

ISSN 0122-1108

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Julio - Diciembre de 2021
No. 54



**Perspectivas transdisciplinarias
del derecho constitucional,
penal y comercial**

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, UNIJUS
Vicedecanatura de Investigación y Extensión
Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales
Sede Bogotá



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Julio - diciembre de 2021 No. 54

**Perspectivas transdisciplinarias
del derecho constitucional,
penal y comercial**

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Julio - diciembre de 2021
No. 54

Perspectivas transdisciplinarias del derecho constitucional, penal y comercial



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 54

Título del número: *"Perspectivas transdisciplinarias del derecho constitucional, penal y comercial"*

Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y par evaluador

Lugar y fecha: Bogotá, Julio- Diciembre de 2021

© UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales
Gerardo Molina — UNIJUS

ISSN 0122-1108

Prof. Dra Dolly Montoya Castaño. (Rectora)

Prof. Dr. Hernando Torres Corredor (Decano de la Facultad)

Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

Director de la Revista

Prof. Dr. Bernd Marquardt

Comité Editorial

Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Farid Samir Benavides (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Gregorio Mesa Cuadros (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Oscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmerman (Universidad Johannes Kepler, Linz-Austria)

Prof. Dr. Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Antoni Pigrau Sole (Universitat Rovira i Virgili, España)

Prof. Dr. Enrique Letellier Loyola, (Universidad de Antofagasta, Chile)

Pares Evaluadores

Prof. Dra. Mairene Tobón Ospino (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Alejandro Pérez y Soto Domínguez (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Julio Piza (Universidad Externado de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Liseth María Seraje Uribe. (Escuela Superior de Administración Pública, Colombia)

Prof. Dr. Eder Maylor Caicedo Fraide (Universidad la Gran Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Julio Armando Rodríguez Ortega (Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Colombia)

Prof. Mg. Sandra Viviana Díaz Rincón. (Universidad Simón Bolívar, Colombia)

Coordinador Editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

Correspondencia y Subscripción

Diagonal 40 A Bis No. 15 — 38 Casa Gaitán, Bogotá, Colombia

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: rpjuridico_fdbog@unal.edu.co

URL: www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html - <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/archive>

Portada: Ejecución del bandolero Matthias Klostermayr en Dillingen (Sacro Imperio Romano) en 1771. Grabado de J. G. Will, Augsburgo, de 1771

Impreso y hecho en Bogotá D.C., Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Contenido

<i>Introducción</i>	9
<i>Los niños huérfanos de feminicidio y sus repercusiones en la familia en Colombia</i>	
<i>Children orphaned by femicide and their repercussions on the family in Colombia</i>	
<i>Omar Huertas Díaz, Daniela López Gómez, Melina A. Molina Carrión, Mildre Yurani Hernández Ramírez, Mireya Arteaga Dirzo</i>	13
<i>El cuadro comparativo entre constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo: un equilibrio de conceptos y bases explicativas</i>	
<i>The comparative table between multilevel constitutionalism, transconstitutionalism and interconstitutionalism: a balance of concepts and explanatory bases</i>	
<i>Alexandre Walmott Borges, Alex Cabello Ayzama, Fabiana Angélica Pinheiro Câmara</i>	37
<i>Fijación de precios máximos y distribución selectiva: una aproximación preliminar</i>	
<i>Maximun Price Fixing and selective distribution: a preliminary approach</i>	
<i>José Vicente Vera García</i>	59
<i>Ánalysis sistemico para determinar la existencia del compliance tributario en Colombia</i>	
<i>Systemic analysis to determine the existence of tax compliance in Colombia</i>	
<i>Juan Camilo Rojas Arias</i>	83
<i>Las continuidades entre la violencia y el derecho y su fetichización: un debate teórico</i>	
<i>Continuities between violence and law and its fetishization: a theoretical debate</i>	
<i>Catherine Moore Torres</i>	105

