse por qué puede el Estado sancionar así, imponer esos castigos a los ciudadanos (p. 11).

Sin embargo, en el mundo del derecho resulta importante encontrar un anclaje del tema, interpretando que una cosa es la facultad y otra cómo se adecua en el ordenamiento jurídico nacional; lo que en términos más entendibles quiere decir que, con la concreción de dicha facultad se crea un área del derecho llamada derecho sancionatorio, compuesta por las manifestaciones punitivas del Estado (Beltrán y Chaves, 2006. p. 8), o sea que mediante esta la administración pública puede ejercer la potestad mencionada.

Desde este escenario, se debe analizar cómo el derecho sancionatorio resultaría ser el fundamento principal para transformarse en el género, mostrando que en él hay varias especies, desarrolladas para proteger un régimen jurídico en especial, de los varios que pueden existir en un ordenamiento jurídico como el de Colombia. De la misma manera, la Corte Constitucional de Colombia (2009) se ha pronunciado:

El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o *ius puniendi*, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos

protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional, en el que el derecho disciplinario procura asegurar el cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de servidores públicos o profesionales de determinadas profesiones como médicos, abogados o contadores. Entre los diversos tipos de derecho sancionador existen diferencias: es así como en el derecho penal no solo se afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso y admite una punición más severa. En cambio, otros derechos sancionadores no solo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad (Sentencia C 762 de 2009).

Consecuentemente, se debe entender cómo es la organización dentro del género, pues según las palabras de la corte existe lo que se conoce como especies; en otras palabras, el derecho sancionador sería la rama principal y de este se desprenden varias clases de ella; incluso entre estas ramas se deberían tener en cuenta todas las herramientas que utiliza el Estado para conminar a sus ciudadanos determinados estándares en su día a día. También se puede resaltar el derecho penal como precursor dogmático, doctrinal y jurisprudencial de los otros, teniendo de presente que por medio de la construcción y el avance de este, los demás pudieron nutrirse con los aspectos mencionados, y que en ocasiones ha sido interpretado como la rama principal o la primera herramienta del derecho.

Para ampliar el panorama es imperante mencionar que el derecho sancionatorio cobra relevancia en los asuntos que maneja dentro de la sociedad, aduciendo que por medio de este se toman las decisiones que imponen cargas a los ciudadanos en diferentes escenas del tejido social, lo cual para la presente discusión resultaría un poco más claro mediante la siguiente figura, que permite observar una posible distribución:

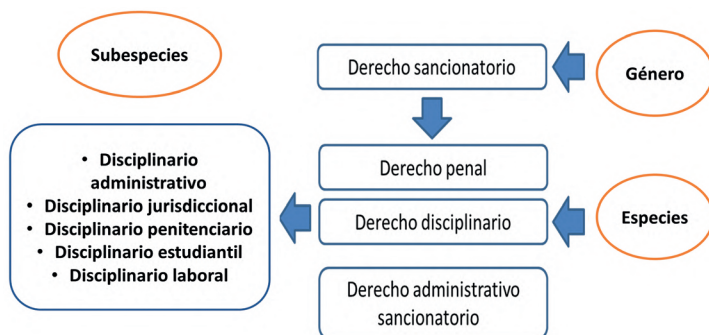


Figura 15.1 Esquema de derecho disciplinario y sancionatorio

Fuente: elaboración propia.

Sobre lo anterior, resulta evidente que se han resaltado la distribución y el papel del derecho disciplinario, pues son el objeto del presente estudio; pero también es necesario resaltar que ante cada una de las especies podría analizarse la presencia de subespecies, las cuales permiten que el derecho sancionatorio proceda a ejercer ese control mencionado, que en el caso del disciplinario busca la concreción de la disciplina en diferentes órbitas sociales, como lo muestra la figura.

El concepto de derecho disciplinario

La primera variable que se debe tener presente es una aproximación a la conceptualización del derecho disciplinario, así como su función en el cuerpo de normas y herramientas encargadas del control social en Colombia. Dicho esto, la visión de una rama del derecho encargada de plantear directrices de comportamiento, como el tema objeto de este estudio, debe soportar una carga de exigencia en la conducta de los individuos a quienes se dirige; en otras palabras, el ciudadano debe resistir esa carga mediante la imposición de exigencias, y esta no es otra que la sanción, entendida como el mecanismo coercitivo para tales pretensiones, aunque es imprescindible anotar que no es el objeto principal de dichas herramientas, sino que, por el contrario, mediante esta se ejerce un papel preventivo de la disciplina.

De esta forma, trayendo a colación una conceptualización del derecho disciplinario, se debe prever que en una primera visión del ordenamiento jurídico colombiano esta área se ha dispuesto sobre el control de la conducta

de los servidores que representan al Estado, situación que se aclara un poco con lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C 181 de 2002²⁰⁰², donde ha establecido que el derecho disciplinario es una rama esencial del funcionamiento del Estado, “enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”.

Habiendo dicho esto, se marca una línea dentro de la estructuración característica de la ciencia en Colombia, pues el uso principal y lo que ha definido una construcción dogmática diferenciadora y particular en la rama es su establecimiento desde la función pública. Justamente, al hablar de lo público se debe prever que en este país, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, exactamente en su artículo 2, con la fundamentación de los fines del Estado, se decantó la obligación de satisfacer las necesidades del pueblo por medio de sus autoridades, lo cual para el presente se debe entender como los servidores que representan estas autoridades (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Además, se debe aclarar que el soporte constitucional del derecho disciplinario en Colombia se encuentra inmerso en la Constitución Política, y aparte del artículo mencionado se debería analizar la cláusula de la Constitución incluida en el artículo 6 superior: “Artículo 6. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Es decir, los servidores públicos cuentan con una obligación superior respecto de los particulares, y justamente este es uno de los principales sustentos para que exista un área del derecho encargada de la exigencia de dicho cumplimiento, aunado al soporte del artículo 209 superior, que funda la existencia y la conjetura de la función administrativa. “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”.

Ahora bien, una explicación relevante para el tema en cuestión es que su concepto de alguna u otra forma ha nacido dentro de la función pública, porque en una interpretación histórica habrá que indicar que las necesidades de los propios Estados han permitido esto. Teniendo como punto de partida que el objeto de la regulación del derecho disciplinario resulta ser lo contrario a la disciplina, entonces en el derecho disciplinario de los

funcionarios públicos se contemplarían varias modalidades, como la corrupción, los quebrantos normativos, la ausencia de parámetros éticos y, en términos generales, el incumplimiento de los deberes funcionales (Mondragón, 2021, p. 110).

En contraposición, utilizando un ejemplo sencillo, como el del derecho disciplinario policial o militar, busca lo mismo, desde una función pública diferente. Otro ejemplo podría ser el estudiantil, pues dentro de un plantel educativo se persiguen aquellas situaciones que imposibilitan el desarrollo normal del mismo, acciones en contravía de los reglamentos internos. Por último, se encuentra el caso de las profesiones, las cuales cuentan con la exigencia del cumplimiento de una función social, la misma que se concreta con el cumplimiento de parámetros éticos y busca justamente el cumplimiento de deberes, pero de naturaleza profesional (López, 2013, p. 47).

El derecho disciplinario y su desarrollo dogmático

Hasta este punto se han mostrado de forma somera las bases del llamado derecho disciplinario, cuya primera intención es obligar a los servidores públicos y a los representantes del Estado a cumplir con sus fines y con la función administrativa, pero como se sugirió, existen otras manifestaciones de este. El escenario ha mostrado que en su trasegar la disciplina ha sufrido cambios drásticos que han posibilitado avances significativos.

Asimismo, repensando las bases de esta ciencia, resulta importante remontarse a las épocas bolivarianas, resaltando que en la estructuración de la república, en el discurso expuesto en el Congreso de Angostura en 1793, nuestro libertador dispuso la propuesta de creación de un Areópago organizado en dos cámaras, una de la moral y otra de la educación, sumado a la fundamentación del discurso sobre temas como el poder de la moral y la ética de las virtudes. Simón Bolívar entendió que en nuestro territorio el desarrollo de conductas de parte de quienes representaban la voluntad del pueblo era de vital importancia en la agenda pública, además de que debía realizarse desde la exigencia de las instituciones propias, atendiendo a nuestra idiosincrasia (Gómez, 2023, p. 172). Esta visión de Bolívar podría entenderse como el primer antecedente de la que hoy se conoce como Procuraduría General de la Nación.

El desarrollo normativo del derecho disciplinario surge con la intención de hacer exigencias de conductas a los servidores públicos. Su trata-

miento normativo se remonta a la expedición de la Ley 4 de 1913 “sobre régimen político y municipal”, con la búsqueda de la salvaguarda de la función pública, Ley 165 de 1938 “por la cual se crea la carrera administrativa”. Y establece exigencias de honorabilidad y sujeción a las funciones públicas, Decreto Ley 2091 de 1939 “por el cual se reglamenta la carrera administrativa, se crean penas disciplinarias y el procedimiento para aplicarlas”. Así, se presenció la expedición de varias normas tendientes a la regulación de la carrera administrativa y sus exigencias, como el Decreto 1192 de 1940, el Decreto 1679 de 1960, el Decreto Ley 2400 de 1968, el Decreto Ley 3074 de 1968 y la Ley 270 de 1972, creando el Tribunal Disciplinario, entre otros; pero no es sino hasta 1995, con la expedición de la Ley 200 de 1995 por la cual se adopta el Código Disciplinario Único, que se adecua un régimen propio del derecho disciplinario, norma que transformó la Ley 734 de 2002, que a su vez se modifica por la Ley 1952 de 2019, y de la misma forma, por la Ley 2094 de 2021 (Hernández *et al.*, 2020, p. 70).

Habiendo hecho un recorrido histórico, resulta necesario hablar del desarrollo dogmático del derecho disciplinario, el cual plantea la necesidad de mencionar tres categorías dogmáticas propias que son producto del reconocimiento de la naturaleza jurídica de la disciplina:

La ilicitud sustancial: Elemento fundamental para la determinación de la responsabilidad disciplinaria. Su fundamentación define lo que podría llegar a ser o no una falta disciplinaria, pues según Ovalles (2021), se podría entender como ilicitud sustancial:

- Por la conducta, por acción u omisión, injustificada que afecta un deber funcional.
- Por la sustancialidad de la afectación, ya no solo desde la óptica formal del deber funcional, sino desde la perspectiva del obstáculo o impedimento que se generó respecto del buen funcionamiento de la Administración Pública concretado materialmente en el desconocimiento de sus principios rectores, cuyo debido ejercicio permite el cumplimiento de los fines y objetivos sociales del Estado (p. 246).

En la misma órbita, la Corte Constitucional (2016) ha dicho lo siguiente:

Este concepto opera no solo como una limitación constitucional del derecho disciplinario, sino también como una exigencia prevista por el legislador como presupuesto para la justificación de la falta disciplinaria. En ese sentido, lo que se exige es que la conducta de la cual se predique ese juicio de desvalor deba estar necesariamente vinculada con la afectación del deber funcional. Así, en caso de que esa relación no se acredite, se estará ante un exceso en el ejercicio del poder disciplinario y, por la misma razón, ante la inconstitucionalidad de la norma legal correspondiente, al mostrarse contraria con el principio de proporcionalidad aplicable a las diferentes manifestaciones del *ius puniendi* del Estado (Sentencia C 452 de 2016).

Algunas corrientes han planteado que el criterio se debe entender como la base fundamental para adecuar una falta disciplinaria, pero su interpretación se enfoca en los parámetros de la antijuridicidad material, reprochando justamente el incumplimiento de un deber funcional, el cual estará incluido en una norma que permitiría entender que se basa justamente en el quebranto meramente material de una ley (Ossa, 2016, p. 85).

Basados en la sustentación del fundamento para entender lo que sería una falta disciplinaria, se debe tener en cuenta el análisis de Ardila *et al.* (2010):

La “ilicitud sustancial” en el Derecho disciplinario es el aditamento que le da sustento a la consumación de la falta, pues se podría decir que con la conducta desplegada por el Servidor Público efectivamente se viola el ordenamiento jurídico disciplinario, pues esta falta al deber como agente del Estado (p. 58).

Recogiendo lo dicho hasta acá, se debería entender que, sustancialmente hablando, lo ilícito es aquello que se podría considerar como falta disciplinaria, entendiendo que la representación del Estado por parte de sus funcionarios se da a través del cumplimiento de los deberes funcionales, que surgen por una relación especial de sujeción; en otras palabras, aquel funcionario se obliga al cumplimiento de unos deberes, por medio de los cuales debería cumplir con sus obligaciones y, de paso, con los fines del Estado; entonces, lo ilícito sustancialmente sería la afectación al cumplimiento de esos deberes (Quintero, 2021, p. 72).

Para aclarar, el ilícito disciplinario en esta órbita está sujeto a la disciplina, entendida como la naturaleza de su protección, es decir, el cumplimiento de aquellos deberes propios de la función (Gómez, 2020, p. 146), el cual ha percibido la Corte Constitucional (1997) de la siguiente manera:

- a. Cuando se contradicen las normas que rigen las formas del comportamiento de los servidores públicos, caso en el cual se da cuenta del juicio deontológico; y
- b. Cuando se desconocen los principios de la función pública, caso en el cual se da cuenta del juicio axiológico (Sentencia C 430 de 1997).

Para aclarar esta situación, todos estos parámetros resultarían excluyentes; o sea que para decantar la presencia del ilícito disciplinario se deberían cumplir, y así el operador disciplinario debería estar en la obligación de revisarlos (Gómez, 2018, p. 135).

Relación especial de sujeción: Según el Consejo de Estado (2016), existen tres clases de vinculación con el Estado: la legal y reglamentaria, la laboral contractual y los contratos de prestación de servicios con las entidades públicas (Sentencia 68001233100020000140001 [30912013]). Esto significa que la forma de vinculación de las personas al empleo público es relevante para la determinación de quienes serán sujetos disciplinables, pues según el mérito público, se encuentra fundamentada en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, es decir, que quienes ostenten la categoría de servidor público deberían ser nombrados mediante acto administrativo. Asimismo, el acto público de posesión, el cual concreta dicha relación, resultaría ser la cadena que asegura su unión con el cumplimiento y la representación de los fines del Estado. Por parte del artículo sexto superior se crea una cláusula de cumplimiento ante tal encomienda.

Lo anterior se traduce en varias premisas: 1) los sujetos disciplinables crean una relación con el Estado por medio de actos administrativos; 2) solo aquellos que se unen en esa relación serán los destinatarios del régimen; 3) el artículo sexto superior establece el sustento constitucional que obliga a los servidores públicos a cumplir con la función pública; 4) la mera vinculación al Estado genera una carga para los servidores públicos.

Entendiendo la visión sobre el derecho administrativo, o más bien sobre la inclusión del disciplinario como rama dependiente de él, sin reafirmar

esta postura y teniendo clara la discusión que existe sobre su autonomía, es pertinente citar al profesor García de Enterría (2001):

Es una categorización jurídica específica y propia del Derecho Administrativo; como rama del Derecho de naturaleza estatutaria regula las relaciones singulares y especiales de los sujetos que conforman la organización conocida como Administración Pública; en virtud y para efectos de estas relaciones estos sujetos se sustraen del derecho común (p. 42).

Es evidente que estas relaciones especiales de sujeción cuentan con unas características propias; por eso es importante traer a colación lo dicho por Anabitarte (citado por Ardila *et al.*, 2010):

- Acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones.
- Estado general de libertad limitada.
- Existencia de una relación personal.
- Imposibilidad de establecer de antemano la extensión y el contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.
- El hecho de que el individuo tenga que obedecer órdenes, las cuales no emanen directamente de la Ley.
- El hecho de que esta situación se explique en razón de un fin administrativo.
- La alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento.
- El admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de eficiencia y productividad administrativa (p. 11).

Por otra parte, es importante mencionar que ante el tópico en cuestión resulta la subordinación que surge entre el Estado y el funcionario, el enlace que nace entre ellos dos, siempre buscando cumplir con los objetivos de quien ostenta la posición jerárquica superior (Corte Constitucional de Colombia, 1997), pues entre otras cosas se busca que el de la posición jerárquica inferior, o sea el funcionario público, no solo cumpla con los objetivos del Estado, sino que también persiga la moralidad pública y el prestigio de

la entidad, sin extralimitarse ni omitir sus funciones (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

Deberes funcionales: La relación deontológica de los servidores públicos surge a partir de aquella obligación que los une con el cumplimiento de los fines estatales; esa correlación cuenta con un criterio intensificado que impone unas cargas, entre las cuales se destaca el papel de los deberes, que muestra que por medio de ellos se exige el cumplimiento de los parámetros mínimos que permitan no solo alcanzar los objetivos estatales, sino también desarrollar la posibilidad de que se guarde el prestigio de la entidad y la moral pública.

Estos deberes surgen de la relación entre el funcionario y la administración pública, y se asumen por medio del acto administrativo que vincula formalmente al particular, para que de ahí en adelante sea servidor público; por ende, se concreta la famosa relación especial de sujeción, y una vez se asume dicho rol, la exigencia de los deberes funcionales adquiere un rasero estricto.

Por otra parte, con respecto al concepto de deberes funcionales, la Corte Constitucional (2001)

ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales (Sentencia C 712 de 2001).

Asimismo, ese establecimiento de los deberes se logra mediante una herramienta denominada manual de funciones, en la cual se plasmarán dichos deberes funcionales para cada cargo público que se cree; justamente este es el que concreta el establecimiento de ciertos parámetros que se les exigen a los funcionarios públicos.

En este estado de cosas, es preciso recordar que el derecho disciplinario ha nacido en Colombia dogmáticamente hablando, dirigido en un primer momento a regular las conductas realizadas por los funcionarios públicos, las cuales se pueden tildar de poco éticas, indecorosas, corruptas, entre otros calificativos, buscando un buen actuar por parte de estos, teniendo en cuenta que su estructuración se basa en tres categorías dogmáticas: la ilicitud sustancial, las relaciones especiales de sujeción y los deberes funcionales. Esta

categoría del derecho disciplinario se puede interpretar como la principal dentro de un área que resulta ser sancionatoria, en una amalgama de otras subáreas que permitirían mostrar un panorama más amplio.

La tipicidad: Lo primero que se debe decir es que la tipicidad resultaría ser una extensión del debido proceso, atendiendo a la estipulación de la obligación de los operadores sancionatorios, según lo normado en el artículo 29 constitucional: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Según esa postura, la primera variable de la tipicidad es el establecimiento de las formas en que se crean las normas preexistentes para poder juzgar o investigar a alguien.

Por su parte, León Quintero (2011) ha entendido que

la tipicidad es un concepto propio del derecho sancionatorio, en especial del Derecho Penal; el tipo, eje central de la tipicidad, se erige como desarrollo del principio de legalidad entendido este como *nullum crime, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa e praevia*. Este aforismo indica que el tipo se encuentra atado a una rigurosa forma jurídica bajo la cual todo este debe ser escrito (*scripta*) haciendo referencia a su consagración normativa; estricto (*stricta*), con lo cual se hace alusión a que el operador jurídico solo estará sometido a la ley sin poder acudir a la analogía para llenar lagunas; la certeza (*certa*) indica que la conducta y la sanción deberán encontrarse clara, precisa y taxativamente consagradas en la norma; y finalmente, ser previa (*praevia*), indica que la consagración de la conducta típica debe ser anterior al hecho objeto de sanción, se trata de la vigencia de la norma (p. 5).

Si bien es cierto que el derecho disciplinario resulta ser una especie del género derecho sancionatorio, recibe de forma igualitaria el tratamiento que adecua el primero; por eso, la Corte Constitucional (1999) ha entendido que

la tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado sino por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le im-

puta, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. En términos de la Corte Constitucional este principio “cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica”.

Resulta que todo esto se complementa con el principio de legalidad, tomándolo como referente de estipulación previa, o sea, en cualquier procedimiento sancionatorio, bien sea administrativo o judicial, se prevé que los poderes públicos se encarguen de crear las normas que establezcan las infracciones, sus sanciones y el procedimiento para imponerlas.

Ahora bien, en el campo del derecho disciplinario es imperante resaltar que su aplicación ha permitido que el régimen normativo proscriba la responsabilidad objetiva, otorgando la posibilidad de abrir el contexto para que la adecuación de esta sea más amplia (Alzate y Fuentes, 2022, p. 22); en otras palabras, los operadores disciplinarios tienen la facultad de juzgar las faltas a título de dolo y culpa, sin contar con criterios taxativos estrictos.

Según la Corte Constitucional (2002),

el sistema de *numerus apertus*, acogido por el derecho disciplinario, admite la posibilidad de castigar las conductas disciplinarias en que se ha incurrido a título de culpa, no obstante, la ley se abstenga de reconocerlo *ex profeso*. La consecuencia de mayor realce en el sistema acogido por el derecho disciplinario es que generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, no a la ley, y viene impuesta, fundamentalmente, por ese elemento, referido anteriormente: la naturaleza de la conducta sancionable.

Entonces, la tipicidad en el derecho disciplinario cuenta con particularidades, entre las cuales se encuentran el respeto por las directrices constitucionales del debido proceso y el principio de legalidad, así como la adecuación de un régimen basado en el sistema de *numerus apertus*.

LA CONCRECIÓN DEONTOLÓGICA CONSTITUCIONAL

Entre las posibles concepciones del derecho disciplinario, salta a la vista aquella que se ha dedicado durante cierto tiempo en Colombia a cumplir con el objetivo del Estado de inspeccionar y controlar las profesiones, como se encuentra establecido en la Constitución Política de 1991. Esta situación es preponderante para cualquier clase de sociedad, y más para una como la colombiana, que ha mostrado un panorama desalentador frente a temas como los índices de corrupción. Según Transparencia por Colombia, en el 2023 el país obtuvo un puntaje de 40 sobre 100; aunque tuvo un aumento, los índices no han sido tan positivos (Buitrago, 2024), y este seguramente no es el único tema que debería tenerse presente para constatar la importancia del asunto que nos atañe.