<i>Aproximación a la génesis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia</i> <i>Approaching to the genesis of extrajudicial executions in Colombia</i> <i>Juan Camilo Muñoz Casallas</i>	121
<i>Inteligencia artificial en el proceso penal: análisis a la luz del Fiscal Watson</i> <i>Artificial intelligence in the criminal process: analysis in the light of Prosecutor Watson</i> <i>Liced Morales Higuita, Santiago Agudelo Londoño, Mariana Montoya Raigosa, Ana María Montoya Vidales</i>	147
<i>El crimen de lesa humanidad en general y el crimen de genocidio en particular: definiciones y comparaciones</i> <i>Luísa Fernanda Brandão Bárrios</i>	165
<i>Instrucciones para los autores de artículos a publicar</i> <i>Instructions for authors</i>	197
<i>Política de Ética Editorial</i> <i>Editorial Ethics Policy</i>	215
<i>Editorial Ethics Policy</i>	223

Introducción

En esta ocasión la revista Pensamiento Jurídico, publicación arbitrada bajo la modalidad de doble ciego y de carácter semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, presenta algunas reflexiones sobre el derecho ambiental a través de reflexiones teóricas, conceptuales e histórica desde un enfoque trans- e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a la comprender las lógicas de funcionamiento y evolución del derecho penal, comercial y constitucional. El contenido de la revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación, se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos.

En primer lugar se presenta el trabajo colectivo realizado por los profesores Omar Huertas Díaz (Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia), Daniela López Gómez (Historiadora de la Universidad Javeriana y magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes), Melina A. Molina Carrión (Abogada de la Universidad Industrial de Santander y Maestra en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, México), Mildre Yurani Hernández Ramírez (Abogada de la Universidad Industrial de Santander y Maestra en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, México) y Mireya Arteaga Dirzo (Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México). Quienes presentan el artículo titula *Los niños huérfanos de feminicidio y sus repercusiones en la familia en Colombia*, el artículo se propone analizar los efectos del delito del feminicidio en las familias de las víctimas, especialmente en los niños que quedan en situación de orfandad. La investigación se realizó a partir del seguimiento y registro de las mujeres víctimas de feminicidio, y de entrevistas a familias de dichas mujeres, a funcionarios de las instituciones y a académicos expertos. Adicionalmente, se recurrió al análisis de leyes de otros países para evaluar el avance de Colombia en el diseño de políticas específicas. Fruto de la investigación, se establecieron tres aspectos fundamentales: 1) la falta de un registro de los niños en situación de orfandad a causa del feminicidio; 2) la falta de un protocolo para reparar y atender a los niños a los familiares de la mujer, y 3) la carencia de una política pública exclusiva para la atención de esta población.

A continuación, los profesores Alexandre Walmott Borges (Doctor en historia por la Universidade Federal de Uberlândia), Alex Cabello Ayzama (Magister em Derecho por Universidade Federal de Uberlândia) y Fabiana Angélica Pinheiro

Câmara (Doctora en História Social por la Universidade Federal de Uberlândia, Magíster em Gestión internacional y desarrollo económico por la Universidade de Reading) presentan el texto denominado: *El cuadro comparativo entre constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo: un equilibrio de conceptos y bases explicativa*. El artículo busca revisar las principales construcciones teóricas sobre constitucionalismo y los conceptos de constitucionalismo trans-, inter- y multinivel. La problematización central del artículo es cómo describir los intentos teóricos de explicar los fenómenos de trans-, inter- o multiconstitucionalismo. Es una investigación que tiene el postulado descriptivo inicial de varias matrices teóricas, con breves incursiones analíticas sobre estas mismas construcciones, y finaliza con la organización del listado de clasificaciones teóricas. El material utilizado en la redacción del texto es material bibliográfico sobre teoría constitucional, derecho constitucional y, de manera complementaria, teoría política y derecho internacional. Los resultados del trabajo son clasificaciones y ordenamiento de los catálogos teóricos que presentan los elementos de similitud y disimilitud entre los conceptos en mención.

Ulteriormente, el estudiante José Vicente Vera García (Abogado y candidato a master en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador) presenta el texto denominado *Fijación de precios máximos y distribución selectiva: una aproximación preliminar*. En el texto se analiza cómo la distribución selectiva es un modelo de comercialización de bienes que, por medio de acuerdos, obliga a los distribuidores minoristas escogidos por los productores a extender, mantener o mejorar los estándares de calidad y los servicios posventa, y los beneficia con cierto nivel de exclusividad. Así también, las fijaciones de precios máximos de reventa, sin perjuicio de sus fricciones con la regulación antimonopolios, suelen servir como herramientas para la difusión de productos. En efecto, la posibilidad de que sistemas de distribución selectiva incorporen fijaciones de precios máximos para la reventa implica una restricción a la competencia que presenta complejidades para la regulación ecuatoriana que prohíbe los acuerdos verticales “injustificados” y prevé un régimen de exenciones, en principio, aplicable a ellos. En este contexto, el presente artículo, en su primer apartado, comprenderá los antecedentes, las generalidades y el contexto normativo de la distribución selectiva; en tanto el segundo apartado determinará los supuestos para la implementación de las fijaciones de precios máximos en los sistemas de distribución selectiva y, en este contexto, analizará la aplicación del régimen de exenciones de la regulación ecuatoriana; todo esto, bajo el estudio comparado de la jurisprudencia estadounidense y de la normativa comunitaria de la Unión Europea.

Seguidamente, el estudiante Juan Camilo Rojas Arias (Abogado candidato a doctor por la Universidad de Salamanca, con Maestrías en Derecho Internacional y Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas) introduce el texto titulado *Ánalysis sistémico para determinar la existencia del compliance tributario en*

Colombia. En este se estudia el auge de los sistemas de cumplimiento, denominados *compliance*, y su paulatina inserción en los diferentes ordenamientos jurídicos, el presente trabajo busca explorar la existencia de un sistema de *compliance* tributario en Colombia. A efectos de lo anterior, el presente documento seguirá la siguiente estructura: en los apartados II y III se define de forma amplia el *compliance* tributario bajo distintas aristas de alcance, de acuerdo con las decisiones de los entes competentes en la materia, para posteriormente analizar el marco normativo vigente. Finalmente, en el apartado IV se sintetizarán las conclusiones sobre el particular.

A continuación, la estudiante Catherine Moore Torres (Politóloga por la Universidad Nacional de Colombia y candidata a magíster en Antropología por la Universidad de los Andes) presenta el artículo denominado *Las continuidades entre la violencia y el derecho y su fetichización: un debate teórico*. Este texto aborda las relaciones entre la violencia y el derecho desde una perspectiva crítica que cuestiona los enfoques reduccionistas provenientes de la tradición liberal, así como de la tradición marxista, que interpretan el derecho desde una lógica instrumental. Retomando aportes de la teoría política, se pretende reconstruir las continuidades que existen entre estos conceptos a partir del concepto de “estado de excepción”, como problema central del poder soberano, pero en función de analizar contextos contemporáneos y poscoloniales a partir de nuevas formas de estatalidad que ya no son “unitarias”. Posteriormente, se retoma el concepto de fetichismo legal como una forma de comprender la fascinación y fuerza que produce la ley (dimensión simbólica y emocional del derecho), aun cuando no ha logrado neutralizar o excluir la violencia de la vida social y el ocultamiento de las relaciones de violencia.

Posteriormente, el estudiante Juan Camilo Muñoz Casallas (Estudiante de noveno semestre de la Universidad Militar Nueva Granada; miembro del Semillero de Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal) presenta el artículo titulado: *Aproximación a la génesis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia*. En él se estudia cómo el Consejo de Estado de Colombia ha condenado al Estado por ejecuciones extrajudiciales efectuadas por miembros de la Fuerza Pública bajo atribuciones propias o dentro de un contexto ideológico enmarcado en el conflicto armado interno. Este breve estudio expondrá los títulos de imputación y los supuestos de hecho para condenar al Estado. En este ejercicio se realiza un análisis de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la forma como ha evolucionado para finalmente concluir sobre el alcance que estos precedentes jurisprudenciales tienen frente a las ejecuciones extrajudiciales.