Los temas que se deberían analizar frente a la importancia de controlar las profesiones son muchos, pero seguramente todos se basan en un criterio principal que se ha venido construyendo desde la doctrina y que justamente se refiere a la función social de los profesionales, que sobreentiende el valor y la responsabilidad de cualquier persona que se profesionalice en determinado oficio (Monroy, 2015, p. 75). Debería entenderse que todas las profesiones aportan al constructo social, que cada una de ellas, desde sus áreas, tiene una responsabilidad sobre sus hombros, y la forma en que la asumen es relevante para la sociedad, pues las buenas prácticas, la idoneidad y la forma en que desarrollan su actividad es el producto que se le ofrece al tejido social.

Sobre lo anterior, el Estado debe contar con una responsabilidad superior, entendiéndolo como el encargado de verificar diferentes situaciones que quedaron establecidas en el artículo 26 constitucional, que reza:

Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de estos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Un análisis minucioso del anterior artículo mostraría que 1) es un derecho fundamental de todos los colombianos poder escoger la profesión; 2) el Estado por medio de su poder legislativo podrá exigir los títulos, es decir, aquellos documentos que previos procesos académicos los acrediten como profesionales (diplomas, actas, licencias, etc.); 3) el Estado tiene la obligación de ejercer, por medio de sus autoridades, el control social, la vigilancia y la inspección del ejercicio de las profesiones; 4) las ocupaciones liberales no requieren formación académica; 5) aquellas profesiones que sí requieren formación académica, en su ejercicio profesional, pueden organizarse en colegios (asociaciones, corporaciones, consejos, tribunales, etc.); 6) estos colegios pueden recibir funciones, entre las cuales resaltan el control administrativo de los documentos que permiten su ejercicio (licencias y tarjetas profesionales), así como el registro y la contabilidad de los profesionales, y pueden recibir funciones de control disciplinario ante la exigencia del cumplimiento de los deberes y de una buena conducta.

Con lo anterior, se concreta el derecho a ejercer una profesión legal y constitucionalmente, pero con esa libertad viene una responsabilidad y es justamente aquella que se sobreentiende por encima de la función social; en otras palabras, esta responsabilidad se concreta en aquella obligación que tienen los profesionales de hacer bien las cosas, adecuarse a los estándares de conducta, a la moralidad pública y a todo lo relacionado con el ordenamiento jurídico y la cultura de la legalidad.

De forma contigua, surge en la discusión la deontología, la ciencia de lo debido, la ciencia que estudia los deberes (Galvis y Torres, 2023, p. 10), bajo la interpretación del hecho de que la Constitución determina la forma en que el régimen legal se debe establecer para la exigencia de los deberes de las profesiones. Y es que no basta solamente con generar modelos de conducta, sino que se deben crear criterios de exigencia por medio del establecimiento de deberes profesionales.

El establecimiento de deberes permite crear estándares en el comportamiento de los profesionales, así como formas de conducta, sumado al hecho de que con la creación de estos se vuelve relevante la creación de mecanismos que permiten su exigencia, o si es del caso, su reprimenda, ante un posible incumplimiento, y esta situación justamente se logra con la estructuración del área del derecho que se ha encargado de ello en el transcurso de la historia: el derecho disciplinario.

El derecho disciplinario jurisdiccional

Habiendo planteado los fundamentos que sirven como base para una construcción dogmática y principialística del derecho disciplinario, que no es otro sino el encargado de los funcionarios públicos, es decir, la subespecie que ha servido de base para las otras ramas del derecho, el siguiente tema que se debe abordar es el de la rama jurisdiccional, pues en Colombia se ha venido presentando una situación paradójica, ante la construcción de esta clase de derecho disciplinario, estableciendo una figura y un proceso *sui generis*, único en el mundo. El derecho disciplinario experimenta una hipertrofia en su desarrollo, por la fundamentación de la doctrina, la dogmática y la jurisprudencia. Este escenario jurisdiccional o judicial, como podría entenderse, es una muestra de ello, porque su estructuración resulta diferencial.

Habiendo dicho esto, se deben recordar las palabras de Solano (2016) sobre el concepto de jurisdicción:

La expresión “jurisdicción” proviene de los vocablos latinos “iuris-dictio” que significan “decir el derecho”. La expresión “jurisdicción” es equívoca; dos de sus significados son estos: en primer lugar, se habla de jurisdicción para aludir a una potestad pública, esto es, a algo que se tiene; en segundo lugar, se habla de jurisdicción para referirse a una función pública, esto es, a una actividad, a algo que se hace. Con todo, como potestad, la jurisdicción es la capacidad conferida por el derecho a ciertos sujetos para componer litigios, para crear normas individualizadas, normas particulares y concretas, por vía de las cuales se ponga fin a los conflictos de voluntades que califican a los conflictos de intereses (litigios) (p. 126).

Entonces, al hablar de jurisdicción se hace referencia a una actividad que se desarrolla desde las funciones públicas sobre un régimen en especial, o también sobre dicha actividad estructurada sobre una rama en especial, dirigida a unos sujetos específicos, la cual en el caso colombiano, en primera instancia, está relacionada con el poder judicial. En el caso del derecho disciplinario es importante demostrar que existe una jurisdicción dentro de la rama judicial dedicada al control de las conductas de los profesionales del derecho y de los funcionarios judiciales. Esta situación le otorga una particularidad al asunto, teniendo en cuenta que en ningún país del mundo se

presenta una situación similar, con un panorama innovador en el que existe un régimen de naturaleza propia.

El caso colombiano cuenta con una singularidad, y es que siempre ha atendido a cierta necesidad de buscar un espacio de inspección, vigilancia y control del ejercicio profesional de los abogados y de los funcionarios judiciales. En el año 1964 se atendió la necesidad que existía de crear un cuerpo colegiado desde el poder judicial para investigar a quienes ejercían esta función; puesto que su práctica funcional está bajo las líneas de la única profesión creada para el manejo, la interpretación, la aplicación y la resolución: el derecho, la historia mostraría la necesidad de que quienes ejercieran la profesión también fueran investigados por el mismo ente (Galvis y Torres, 2023, p. 17).

El concepto del juzgamiento de conductas en contravía de la ética empieza a cobrar relevancia. De ahí que por medio del artículo 31 del Decreto 1698 de 1964, mediante el cual se organizaba la carrera judicial, se diera la génesis del extinto Tribunal Disciplinario, autoridad que contaba con funciones de conocimiento de los procesos iniciados en única instancia por las presuntas comisiones de faltas disciplinarias de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los consejeros de Estado, así como los de segunda instancia adelantados en primera por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal de Aduanas (Monroy, 2015, p. 121). Esto demuestra el inicio de una era en la que se priorizaría la creación de una jurisdicción con un primer objetivo: salvaguardar la función judicial.

La creación de dicho tribunal fue declarada inexecutable por parte de la Corte Suprema de Justicia en 1967, por considerar que rebasaba las funciones jurisdiccionales designadas a la misma corte, el Consejo de Estado y los tribunales que había entregado la Constitución de 1886 en su artículo 160 (Monroy, 2015, p. 122), pero más adelante, mediante la promulgación del acto legislativo 1 de 1968, se modificó la Constitución, y por medio del artículo 73, que modificaba el 217, el Congreso de la República (1968) estableció lo siguiente:

Artículo 73. El artículo 217 de la Constitución Nacional quedará así:

El conocimiento de las faltas disciplinarias de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado corresponde al Tribunal Disciplinario, el cual estará también encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa. La ley determinará su composición y demás funciones.

El anterior supuesto se desarrolló en la Ley 20 de 1972, organizando la composición y la forma en que debía funcionar dicho Tribunal Disciplinario, poniendo de presente que era un cuerpo colegiado compuesto por cuatro magistrados por periodos de cinco años; asimismo, es necesario acotar que en aquella época existía la figura del Ministerio Público, cuya presencia en el procedimiento implicaba actuar, como primera instancia, resaltando que este procedimiento era de naturaleza acusatoria, que los sujetos disciplinables eran magistrados, consejeros de Estado, fiscales del Consejo de Estado, de los tribunales superiores, militares, de aduanas, de distrito judicial y el procurador general de la nación; de igual forma, los abogados en ejercicio (Monroy, 2015, p. 130).

Tabla 15.1 Sujetos disciplinables y autoridades competentes en procesos disciplinarios

Sujetos disciplinables	Proceso y autoridad competente	
· Tribunal Disciplinario (magistrado y empleados subalternos) · Consejo de Estado (consejeros) · Corte Suprema de Justicia (magistrados) · Tribunal Superior Militar (magistrados)	Única instancia Ministerio Público	
· Procuradores delegados · Procuradores regionales · Fiscales de juzgados superiores · Fiscales de juzgados de circuito	Primera instancia	Segunda instancia
	Ministerio Público	Tribunal Disciplinario
· Abogados en ejercicio	Primera instancia	Segunda instancia
	Tribunales superiores de distrito judicial	Tribunal Disciplinario

Fuente: elaboración propia.

Toda esta estructura se basó en normativas como el artículo 89 del Decreto 250 de 1970, el artículo 27 de la Ley 25 de 1974 y el artículo 178 del Decreto 1660 de 1978, así como el Decreto 196 de 1971 (Monroy, 2015,

p. 131). Como se observa, una vez se creó el Tribunal Disciplinario en 1964, faltó poco para que se adecuara el régimen legal para la existencia de una jurisdicción que ha sufrido cambios, pero que ha continuado con factores similares, los cuales se encaminan a que exista una autoridad que se encargue de investigar las faltas en contravía de la ética y las funciones judiciales, tanto de los abogados como de los funcionarios judiciales. El asunto se confirma con la creación del Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acto Legislativo número 1 de 1979, cuya duración no fue extensa, pues mediante la Sentencia del 3 de noviembre de 1981 por parte de la Corte Suprema de Justicia se declaró inexecutable el Acto Legislativo número 1 de 1979, eliminando la existencia del consejo; pero al parecer por la figura de la reviviscencia de las normas fue necesario revivir el extinto Tribunal Disciplinario (Monroy, 2015, p. 135).

Años más tarde, con la promulgación de la Constitución Política de Colombia, se repite el nacimiento del Consejo Superior de la Judicatura (Vergara, 2018, p. 41). En una interpretación flexible esta entidad se crea con una visión de administración de la rama judicial, pero de paso, siguiendo el raserio y la historia jurídica de Colombia, se crea dentro de él la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, estructurándose literalmente del siguiente modo:

Artículo 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: [...] 3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

Como se observa, se le volvió a entregar la competencia sancionatoria en torno a las faltas en contra de la ética y la disciplina, tanto de abogados en ejercicio como de algunos funcionarios judiciales, confirmándose mediante la expedición de la Ley 270 de 1996 estatutaria de administración de justicia:

Artículo 76. De las salas del Consejo Superior de la Judicatura. Para el ejercicio de las funciones especializadas que le atribuyen la Constitución y la ley, el Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas: [...] 2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno.

En cuanto a las funciones, se determinó lo siguiente:

Artículo 112. Funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: [...] 3. Conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los tribunales y consejos seccionales de la judicatura, el vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los tribunales.

Así fue como renació la jurisdicción disciplinaria, un área que forma parte de la rama judicial encargada de investigar a los abogados en ejercicio y a sus funcionarios judiciales; pero se debe aclarar que esto existe, funciona y se caracteriza de esta forma solo en Colombia, puesto que en otros países no funciona así. Por ejemplo, España cuenta con un modelo de colegiatura, a la cual se le han asignado funciones sancionatorias, como quedó en el Real Decreto 658/2001, del 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (Ministerio de Justicia de España, 2001). Esto hace que el modelo aplicado en Colombia sea completamente diferente al de muchos países, pues su estructuración concibe una serie de características propias.

Criterios conceptuales

Hasta acá se ha presentado someramente el recorrido de la estructuración que ha recibido Colombia con respecto a la construcción de un modelo de derecho disciplinario único, el jurisdiccional, pero para la discusión es preponderante hacer un breve análisis de algunas de sus categorías dogmáticas, que sirven como sustento de su desarrollo práctico.

Deberes profesionales o funcionales: En el apartado en el que se habló sobre el derecho disciplinario primario, es decir, el derecho disciplinario de los funcionarios públicos, se expuso la presencia de unos deberes que se debían justamente a las funciones de aquellos servidores que se relacionaban con el papel que desempeñaban en el servicio público, pero en este régimen hay dos variables que se deben tener en cuenta: la primera es que cuando se trata de sujetos disciplinables, como los funcionarios judiciales, estos asumen un papel fundamental para la administración de justicia, lo que representa un servicio que se presta a la ciudadanía, que en el fondo sirve para el cumplimiento de los fines estatales, pues por medio de esta se logra

satisfacer la necesidad de justicia de las personas; según esa visión, aquellos servidores estarían frente a deberes de naturaleza funcional, teniendo de presente que sus cargos se crean y cuentan con unos deberes claros al respecto.

Ahora bien, cuando se trata de abogados en ejercicio es importante mencionar que, aunque estos tengan un papel como auxiliares de la justicia, según el artículo 1 del Decreto 196 de 1971, lo asumen desde el punto de vista de la función social de la profesión, o sea, tienen deberes, pero de naturaleza profesional, porque su vínculo es meramente con su profesión, no prestan un servicio público, ni se encuentran vinculados a la profesión.

Relaciones especiales de sujeción: Hablar del vínculo que obliga a los sujetos disciplinables es relevante, entendiendo que este es el lazo que otorga la materia prima ante estos aspectos, pues sobre el tema que nos atañe lo primero que se debe mencionar es que al hablar de un funcionario público es más fácil entender esa relación de subordinación al cumplimiento de unos fines estatales, pero en el caso de los sujetos disciplinables, como los abogados en ejercicio, se alejaría la seguridad.

Cuando se trata de funcionarios judiciales, en efecto, es claro que existe una relación especial de sujeción al cumplimiento de sus funciones, pero como los abogados no tienen funciones públicas, entonces ¿no habrá relación especial de sujeción? La respuesta para este interrogante debe ser positiva, desde el punto de vista de las obligaciones y los deberes que tiene el profesional con su oficio; en otras palabras, el abogado sí cuenta con sujeción especial al cumplimiento de principios, parámetros, estándares y deberes del ejercicio profesional, al rol que se ocupa en la sociedad a partir del concepto de función social.

En conclusión, los dos sujetos disciplinables del régimen cuentan con relaciones especiales de sujeción, uno desde la función judicial, los otros desde la función social y su obligación profesional (Díaz, 2014, p. 20).

Tipicidad: En cuanto al tema de la tipicidad, la variabilidad respecto del régimen de los servidores públicos no es mayor, teniendo en cuenta que el respeto por el principio de legalidad y del debido proceso también se encuentra presente acá, pues sin importar el ámbito de aplicación de este, el establecimiento de las conductas por las cuales se va a investigar debe ser previo a su aplicación; asimismo, en el régimen disciplinario jurisdiccional se está frente a dos regímenes de faltas, uno enfocado en los abogados en ejercicio y otro en los funcionarios judiciales (Vergara, 2018, p. 78).

Sin embargo, en este régimen se recoge la presencia de un sistema *numerus apertus*, tal como en el caso del régimen de los servidores públicos, y se logra proscribir toda clase de responsabilidad objetiva, que se permita evaluar las faltas en las categorías de dolo y culpa, pero esta actividad valorativa es concedida y asignada al despacho disciplinario que desarrolle la investigación.

Ilícitud sustancial o antijuridicidad: En apartes anteriores se hizo una categorización del concepto de ilícitud sustancial, teniendo en cuenta que el quebranto de los deberes funcionales de los funcionarios públicos implicaría la presencia de una falta, justamente por el resquebrajamiento de la función pública, de lo que significa ser servidor público y de las obligaciones que se derivan del cumplimiento de los fines del Estado.

El caso del derecho disciplinario jurisdiccional cuenta con una categoría que se podría adecuar bajo unas líneas similares, pero cuya concepción es completamente diferente; o sea que en este caso el concepto de licitud sustancial varía, recordando la dualidad de los sujetos disciplinarios y que su concepto acá es la antijuridicidad, como lo determina el artículo 4 de la Ley 1123 de 2007, el cual reza de la siguiente manera: “Artículo 4.º. Antijuridicidad. Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código”.

Como se observa, en este caso legalmente se establece que el criterio es la antijuridicidad, interpretando que en esta área no hay deberes funcionales atinentes a la función pública, sino que por el contrario unos son de naturaleza profesional y otro de naturaleza judicial, que además el asunto recae en que tácitamente el legislador lo ha establecido así y la justificación se ha basado en el mero incumplimiento de los deberes, considerando que en las decisiones de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (2023) se aplica así:

4.3 De la ilícitud

Como ya lo subrayó la Sala, el modelar el infractor la falta gravísima del ordinal 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, perfila, *per se*, la antijuridicidad de la conducta reprochable por la ley disciplinaria, cuyos efectos fueron más allá del simple desconocimiento formal del deber, pues sembró de traumatismos la evolución normal de las

acciones de tutela radicadas bajo xxx, xxx y xxx (acumulación de
tutelas xxx, xxx, xxx, xxx y xxx).

El anterior caso es sobre un funcionario judicial, pero en el caso de los
abogados también se ha aplicado, así como en el caso de la Sentencia 2017-
00756 del 14 de septiembre de 2022, proferida por la Comisión Nacional de
Disciplina Judicial (2022), con ponencia del magistrado Mauricio Rodríguez
Tamayo.

Así entonces, algunas de las grandes diferencias de esta área del dere-
cho disciplinario son la forma en que dogmáticamente se adecuan las faltas
y el rasero por medio del cual se estudian estas, para marcar una gran dife-
rencia con respecto al régimen de la función pública. Por tanto, este régimen
busca la concreción deontológica constitucional, y en sus contenidos se ob-
serva la necesidad de un procedimiento creado para conminar justamente el
cumplimiento de ciertos deberes en torno a unos objetivos claros.

CONCLUSIONES

El derecho disciplinario hace parte de los métodos que utiliza el Esta-
do para ejercer control ante la sociedad, específicamente sobre la forma en
que se exige en contextos que persiguen un fin en común y que pueden ser
parte del sector público o del privado, es decir, aquellos espacios en donde
las personas se hacen parte de ellos, siendo miembros y asumiendo un rol,
lo que en otras palabras podría significar que ante la existencia de cualquier
organización, bien se pública o privada, el derecho disciplinario es el área
del derecho que se encarga de servir como medio para obligar a sus miem-
bros a cumplir con su cometido y actuar conforme a él.

Existen varias clases de derecho disciplinario, que han sido reco-
nocidas como subespecies, cada una encargada del encarrilamiento de la
disciplina de un grupo de personas que hacen aparte de una organización,
bien sea de naturaleza pública o de naturaleza privada, y enfocada según el
espacio donde se aplique. Entre ellas se destacan el derecho disciplinario
militar, el policial, el de la función pública, el delegado o deontológico y el
jurisdiccional.

El criterio deontológico que existe en Colombia surge desde el artícu-
lo 26 de la Constitución Política de 1991, y determina el derecho a escoger y
ejercer una profesión, pero también la posibilidad de crear exigencias y es-

tándares de conducta, y concretar una relación ético-profesional y la forma por medio del derecho disciplinario.

El surgimiento de un modelo de derecho disciplinario jurisdiccional en Colombia alude a contextos y costumbres de naturaleza histórica en el país, y sus formas se han venido construyendo desde épocas remotas. Los cambios que ha recibido apenas han logrado actualizar ciertos aspectos, pero siempre se ha continuado con la existencia de una jurisdicción, con una cabeza colegiada, y el acomodo normativo ha tenido variables que permiten que haya un verdadero control.

El derecho disciplinario jurisdiccional cuenta con características especiales por sobre los otros regímenes; su categorización dogmática es producto de experiencias doctrinales y jurisprudenciales con el paso del tiempo; y algunas particularidades, como sus autoridades, sus formas y el criterio en el momento de su estructuración marcan unas diferencias palpables.

Las diferencias dogmáticas del derecho disciplinario jurisdiccional están encaminadas hacia la concreción deontológica que trae consigo el artículo 26 superior; su régimen legal, aparte de adecuarse a esto, ha creado unas formas que permiten la persecución solamente de obligaciones profesionales, o el caso de los judiciales, dependiendo del sujeto disciplinable al que se investigue.

REFERENCIAS

Alzate, G. y Fuentes, L. (2022). *Derecho disciplinario y el sistema de numerus apertus*. [Tesis de grado]. Universidad La Gran Colombia. <https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/866e890e-1b9e-4c05-b836-b21fb7e4dc81/content>.

Ardila, L. E., Oviedo, J. C. y Pineda, O. (2010). *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario de los servidores públicos en Colombia*. [Tesis de maestría]. Universidad Libre de Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/5704/ArdilaQuirozLuisEduardo2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Beltrán, D. A. y Chaves, J. E. (2006). *Derecho sancionador*. [Tesis de grado]. Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/56662/TESIS23.pdf>.

Buitrago, M. (2024). Colombia mejora ligeramente en el índice de percepción de la corrupción, ¿podrá seguir avanzando? *Transparencia por Colombia*. <https://transparenciacolombia.org.co/colombia-mejora-ipc-2023/>.

Chiavario, M. (2001). Los principios del derecho procesal penal y su aplicación a los procesos disciplinarios. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 72, 729-738. <https://shs.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2001-3-page-729?lang=fr&tab=sujets-proches>.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial (2022). Sentencia 2017-00756. Magistrado ponente Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial (2023). Sentencia 2018-02627. Magistrado ponente Juan Carlos Granados Becerra.

Congreso de la República de Colombia (1968). Acto Legislativo 1 de 1968. Por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71230>.

Consejo de Estado (2016). Sentencia 68001233100020000140001 (30912013). Consejero ponente William Hernández Gómez.

Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C 417 de 1993. Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C 244 de 1996. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30032692>.

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C 430 de 1997. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C 769 de 1999. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C 712 de 2001. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C 181 de 2002. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C 762 de 2009. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C 452 de 2016. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Díaz, P. (2014). *La función social del abogado*. [Tesis de grado]. Universidad Pontificia de Comillas.

Galvis, J. y Torres, N. (2023). La ética profesional y la deontología como fundamentos del derecho disciplinario del abogado. *Revista Academia y Derecho*, 14(27), 1-21.

García, E. (2001). *Curso de derecho administrativo, Tomo 1*. Editorial Civitas.

García, J. A. (2008). Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites. *Documentación Administrativa*, (280-281), 11-41. <https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9600>.

Gómez, C. A. (2018). *Fundamentos del derecho en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

Gómez, C. A. (2020). *Dogmática del derecho disciplinario de acuerdo con la actualizada Ley 1952 de 2019*. Universidad Externado de Colombia.

Gómez, C. A. (2023). El libertador Simón Bolívar: Derecho disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas. Su engranaje con la figura actual y en franca construcción del *compliance* público y privado. *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLIV(116), 163-204.

Hernández, I., Guachetá, J., Paredes, H. y Reyes, E. (2020). Derecho disciplinario en Colombia, desde la imposición de sanciones ¿la pérdida de su vocación preventiva? *El Ágora USB*, 20(1), 66-81. <https://doi.org/10.21500/16578031.4204>.

López, M. (2013). Ética profesional y complejidad: Los principios y la religación. *Perfiles Educativos*, 35(142), 43-52. <http://www.scielo.org.mx/>

scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982013000400020&lng=es&tln-
g=es.

Medina, A. (2007). Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. *Revista IUS*, 1(19), 87-116. <https://doi.org/10.35487/rius.v1i19.2007.180>.

Ministerio de Justicia de España (2001). Real Decreto 658/2001, del 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-13270>.

Mondragón, S. L. (2021). El derecho administrativo disciplinario y su control judicial a la luz de la función pública. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(132), 100-122. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a05>.

Monroy, M. G. (2015). *Ética del abogado. Régimen legal y disciplinario*. Librería Ediciones del Profesional.

Monsalve, Y. (2010). Control social y castigo: percepción del castigo en funcionarios policiales venezolanos. *Caderno CRH*, 23(60), 511-523. <https://www.redalyc.org/pdf/3476/347632182005.pdf>.

Ossa, C. A. (2016). *Delimitación de la ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos*. [Tesis de maestría]. Universidad del Rosario. https://doi.org/10.48713/10336_12272.

Ovalles, F. (2021). *Fundamentos de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y particulares disciplinables en Colombia*. [Tesis de doctorado]. Universidad Libre de Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19804>.

Quintero, D. A. (2021). La ilicitud sustancial: los problemas de indeterminación en su contenido y alcance. *Diálogos de Derecho y Política*, 11(30), 68-84. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/349478/20807845>.

Quintero, L. D. (2011). Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos abiertos y *numerus apertus*. *Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Antioquia*, 2(7).

Solano, H. R. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2354/Introducci%C3%B3n%20al%20estudio%20del%20derecho-.pdf?sequence=1>.

Toro, C. A. (2019). Entre el orden, el vínculo, el conflicto y el poder. Aproximación histórica al concepto de control social y análisis de sus usos historiográficos. *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*, (14), 174-194. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/trashumante/article/view/339139>.

Vergara, A. (2018). *Derecho disciplinario del abogado. El debido proceso*. Ediciones Nueva Jurídica.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

PANORAMA JURÍDICO PARA LA
INTERPRETACIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL
EN EL CONTEXTO TECNOLÓGICO

A LEGAL OVERVIEW FOR THE INTERPRETATION OF THE
COMMERCIAL REGISTER IN THE TECHNOLOGICAL CONTEXT

PANORAMA JURÍDICO PARA A INTERPRETAÇÃO DO
REGISTRO MERCANTIL NO CONTEXTO TECNOLÓGICO

JOSÉ EDUARDO VALDERRAMA VELANDIA*

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -

Publicado: 30 de noviembre de 2024

DOI: 10.24142/raju.v19n39a17

Resumen

En este trabajo se abordan las nociones paradigmáticas que han sostenido la conformación legal societaria en Colombia, expresada en el artículo 98 del Decreto 410 de 1971, frente a las tendencias vigentes que están poniendo en consideración la fórmula legislativa tradicional, con un enfoque crítico prospectivo del derecho, y en particular, del derecho societario y la integración de tecnologías disruptivas en

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Magister En Derecho énfasis Derecho mercantil y de los Negocios Internacionales Universidad Sergio Arboleda, Magister Universitario en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Internacional de la Rioja. Abogado. Docente de Pregrado y Posgrado Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Operador en Insolvencia Económica y secretario de Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tunja y Duitama. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6429-8019> Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=3s7faOsAAAAJ&hl=es> Cvlac: <https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/EnRecursoHumano/inicio.do> correo electrónico: jvalderrama@jdc.edu.co y jose.valderrama@usantoto.edu.co

la toma de decisiones y en la creación societaria. Con ello, se aborda el análisis del oficio 220-13960 de julio de 2023 de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se estudió la constitución de sociedades mercantiles mediante *smart contracts*, considerando los paradigmas actuales en vigor.

Palabras clave: paradigmas societarios, constitución societaria, derecho de sociedades, gobernanza corporativa.

Abstract

This paper will address the paradigmatic notions that have sustained the corporate legal conformation in Colombia, expressed in Article 98 of Decree 410 of 1971, in front of the current trends that are putting into consideration the traditional legislative formula, in prospective critical approach of law, and in this case, of corporate law and the integration of disruptive technologies in decision making as in the corporate creation. With this, the analysis of the official notice 220-13960 of July 2023 of the Superintendence of Corporations will be addressed, in which the incorporation of commercial companies by SmartContract was studied, in view of the current paradigms in force.

Key words: corporate paradigms, corporate constitution, corporate law, corporate governance.

Resumo

Neste trabalho, serão abordadas as noções paradigmáticas que sustentaram a conformação legal societária na Colômbia, expressas no artigo 98 do Decreto 410 de 1971, em comparação com as tendências atuais que estão questionando a fórmula legislativa tradicional, sob uma perspectiva crítica e prospectiva do direito, e, neste caso, do direito societário e da integração de tecnologias disruptivas na tomada de decisões e na criação societária. Para isso, será analisado o ofício 220-13960 de julho de 2023 da Superintendência de Sociedades, no qual foi estudada a constituição de sociedades mercantis por Smart-Contract, em face dos paradigmas atuais em vigor.

Palavras-chave: paradigmas societários, constituição societária, direito societário, governança corporativa.

INTRODUCCIÓN

Precisamente, el comercio y la economía siguen caminos vertiginosos en el avance hacia nuevas formas contractuales para la satisfacción de necesidades, con lo cual los agentes del mercado requieren también respuestas en el ámbito jurídico. Por ello, la disrupción tecnológica está poniendo en aprietos no solo a la legislación actual, sino también a las tendencias en diferentes escenarios jurídicos, permitiendo reevaluar las nociones tradicionales para provocar transformaciones importantes.

La Superintendencia de Sociedades, en el oficio 220-1396071 (2023), se refirió a la constitución de sociedades por acciones simplificadas mediante *smart contracts*, así como a la tokenización de acciones y el aporte de criptoactivos, lo que establece la primera manifestación respecto al uso de las tecnologías en la constitución de sociedades en el escenario jurídico colombiano.

Se requiere entonces abordar el estudio de las tendencias que están surgiendo en el sector empresarial y societario. En el contexto jurídico, se ha considerado la crítica estructuralista al derecho mercantil delineada por Calixto Salomão Filho (2017), y el enfoque crítico dogmático, para detallar las tendencias paradigmáticas en el escenario societario, confrontando el análisis de la gobernanza corporativa y las posibilidades que ofrece la gobernanza descentralizada. Este trabajo se sustenta en la recolección y el examen especializado de bibliografía relevante del ámbito societario, y los retos para el registro mercantil en Colombia.

IMPLEMENTACIÓN DE LA TECNOLOGÍA EN LOS ESTADOS Y EN EL DERECHO MERCANTIL

En cuanto a la vida moderna, extremadamente móvil y cambiante, se han planteado problemas de índole tecnológico, económico, incluso social, teniendo en cuenta que aspectos como el mercado y la globalización están alejando tanto al derecho como al Estado del alcance del ciudadano, como consecuencia de una realidad posmoderna que se esfuerza por reconocer la naturaleza de las cosas más allá de las ideologías, lo que puede considerarse como realismo económico (de Trazegnies, 2018). De esta manera, las dinámicas posmodernas agitan a las sociedades contemporáneas y, simultáneamente, tanto al derecho como al Estado; paralelamente, el derecho clásico,

vinculado con la construcción del Estado característico de la modernidad, es testigo de la aparición creciente de un nuevo derecho, reflejo de la posmodernidad (Chevallier, 2011, p. 172).

Entonces, la ciencia y la tecnología pueden contribuir al cambio de la estructura socioeconómica, que planteada por Nadal (1977) en términos generales, y no tanto operativos, impone que las políticas en ciencia y tecnología por parte de los Estados cumplan entre sus objetivos con la creación de mecanismos de intervención que orienten en el campo empresarial las decisiones tecnológicas, combinando los componentes de la política global de desarrollo con estrategias de desarrollo científico y tecnológico propias, en función de una posición crítica frente a la intervención del poder del Estado, junto con la lógica interna del sistema social y económico en la que se integra (del Valle, 2016).

En el campo público, desde la década de los noventa, se han ido incorporando nociones como *e-government* y *e-governance* con la integración de tecnologías de la información y las comunicaciones, para proporcionar servicios públicos disponibles en línea y aumentar la eficacia de la administración (Assiri *et al.*, 2020), considerando que la administración electrónica es la aplicación de las tecnologías de la información al proceso de gobierno para facilitar la comunicación y la interacción entre los ciudadanos y las empresas, lo que no implica únicamente la innovación tecnológica, sino también un proceso de gobernanza, relacionado directamente con el desarrollo nacional y la forma en que un país gestiona sus recursos para el desarrollo de la comunicación (Lim *et al.*, 2013).

Precisamente, el uso de internet como medio para difundir información de forma genérica y descriptiva se ha considerado la primera etapa del uso de la tecnología en la administración pública. La segunda etapa han sido las prestaciones de servicios públicos a través de plataformas web. La tercera etapa, el uso de portales para realizar transacciones y trámites de la administración. La cuarta etapa busca integrar la web a los procesos de gestión interoperativa. Y la quinta etapa, lograr una democracia interactiva, donde los ciudadanos participen activamente en el desarrollo de la política pública, con el uso de las tecnologías en mayor grado de participación y responsabilidad frente a las decisiones y el control de la administración (Guerrero y Gómez, 2016).

Las herramientas y las plataformas digitales proporcionan al ciudadano un amplio acceso a la información y conexiones globales, y con ello,

la posibilidad de exigir mayores responsabilidades a los gobiernos y que alcancen altos índices de transparencia, con lo cual tanto los sectores públicos como los privados innovan en soluciones y mejoran la prestación de los servicios públicos, el desarrollo de los mercados electrónicos, la transparencia fiscal y la lucha contra el fraude y los abusos (United Nations Development Programme, 2023). Sin embargo, no pueden pasarse por alto los riesgos que implica dejar a la tecnología todas las decisiones que involucren al ser humano; por ello, es conveniente ampliar el marco regulador más allá de la seguridad de los datos, afincado en la transparencia, con la responsabilidad algorítmica y la gobernanza algorítmica, en campos éticos inexcusables en la regulación de las decisiones automatizadas (Roig, 2020).

Por ejemplo, la mayoría de los servicios de administración en forma electrónica están centralizados en los gobiernos, lo que los hace vulnerables frente a los ataques, debido a la dependencia de los controles humanos y la alta probabilidad de errores. Por ello, la *blockchain*, al estar completamente descentralizada, se convierte en una opción fuerte en el marco del gobierno electrónico descentralizado (Choejey *et al.*, 2015; Yang *et al.*, 2018).

Deben revisarse las funciones que desempeña tradicionalmente el Estado al garantizar el orden social, contemplando el nuevo paradigma de la gobernanza algorítmica, en el que la datificación y la automatización de los procedimientos se enfocan en la toma de decisiones y la resolución de conflictos, y se perfilan nuevas técnicas de control y vigilancia. Así, en la datificación se desaloja la información almacenada en los tradicionales archivos estatales, y se envía a grandes centros de datos situados en la nube, rastreada con sofisticados algoritmos capaces de realizar análisis gracias a la acumulación constante y azarosa de información digitalizada a partir de metadatos (Sastre y Gordo, 2019).

Con esta forma de digitalización, la información personal, financiera, cultural, política y legal puede traducirse en datos, que en términos de comportamiento, anomalía y prevención se calculan algorítmicamente, teniendo en cuenta que el algoritmo de aprendizaje automático funciona como una burocracia automatizada, reforzando patrones de comportamiento dominantes. De esta manera, la norma que se erige es el patrón computacional, más que institucional, lo que puede considerarse como polo epistémico en la gobernanza algorítmica (Pasquinelli, 2016).

Una respuesta se encuentra cuando Whittingham (2011), refiriéndose a la gobernanza digital, propone al menos dos aspectos que deben

reconocerse: en primer lugar, que en el Estado como actor principal prima el liderazgo público; por lo tanto, el régimen político, la gerencia pública y la capacidad del gobierno. Por otro lado se encuentra la perspectiva policéntrica, enfocada en la utilidad procedimental que contempla al Estado, la sociedad civil y el sector privado, con importantes diferencias en los papeles atribuidos a cada uno de estos actores. Así, en la medida en que la gobernanza digital abarca puntos fundamentales de la organización, como la mejora de la programabilidad de tareas y el control de los procesos, la automatización de la división de tareas, la asignación de tareas para facilitar la coordinación mediante aportaciones dinámicas y la creación de la transparencia transaccional, las organizaciones han empezado a competir en materia de gobernanza, implementando nuevas dinámicas de colaboración, reflejadas en la transparencia en las decisiones de gobernanza, la publicidad de protocolos algorítmicos con el uso de código abierto, hasta la implementación de las organizaciones autónomas descentralizadas (Hanisch *et al.*, 2023).

Hoy en día se utiliza una figura denominada *decentralized autonomous organization* (en adelante, DAO), que en español se traduciría como organización autónoma descentralizada, partiendo de la premisa de la autonomía en torno a su funcionamiento, además de que se diferencia de las figuras mercantiles tradicionales, registradas comúnmente en un lugar determinado, que requieren de herramientas tecnológicas disruptivas como *smart contracts* y *blockchain*. Su funcionamiento, en primer lugar, tiene una capacidad de programación, y es usual que los *smart contracts* recurran a la tecnología *blockchain* como dispositivo de almacenamiento de datos y de acceso público que garantice la seguridad de los miembros; se incluye un protocolo de consenso, según el cual las decisiones se toman entre todos los integrantes, sin intervención externa a la red; y finalmente, el uso de un *token* como garantía económica, que a la vez permite el ejercicio del derecho al voto y el intercambio y la repartición de ganancias (Yarlequé y Burgos, 2022).

Errera (2019), quien también atiende a lo que expresa Thomas Khun en cuanto a la transformación epistemológica como proceso traumático para todas las ciencias, plantea la necesidad de ceder certezas en el recorrido de nuevos caminos de investigación, que pueden ser desconocidos, difíciles, así como inquietantes, por cuanto se trata de campos en los que el valor de la estabilidad de los resultados logrados adquiere una especial relevancia en lo que se refiere a la credibilidad y la existencia de una ciencia válida (p. 20).

En el escenario mercantil y societario, se han revitalizado el análisis y las consideraciones tanto doctrinales como legales para simplificar el formalismo mediante el uso de la tecnología, inclinación modernizadora caracterizada por la simplificación y la flexibilización de los trámites de constitución, gestión y funcionamiento.

LA CONSTITUCIÓN SOCIETARIA ANTE LA DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA

Se ha usado la noción de electronificación del derecho para referirse a la sustitución del papel por los soportes electrónicos para documentar actos jurídicos, siendo sus manifestaciones actuales la convocatoria electrónica de las asambleas de accionistas, la celebración de las asambleas de manera remota o por videoconferencia, y el ejercicio del voto electrónico (Montiel, 2020). Las experiencias virtuales en los ámbitos empresariales, económicos y sociales tienen en la transformación tecnológica oportunidades impensables para el desarrollo de las actividades y la integración de soluciones digitales, por lo que las empresas que han trasladado sus actividades de talante innovador y eficiente han conseguido descubrir nuevos canales de información que les permiten incrementar su rendimiento (Rincón, 2021).

Se hace necesario acercarse a la noción de las tecnologías disruptivas (Bower y Christensen, 1996), que desafían y cambian fundamentalmente las estructuras o los funcionamientos empresariales; entre tanto, las tecnologías sostenibles apoyan y mejoran los medios en que operan las empresas, como los programas de contabilidad informatizados; y en un ejercicio comparativo en el ámbito jurídico, se pueden subestimar las tecnologías disruptivas en un primer momento debido a la superficialidad o a las pocas probabilidades de adopción, aunque rápidamente provocan cambios profundos en los sectores en los cuales se aplican (Susskind, 2020, p. 77-79).

El uso de las nuevas tecnológicas está generando perplejidad en los escenarios comerciales, jurídicos, económicos e incluso políticos, fenómeno que ha sorprendido al sistema normativo, razón por la cual se debe acudir a herramientas interpretativas de orden analógico, que procuren sobrellevar la poca seguridad jurídica que se ha generado, por ejemplo, en el momento en el que se inició la regulación de la contratación electrónica. Una mirada a la literatura especializada permite constatar que el fenómeno tecnológico y los

aspectos regulatorios estaban circunscritos a ámbitos tributarios, o a la prevención del lavado de activos, y recientemente se han acercado al régimen contractual en el derecho privado (García Hernández, 2017).

El uso de la tecnología *blockchain*, cuya base son datos secuenciales de información, asegurada por métodos de criptografía, es una alternativa a los clásicos libros de contabilidad financiera; ofrece una nueva forma de crear, intercambiar y rastrear la propiedad de activos financieros de igual a igual, y también tiene potencial para la creación de títulos de deuda y derivados financieros, ejecutables de forma autónoma, y otras aplicaciones en el mantenimiento de bases de datos gubernamentales para títulos de propiedad, estadísticas vitales y muchas otras áreas (Yermack, 2017).

En el punto de la gobernanza societaria, el paradigma que empieza a surgir está dirigido hacia la descentralización de la información, la toma de decisiones y la consecuente ejecución de las actividades empresariales, heredadas de estructuras centralizadas, y con ello, las tecnologías *blockchain* procuran la inclusión y la representatividad (Perkins, 2021). Los sistemas de cadenas de bloque han evidenciado que la tecnología es una realidad concreta que transforma estructuras de la sociedad moderna, con la potencialidad de extenderse hacia espacios que trascienden el dinero digital, entre los cuales se encuentran el gobierno abierto, el mercado de valores, incluso las instituciones tradicionalmente reguladas (Alurralde, 2023).

La gobernanza de las DAO se basa en el consenso del grupo, es decir que las organizaciones no dependen necesariamente de consejos de administración o directores ejecutivos, sino que un número cada vez mayor de DAO se gestiona mediante el consenso distribuido, utilizando contratos inteligentes para agregar los votos o preferencias de los miembros, de tal manera que las DAO se basan en *blockchains*, contratos inteligentes autónomos y activos digitales para respaldar organizaciones que operan de forma nativa en internet y tienen la capacidad de escalar globalmente desde su nacimiento. Con el uso de la tecnología, inspirado en modelos de colaboración de código abierto, *blockchain* permite la creación de organizaciones en las que los miembros colaboran de igual a igual, con menos necesidad de depender de una entidad centralizada o un intermediario, que en un nivel más básico se basa en contratos inteligentes para otorgar a las personas la capacidad de controlar o dirigir los activos de la organización, ya sea directa o indirectamente (Law, 2021).

Previamente, la tecnología DLT, conocida como tecnología de libro mayor distribuido, hacía referencia a la capacidad para que los usuarios almacenaran y accedieran a información o registros relacionados con activos y participaciones en una base de datos compartida, con un sistema de validación central bajo sus propias normas y procesos (Ruttenberg y Pinna, 2016). Esta tecnología tiende a generar transacciones transparentes, fiables y desintermediadas en cadenas de suministro, lo que permite la aplicación tecnológica en las transacciones intraempresariales e interorganizativas, y el adecuado modo de gobernanza (Roeck *et al.*, 2020).

Estas formas descentralizadas son modelos de gobernanza novedosos, aplicados desde 2020, difundidos en el ecosistema criptográfico y popular de las criptomonedas, que se sustenta en la administración de aplicaciones descentralizadas o contratos inteligentes asociados, con enfoques de seguridad y transparencia, pero cuyos costes de transacción los hacen económicamente ineficientes (Kitzler *et al.*, 2023).