A continuación los estudiantes de la Corporación Universitaria Lasallista Liced Morales Higuita, Santiago Agudelo Londoño, Mariana Montoya Raigosa y Ana María Montoya Vidales presentan el texto denominado *Inteligencia artificial en*

el proceso penal: análisis a la luz del Fiscal Watson. En el se estudia el funcionamiento de la inteligencia artificial (ia) y cómo funcionan los algoritmos que sirven de apoyo al juez para tomar una decisión. En el proceso penal resulta decisivo investigar sobre los algoritmos aparentemente neutrales que permiten el funcionamiento de la ia; esto, en virtud de que la persecución penal es por naturaleza sesgada, por lo que un algoritmo corre el riesgo de automatizar dichos sesgos y producir sentencias masificadas regidas por probabilidades. El Fiscal Watson emplea una pequeña porción de la información de los delitos reportados, para arrojar una probabilidad de que alguien en concreto pueda ser responsable penalmente. Al ser una herramienta patentada por una compañía privada, una persona tendrá muy pocas probabilidades de controvertir el porcentaje arrojado por el algoritmo.

Finalmente, la estudiante Luisa Fernanda Brandão Bárrios (Licenciada en Derecho por la Universidad Lusíada de Oporto (Portugal); doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca y estudiante de posdoctorado en la Universidad de Salamanca) presenta el artículo denominado *El crimen de lesa humanidad en general y el crimen de genocidio en particular: definiciones y comparaciones*. En este se analiza cómo con la firma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los Estados miembros tienen compromisos por cumplir, como la obligación de tipificar, en el ámbito interno, los delitos competencia de la Corte, y la obligación de contar con disposiciones internas que permitan sancionar los delitos cometidos contra algún Estado. Este trabajo explora las diferencias de los crímenes de lesa humanidad y genocidio, así como los instrumentos internacionales en la materia. A partir de la revisión de experiencias del derecho internacional y el derecho comparado se extraen algunas conclusiones sobre las tendencias en la tipificación del delito de genocidio y se presentan algunas reflexiones para el contexto colombiano.

De esta forma, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia pone a disposición de la comunidad académica nacional e internacional un nuevo número de Pensamiento Jurídico, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho en sentido amplio abordando discusiones pertinentes sobre la evolución del derecho colombiano en perspectiva comparada y su funcionamiento práctico.

BERND MARQUARDT
Director
Revista Pensamiento Jurídico

Los niños huérfanos de feminicidio y sus repercusiones en la familia en Colombia*

Children orphaned by femicide and their repercussions on the family in Colombia

Omar Huertas Díaz **, Daniela López Gómez ***,

Melina A. Molina Carrión ****, Mildre Yurani Hernández Ramírez *****,

Mireya Arteaga Dirzo *****

Fecha de Recepción: 14 de noviembre de 2021

Fecha de Aprobación: 28 de diciembre de 2021

- 1 Artículo producto de investigación sobre feminicidio realizada por el Observatorio de Feminicidio del Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, reconocido y clasificado en A1 en Minciencias 2018, en cooperación con la Universidad de la Tercera Edad de República Dominicana y el Grupo de Investigación Grupo Zoon Politikon
- 2 Curso Posdoctoral en Derecho, Doctor en Derecho y profesor Titular Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar; Investigador Senior Minciencias 2018. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co
- 3 Historiadora de la Universidad Javeriana y magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Miembro del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio”; Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4336-8262>. E-mail: redipocrim_fbog@unal.edu.co-daniela1412.p@gmail.com
- 4 Abogada de la Universidad Industrial de Santander y Maestra en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, México. Docente en el programa de Derecho de la Universidad de Ibagué e integrante del Grupo Zoon Politikon. Doctoranda en Derecho Universidad Libre. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6672-4536>. E-mail: mildre.hernandez@unibague.edu.co
- 5 Abogada de la Universidad Industrial de Santander y Maestra en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, México. Docente en el programa de Derecho de la Universidad de Ibagué e integrante del Grupo Zoon Politikon. Doctoranda en Derecho Universidad Libre. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6672-4536>. E-mail: mildre.hernandez@unibague.edu.co
- 6 Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México), Máster en Gobernanza Global y Derechos Humanos, Especialista en Gobernabilidad Derechos Humanos y Cultura de la Paz, Especialista en Responsabilidad Social Empresarial por la Universidad Castilla – La Mancha (España), Doctorante en Ciencias Políticas y Sociales Colegio de Morelos (México). ORCID: 0000-0003-3348-4606. E-mail: mireya.arteaga@inai.org.mx, mireartega2@hotmail.com