Las DAO utilizan propiedades de *blockchain* para crear organizaciones basadas en reglas, que ejecutan o toman decisiones instituidas en código, integradas por varios contratos inteligentes que interactúan entre sí, responsables de diferentes partes, como la gestión de la tesorería, el recuento de votos y el propio *token*. Todos estos contratos inteligentes se despliegan en la cadena de bloques, en donde tanto los usuarios como los contratos inteligentes están representados por direcciones y computan transacciones en la base de datos que contiene instrucciones, y las transacciones emitidas a la red se secuencian en bloques y circulan en ella, momento en el que se promulga un cambio de estado global (Axelsen *et al.*, 2022).

Para armonizar finalmente una noción de las organizaciones autónomas descentralizadas, a pesar de la necesidad de regular sus usos potenciales, Despotović *et al.* (2023, p. 238) sostienen que el objetivo de esta tecnología es eliminar a los intermediarios y a su vez crear formas democráticas, transparentes y eficientes de organización, aprovechando, por un lado, la disponibilidad de los contratos inteligentes y los *tokens*, y por otro lado, en cuanto a la gobernanza, que las decisiones se toman por consenso entre todos los miembros.

Ahora bien, es menester señalar que es difícil encontrar una red o una plataforma de distribución que sea estrictamente neutral. Tienen incidencia elementos tecnológicos, estructurales, económicos, jurídicos e incluso políticos, lo que implica desde el inicio la intervención en mayor medida

de algunos operadores, que aplican condiciones a otros. Desde un punto de vista económico y tecnológico, la red logra autorregularse sobre la base de los acuerdos, y en definitiva, el juego de pesos y contrapesos articula la compleja cadena de valor que existe en internet como plataforma de distribución, lo que lleva a considerar, a partir de la noción de la autocomposición de intereses, que habrá que asumir riesgos con respecto al usuario final, las dificultades de acceso a los servicios, las aplicaciones y los contenidos de su elección en condiciones de igualdad y libertad (Barata, 2012).

Actualmente, los paradigmas societarios están en discusión en el campo teórico, por lo que no es posible medir los costes de supervisión ni los efectos del funcionamiento eficiente de la sociedad, ante las situaciones de abuso y conflicto por parte de los socios. Es difícil imaginar un sistema jurídico, basado en general en normas de conducta y dominado por agentes económicos, cuya racionalidad impida el abuso para funcionar de manera satisfactoria, puesto que el poder económico se extiende en la sociedad mercantil y el comportamiento tiende al abuso (Salomão Filho, 2017).

Precisamente, la evolución societaria ha obedecido a las ventajas económicas en determinadas épocas, considerando que a lo largo de muchos siglos la sociedad en nombre colectivo ha ido cediendo su importancia, debido a que los comerciantes han dado cuenta de su exposición a la responsabilidad ilimitada, subsidiaria y solidaria, y se han puesto a la tarea de crear, impulsados por la necesidad, otro tipo de sociedades que respondan a sus intereses, evolucionando hasta formas societarias que son importantes por la limitación de la responsabilidad, hasta llegar a la sociedad anónima, la cual tiene importancia debido a que deslinda el patrimonio de los constituyentes respecto al patrimonio social (García Rubio, 2017).

Como gobierno societario, Frasser (2022) comprende “todas aquellas actividades que desarrolla al interior la sociedad, con el objeto de tomar decisiones en nombre de ella, dirigidas a resolver asuntos necesarios en la vida de los negocios” (p. 47). Sin embargo, las tradiciones jurídicas han considerado precisamente que la imposibilidad fisiológica de llevar procesos mentales para la toma de decisiones por parte de la ficción de la sociedad, entiéndase la persona jurídica, requiere del ordenamiento jurídico para dotarse de instrumentos y procedimientos que permitan ejecutar esta tarea, generalmente a partir de órganos colectivos de características decisorias y ejecutivas (p. 107).

NOCIONES TRADICIONALES SUPERADAS POR LAS NECESIDADES ACTUALES

Según la noción monista, también denominada contractualista, o clásica, el interés social se fundamenta en el objetivo de garantizar la mayor independencia de los empresarios en la acción económica, con lo cual el mercado logra la mayor eficiencia económica con su consecuente beneficio, tanto para la empresa como para la comunidad. Así, el interés social es el interés común de los socios, que unido a la causa común del contrato societario tiende a alcanzar un fin lucrativo, para lo cual los administradores deben ejercer su actividad cuidando en todo caso de no perseguir intereses extrasociales que no correspondan a los indicados (Sabogal, 2011).

Según la visión tradicional, los accionistas tienen un único objetivo, la maximización del valor para el accionista, con lo cual no hay flanco para otros objetivos, incluidos los sociales. Sin embargo, en la búsqueda de dichos objetivos, los accionistas parecen estar empujando a las empresas a hacer cosas que podrían reducir el valor, y se ha criticado el paradigma tradicional, argumentando que los directivos deberían actuar a favor del interés de otras partes interesadas —trabajadores, consumidores, la comunidad, etc.— (Hart y Zingales, 2022). Esto, por ejemplo, condujo a la Comisión Europea a examinar el futuro del derecho de sociedades, considerando entre otros principios el aumento del compromiso de los accionistas, el mejoramiento del control de la gestión, el interés por el gobierno corporativo y las operaciones transfronterizas (Gorriz, 2018).

Las más recientes nociones que se refieren al interés social están dirigidas por la lógica capitalista y del mercado, según la cual el asociado se muestra como un inversionista, cuyo interés se refleja en la maximización de su aporte o inversión, en alguna medida alejado de los destinos de la empresa o sociedad, considerando que su ventaja se ve representada por elementos contractuales eficaces y de ejecución rápida.

La segunda tendencia paradigmática en el derecho societario se sustenta en la noción de institucionalidad y está relacionada con la creación de una persona jurídica distinta de los asociados, a partir de la concepción de la unión de patrimonios y a la vez de la separabilidad, teniendo en cuenta que la responsabilidad entre los constituyentes individuales y el patrimonio de los socios del nuevo ente societario constituido legalmente es notable (González, 2016). Entre las fuentes para esta segunda tendencia se encuentra

el deseo de las personas de limitar su responsabilidad ante los negocios y las obligaciones de índole laboral, tributario, incluso penal, para lo cual se adoptan los tipos societarios dispuestos por el legislador; también se sostiene en la doctrina mayoritaria dada por la naturaleza peculiar del contrato plurilateral, siguiendo de algún modo la noción de contrato de organización, cuya finalidad esencial es alcanzar la personalidad jurídica (Álvarez *et al.*, 2016).

Quienes sustentan esta segunda posición consideran que las reglas del derecho societario no son convenientes para preservar los intereses de otros asociados involucrados en la actividad empresarial, teniendo en cuenta que la principal fuente de financiación de la gran empresa es posible por los inversores, con lo cual los administradores societarios tienen como fin principal obtener rentabilidad. Ahora bien, esto no expresa que los intereses de otros grupos de asociaciones se encuentran desprotegidos, porque precisamente las normas de los ordenamientos jurídicos poseen instrumentos efectivos para proteger dicha posición (Hansmann y Kraakman, 2000).

Ahora bien, las nociones esbozadas y el gobierno corporativo entraron en un sopor jurídico debido al olvido, hasta que se empezó a evidenciar, como consecuencia de factores económicos y situaciones de abuso de la personalidad jurídica, la obtención de ventajas económicas beneficiándose de la posición de órgano de administración. Hoy en día, ante los cambios tecnológicos y los impactos en el crecimiento económico de una empresa, se plantean cuestionamientos acerca del uso de la tecnología en la dirección de las empresas, y se puede hallar una primera respuesta en la inexistencia de alguna razón jurídica, social o política que impida reglamentar las variaciones a través de las reglas del gobierno corporativo (Cubillos y Sotelo, 2023).

Pueden encontrarse senderos acogiendo la cláusula del Estado social de derecho, que si bien se justifica en términos financieros, entendiendo el gobierno societario enfocado básicamente en garantizar los intereses económicos de los accionistas, no puede olvidarse la configuración estructural de la mayoría de los Estados modernos, contando entre estos algunos países europeos y latinoamericanos, donde prevalece la cláusula social del Estado (Esteban, 2005).

El nacimiento de sociedades o estructuras a las cuales se confían el manejo y la dirección de recursos o propósitos, connatural a la expresión misma del hombre, hoy puede ayudarse de la tecnología para avanzar en su propósito: “Over the ages, mankind has tried and tested numerous governance mechanisms, but the lack of available governance technology

has historically resulted in very hierarchical structures, where small groups exercise expansive influence” (Perkins, 2021).

A esta última tendencia se debe la noción organizacionista del contrato societario, y según Jaeger (citado por Salomão Filho, 2017, pp. 141-150), la naturaleza del contrato societario, siendo de ejecución continuada, radica en que el interés social es el interés de los socios, por lo cual puede revisarse constantemente e incluso no aplicarse mediante la decisión unánime de los socios. Así, la organización, desde la perspectiva jurídica, significa la coordinación de la influencia recíproca de tal manera que el elemento que distingue el contrato societario se refleja en el valor organizacional.

En ese sentido, se ha construido parte de la idea de los procesos biológicos y neuronales que desarrolla una persona natural, humana, y cuando los ejecuta la persona jurídica una sociedad, sus órganos internos ponen en práctica su funcionamiento tanto fisiológico como biológico para la toma de decisiones; con ello, el símil que explica esta teoría parte del reconocimiento de similitudes en las tareas del individuo en relación con el pensamiento y el análisis, procesos de manifestación de voluntad de las personas jurídicas, que dotadas de sus órganos decisorios y ejecutores se configuran a partir de la configuración contractual, legal y estatutaria (Frasser, 2022).

Hoy en día se están superando las nociones tradicionales que asemejaban a la sociedad, la persona jurídica, con los espacios de la incapacidad, particularmente la incapacidad reconocida legalmente a las personas con discapacidad, para llegar a escenarios funcionalistas que otorguen mejores condiciones contractuales, administrativas y actuales al funcionamiento de la sociedad, incluso alcanzando estadios tecnológicos.

Considerando la sociedad digitalizada, se plantean riesgos en los análisis jurídicos, que en el ámbito societario se circunscriben a la transparencia y la explicabilidad de la inteligencia artificial (IA), la opacidad en la toma de decisiones, la responsabilidad social e individual, hasta el rediseño institucional (Parra y Concha, 2022), y con ello, en la Unión Europea se planteó una propuesta disruptiva (López, 2023) que consiste en la estructuración de una personalidad electrónica para definir un novedoso régimen jurídico de responsabilidad para robots y sistemas de IA que asuman decisiones autónomas o interactúen con terceros de forma independiente (Parlamento Europeo, 2017).

Puede traerse a colación a Kurki y Pietrzykowski (citados por Darquea, 2021, pp. 13-14), quienes consideran la atribución de eventuales capacidades análogas a las humanas a los programas, los robots o los desarrollos

tecnológicos, en los cuales se aprecia que el estímulo a la personalidad electrónica debería instituirse bajo nociones utilitarias respecto a pretensiones resarcitorias.

ACERCAMIENTO AL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES POR *SMART CONTRACTS*, EL PANORAMA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL REGISTRO MERCANTIL COLOMBIANO

El acto de constitución societaria en el sistema normativo nacional implica la comparecencia necesaria de las personas que manifiesten el ánimo societario, sea ante notario público o ante el personal de la Cámara de Comercio del domicilio principal, con la entrada en vigencia de la Ley 527 de 1999, que trae consigo la teoría de los equivalentes funcionales y permite que los constituyentes concurren virtualmente, superando el concepto de comparecencia física (Jaramillo, 2004). No obstante, el artículo 2.2.2.38.6.4 (Decreto 1074, 2015), en cuanto al registro mercantil, dispone la petición de matrícula, la renovación y en general la solicitud de inscripción de cualquier acto o documento relacionado con los registros públicos, como la realización de cualquier otro trámite ante las cámaras de comercio, para que se efectúe mediante el intercambio electrónico de mensajes de datos, o a través de formularios prediligenciados, según lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto Ley 019 de 2012, o cualquier otra norma que los sustituya, complemento o reglamento. A su vez, establece que con la Ventanilla Única Empresarial (VUE) se impulsará la creación de empresas a través de medios electrónicos, siempre que se garanticen la integridad, la autenticidad, la confiabilidad y la disponibilidad de la información, de conformidad con las disposiciones vigentes.

En el sistema usual, tanto de Latinoamérica como de la Unión Europea, la personalidad jurídica para las entidades societarias surge en el momento en que se realiza el registro mercantil, en el cual la entidad encargada otorga legalidad, verificando la conformidad con la ley, en relación con los aspectos tanto sustanciales como formales, es decir, realizando un examen de los requisitos establecidos por la ley (Gil, 2012, p. 13).

En este contexto, surge tanto la necesidad como la posibilidad de crear sociedades mercantiles en el mínimo tiempo posible, adoptando mecanismos flexibles para los trámites con los medios necesarios para agilizar los

procedimientos registrales, reflejados en cambios cualitativos para la simplificación de trámites (Montoya, 2019).

En el recorrido hacia la simplificación y la flexibilización del derecho societario es fundamental analizar la presión regulatoria, pues cuenta con el impulso legislativo en la creación de normativas facilitadoras de los diversos aspectos societarios, como la constitución del contrato social y la implementación de la tecnología, cuyos niveles de eficacia giran en torno a una mejor regulación, es decir, normas simples que resulta menos costoso aplicar y que se logran encaminar con el apoyo doble de la flexibilidad y la simplicidad, lo que permite configurar a la sociedad mercantil con una estructura ligera con los caracteres principales de la personalidad jurídica y la oponibilidad (García Mandaloniz, 2020). Precisamente, la Directiva Europea 2019/1511 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de junio de 2019, que modifica la Directiva 2017/1132, relativa al uso de herramientas y procesos digitales en el campo societario, si bien no avista directamente las posibilidades que ofrece la tecnología *blockchain*, delinea un entorno jurídico y administrativo para enfrentar desafíos económicos y sociales de la globalización y la digitalización, y a su vez hace frente al abuso y el fraude, considerándose que el uso de tecnología *blockchain* es aceptable (Boldó, 2023).

Así, la Unión Europea se ha prestado a la adopción de disposiciones normativas moderadas en el campo societario frente a los avances tecnológicos, con miras a obtener una actividad eficaz de las empresas, la posición fuerte de los accionistas y la protección de terceros. Con ello, la regulación europea insta las posibilidades para que el fundador constituya una sociedad mercantil en línea, prescindiendo de aportes documentales y a su vez garantizando la exactitud de las operaciones, sin necesidad de concurrir al notario (Gómez, 2022).

Entonces, desde la perspectiva formal dogmática, la legislación colombiana está a la vanguardia del uso de las tecnologías para el registro mercantil. Sin embargo, hay un camino por recorrer, para superar las formas tradicionales del intercambio electrónico de mensajes de datos o de formularios preestablecidos, que se digitalizan para guardar la información, con mecanismos de mayor agilidad tecnológica, que promuevan y faciliten la constitución societaria.

En el concepto 220-139607 la Superintendencia de Sociedades abordó el estudio a partir de la Ley 1258 de 20182, regla establecida en el artículo 5 concerniente al acto unilateral o el contrato en documento privado para la

constitución societaria, debiendo registrarse en la correspondiente Cámara de Comercio de la jurisdicción del domicilio, para alcanzar la personería jurídica del ente societario, enfatizando la autenticación previa a la inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, el concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, si bien respeta las disposiciones normativas que regulan lo concerniente a la constitución societaria, peca a su vez por la restricción al uso de tecnologías en los negocios (Valderrama, 2023).

Ahora, no por ello puede sacrificarse la oponibilidad, que en el ordenamiento jurídico nacional, estructurada como formalidad, resulta interesante en materia societaria, expresamente determinada y con característica reiterada del régimen general, que como acto de publicidad implica la presunción legal del conocimiento por parte de los terceros, del contrato o acto registrado, por el hecho de realizarse la inscripción ordenada por la ley, teniendo en cuenta que el efecto del acto o contrato registrado es extenderse a terceros (Gil, 2015, p. 210).

El reconocimiento de la personalidad jurídica del ente societario tiene razón legal en la inscripción que realizan los socios, el representante legal o la persona que formaliza el acto, ante la Cámara de Comercio del domicilio principal donde se creó la sociedad.

La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia de Constitucionalidad C-227 de 2006, que sustenta la existencia del registro mercantil, fundamentalmente en la información, otorga propiedades para dinamizar la economía, así como la necesidad de la publicidad para mayor efectividad de las transacciones económicas, y bajo la égida de la intervención del Estado en la economía, sustentada en el artículo 334 de la misma Constitución Nacional, el registro mercantil se constituye en una herramienta eficaz para el despliegue de la función pública, que se encarga a una corporación privada, por disposición legal, las cámaras de comercio, las cuales deben realizar, inscribir, actualizar y conservar la información, y garantizar su publicidad y su seguridad jurídica, lo que no impediría que eventualmente alguna entidad pública asumiera directamente la función (2006).

Si bien la tecnología *blockchain* ha pasado a utilizar una gobernanza descentralizada mediante la funcionalidad de cada individuo a través de funcionalidades computarizadas, no existe una definición clara que indique qué es qué, lo que se explica en parte por la falta de regímenes jurídicos que proporcionen definiciones y establezcan límites claros, y desencadene apropiadas en el momento de considerar la gobernanza corporativa,

por cuanto la estructura de gobierno de una DAO sitúa a los titulares de los *tokens* en su centro; a diferencia de las entidades societarias, los titulares de los *tokens* no esperan que un órgano de gestión administre sus activos en su beneficio (García Rolo, 2018).

Teóricamente, la descentralización de la información puede ser beneficiosa ante los ataques de tipo tecnológico, en los que se secuestre información o se minen contraseñas. Sin embargo, las organizaciones gubernamentales, incluso los particulares encargados de las funciones registrales, distan de contar con herramientas tecnológicas de vanguardia que al menos permitan el uso de nuevas tecnologías para la creación de valor, o para prevenir y contrarrestar las consecuencias.

El uso de tecnologías disruptivas, como *blockchain*, organizaciones descentralizadas automatizadas y contratos inteligentes, genera diferencias considerables, interpretaciones, incluso alcances, que resultan importantes para la disminución de los costes de transacción, aunque han generado otros costes, como el de redacción, el de modificación y el de programación, con lo cual las tendencias encontradas para aplicar el ahorro deben apreciarse atendiendo a la relación concreta, sin acometer soluciones generales (Ballabriga, 2019).

CONCLUSIONES

La constitución de sociedades y empresas por los medios tradicionales está en vientos de cambio. La estructura legal de la tipificación societaria existente requiere de ajustes y transformaciones que no atiendan a la coyuntura actual; por el contrario, deben proyectarse a mediano y a largo plazo, en un contexto que se nutre de la realidad, que cada vez impregna más las nociones clásicas; particularmente en la ciencia jurídica, la digitalización ha logrado alcanzar escenarios empresariales importantes, imponiendo retos a las regulaciones de las problemáticas que implican el uso de la tecnología. La globalización y la producción en países desarrollados para países en vía de desarrollo, cuyo producto interno bruto los hace atractivos por su mano de obra calificada pero económica, la tecnología y el desplazamiento del capital humano son circunstancias que cada vez inciden más en el abordaje de las categorías jurídicas de estudio.

Precisamente el reto del legislador deberá orientarse hacia la configuración de estructuras societarias flexibles, que integren apropiadamente

tecnologías para el registro de la información, basada en la seguridad y la fidelidad de los datos, que preserve la generación de valor agregado en los ambientes empresariales, porque las nociones clásicas que están configuradas en la legislación mercantil cederán sus nociones a las formas descentralizadas de conservar la información, los aportes en forma de *tokens*, la inmaterialidad de las relaciones jurídicas y las nuevas formas de gobernanza.

Con ello, si el tema aterriza en el punto del registro mercantil, con las formalidades existentes y las funciones administrativas y de registro a cargo de las cámaras de comercio, un análisis amplio debe considerar las tendencias del interés societario como reflejo de la gobernanza societaria llevada al mundo tecnológico, y reconocer las herramientas con las que se cuenta por el momento para impulsar la tecnología.

Es fundamental que el ejercicio de la constitución societaria contenga ampliamente los requisitos legales que exige la ley para el surgimiento de la persona jurídica, es decir, las posturas contractualistas e institucionalistas, que respondan a su vez a las exigencias del mercado y la economía para contribuir al desarrollo empresarial de los asociados, su participación y la prevención del abuso, aportes del paradigma organizacionista. Por ello, el uso de la tecnología es una noble herramienta que permitiría tomar decisiones operativas y administrativas en tiempo real, sujetas a la programación que establezcan las partes, conservando los estándares de verificabilidad, el seguimiento de la información, la certeza y la seguridad jurídica.

Puede considerarse que Colombia posee una legislación vanguardista, y en alguna medida de avanzada en temas societarios, de registro mercantil y fuentes formales para el impulso de la tecnología. Un ejemplo tópico es la configuración legislativa de la sociedad por acciones simplificadas, modelo adaptado del derecho societario francés, referente para otras legislaciones; sin embargo, se requieren mayores esfuerzos para continuar modernizando los sistemas de registro mercantil, debido a que restar esfuerzos en esta senda llevaría a los emprendimientos a omitir requisitos esenciales para la configuración contractual, o incluso generaría circunstancias no tipificadas, hasta llegar a sociedades anulables.

REFERENCIAS

Alurralde, M. A. (2023). Experiencias en investigación sobre la tecnología disruptiva *blockchain*. *Red RUCOC. Revista de las Facultades de Derecho*, (1), 87-94. <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/redrucoc/article/view/288>.

Álvarez, J., Cayón, J., Fernández, E., Gadea, E., Gozalo, V., Lafuente, M. y Tomillo, J. (2016). *Derecho de sociedades*. Dykinson S. L.

Assiri, H., Nanda, P. y Mohanty, M. (2020). Secure e-governance using blockchain. *EasyChair Preprint*, (4252). <https://easychair.org/publications/preprint/svXR>.

Axelsen, H., Jensen, J. R. y Ross, O. (2022). When is a DAO decentralized? *Complex Systems Informatics and Modeling Quarterly*, 31, 51-75. <https://doi.org/10.7250/csimq.2022-31.04>.

Ballabriga, T. (2019). Régimen jurídico y problemática de los contratos inteligentes. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, (227), 5-38. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2019.9717>.

Barata, J. (2012). El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, (13), 44-52. <https://www.redalyc.org/pdf/788/78824460005.pdf>.

Boldó, C. (10 de julio de 2023). *Blockchain* y su posible aplicación en el derecho de sociedades. *Dictum Abogados*. <https://dictumabogados.com/articulos/blockchain-y-su-posible-aplicacion-en-el-derecho-de-sociedades/31402/#:~:text=En%20la%20red%20blockchain%2C%20pueden,de%20dividendos%20entre%20los%20socios>.

Bower, J. L. y Christensen, C. M. (1996). Disruptive technologies: Catching the wave. *The Journal of Product Innovation Management*, 13, 43-53. <https://www.infona.pl/resource/bwmeta1.element.elsevier-315e6fb9-6d1b-39e4-9036-cb79369f2c2c>.

Chevallier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Universidad Externado de Colombia.

Choejey, P., Fung, C. C., Wong, K. W., Murray, D. y Xie, H. (2015). Cybersecurity practices for e-government: An assessment in Bhutan. *10th International Conference on e-Business (iNCEB2015)*. [https://researchportal.murdoch.edu.au/esploro/outputs/conferencePaper/Cybersecurity-practices-for-E-Government-An-assessment/991005544703107891#files_and_links_\(1\)](https://researchportal.murdoch.edu.au/esploro/outputs/conferencePaper/Cybersecurity-practices-for-E-Government-An-assessment/991005544703107891#files_and_links_(1)).

Corte Constitucional de Colombia (5 de abril de 2006). Sentencia C 277/06. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-277-06.htm>.

Cubillos, C. E. y Sotelo, J. J. (2023). Las políticas de gobierno corporativo frente a las innovaciones cambiantes. *Revista E-Mercatoria*, 21(2), 39-61. <https://doi.org/10.18601/16923960.v21n2.02>.

Darquea, P. (2021). El derecho ante las tecnologías disruptivas: personalidad electrónica y responsabilidad civil. *UDA Law Review*, (3), 11-20. <https://filosofia.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview/article/view/397>.

del Valle, M. del C. (2016). Alejandro Nadal Egea: del análisis académico a la propuesta de políticas. En M. del C. del Valle, J. Jasso e I. Núñez (coords.), *Ciencia, tecnología, innovación y desarrollo. El pensamiento latinoamericano* (pp. 27-39). Fondo de Cultura Económica.

Despotović, V., Bjelica, D., Bjelica, A. y Barać, D. (2023). Decentralized autonomous organizations: State and perspectives. *E-Business Technologies Conference Proceedings*, 3(1), 238-243. <https://www.ebt.rs/journals/index.php/conf-proc/article/view/190>.

de Trazegnies, F. (2018). *Postmodernidad y derecho*. Grijley.

Errera, A. (2019). Entre razón y derecho: el papel de la lógica en la ciencia jurídica. De la glosa al computador. *Revista de Derecho Privado*, (38), 17-47. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.02>.

Frasser, C. A. (2022). *Manual de derecho comercial societario*. Grupo Editorial Ibáñez.

García Hernández, J. (2017). Aspectos relevantes de las sociedades mercantiles. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 55(244), 61-77. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2005.244.61568>.

García Mandaloniz, M. (2020). *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada: Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible*. Dykinson. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/c5042796-c733-495d-aab1-1116c52a9357/content>.

García Rolo, A. (2018). Challenges in the legal qualification of decentralised autonomous organisations (DAOs): The rise of the crypto-partnership? *Revista de Direito e Tecnologia*, 1(1), 33-87. <https://ssrn.com/abstract=3417900>.

García Rubio, L. F. (2017). Contratos inteligentes en *blockchain*: una propuesta de *lege data* para el derecho privado colombiano en materia contractual. *Anuario de Derecho Privado*, (2), 9-45. [dx.doi.org/10.15425/2017.350](https://doi.org/10.15425/2017.350).

Gil, J. H. (2012). *Derecho societario contemporáneo: Estudios de derecho comparado*. Legis.

Gil, J. H. (2015). *Tratado de registro mercantil*. Cámara de Comercio de Bogotá.

Gómez, I. M. (2022). Análisis del estado actual de la constitución digital de sociedades mercantiles. En S. Nández y R. Reier (dirs.), *Digitalización de empresas y economía: tendencias actuales* (pp. 68-89). Dykinson S. L.

González, Ó. H. (2016). Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. *Ratio Juris*, 11(23), 97-124. <https://doi.org/10.24142/raju.v11n23a4>.

Gorritz, C. (2018). EU company law: Past, present and... future? *Global Jurist*, 19(1), 1-21. <https://portalrecerca.uab.cat/en/publications/eu-company-law-past-present-and-future-2>.

Guerrero, G. y Gómez, M. (2016). El líder TIC como agente de cambio. En A. Sánchez, J. Sánchez y G. Guerrero (eds.), *Modelo de formación de líderes TIC para el sector público colombiano. Hacia una visión estratégica de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las entidades públicas colombianas* (pp. 31-45). Universidad Nacional de Colombia.

Hanisch, M., Goldsby, C. M., Fabian, N. E. y Oehmichen, J. (2023). Digital governance: A conceptual framework and research agenda. *Journal of Business Research*, 162, 1-13. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2023.113777>.

Hansmann, H. y Kraakman, R. (2000). *The end of history for corporate law*. Harvard Law School. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf.

Hart, O. D. y Zingales, L. (2022). The new corporate governance. *National Bureau of Economic Research Working*. <http://www.nber.org/papers/w29975>.

Jaramillo, S. (2004). Constitución, registro y gestión de las sociedades mercantiles por medios electrónicos. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (103), 19-28. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4144>.

Kitzler, S., Baliotti, S., Saggese, P., Haslhofer, B. y Strohmaier, M. (2023). The governance of distributed autonomous organizations: A study of contributors' influence, networks, and shifts in voting power. *ArXiv*, <https://ifca.ai/fc24/preproceedings/96.pdf>.

Kurki, V. y Pietrzykowski, T. (2017). *Legal personhood: Animals, artificial intelligence and the unborn*. Springer.

Law, A. W. (2021). The rise of decentralized autonomous organizations: Opportunities and challenges. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*. <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/rise-of-daos>.

Lim, A. L., Masrom, M. y Din, S. (2013). E-government and e-governance concepts and constructs in the context of service delivery. *African Journal of Business Management*, 7(28), 2817-2826. <https://academicjournals.org/journal/AJBM/article-full-text-pdf/AC1D00C39447.pdf>.

López, E. L. (2023). *Sistema jurídico focalizado y normatividad disruptiva. Estudio de la experiencia jurídica covid-19*. Ediciones Usta, Tirant lo Blanch.

Montiel, M. A. S. (2020). Constitución electrónica de sociedades mercantiles. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, (4), 549-570. https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_c4fafba3908349b3876cafaafdb76c68.pdf.

Montoya, G. (2019). Simplificación, digitalización y tramitación electrónica en la constitución de sociedades mercantiles. En F. G. Díaz (coord.), *IV Jornadas Doctorales Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM)* (pp. 375-379). Editum. <https://doi.org/10.6018/editum.2736>.

Nadal, A. (1977). Planificación normativa y esfuerzo científico tecnológico. *CE*, 23(12), 1321-1339.

Parlamento Europeo (16 de febrero de 2017). Resolución del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html#title1.

Parra, D. P. y Concha, C. (2022). Responsabilidad civil por actos de robots autónomos en la Unión Europea: ¿Hacia la personalidad electrónica? *Civilistica.com*, 11(3), 1-31. <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/857>.

Pasquinelli, M. (2016). The spike: On the growth and form of pattern police. En S. Hankey, M. Tuszynski y A. Franke (eds.), *Nervous systems* (pp. 245-260). HKW, Spector Books.

Perkins, C. (5 de noviembre de 2021). DAOs: What the ESG movement can learn from blockchain governance. *Medium*. <https://blog.coinfund.io/daos-what-the-esg-movement-can-learn-from-blockchain-governance-a7d0c7dbccde>.

Roeck, D., Sternberg, H. y Hofmann, E. (2020). Distributed ledger technology in supply chains: a transaction cost perspective. *International*

Journal of Production Research, 58(7), 2124-2141. <https://doi.org/10.1080/00207543.2019.1657247>.

Roig, A. (2020). *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*. Bosch Editor.

Ruttenberg, W. y Pinna, A. (2016). Distributed ledger technologies in securities post-trading. Revolution or evolution? *Occasional Paper Series*, 172, 1-31. <https://ideas.repec.org/p/ecb/ecbops/2016172.html>.

Sabogal, L. F. (2011). El “interés social”: Apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa. *Revista E-Mercatoria*, 10(1). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2908>.

Salomão Filho, C. (2017). *Teoría crítico-estructuralista del derecho mercantil*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Sánchez, J. (2002). El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada. *Revista de Derecho Mercantil*, (246), 1653-1725. <https://docta.ucm.es/entities/publication/abb3d41f-4387-4ee1-a9a4-ab94a64f6543>.

Sánchez, J. (2006). Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa. En F. Rodríguez (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas* (pp. 851-913). Thomson Reuters Aranzadi. <https://docta.ucm.es/entities/publication/0d38d4dd-bffa-442d-b31a-e0f2edaf7917>.

Sastre, P. y Gordo, Á. J. (2019). El activismo de datos frente al control algorítmico. Nuevos modelos de gobernanza, viejas asimetrías. *IC: Revista Científica de Información y Comunicación*, 16, 157-182. <https://icjournal-ojs.org/index.php/IC-Journal/article/download/497/387/1555>.

Superintendencia de Sociedades (17 de julio de 2023). Oficio 220-139607 (Colombia). Constitución de Sociedad por Acciones Simplificadas S. A. S. mediante *smart contract*, criptoactivos y acciones. <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO++++220-+139607++++17+DE+JULIO+DE+2023.pdf/d68a8c98-2e8c-5bc0-cb74-05963e349564?version=1.0&t=1690987106327>.

Susskind, R. (2020). *El abogado del mañana. Una introducción a tu futuro*. Wolters Kluwer.

United Nations Development Programme (2023). *A shared vision for technology and governance*. <https://www.undp.org/publications/shared-vision-technology-and-governance>.

Valderrama, J. (2023). Algunas consideraciones del *smartcontract* en el derecho societario colombiano. *Boletines del Colegio de Abogados Comercialistas de Colombia N.º 1610*. <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7f5a866048180fb878555596afc5e21c>.

Yang, L., Nnko, N. y Eliot, N. (2018). Privacy and security aspects of e-government in smart cities. En D. B. Rawat y K. Zrar (eds.), *Cybersecurity and privacy for smart cities* (pp. 89-102). Elsevier. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-815032-0.00007-X>.

Yarlequé, G. y Burgos, D. (2022). Decentralized autonomous organizations: ¿Un nuevo aporte de la Legaltech en el sector mercantil? *Ius et Veritas*, (64), 78-91. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202201.004>.

Yermack, D. (2017). Corporate governance and blockchains. *Review of Finance*, 21(1), 7-31. <https://doi.org/10.1093/rof/rfw074>.

Whittingham, M. V. (2011). ¿Qué es la gobernanza y para qué sirve? *Revista Análisis Internacional*, (2), 219-236. <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/24>.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

DIPLOMACIA DIGITAL DURANTE EL PARO
NACIONAL DE 2021: UN ANÁLISIS DE LAS
ACCIONES DIGITALES REALIZADAS POR
EL GOBIERNO DEL PRESIDENTE IVÁN DUQUE

DIPLOMACIA DIGITAL DURANTE A GREVE
NACIONAL DE 2021: UMA ANÁLISE DAS AÇÕES DIGITAIS
UTILIZADAS PELO GOVERNO DO PRESIDENTE IVÁN DUQUE

DIGITAL DIPLOMACY DURING THE 2021 NATIONAL STRIKE:
AN ANALYSIS OF THE DIGITAL ACTIONS USED BY THE
GOVERNMENT OF PRESIDENT IVÁN DUQUE

LAURA MELISSA OLARTE*
DAVID JAVIER GIRALDO INFANTE**

Recibido: 26 de abril de 2024 - Aceptado: 22 de junio de 2024 -
Publicado: 30 de noviembre de 2024
DOI: 10.24142/raju.v19n39a18

* Politóloga de la Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002120678, Google Scholar: https://scholar.google.com/citations?hl=es&view_op=list_works&gmla=AKKJWFef613LiNiI5A2UHDLLVL_jG3tiQr8K0Cb-E1cFOIoNZWHmIUH48On62Gn5o-BHfBiPoSKAYO4WQ0xW8meJ5jwIrcow&user=3Z7TExkAAAAJ, ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7873-5646>, correo electrónico: lolarteg@unal.edu.co

** Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín. CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002069581, Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=qfZnpX8AAAAJ>, ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1662-0230>, correo electrónico: djgiraldoi@unal.edu.co

Resumen

Durante el paro nacional de 2021 en Colombia las redes sociales se convirtieron en un medio crucial para denunciar el uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional, lo que atrajo la atención de la comunidad internacional. A pesar de que el Gobierno colombiano se esforzó por contrarrestar estas denuncias mediante estrategias digitales, no logró convencer a la opinión pública internacional, lo que motivó la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y una reducción en la calificación crediticia del país. El estudio propone investigar las acciones de diplomacia digital del Gobierno y la ciudadanía, así como la respuesta internacional, con el objetivo de comprender cómo estas estrategias influyeron en la percepción global durante las protestas. Se plantea un análisis documental basado en fuentes primarias y secundarias, utilizando el enfoque del liberalismo en las relaciones internacionales para evaluar la cooperación y los derechos humanos en este contexto.

Palabras clave: diplomacia digital, paro nacional de 2021, redes sociales, derechos humanos, comunidad internacional, protestas en Colombia.

Resumo

Durante a Greve Nacional na Colômbia em 2021, as redes sociais tornaram-se um meio crucial para denunciar o uso excessivo da força por parte da Polícia Nacional, atraindo a atenção da comunidade internacional. Apesar dos esforços do governo colombiano para contrapor essas denúncias por meio de estratégias digitais, não conseguiram convencer a opinião pública internacional, o que levou à visita da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à redução da clas-

sificação de crédito do país. O estudo propõe investigar as ações de diplomacia digital do governo e da cidadania, assim como a resposta internacional, com o objetivo de compreender como essas estratégias influenciaram a percepção global durante os protestos. Propõe-se uma análise documental baseada em fontes primárias e secundárias, utilizando a abordagem do liberalismo nas relações internacionais para avaliar a cooperação e os direitos humanos nesse contexto.

Palavras-chave: diplomacia digital, greve nacional 2021, redes sociais, direitos humanos, comunidade internacional, protestos na Colômbia.

Abstract

During the National Strike in Colombia in 2021, social media became a crucial platform for denouncing the excessive use of force by the National Police, drawing the attention of the international community. Despite the Colombian government's efforts to counter these allegations through digital strategies, they failed to convince international public opinion, leading to a visit by the Inter-American Commission on Human Rights and a downgrade in the country's credit rating. This study aims to investigate the digital diplomacy actions of the government and the citizenry, as well as the international response, with the goal of understanding how these strategies influenced global perception during the protests. A documentary analysis based on primary and secondary sources will be conducted, using the liberalism approach in international relations to assess cooperation and human rights in this context.

Keywords: digital diplomacy, national strike 2021, social media, human rights, international community, protests in Colombia.

INTRODUCCIÓN

La diplomacia digital se ha convertido en una herramienta para que los gobiernos ejerzan la diplomacia pública, y sirve para alcanzar los fines de la política exterior a través de medios digitales como las redes sociales y las páginas web. Sin embargo, estos mismos avances tecnológicos han democratizado los medios de comunicación, y ahora es más fácil que cualquier persona pueda interactuar con una entidad pública o con ciudadanos de cualquier parte del mundo; además, las comunicaciones que se generan en los entornos virtuales pueden servir para apoyar o atacar a cualquier persona o entidad, debido a circunstancias como el anonimato y la viralización de contenidos.

Durante el 2021 se ha evidenciado cómo a través de las redes sociales se ha denunciado masivamente el uso desmedido de la fuerza por parte de la Policía Nacional de Colombia en el marco del paro nacional de este año, lo que ha llevado a la comunidad internacional a poner el ojo sobre la situación. Asimismo, el Gobierno nacional ha reaccionado haciendo uso de estrategias digitales para demostrar lo contrario frente a la comunidad internacional; sin embargo, estas estrategias no han sido suficientes para convencerla, lo que llevó a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decidiera visitar a Colombia (OEA, 2021) y que Fitch Ratings redujera la calificación crediticia de Colombia de BB+ a BBB- (Forbes Staff, 2021).

CONTEXTO

Este paro nacional comienza en Colombia el 28 de abril de 2021, debido a la agudización de la situación social, económica y política que enfrenta el país. Pese a las campañas para mejorar los índices de pobreza y desigualdad, Colombia continúa siendo uno de los países más desiguales de América Latina (Grupo Banco Mundial, 2021), y el gobierno de Iván Duque no logra dar soluciones reales. Sumada a la crisis social, llega la emergencia de salud pública ocasionada por el covid-19, que golpea fuertemente la economía de miles de familias que encuentran su sustento mediante el trabajo informal y de otros que perdieron sus empleos tras la cuarentena y el cierre de empresas y establecimientos públicos.

Tras el llamado del Comité del Paro para generar movilizaciones de protesta en contra del Gobierno nacional, se presenta el pliego de emergen-

cia, el cual reúne seis puntos que evidencian la crisis coyuntural y estructural que enfrenta el país: 1) la intervención estatal urgente en el sistema de salud, especialmente en las condiciones laborales del personal médico que está enfrentando la emergencia del covid-19; 2) la renta básica para personas en condición de pobreza y para quienes se han visto fuertemente afectados por el confinamiento; 3) la defensa de la producción nacional, la seguridad y la soberanía alimentaria; 4) el apoyo a la educación pública, la matrícula cero en las instituciones de educación superior y el no retorno a clases presenciales hasta tener garantías; 5) acciones diferenciadas para garantizar los derechos de las mujeres y la población LGTBIQ+ para enfrentar la pandemia, teniendo en cuenta que la violencia contra las mujeres se ha incrementado en tiempos de confinamiento; 6) derogar los decretos de emergencia que desmejoran las condiciones de vida económicas y sociales de los colombianos, y frenar la privatización de la red de transporte en oleoductos de Ecopetrol; finalmente, el punto 7 expone medidas económicas que debe tener en cuenta el Gobierno para financiar estas propuestas.

Según informó la Defensoría del Pueblo, durante un periodo de dos meses se realizaron 5219 movilizaciones ciudadanas del siguiente tipo: 9 asambleas, 293 movilizaciones, 1269 bloqueos en vías públicas, 1161 marchas y 2487 concentraciones y tomas culturales (Redacción Mundo, 2021b). Las cifras de las movilizaciones ciudadanas a lo largo y ancho del país evidencian la magnitud de la protesta y la contundencia de un pueblo cansado de las malas decisiones de un gobierno negligente. Sin embargo, contrario a lo que se podría esperar de un país que se reconoce como un Estado social de derecho, en el cual deberían primar las acciones democráticas, de diálogo y concertación, estas jornadas atrajeron la mirada de las organizaciones internacionales y de derechos humanos por las cifras de muertos, desaparecidos y heridos que dejó la intervención de la fuerza pública para “controlar” el estallido social.

El 15 de diciembre, la Oficina de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publica un documento en el que insta al Gobierno nacional a mejorar la forma en que gestiona las protestas y las manifestaciones ciudadanas. La ONU afirma que recibió denuncias de 63 personas asesinadas en el marco del paro nacional, de las cuales 46 fueron verificadas por la Oficina de Derechos Humanos (Reliefweb, 2021). Asimismo, evidencia el uso desmedido y desproporcionado de miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) en contra de la población civil.

Es de resaltar que la labor realizada por los organismos internacionales para la verificación de las denuncias de la población civil fue posible gracias a entrevistas, reuniones y grabaciones realizadas con teléfonos celulares por personas que se encontraban presentes en el momento de los hechos y que las publicaron en las diferentes redes sociales.

Por su parte, la CIDH, en el mes de junio realizó una visita de trabajo para verificar las denuncias de la población civil en diferentes medios, y emitió un documento de 48 páginas titulado “Observaciones y recomendaciones de la visita de trabajo de la CIDH a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021”, en el cual se registraron los antecedentes de las protestas, teniendo en cuenta las manifestaciones de años anteriores (2019-2020), la polarización social que enfrenta el país, los altos índices de pobreza, desigualdad y violencia en contra de la población civil y de los defensores de los derechos humanos, y la agudización de la crisis económica tras la emergencia de salud pública acaecida por el covid-19.

En la misma línea de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU, la CIDH señala que hubo un manejo inadecuado de la protesta social por parte de la fuerza pública al vulnerar las garantías efectivas para el ejercicio del derecho a la protesta en Colombia. De acuerdo con información entregada por el Gobierno nacional a la Comisión, en el marco del paro nacional se realizaron 12478 protestas en 862 municipios del país, la mayoría en forma pacífica, y fueron del siguiente tipo: 28 asambleas, 632 movilizaciones, 3190 bloqueos, 2300 marchas y 6328 concentraciones (CIDH, 2021, p. 6).