RESUMEN

El artículo se propone analizar los efectos del delito del feminicidio en las familias de las víctimas, especialmente en los niños que quedan en situación de orfandad. La investigación se realizó a partir del seguimiento y registro de las mujeres víctimas de feminicidio, y de entrevistas a familias de dichas mujeres, a funcionarios de las instituciones y a académicos expertos. Adicionalmente, se recurrió al análisis de leyes de otros países para evaluar el avance de Colombia en el diseño de políticas específicas. Fruto de la investigación, se establecieron tres aspectos fundamentales: 1) la falta de un registro de los niños en situación de orfandad a causa del feminicidio; 2) la falta de un protocolo para reparar y atender a los niños a los familiares de la mujer, y 3) la carencia de una política pública exclusiva para la atención de esta población.

Palabras clave: feminicidio, feminicidio íntimo, huérfanos de feminicidio, cara oculta del amor

ABSTRACT

The article aims to analyze the effects of the crime of femicide on the families of the victims, especially on children who are orphaned. The research was carried out from the monitoring and registration of women victims of femicide; interviews with families of victims of femicide, officials of the institutions and academic experts. Additionally, the analysis of laws from other countries was used to evaluate Colombia's progress in the design of specific policies. As a result of the investigation, three fundamental aspects were established: 1. The lack of a registry of children orphaned due to femicide; 2. The lack of a protocol to repair and care for the children of the woman's relatives and 3. The lack of an exclusive public policy for the care of this population.

Keywords: Femicide; intimate femicide; femicide orphans; hidden face of love

INTRODUCCIÓN

Desde el 2015, el feminicidio en Colombia fue reconocido como delito independiente; esto a raíz del asesinato de Rosa Elvira Cely en el 2012, quien fue violada, torturada, empalada y asesinada por dos compañeros de estudio; la presión ejercida por diferentes colectivos de mujeres y la misma familia de Rosa Elvira, a pesar de lo sucedido, los llevó a emprender una lucha para que su caso no quedara en impunidad y para que se creara un delito que reconociera la existencia de un tipo de violencia hacia la mujer, por el hecho de serlo.

Gracias a la ley, se pudieron evidenciar cambios importantes, como el reconocimiento de que la mujer era víctima de una violencia particular, basada en las relaciones de poder inequitativas que aún perviven en la sociedad; además se visibilizó esta realidad, ya que antes eran muy pocos los casos que se daban a conocer, y por lo general, se transmitían como aislados y producto de situaciones tales como robo, crímenes pasionales o conflictos interpersonales; sin embargo, con la sanción de la ley, se robusteció la caracterización de estos homicidios, se evidenciaron los diferentes escenarios donde suceden y las posibles razones para que se den.

El feminicidio, entonces, hace referencia al crimen de una mujer por el hecho de serlo; a la mayor expresión de violencia contra una mujer, motivada por la misoginia, el placer, el control y poder que cree tenerse sobre ella (Russell, 2005, pp. 135-138; Huertas, Maldonado y Correa, 2017, p. 20). Sin embargo, es importante tener en cuenta que el feminicidio no solo se reduce al asesinato de una mujer, ya que, dentro de este suceso, son muchos los actores y las situaciones que entran a ejercer un papel fundamental. Uno de ellos es el Estado, como bien dice Marcela Lagarde (2006):

El feminicidio no solo se trata de la descripción de crímenes que cometen homicidas contra niñas y mujeres, sino de la construcción social de estos crímenes de odio, culminación de la violencia de género contra las mujeres, así como de la impunidad que los configura. Analizado así, el feminicidio es un crimen de Estado, ya que este no es capaz de garantizar la vida y la seguridad de las mujeres en general, quienes vivimos diversas formas y grados de violencia cotidiana a lo largo de la vida. En esta situación, algunas mujeres son asesinadas.