En materia de redes sociales, la CIDH informa que en estas circularon evidencias de diferentes hechos en los que hubo un uso desmedido de la fuerza pública, como disparos en contra de periodistas que se encontraban cubriendo las jornadas y de la población civil; el perfilamiento de usuarios de las redes sociales, que propicia su estigmatización y atenta contra el derecho a la libre expresión; interrupciones en el servicio de internet y el bloqueo de páginas web (URL) que publicaban contenido de las protestas, para obstaculizar su realización y la denuncia de hechos que vulneran el ejercicio de los derechos democráticos de los ciudadanos.

De acuerdo con lo anterior y teniendo como punto de referencia el contexto señalado, esta investigación se plantea la siguiente pregunta: ¿cuál fue el papel de la diplomacia digital durante el paro nacional de 2021?

Nos encontramos en una era digital en la que el mundo está hiperconectado y la globalización nos impone unas formas de relacionamiento

de las que es difícil escapar. En estas lógicas no solo se ven inmersos los ciudadanos, sino también los Estados, los cuales han hecho cada vez más uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) para difundir sus mensajes y acercarse a las personas. Colombia no es la excepción, y durante el periodo presidencial de Iván Duque Márquez las ha usado y promovido para fortalecer al Estado.

Las movilizaciones ciudadanas durante el año 2021 le dieron a Colombia gran protagonismo en la esfera mundial, por lo cual la ciudadanía, en la búsqueda de la defensa de sus derechos, encontró en las relaciones internacionales y en los organismos mundiales un escenario de eco y posible mitigación de las violaciones de los derechos humanos por parte del Estado colombiano. Es así como a través de las redes sociales y los medios digitales se generó un ambiente de denuncia de los hechos que ocurrían en el país, y dichas acciones tuvieron eco en la comunidad internacional. Por lo tanto, el Gobierno colombiano tuvo que responder y argumentar lo que estaba haciendo como ejercicio de administración. En ese sentido, es importante preguntarse por las estrategias que utilizó la ciudadanía para realizar sus denuncias, debido a la resonancia que tuvieron en el escenario mundial y a las respuestas que ofreció el establecimiento.

Para realizar el proceso investigativo se propuso como objetivo general analizar las acciones de diplomacia digital en Colombia por parte del gobierno de turno, la ciudadanía que se movilizó y la comunidad internacional durante el paro nacional de 2021 (entre mayo y julio). Además, se plantearon los siguientes objetivos específicos: describir la diplomacia digital como categoría, evidenciar las estrategias ciudadanas digitales que generaron un llamado de auxilio a la comunidad internacional, exponer las respuestas de diplomacia digital de la comunidad internacional frente a las denuncias ciudadanas presentadas en el paro nacional de 2021, e identificar el uso de estrategias digitales por parte de la Cancillería de Colombia a través de Twitter durante el primer mes de las movilizaciones (mayo de 2021).

La diplomacia digital podría entenderse como una herramienta usada en el marco de la política exterior, que incorpora las redes sociales virtuales y las TIC en el ejercicio diplomático (Bassante, 2014). Posibilita un amplio intercambio de información a nivel global e incluye la participación de actores no gubernamentales en la política internacional (Tigau, 2009). Se inscribe dentro de la diplomacia pública, siendo una de las características que influyen en el entorno internacional para crear un imaginario y una

reputación del país sobre un público determinado (Cull, 2009a; 2009b). La diplomacia digital depende de la voluntad y la apertura del régimen político, de la articulación y la planeación correcta dentro de la política exterior, y de la interdependencia de sus miembros (Ardila y Lozano, 2020; Badie, 2008); esto último, debido al incremento de los actores no gubernamentales e internacionales, además del crecimiento exponencial de las conexiones a internet y el cruce de intereses entre actores estatales y no estatales. Por ende, podría resumirse y entenderse en el marco de este trabajo la diplomacia digital como la herramienta mediante la cual se ejerce poder, se legitiman acciones de uno o varios actores del sistema internacional y se democratizan la toma de decisiones y la construcción de las agendas territorial, nacional e internacional (Ardila y Lozano, 2020, p. 11).

El estudio documental de carácter inductivo titulado “Diplomacia digital durante el paro nacional de 2021: Un análisis de las acciones digitales realizadas por el gobierno del presidente Iván Duque” aplica como metodología el análisis del discurso cualitativo, a través de la revisión de redes sociales, declaraciones, solicitudes oficiales, cartas, prensa y demás información relevante sobre el periodo durante el cual se llevó a cabo el paro nacional del año 2021. Esta propuesta de investigación se desarrolla en tres fases, en las cuales se procura realizar un proceso de exploración e identificación de información documental mediante la cual se evidencia la dinámica de diálogo, interlocución y comunicación de la ciudadanía, el gobierno de Iván Duque y la comunidad internacional, alrededor de las denuncias de violaciones de los derechos humanos en el periodo comprendido entre mayo y julio de 2021.

El objetivo general requiere analizar algunas de las acciones de diplomacia digital en Colombia realizadas por el gobierno de turno, la ciudadanía que se movilizó y la comunidad internacional, teniendo en cuenta la influencia que ejercieron las redes sociales y la activación ciudadana en medios digitales de las denuncias de violaciones de los derechos humanos por parte del Estado colombiano en las acciones de protesta y manifestación política de las organizaciones, los movimientos sociales y la población en general. Se indaga también por las denuncias de violaciones en las redes sociales, las cartas y solicitudes de auxilio por parte de los movimientos, las plataformas y las organizaciones sociales, y la información divulgada por la prensa internacional sobre los hechos violentos que ocurrieron en los periodos de paro nacional.

Por otra parte, se identifican las declaraciones de diferentes organismos, personas influyentes y países en general, con llamados para el Estado colombiano; esta búsqueda posibilita fichar las cartas, las notas diplomáticas y los comunicados que realizó la comunidad internacional sobre las movilizaciones que se realizaban y las posibles violaciones de los derechos humanos, además del proceso que promovió y consolidó la visita de la CIDH. También, se describen las estrategias que el Gobierno colombiano usó en Twitter, a través de la cuenta de la Cancillería, para responder ante las denuncias y los llamados de la comunidad internacional, y así indagar sobre cómo el Gobierno implementa la diplomacia digital en sus redes sociales.

En última instancia, se busca desarrollar un proceso explicativo de los resultados del análisis documental, el levantamiento y la triangulación de la información, para generar una reflexión acerca de la necesidad de divulgar, fortalecer y capacitar a la ciudadanía en la participación y la utilización de los medios digitales para la diplomacia y las relaciones internacionales.

El enfoque de esta investigación es el liberalismo en las relaciones internacionales, debido a que esta teoría resalta la posibilidad de la cooperación entre los Estados y se basa en la importancia de la libertad, la racionalidad, los derechos humanos, los límites del poder y la democracia. Además, el trabajo se sustenta en una de las tesis más importantes del liberalismo: la premisa de la paz democrática, que afirma que los “Estados democráticos no se hacen la guerra entre sí. Las democracias son capaces de alcanzar la paz entre ellas porque ejercen la precaución inherente a toda democracia y son capaces de apreciar los derechos internacionales de las repúblicas extranjeras” (Doyle, 1986, p. 1162; Pauselli, 2013, p. 83).

LA DIPLOMACIA DIGITAL COMO CONCEPTO

En cuanto a la diplomacia digital, podemos encontrar en los trabajos de González (2018), Manfredi (2014) y Rodríguez (2015) que existen dos vías para definir el término: una institucional y una social. Desde la perspectiva institucionalizada, Rodríguez (2015) y Bjola (2022) definen la diplomacia digital como un conjunto de acciones que se encuadran en el poder blando y permiten la proyección de la identidad de un Estado a través de las redes sociales e internet, además de facilitar el relacionamiento y la comunicación con otros actores del sistema internacional. Por otro lado, con una visión más social de la diplomacia digital, Manfredi (2014), Rodríguez

(2015) y González (2018) encuentran que debido a la disrupción tecnológica y la democratización de los medios de comunicación se facilita la participación de los ciudadanos en el plano internacional, ya que al desplegar la actividad de política exterior en la red, las lógicas de relacionamiento de las redes sociales, como la ciberpresencia y el prestigio, permiten al ciudadano participar de la gobernanza de los Estados y sus relaciones internacionales, creando así un entorno diplomático donde se encuentra una compleja red de instituciones gubernamentales, ONG, empresas privadas y grupos de la sociedad civil que informan, moldean y participan de las políticas internacionales de un país, y configurando un sistema diplomático digital (SSD) en el que la acción conjunta de sus partes delinea el perfil diplomático.

En los textos de Bjola (2022) y Rodríguez (2015) se destaca el valor de las redes sociales para la diplomacia digital. Según ambos autores, la base de las relaciones internacionales es el prestigio, y por eso los Estados deben desarrollar un plan estratégico de diplomacia digital que ayude a gestionar todos los aspectos inherentes a la presencia en redes sociales para conseguir una buena ciberpresencia, que brinde al Estado la legitimidad, el reconocimiento internacional y la reputación para desplegar exitosamente las estrategias de poder blando. Esto último es un aspecto que se conecta con los artículos de Manfredi (2014) y Blinder (2017). Manfredi (2014) resalta que el poder blando en las relaciones internacionales, con la llegada de las TIC, debe llevar a la utilización correcta de estrategias, herramientas e instrumentos que conduzcan a la creación de un nuevo poder, un poder inteligente para lograr los objetivos de política exterior. La materialización de este poder, según Manfredi, se logra a través de una comunicación internacional que se preocupa por la imagen exterior del Estado mediante la marca país y las estrategias de diplomacia pública para la captación de inversiones. Blinder (2017) resalta la influencia de la comunicación y sobre todo de los medios masivos en la forma de pensar de los espectadores acerca de la cultura y los asuntos nacionales e internacionales.

Por último, en los artículos de Bassante (2014), Manfredi (2014) y Bjola (2022) se encuentra una serie de dificultades en el desarrollo de la diplomacia digital. Para Bassante (2014), no se trata de que los Estados y en especial los ministerios de relaciones exteriores posean redes sociales. Según Bjola (2022), una de las grandes dificultades que experimenta la diplomacia digital tiene que ver con la posverdad y cómo esta se puede utilizar para exacerbar las emociones de los usuarios de redes sociales y hacer que

los diplomáticos o los ministerios pierdan su prestigio virtual frente a la comunidad internacional, lo que llevaría a que los ministerios desaceleren sus esfuerzos encaminados a integrar las tecnologías digitales a sus actividades. Para cerrar este capítulo, Manfredi (2014) concluye su investigación argumentando que pocos países han integrado la diplomacia digital a su repertorio de acción exterior; los esfuerzos aún son muy incipientes, y solo algunos países del norte global han conseguido avances importantes en cuanto a las estrategias digitales en el marco de la diplomacia digital. Los Estados del sur global han avanzado poco con la implementación de la diplomacia digital, y la mayor muestra de esto es la poca inclusión de actores no gubernamentales en la toma de decisiones de la política exterior, lo que se relaciona directamente con el escaso acceso a internet y los bajos índices de participación política, además de la falta de profesionalización de los diplomáticos en la implementación de las tecnologías de la información.

ESTRATEGIAS DIGITALES CIUDADANAS

Las diferentes jornadas de movilización que se realizaron en el marco del paro nacional tuvieron como escenario calles, parques, plazas y lugares públicos de las diferentes ciudades del país. La ciudadanía se encontraba en una etapa de confinamiento por las medidas que habían tomado el Gobierno nacional y los diferentes Gobiernos locales para reducir las cifras de personas afectadas por el covid-19, razón por la cual las jornadas preparatorias del paro se realizaron de manera digital. Cientos de videos, imágenes e infografías con denuncias sobre las diferentes situaciones que afrontaban las personas a lo largo y ancho del país en términos económicos y sociales inundaron las redes sociales y alimentaron el descontento de la ciudadanía.

Con el pasar de los días, las personas iban perdiendo el miedo a salir a la calle a protestar, y por medio de *lives* y en vivos quienes salían a las movilizaciones, los plantones, las concentraciones y las marchas mostraban el desarrollo de las diferentes jornadas. Desde comparsas, conciertos, tomas culturales y artísticas, hasta los fuertes enfrentamientos entre los marchantes, la primera línea y la fuerza pública.

Hashtag #SOSCOLOMBIA

El *hashtag* #SOSCOLOMBIA fue tendencia mundial durante el desarrollo del paro, acompañado por videos y fotos de las movilizaciones que se realizaban en las diferentes ciudades y que mostraban, por un lado, la creatividad y la pasividad de las protestas, y por otro lado, la brutalidad policial y las graves agresiones en contra de quienes ejercían su derecho a la protesta. Los siguientes *hashtags* también se viralizaron en las redes sociales y fueron tendencia: #PARONACIONALENCOLOMBIA, #NOSESTANMATANDO, #PARO_NACIONAL_COLOMBIA y #LOSBUENOSSOMOSMAS.

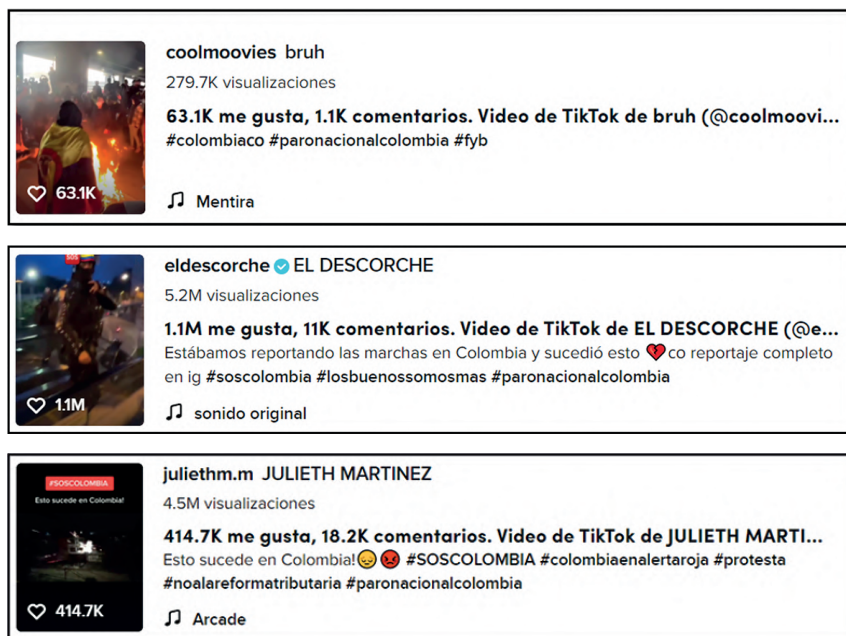


Figura 17.1 Los *hashtags* #SOSCOLOMBIA

Fuente: TikTok (2021).

Fotos de perfil con la bandera de Colombia al revés

Otra tendencia de los usuarios de diferentes redes sociales fue poner la bandera de Colombia al revés como foto de perfil; algunas tenían gotas de sangre en la parte de color amarillo, como símbolo de las personas que es-

taban siendo asesinadas y desaparecidas en el marco de las movilizaciones. Para otros, la bandera al revés representaba el rechazo a la violación de los derechos humanos que se presentó en el país durante las semanas de paro nacional. Esta situación ocasionó la preocupación de la ciudadanía y motivó la creación de una canción llamada “SOS Colombia”, que se publicó en la plataforma Youtube el 14 de mayo, dieciséis días después de la hora cero del paro nacional, y alcanzó 222.976 vistas en menos de un mes.



Figura 17.2 Banderas “SOS Colombia”

Fuente: Twitter y Facebook.

Transmisiones de video en Facebook

Las transmisiones de video por Facebook tal vez fueron la estrategia digital más importante en el desarrollo del paro, pues gracias a su fácil acceso miles de personas que se movilizaron utilizaron esta plataforma para mostrar en sus redes lo que se estaba viviendo en las jornadas de movilización. Gracias a estas transmisiones las personas, en tiempo real, podían

enterarse de lo que pasaba en los diferentes lugares de movilización de las ciudades. Miles de transmisiones en vivo reportaban los enfrentamientos entre ciudadanos y miembros del (ESMAD). No se tiene registro de cuántas transmisiones se realizaron en el marco del paro, pero fue tal el impacto de estos videos en las plataformas que en el momento más álgido de las movilizaciones cientos de usuarios empezaron a denunciar que Facebook estaba “tumbando” sus transmisiones.

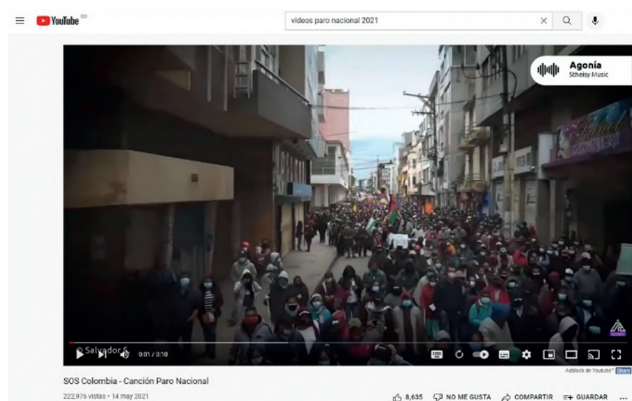


Figura 17.3 “SOS Colombia”, canción del paro nacional

Fuente: Youtube.

Ante estas acusaciones por la censura de lo que se estaba denunciando, Facebook expresó que en ningún momento la plataforma censuraba los contenidos de los usuarios, sino que muchas de las transmisiones contenían imágenes fuertes cuya publicación iba en contra de las normas comunitarias, que son las que determinan qué está y qué no está permitido en la red social; por ejemplo, no admiten el lenguaje que incita al odio ni la exposición de contenido cruel e insensible, ni del daño a la propiedad. De esta manera, la compañía desmiente la intención de censura y recomienda a sus usuarios tener en cuenta estas normas para que la inteligencia artificial de la plataforma no oculte ni elimine el contenido.

Las transmisiones en plataformas como Facebook, realizadas por miles de personas que en cada jornada de movilización visibilizaban los momentos que vivían en medio de las protestas, fueron la principal estrategia de información y de denuncia internacional en materia de derechos humanos. En respuesta a la preocupación de las diferentes organizaciones

de la sociedad civil, los movimientos políticos, los partidos políticos y las plataformas defensoras de los derechos humanos, se emitieron comunicados a la opinión pública y a las organizaciones internacionales. A continuación, se exponen los comunicados a la opinión pública encontrados en los motores de búsqueda de internet.

1. El 1 de mayo, la ONG Temblores emite un comunicado a la opinión pública y a la comunidad internacional por los hechos de violencia física y homicida cometidos por la Policía Nacional de Colombia el 30 de abril, que dejaron como resultado 851 casos de violencia policial, entre los cuales se señalan los siguientes tipos: 68 víctimas de violencia física; 13 víctimas de violencia homicida; 1 persona fallecida; 655 detenciones arbitrarias; 98 irrupciones violentas en las movilizaciones ciudadanas; 8 personas con agresión en los ojos; y 18 casos de disparos con armas de fuego por miembros de la Policía (Temblores, 2021).
2. El 3 de mayo de 2021, cinco días después de la hora cero del paro nacional, la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz realiza una publicación en su página oficial, titulada “Comunicado a la opinión pública sobre el paro nacional en Colombia del 28 de abril del 2021”. En este documento las Ciudadanías por la Paz de Colombia hacen un llamado a la comunidad internacional “para que se pronuncie contra la violencia policial que sufre el pueblo colombiano de forma sistemática, que exija la desmilitarización de las zonas urbanas, la desarticulación del escuadrón antimotines ESMAD y una reestructuración de fondo de las fuerzas del orden”. Asimismo, expresan que la intervención de la comunidad internacional es muy importante para que el Gobierno nacional, en cabeza del presidente Duque, se comprometa a respetar los acuerdos de paz y que el dinero que ingresa gracias a la cooperación internacional se utilice de manera transparente.

Asimismo, se incluye una denuncia ante la “opinión pública sobre la violación de DDHH en el marco de las protestas del Paro Nacional de Colombia del 2021”, que respaldan los diferentes videos publicados en plataformas y redes sociales, que evidencian el uso desproporcionado de fuerza de la Policía Nacional y el ESMAD en contra de los manifestantes (Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, 2021).
3. El 9 de mayo de 2021 las organizaciones sociales y populares que se encuentran en minga en el marco del paro nacional emiten un

comunicado que se publica en la página oficial del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), titulado “Comunicado de prensa a la opinión pública nacional e internacional”, en el que denuncian el ataque a una chiva en la que se movilizaba la guardia indígena. El ataque fue ocasionado por civiles, a quienes resguardaba la Policía Nacional, y dejó doce comuneros heridos. Por otro lado, el comunicado busca desmentir un video que circula con los símbolos del CRIC haciendo un llamamiento a un paro armado (CRIC, 2021).