El feminicidio es la cima de la normalización y la tolerancia de la violencia de género y de otras formas de violencia que, al cometerse los asesinatos, desencadena, como en Juárez, un proceso de violencia institucional sobre las familias de las víctimas y sobre la sociedad. [...] El feminicidio, en tanto

violencia institucional, se caracteriza también por el no esclarecimiento de los casos, la falta de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación del daño. Todo ello conforma la fractura del Estado de Derecho. (pp. 12-13)

Ahora bien, a pesar de la sanción de la ley y los cambios que se han evidenciado para el reconocimiento de este delito, son muchos los retos que debe afrontar el país para detener el asesinato de mujeres. Solo en el 2019 se reportaron 250 mujeres asesinadas, en su mayoría en el marco del feminicidio íntimo, delito que hace referencia “al asesinato de mujeres cometidos por hombres con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia o afines” (Monárez y Cervera, 2011, p. 114).

Adicionalmente, es importante ampliar la definición de feminicidio y comprender que, en torno a este delito, hay más factores dignos de atención por parte del Estado y de la sociedad. Uno de ellos es el que se refiere a la familia de las mujeres víctimas de feminicidio, específicamente a sus hijos, que quedan en situación de orfandad una vez sus madres son asesinadas, así como en un grado de vulnerabilidad exponencialmente alto tanto en términos económicos como psicológicos. Es importante recordar que muchos de los niños han sido testigos directos del homicidio de sus madres.

Con base en este escenario, el presente artículo se propone analizar el feminicidio a la luz de las consecuencias en las familias de la mujer víctima, específicamente de los niños que quedan huérfanos. Para ello, se mostrará: 1) el seguimiento realizado por el Observatorio de Feminicidio del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio” un, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, al feminicidio en Colombia, entre los años 2015 y 2019, junto con el número de niños que quedaron en situación de orfandad; 2) el recuento de las políticas que existen en Colombia y en algunos países de Latinoamérica frente a los niños que afrontan esta situación; y 3) algunas conclusiones que recogen la importancia de ampliar la definición de feminicidio y visibilizar las víctimas indirectas de este delito, reconocer sus necesidades y así formular políticas o estrategias de atención.

Ahora bien, este análisis evidenció tres problemas a la hora de hablar de huérfanos de feminicidio en Colombia: 1) la falta de un registro de los niños en situación de orfandad a causa del feminicidio; 2) la falta de un protocolo para reparar y atender a los niños a los familiares de la mujer, y 3) la carencia de una política pública exclusiva para la atención de esta población.

EL FEMINICIDIO Y LOS NIÑOS HUÉRFANOS

Entre el 2015 y el 2019, en Colombia los feminicidios tuvieron una mayor visibilización, razón por la cual pudieron reconstruirse cifras muy altas de asesinatos de mujeres en distintos escenarios, principalmente en el hogar. Así, se reafirmó que este es el lugar más riesgoso para la mujer; allí se desarrolla una serie de relaciones desiguales e inequitativas que, por lo menos para aquellas mujeres víctimas, terminaron en su muerte. De igual forma, se identificó que las relaciones amorosas, sean estas matrimoniales o de noviazgo, resultaron ser el espacio por excelencia del feminicidio.

Esto tiene que ver, en parte, con la construcción del amor que prevalece en la sociedad; un amor que muchas veces tiene una relación íntima con la muerte, es decir, la zona oscura del amor, como lo han denominado Bosch et al. (2013):

La zona oscura del amor es aquella que le permite ser utilizado como coartada de los mayores crímenes y atropellos a los derechos humanos, bajo cuyo paraguas se justifican asesinatos, abusos y torturas, humillaciones, secuestros, golpes e insultos de todo tipo. Es la parte perversa del amor. (p. 3)

Se trata de una construcción patriarcal del amor donde no solo lo romántico entra a construir un aspecto central, sino la posesión, los celos del hombre, que detenta el poder en la relación amorosa y se convierte en el dueño de la mujer hasta el punto de controlar si ella vive o muere. Por lo tanto, se termina legitimando la violencia y el maltrato, así como el supuesto de que este amor debe ser para toda la vida (Bosch et al., 2013, p. 48).

Tanto novios como exnovios, esposos o ex esposos se registran como los victimarios de la mayoría de los asesinatos de las mujeres; por lo menos un 50% de los casos tienen denuncias previas donde las mujeres informaban el peligro que corrían sus vidas, pero la insuficiente acción de parte de los organismos competentes no logró evitar su asesinato. Tales fueron los casos de Lina María Jaramillo, quien interpuso 4 denuncias antes de ser asesinada; Leidy Delgado, con 17 denuncias; Karol Andrea Grisales Casas, con 3 denuncias; Claudia Milena Soto Gómez, con 4 denuncias; María del Tránsito Aponte, con 1 denuncia (Huertas, López y Arteaga, 2020).

Desde el 2015 (año en que se sancionó la Ley 1761, o Ley Rosa Elvira Cely), hasta el 2018, se identificaron 672 feminicidios, de los cuales casi el 70% fueron feminicidios íntimos. La figura 1 muestra los asesinatos por año, donde se registra una tendencia al aumento de los casos; sin embargo, es importante aclarar que

esto no necesariamente corresponde al aumento de feminicidios, pues también puede atribuirse al aumento de denuncias y de visibilización de casos.

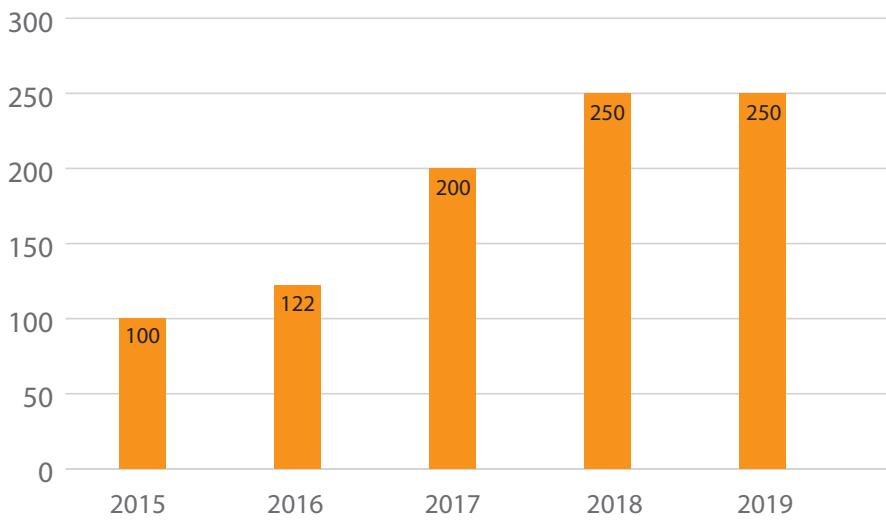


Figura 1. Feminicidios en Colombia en el periodo 2015-2019

Fuente: elaboración propia, Observatorio de Feminicidio 2020, *Feminicidios por año, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio”* un, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.

En el 2019 se evidenciaron, con preocupación, nuevamente altas cifras de feminicidios en todas las regiones del país y el desbordamiento del problema frente a las políticas que actualmente algunos departamentos llevan a cabo para contener y prevenir este tipo de violencia. Está claro que si bien la mayoría de feminicidas fueron capturados (es decir, que en términos generales la justicia ha mejorado en lo que se refiere a las capturas), el trabajo de prevención sigue siendo precario. Como se observa en la figura 2, la mayoría de feminicidas han sido capturados; no obstante, muchos han sido procesados por homicidio simple, y no por feminicidio, lo cual tiene importantes repercusiones en las penas, que por lo general son muy bajas.