4. El 11 de mayo Akubadaura publica en su página oficial el comunicado a la opinión pública nacional e internacional de la Mesa Indígena del Chocó. En este comunicado las comunidades indígenas rechazan y denuncian la violencia sistemática y la violación de los derechos humanos que se vive en el país desde el inicio de las jornadas de movilización. Asimismo, se pronuncian en solidaridad con el CRIC tras el ataque del que fue víctima el 9 de mayo. Finalmente, convocan a las comunidades de los pueblos originarios (embara dóbida, katío, chamí, guna dule y wounaan) a una movilización el 12 de mayo de 2021 para denunciar el asesinato de líderes sociales de las comunidades indígenas y el conflicto que se vive en los territorios, especialmente en los resguardos indígenas (Akubadaura, 2021).
5. La Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) da a conocer un comunicado a la opinión pública nacional e internacional el 24 de mayo. Este comunicado se construye antes de la quincuagésima octava reunión ordinaria de la Mesa Regional Amazónica (MRA), un espacio de diálogo y concertación política entre las autoridades y los delegados de las comunidades indígenas, y el Gobierno nacional. Mediante este comunicado los pueblos indígenas reconocen las luchas que se están dando en las calles en el marco del paro nacional, y comparten los motivos que han desatado la indignación del pueblo. Asimismo, le exigen al Gobierno nacional

respeto al derecho fundamental a la manifestación pública y pacífica, y exigimos garantías para su ejercicio. En este sentido, rechazamos la decisión del presidente de la república Iván Duque de militarizar los territorios y darle un trato punitivista a la movilización social y exigimos el retiro de las fuerzas militares de los puntos de resistencia donde está concentrada la movilización y la Minga en el departamento del Putumayo.

Finalmente, expresan que no tienen la intención de hacer parte de los espacios de concertación que surjan tras las jornadas de movilización, pues consideran que su competencia está en las sesiones de la MRA que se desarrollen en los territorios (Daza, 2020).

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

1. El 6 de mayo de 2021, la página web del medio de comunicación Telesurtv.net publica la preocupación del secretario general de la ONU, António Gutiérrez, por la represión policial en contra de las manifestaciones y los casos de violación de los derechos humanos. Asimismo, hace un llamado a todas las partes que están en confrontación para buscar salidas de manera pacífica y dialogada (Telesurtv.net, 2021).
2. El 4 de mayo de 2021 el portavoz de la Unión Europea Peter Stano expresa su preocupación por el uso desproporcionado de la fuerza contra los manifestantes. También condena los homicidios generados en el marco del paro nacional, e insiste en que estos hechos “afectan el derecho legítimo a la protesta” (Agencia AFP, 2021, p. 1).
3. El 26 de noviembre de 2021, Amnistía Internacional publica 12 casos de los más de 100 conocidos de víctimas de traumas oculares por parte del ESMAD. En este documento se condena el accionar de la fuerza pública en el marco del paro nacional, al considerar que no cumple con los estándares de los derechos humanos internacionales para garantizar el ejercicio del derecho a la protesta. Asimismo, se denuncia que las autoridades colombianas deben garantizar el acceso a la salud física y psicológica a las víctimas de traumas oculares, pues han encontrado diferentes barreras para recibir atención en salud y para continuar con el desarrollo de sus actividades cotidianas y de su proyecto de vida. También se hace un llamado al Gobierno nacional para que estos hechos de violencia en contra de la ciudadanía no se repitan, y para que se cumplan de manera inmediata todas las recomendaciones de la CIDH tras su visita de verificación en el mes de junio (Amnistía Internacional, 2021).
4. El 2 de mayo de 2021 el director para las Américas de Human Rights Watch (HRW), José Miguel Vivanco, menciona su preocupación por los acontecimientos del país, hace un llamado urgente a las

autoridades para que respeten los derechos humanos en el contexto de las movilizaciones, y a los manifestantes para que las protestas se desarrollen de manera pacífica. Menciona que la organización ha confirmado la muerte de seis personas en el marco de las protestas y hace públicos los nombres de las víctimas: Marcelo Agredo Inchima (Cali), Cristian Alexis Moncayo Machado (Cali), capitán de policía Jesús Alberto Solano Beltrán (Soacha), Miguel Ángel Pinto Mona (Cali), Einer Alexander Lasso Ocampo (Cali) y Santiago Triviño (Ibagué) (Carranza, 2021, p. 1).

DIPLOMACIA DIGITAL DURANTE EL PARO NACIONAL

Para entender el marco en el que se suscribe la diplomacia digital en Colombia hay que comprender en primera instancia los principios y lineamientos de política exterior establecidos por la Cancillería para el periodo 2018-2022 en cuanto a la política exterior de Colombia.

De manera resumida, los lineamientos de política exterior establecidos para el gobierno del presidente Iván Duque plantean un relacionamiento multilateral de Colombia con la sociedad internacional, en el que la política exterior tiene congruencia con su política interna. Se propende por que Colombia entienda los desafíos globales, como el cambio climático, y se convierta en un líder regional que trabaje por la revitalización del sistema interamericano con el objetivo de defender la democracia. Se plantea una política exterior de Colombia más participativa e incluyente con los actores gubernamentales y no gubernamentales. Entre sus desafíos se encuentran la migración, el crimen organizado y el fortalecimiento del Estado de derecho, y la paz y la seguridad en América Latina (Cancillería de Colombia, 2018). Y su estrategia de política exterior se compone de siete acciones:

- Primera acción: Participación de Colombia en los escenarios internacionales en defensa de la seguridad y la estabilidad internacional, privilegiando su compromiso con la democracia representativa y el Estado de derecho.
- Segunda acción: Fortalecimiento y promoción de los intereses nacionales a través de relaciones bilaterales diversificadas, y creación de una nueva política de diplomacia pública que permita difundir el poder blando de Colombia.

- Tercera acción: Compromiso regional de Colombia con América Latina y con los Mecanismos de Concertación e Integración Regionales.
- Cuarta acción: Creación de una nueva política migratoria.
- Quinta acción: Liderazgo para una nueva política de fronteras.
- Sexta acción: Liderazgo para una estrategia nacional que permita consolidar la oferta y la demanda de cooperación internacional.
- Séptima acción: Fortalecimiento profesional e institucional de las entidades del sector de relaciones exteriores.

Cada acción se compone de varias iniciativas. En la primera acción se encuentra una iniciativa que resulta de interés en el desarrollo de este trabajo. Esta es la acción número cuatro, que según la Cancillería de Colombia (2018) consiste en “privilegiar y promover relaciones respetuosas y responsables con actores del sistema internacional en materia de derechos humanos, y privilegiar la transparencia y el intercambio de buenas prácticas en la promoción y protección de los mismos” (p. 1).

ANÁLISIS DE LA DIPLOMACIA DIGITAL DURANTE EL PARO NACIONAL

Para realizar el análisis sobre las estrategias de diplomacia digital se ha utilizado el *software* de análisis cualitativo MAXQDA, gracias al cual se ha podido codificar el contenido de los 117 *tweets* de la cuenta de Twitter de la Cancillería de Colombia que se analizaron. La información analizada se ha separado en función del contenido y la frecuencia. Se escogió el mes de mayo debido a que este fue el periodo de mayor movilización social y protesta (Defensoría del Pueblo, 2021).

CUENTA DE LA CANCELLERÍA DE COLOMBIA

En el análisis de la cuenta de la Cancillería de Colombia en Twitter se han dividido las publicaciones en 8 códigos (tabla 17.1) y sus respectivas definiciones o memos (tabla 17.2). Lo que se ha evidenciado en cuanto a los contenidos es que las principales actividades que desarrolla esta cuenta son acciones administrativas que debe realizar la Cancillería, información sobre trámites, horarios y consulados, y representan el 50,1 % del contenido

de la página; esto se puede contrastar con la nube de palabras, en la que se observa que las más frecuentes son las que se refieren a asuntos consulares y administrativos (figura 17.4). En esta página se encuentra poco sobre las acciones que persigue la política exterior del país, apenas el 17,1 % de las publicaciones habla de temas relativos a la cooperación en la región, o con alianzas estratégicas, y solo lo hace de manera informativa. El mayor contenido relacionado con la consecución de las acciones de política exterior tiene que ver con la cuarta acción de los lineamientos de política exterior, que permite encontrar una gran cantidad de información sobre el Estatuto de Migración Venezolana; esta representa el 15,1 % de las publicaciones, que dan cuenta de una clara posición sobre la migración y sobre el avance del Estatuto de Migración (figuras 17.5 y 17.6).

Tabla 17.1 Sistema de códigos

1 Actividades internas	14
2 Actividades diplomáticas	11
3 Covid-19	7
4 Actividades de los consulados	18
5 Migración	15
6 Cooperación	3
7 Paro nacional	22
8 Informativo	28

Fuente: elaboración propia.

553

Código	Memo
1 Actividades internas	Actividades que se refieren a acciones internas sobre contratación, pasantías y expresiones culturales desarrolladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores
2 Actividades diplomáticas	Alianzas, acuerdos y acciones con homólogos o embajadas
3 Covid-19	Publicaciones relacionadas con las prohibiciones de movilidad e información relativa al covid-19
4 Actividades de los consulados	Información sobre todas las actividades administrativas que se pueden desarrollar en los diferentes países consulados donde la Cancillería tiene funcionarios
5 Migración	<i>Tweets</i> sobre el Estatuto de Migración e información de utilidad para los migrantes venezolanos
6 Cooperación	Acuerdos y alianzas estratégicas para asuntos de cooperación internacional
7 Paro nacional	Respuestas y <i>tweets</i> creados para referirse a las movilizaciones del paro nacional de 2021, las denuncias contra Colombia y las acusaciones o peticiones de otros miembros de la comunidad internacional
8 Informativo	

Fuente: elaboración propia.



Fuente: elaboración propia.

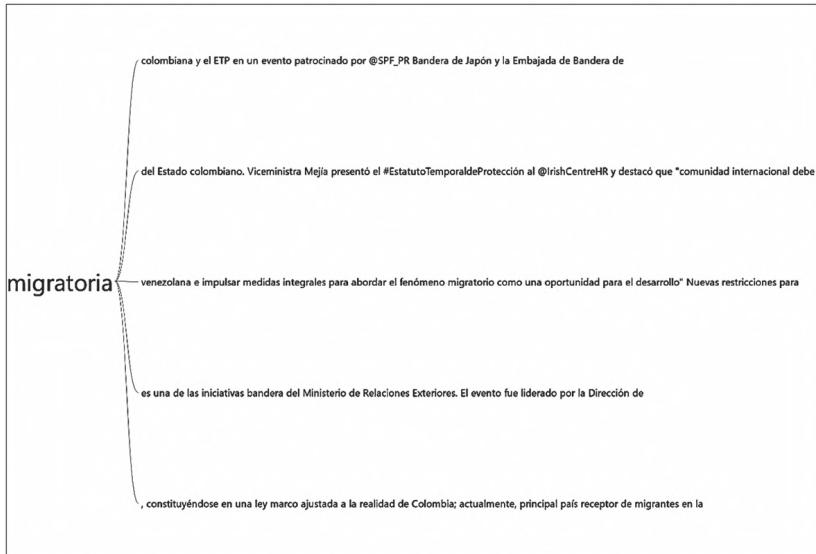


Figura 17.5 Árbol de palabras de *tweets* sobre migración

Fuente: elaboración propia.

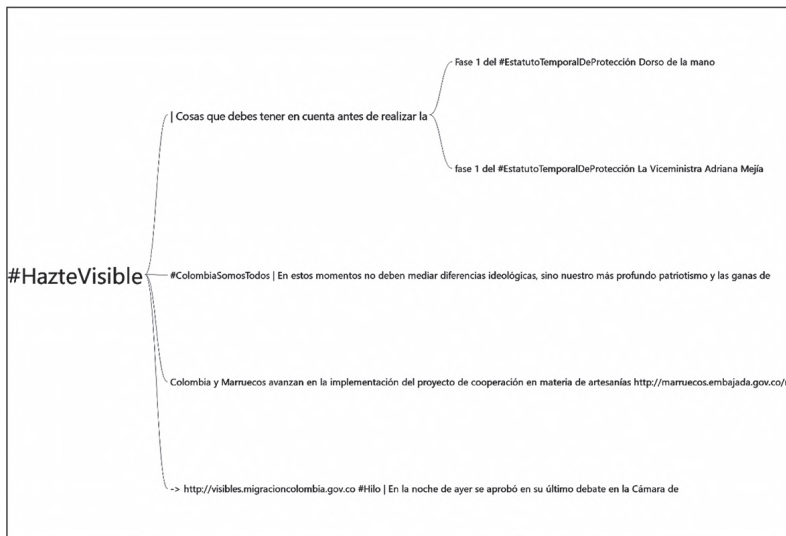


Figura 17.6 Árbol de palabras de *tweets* acerca del *hashtag* sobre la migración (#haztevisible)

Fuente: elaboración propia.

Se logra evidenciar que sí hubo *tweets* que hablaban acerca del paro nacional en la cuenta de la Cancillería. Lo que se escribió al respecto constituye el 18,4 % de las publicaciones, y sobre el contenido de estas se puede constatar que Colombia intenta responder ante la comunidad internacional por las denuncias de violación de derechos humanos que recaen sobre el Gobierno. Por ello, se visualizan en los contenidos reuniones con los cuerpos diplomáticos para explicar la situación de Colombia, las cartas de respuestas ante los parlamentos alemán e italiano sobre la situación en Colombia y declaraciones de Claudia Blum, exministra de Relaciones Exteriores, explicando la situación de las protestas en Colombia, recalcando que este es un Estado social de derecho, con división de poderes, y además enfatizando que no todos los manifestantes son pacíficos y que por ello hay enfrentamientos con la fuerza pública. Se observa que Blum hace un gran énfasis en el vandalismo y la violencia, más que en las demandas sociales (figura 17.7) (Cancillería de Colombia, 2021a; Cancillería de Colombia, 2021b; Cancillería de Colombia, 2021c; Cancillería de Colombia, 2021d).

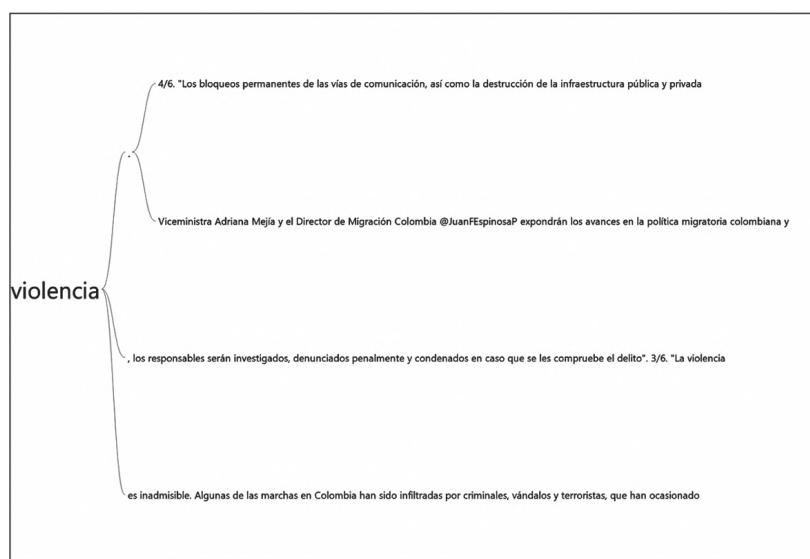


Figura 17.7 Árbol de palabras de *tweets* sobre las movilizaciones en la cuenta de la Cancillería de Colombia

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a las estrategias de diplomacia digital evidenciadas en la cuenta de Twitter de la Cancillería durante el mes de mayo de 2021, se puede notar una gran falencia de la política exterior y la diplomacia digital, teniendo en cuenta que estas se muestran como dos acciones diferentes y no conjuntas. Esta situación se dificulta debido a la disparidad para conseguir los lineamientos de política exterior, pues según la Cancillería (2018), específicamente con lo que propone en la primera acción, Colombia se plantea el propósito de participar en los escenarios internacionales en la defensa de la seguridad y la estabilidad internacional, privilegiando su compromiso con la democracia representativa y el Estado de derecho. Colombia no alcanza el reconocimiento por tales acciones frente a la comunidad internacional; de hecho, la misma comunidad internacional solicita explicaciones al Gobierno frente a los hechos de violencia ocurridos contra la población en el marco de las protestas. Otro factor que se rastrea en el análisis es el escaso contenido generado en la cuenta de la Cancillería que posiciona de manera virtual a Colombia como un país que garantiza y lucha por la defensa de los derechos humanos, pues los *tweets* generados alrededor del paro solo evidencian una respuesta frente a las peticiones de otros países por la situación en Colombia, pero no demuestran acciones o invitaciones por parte de la Cancillería al diálogo con los actores del sistema internacional para mejorar las problemáticas con respecto a los derechos humanos.

Si bien este es un análisis breve, no se reconocen estrategias claras de diplomacia digital por parte de la Cancillería de Colombia en su página de Twitter; sin embargo, cabe preguntarse por otro tipo de medios digitales, como las páginas web, el equipo diplomático especializado en TIC y otras redes sociales, para definir la calidad de la diplomacia digital de Colombia.

CONCLUSIONES

Los repertorios de acción que procuran llamar la atención de la comunidad internacional demuestran una crisis institucional, pues los movimientos sociales no encuentran un refugio en las instituciones nacionales, y por ende, deben apelar a un llamado de auxilio internacional, con lo cual las redes sociales se vuelven el medio ideal para generar una relación diplomática digital entre ciudadanos, organismos internacionales y otros Estados nacionales.

La aplicación de la diplomacia digital en Colombia por parte del Gobierno nacional demuestra un uso delimitado en momentos de coyuntura;

las comunicaciones establecidas y las publicaciones sobre encuentros entre mandatarios, embajadores, entre otros, demostraron que, durante el paro nacional, el Gobierno solo reconoció como actores relevantes a otros Estados nacionales, e ignoró a los demás miembros de la comunidad internacional.

A pesar de que el Gobierno estableciera entre sus lineamientos de política exterior una iniciativa que privilegiara y promoviera las relaciones respetuosas y responsables con actores del sistema internacional en materia de derechos humanos, no persiguió esta durante el paro nacional, con lo cual la población debió recurrir a la diplomacia ciudadana y la diplomacia digital para hacer cumplir este objetivo dentro de la política exterior. Mientras que el Gobierno nacional intentó demostrar ante la comunidad internacional que no había ninguna crisis en materia de derechos humanos en Colombia, las acciones ciudadanas, los movimientos sociales, los movimientos políticos y las ONG demostraron lo contrario, logrando así que el Gobierno nacional no gozara de la confianza internacional y fuera sancionado por otros Estados, por ejemplo Estados Unidos, cuya sanción detuvo el financiamiento del ES-MAD (Redacción Portafolio, 2021).

REFERENCIAS

Agencia AFP (4 de mayo de 2021). La Unión Europea condena el “uso desproporcionado de la fuerza” en las protestas en Colombia. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/mundo/europa/colombia-la-union-europea-condena-el-uso-desproporcionado-de-la-fuerza-en-las-manifestaciones-contra-la-reforma-tributaria-de-ivan-duque-noticia/>.

Akubadaura (11 de mayo de 2021). Comunicado a la opinión pública, nacional e internacional, de la Mesa Indígena del Chocó. *Akubadaura Comunidad de Juristas*. <https://akubadaura.org/comunicado-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional-de-la-mesa-indigena-del-choco/>.

Amnistía Internacional (26 de noviembre de 2021). Colombia: Actuar desmedido del ESMAD durante el paro nacional dejó más de 100 personas con traumas oculares. *Amnistía Internacional*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/11/colombia-actuar-desmedido-esmad-durante-paro-nacional-dejo-mas-100-personas-traumas-oculares/>.

Ardila, M. y Lozano, J. I. (2020). Diplomacia digital y política exterior colombiana frente al fallo de la Corte Internacional de Justicia. *Cuadernos del Cipe*, (48). <https://ulibros.com/diplomacia-digital-y-politica-exterior-colombiana-frente-al-fallo-de-la-corte-internacional-de-justicia-cuadernos-del-cipe-n-48-luqz.html>.

Así ha reaccionado la comunidad internacional ante el paro nacional y las manifestaciones en Colombia (2021). *Semana*. <https://www.semana.com/mundo/articulo/asi-ha-reaccionado-la-comunidad-internacional-ante-el-paro-nacional-y-las-manifestaciones-en-colombia/202135/>.

Badie, B. (2008). *Le diplomate et l'intrus: l'entrée des sociétés dans l'arène internationale*. París: Fayard

Bassante, D. (2014). Diplomacia digital. Las relaciones internacionales en tiempos de Twitter y Facebook. *Afese*, 57, 73-97. <https://www.afese.com/img/revistas/revista59/diplodig.pdf>.

Bjola, C. (2022). Diplomacia digital 2.0: tendencias y resistencias. *Revista Mexicana de Política Exterior*, (113), 35-52. <https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/233>.

Blinder, D. (2017). El vínculo entre tecnología y relaciones internacionales: un primer abordaje y las proyecciones sobre el poder en el mundo tecnológico. *Revista Argentina de Sociología*, 11(19), 60-81. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/77917>.

Bocchi, D. (2012). El papel de las ONG en la política exterior colombiana. En S. Jost (ed.), *Colombia: ¿Una potencia en desarrollo? Escenarios y desafíos para su política exterior* (pp. 283-297). Konrad Adenauer Stiftung.

Cadena, L. C. (2016). *El papel de la diplomacia digital en la política exterior del gobierno de Barack Obama hacia Irán*. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/78a325a3-c665-4916-bbd8-06d9f0d49a84/content#:~:text=El%20papel%20de%20la%20diplomacia%20digital%20ha%20sido%20la%20implementación,el%20gobierno%20de%20Barack%20Obama>.

Cancillería de Colombia (2018). *Principios y lineamientos de la política exterior colombiana*. <https://www.cancilleria.gov.co/principios-y-lineamientos-la-politica-exterior-colombiana>.

Cancillería de Colombia (5 de mayo de 2021a). Canciller Claudia Blum en compañía de la Vicepresidenta @mluciamirez; @mindefensa, Diego Molano y @MinInterior, Daniel Palacios; se reúnen con el cuerpo diplomático para informar de manera integral sobre el desarrollo de la situación que se está afrontando en el país. *Twitter*. <https://twitter.com/CancilleriaCol/status/1389948099632762880>.

Cancillería de Colombia (28 de mayo de 2021b). Cancillería, a través de la Embajada de Colombia en Italia, respondió a parlamentarios italianos que enviaron comunicación al Gobierno nacional. Traducción no oficial de la carta de respuesta. *Twitter*. <https://twitter.com/cancilleriacol/status/1398382055289982977?lang=es>.

Cancillería de Colombia (18 de mayo de 2021c). “En nuestro diálogo permanente con la comunidad internacional, desde la Cancillería y con nuestras embajadas y consulados, seguimos informando constantemente a países y organismos internacionales sobre coyuntura que tenemos en Colombia desde el pasado 28 de abril”, Canciller Blum. *Twitter*. <https://twitter.com/CancilleriaCol/status/1390772443418177539>.

Cancillería de Colombia (7 de mayo de 2021d). Cancillería, a través de la Embajada de Colombia en Alemania, respondió a parlamentarios alemanes que enviaron comunicación al Gobierno nacional. *Twitter*. <https://twitter.com/CancilleriaCol/status/1390657997039411205>.

Carranza, D. C. (4 de mayo de 2021). Organismos internacionales cuestionaron papel de la fuerza pública durante manifestaciones en Colombia. Naciones Unidas, CIDH y HRW, entre otras organizaciones, han expresado su preocupación por la situación de derechos humanos en el marco de

las protestas. *Agencia Anadolu*. <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/organismos-internacionales-cuestionaron-papel-de-la-fuerza-p%C3%BAblica-durante-manifestaciones-en-colombia/2228543>.

Centurión, E. y Trinadori, F. (2019). *Diplomacia digital: los cambios y las continuidades en el uso de Twitter de las administraciones de Cristina Fernández y Mauricio Macri (2011-2018)*. Pontificia Universidad Católica de Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9229>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). *Observaciones y recomendaciones de la visita de trabajo de la CIDH a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021*. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_cidh_Colombia_spA.pdf.

Comunicado a la opinión pública sobre el paro nacional en Colombia del 28 de abril del 2021 (3 de mayo de 2021). *Comisión Intereclesial de Justicia y Paz*. <https://www.justiciaypazcolombia.com/comunicado-a-la-opinion-publica-sobre-el-paro-nacional-en-colombia-del-28-de-abril-del-2021/>.

Comunicado de prensa a la opinión pública nacional e internacional (9 de mayo de 2021). *Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC)*. <https://www.cric-colombia.org/portal/comunicado-de-prensa-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional/>.

Cortés, A. (2017). Los medios de comunicación digital en la dinámica reciente de la diplomacia pública colombiana y la seguridad nacional en los gobiernos Uribe y Santos. *Estudios de Derecho*, 74(164), 89-124. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334022>.

Cull, N. J. (2009a). Diplomacia pública: consideraciones teóricas. *Revista Mexicana de Política Exterior*, (85), 55-92. <https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/690>.

Cull, N. J. (2009b). Public diplomacy before Gullion. En N. Snow y P. M. Taylor (eds.), *Routledge handbook of public diplomacy* (pp. 19-23). Routledge.

Daza, Ó. (2020). Comunicado a la opinión pública nacional e internacional. *Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC)*. <https://www.opiac.org.co/2020/10/29/comunicado-a-la-opinion-publica-nacional-e-internacional/>.

Doyle, M. W. (1986). Liberalism and world politics. *American Political Science Review*, 80(4), 1151-1169. <https://doi.org/10.2307/1960861>.

El paro nacional 2021: Lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia, diciembre 2021 (15 de diciembre de 2021). *Reliefweb*. <https://reliefweb.int/report/colombia/el-paro-nacional-2021-lecciones-aprendidas-para-el-ejercicio-del-derecho-de-reunion>.

Equilibrium Global (2020). *Diplomacia digital. Sus claves, su concepto*. Charla con Alejandro Ramos Cardoso. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=MhY03QWkxqY&ab_channel=EquilibriumGlobal.

Forbes Staff (1 de julio de 2021). Fitch reduce calificación crediticia de Colombia a BB+, revisa perspectiva a estable. *Forbes Colombia*. <https://forbes.co/2021/07/01/economia-y-finanzas/fitch-reduce-calificacion-crediti-cia-de-colombia-a-bb-revisa-perspectiva-a-estable/>.

Forero, M. A. (2012). Fundamentos jurídicos de la política exterior colombiana. *Revista Análisis Internacional*, (6), 29-53.

Gilboa, E. (2001). Diplomacy in the media age: Three models of uses and effects. *Diplomacy & Statecraft*, 12(2), 1-28.

Gobierno aseguró ante la comunidad internacional que Duque respeta los derechos humanos (14 de mayo de 2021). *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-aseguro-ante-la-comunidad-internacional-que-duque-respeta-los-derechos-humanos/202131/>.

Gobierno del Perú (s. f.). Transformación digital en el Perú. *Plataforma Única del Estado Peruano*. <https://www.gob.pe/transformaciondigital>.

González, J. M. (2018). *Diplomacia y procesos de nation branding: El rol de la diplomacia digital como estrategia en política exterior y construcción de “marca país”*. [Tesis de maestría]. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-3500/UCC3778_01.pdf.

Hacia la construcción de una sociedad equitativa en Colombia (27 de octubre de 2021). *Grupo Banco Mundial*. <https://www.bancomundial.org/es/news/infographic/2021/10/27/hacia-la-construccion-de-una-sociedad-equitativa-en-colombia>.

Kemp, S. (27 de enero de 2021). Digital 2021. Global overview report. The latest insights into how people around the world use the internet, social media, mobile devices, and ecommerce. *We are Social & Hootsuite*. <https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital/>.

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 (16 de septiembre de 2021). *Organización de Estados Americanos (OEA)*. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/219.asp>.

Mancera, P. A. y García, D. O. (2021). Diplomacia digital, un nuevo modelo de acción exterior: Estudio de caso Colombia. *Revista de Divulgación en Estudios Socioterritoriales*, 15(1), 50-65. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/episteme/article/view/8462/7675>.

Manfredi, J. L. (2014). El desafío de la diplomacia digital. *Análisis del Real Instituto Elcano*, 15, 1-6. <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari15-2014-manfredi-desafio-diplomacia-digital.pdf>.

Medina, V. (2020). *Diplomacia digital en la política exterior colombiana*. [Tesis de grado]. Pontificia Universidad Javeriana. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/52282/TG_Valentina_Medina_V_PDF%5b1%5d.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Meza, A. (8 de mayo de 2021). Internet en Colombia: el otro gran escenario de las protestas. *France 24*. <https://www.france24.com/es/programas/revista-digital/20210508-internet-colombia-otro-escenario-protestas>.

ONU sigue con “gran preocupación” la represión en Colombia (2021). *Telesur tv.net*. <https://www.telesur tv.net/news/onu-preocupada-represion-manifestaciones-colombia-20210506-0001.html>.

Pauselli, G. (2013). Teorías de relaciones internacionales y la explicación de la ayuda externa. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, 2(1), 72-92. https://doi.org/10.26754/ojs_ried/ijds.65.

Redacción Judicial (11 de mayo de 2021). Paro nacional: Defensoría del Pueblo reportó 42 muertos durante protestas. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/judicial/paro-nacional-defensoria-del-pueblo-reporto-42-muertos-durante-protestas-articulo/>.

Redacción Justicia (29 de mayo de 2021). En entes de DD. SS. del exterior crece preocupación por la violencia y los bloqueos. *El tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/paro-nacional-que-dice-la-comunidad-internacional-sobre-protestas-592266>.

Redacción Mundo (7 de mayo de 2021a). Protestas en Colombia: “No es solo que Joe Biden le exija cuentas a Duque”. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/mundo/america/protestas-en-colombia-no-es-solo-que-joe-biden-le-exija-cuentas-a-duque-articulo/>.

Redacción Mundo (10 de mayo de 2021b). Los reparos a la respuesta de Colombia a la comunidad internacional por el paro. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/mundo/mas-paises/los-reparos-a-la-respuesta-de-colombia-a-la-comunidad-internacional-por-el-paro-article/>.

Redacción Portafolio (2021). EE. UU. corta fondos a Colombia para el ESMAD. *Portafolio*. <https://www.portafolio.co/economia/ee-uu-corta-fondos-a-colombia-para-compra-de-armamentos-del-esmad-556622>.

Rincón, S. (2020). *La diplomacia digital en la política exterior de Colombia y de Venezuela en el periodo 2010-2019*. [Tesis de grado]. Universidad Católica de Pereira. <https://repositorio.ucp.edu.co/server/api/core/bitstreams/4afb7a85-bc34-491d-ac7d-91e9a42e1b6f/content>.

Rodríguez, A. A. (2013). Estrategias de comunicación y nueva diplomacia pública. *Compé, Revista Científica de Comunicación, Protocolo y Eventos*, (1), 61-76. <http://repositorio.ucjc.edu/bitstream/handle/20.500.12020/460/Estrategia-de-Comunicaci%C3%B3n-2-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Rodríguez, A. A. (2015). Diplomacia digital, ¿adaptación al mundo digital o nuevo modelo de diplomacia? *Opción*, 31(2), 915-937. <https://www.redalyc.org/pdf/310/31045568050.pdf>.

Serna, S. (4 de mayo de 2021). Estados Unidos le pide “mayor contención” a las autoridades de Colombia en el marco de las protestas. *Agencia Anadolu*. <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/estados-unidos-le-pide-mayor-contenci%C3%B3n-a-las-autoridades-de-colombia-en-el-marco-de-las-protestas/2229628>.

Sousa, E. (2016). Diplomacia pública y América del Sur. De los conceptos a la práctica: Telesur y el caso venezolano. *Desafíos*, 28(1), 399-426. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/3671/3217>.

Temblores (2021). Comunicado a la opinión pública y a la comunidad internacional por los hechos de violencia física y homicida cometidos por la Policía Nacional de Colombia el 30 de abril. *Twitter*. <https://x.com/TembloresOng/status/1388586528633458692/photo/1>.

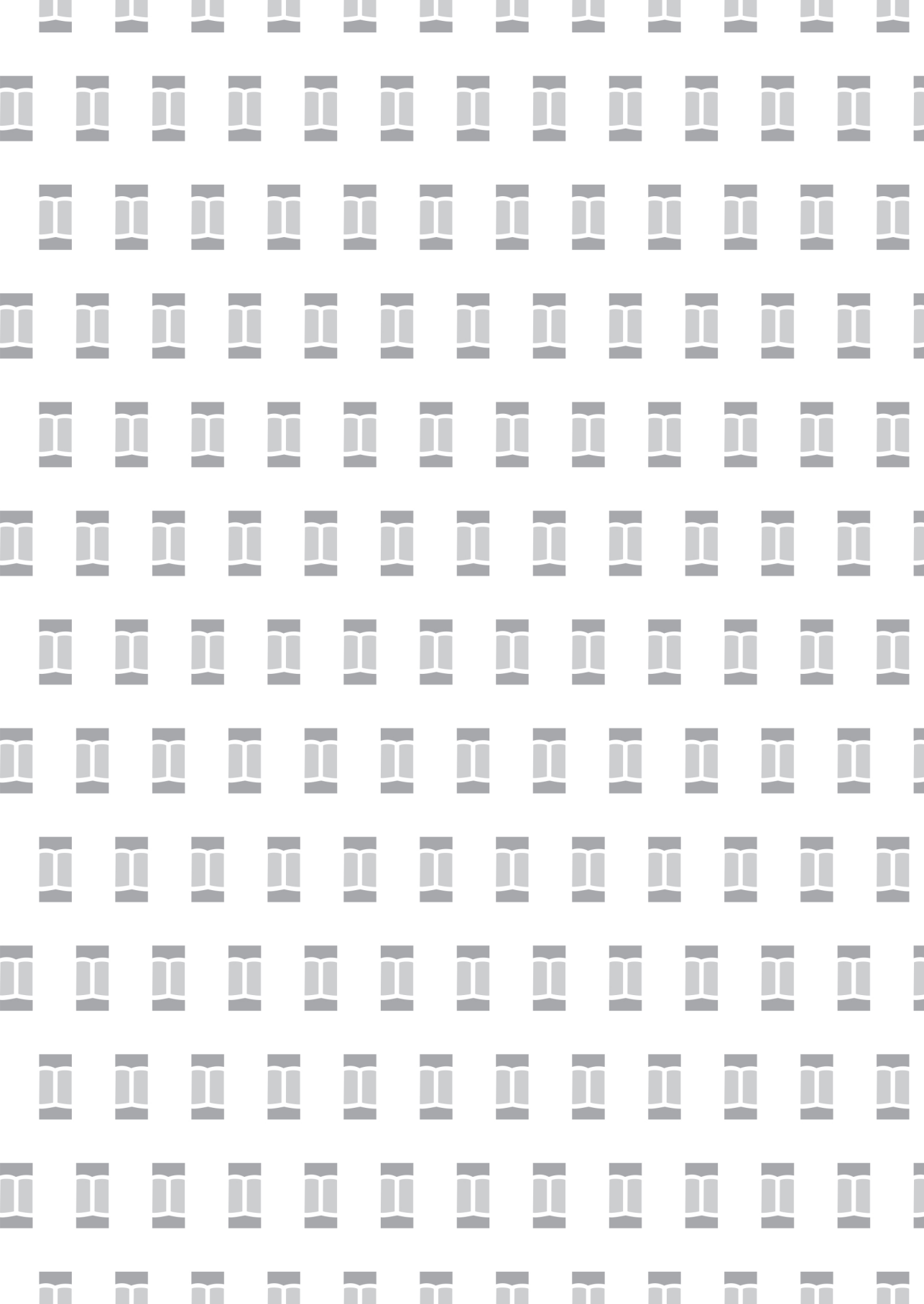
Tigau, C. (2009). *Diplomacia en la era digital. La ayuda alimentaria como maniobra neoliberal*. Centro de Investigaciones sobre América del Norte de la Universidad Nacional Autónoma de México (CISAN-UNAM).

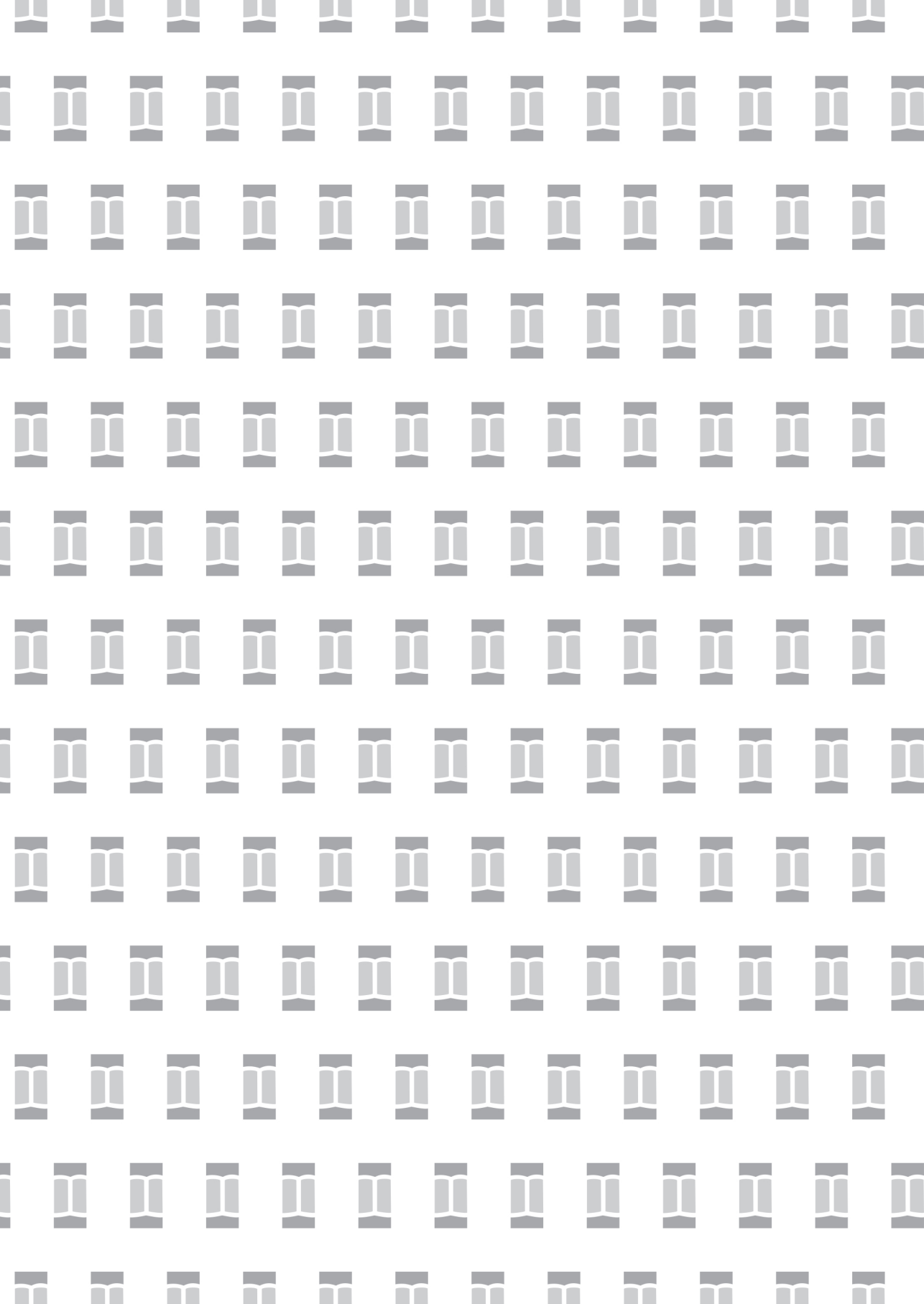
Trinadori, F. A. y Centurión, E. L. (2019). De la diplomacia tradicional a la 3.0: implicancias teóricas y diferencias sustanciales. *Grupo de*

Jóvenes Investigadores, 3(11), 9-10. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/115901/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.



REVISTA Ratio Juris
se terminó de diagramar en marzo de 2025
Fuentes tipográficas: Toronto 11 puntos para texto
corrido y Calibri en 14 puntos para títulos





Contenido

Editorial

- 19 El auge de las extremas derechas y la derechización del malestar
Juan David Gelacio

Artículo de investigación

- 35 Modelo de corte supremo para países de América Latina: Garantías procesales y función jurisdiccional en el modelo del debido proceso latinoamericano
Pedro Augusto Silveira Freitas
- 69 John Rawls na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
Raphael Ricci Portella
- 93 El Informe Final de la Comisión de la Verdad y [su impacto en] la configuración de Santiago de Cali como distrito especial
Tirson Mauricio Duarte-Molina, Juan David Mambuscay Burbano, Leonardo Sabogal Murcia
- 119 Control de constitucionalidad y democracia: problemas en la esencia del argumento contra el judicial de la legislación según Jeremy Waldron
Leandro Sánchez-Marín, Jhoan Sebastian David-Giraldo
- 145 Derecho, economía y sociedad: de la tricotomía sistémica al pluralismo jurídico
Daniel Marinho Corrêa
- 169 El imposible diafragma violencia/derecho: embates y combates entre legitimidad y legalidad. Las encrucijadas jurídico-morales de Walter Benjamin
Victor Augusto Arteaga Villa
- 241 A análise econômica do direito e as falhas de mercado: a assimetria de informações como condição maximizadora da hipervulnerabilidade consumerista
Lucas Soares de Carvalho, Sandro Marcos Godoy, Ricardo Pinha Alonso
- 267 Conceptual Foundations for Conducting Anti-Corruption Expertise in Public Administration in Ukraine
Ihor Diorditsa, Yuriy Onishchuk, Viktor Dasiuk
- 291 Ideologia cautelar e poder punitivo: observações sobre a estruturação da cautelaridade no processo penal brasileiro
Anayara Fantinel Pedrosa
- 319 Regularização fundiária urbana (reurb) enquanto política de gestão de conflitos fundiários no Brasil
Anderson Henrique Vieira, Arícia Fernandes Correia, Talden Farias
- 353 La Ruta de la Integración Latinoamericana y su corredor vial: ¿un nuevo camino para las Indias?
Isabelle Dias Carneiro Santos
- 381 Breve mirada al papel del derecho internacional en la formación de la sociedad global (del siglo xi al siglo xxi)
José Luis Marín Fuentes
- 411 La memoria colectiva de la protesta social del año 2021 en Colombia. Una garantía a la verdad para las víctimas de violaciones de los derechos humanos
Kelly Natalia Melo Andrade, Luis Alfonso Torres Eraso
- 445 Flexibilización probatoria en casos de falsos positivos en la jurisprudencia colombiana
Dany Steven Gómez Agudelo, Juan Esteban Aguirre Espinosa, Paula Andrea Malavera Pineda, Bryan Stiven Vásquez Moreno, Julián Camilo Giraldo Naranjo
- 477 El derecho disciplinario jurisdiccional. Entre la manifestación ius puniendi y la concreción deontológica del artículo 26 constitucional
Juan Carlos Galvis Martínez
- 509 Panorama jurídico para la interpretación del registro mercantil en el contexto tecnológico
José Eduardo Valderrama Velandia
- 553 Diplomacia digital durante el paro nacional de 2021: un análisis de las acciones digitales realizadas por el gobierno del presidente Iván Duque
Laura Melissa Olarte, David Javier Giraldo Infante

Vol. 19, N.º 39 pp. 568. Medellín-Colombia, 2024, ISSN 1794-6638 / ISSN: 2619-4066 / DOI: 10.24142/raju



UNAULA®
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

ISSN 1794-6638