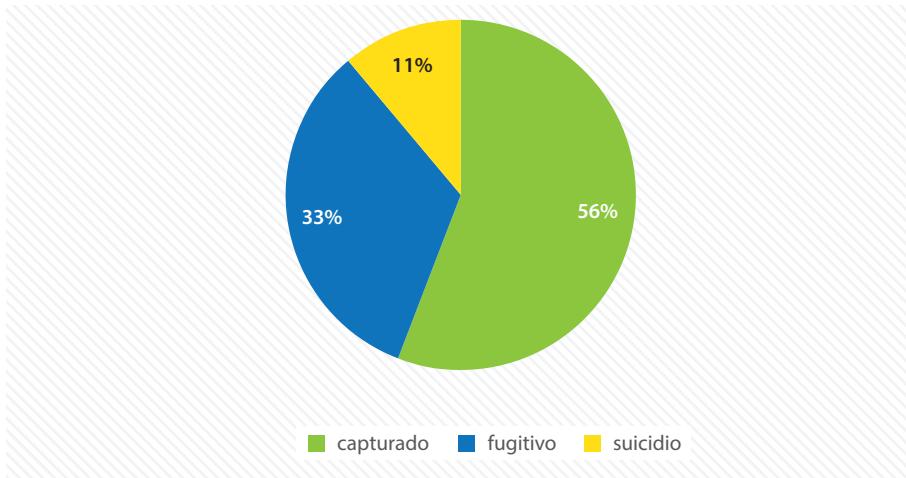


Figura 2. Cifras de feminicidas

Fuente: elaboración propia, Observatorio de Feminicidio 2020, *Proceso de victimario, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio”* un, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.

El año 2019, entonces, fue altamente violento para las mujeres: más de 250 feminicidios se reportaron en total; por lo menos 30 fueron de niñas menores de 17 años; casi el 30% de las víctimas pusieron denuncias previas a su muerte, y 290 fue el número de niños que quedaron en condición de orfandad.

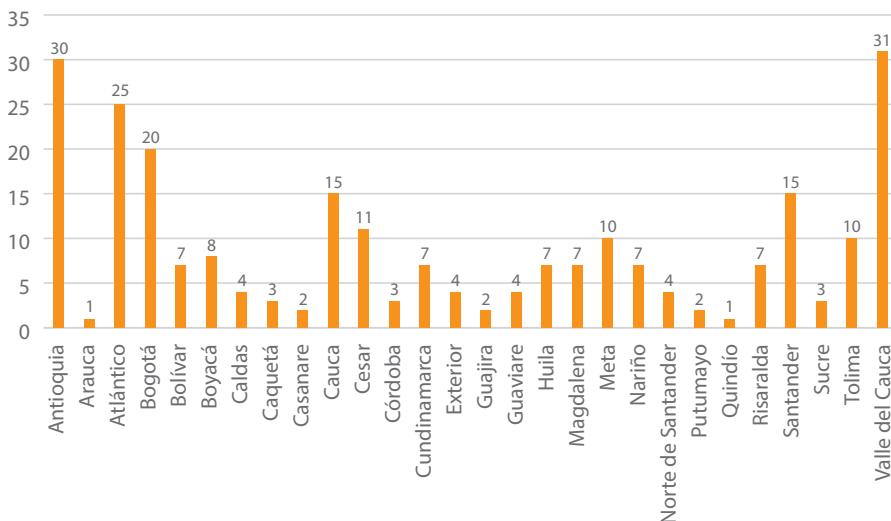


Figura 3. Feminicidios por departamentos en el 2019

Fuente: elaboración propia, Observatorio de Feminicidio 2020, *Feminicidios por departamento 2019, grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema Ratio”* un, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.

Se evidencia un tratamiento de la justicia medianamente efectivo a la hora de la captura del feminicida, pero deficiente en términos de atención a denuncias, lo cual repercutió en el asesinato de la mujer víctima de maltrato. Finalmente, la tipificación de homicidio o de suicidio en vez de feminicidio, en muchos casos reportados, ha puesto en duda el accionar de las instituciones estatales y desconocido y pasado por encima de la Ley Rosa Elvira Cely, que hoy en día es la que cobija todo acto de violencia contra la mujer por razón de género. Ahora bien, en cuanto al ataque, cabe mencionar el alto grado de sevicia y violencia que caracterizaron los asesinatos de las mujeres; muchas fueron torturadas y otras violentadas sexualmente, convirtiéndose así en un asesinato con un alto componente comunicativo (Segato, 2006).

LOS NIÑOS HUÉRFANOS DEL FEMINICIDIO

A la hora de comprender la realidad de aquellos niños que quedan en situación de orfandad a causa del asesinato de sus madres, es importante empezar por mencionar uno de los principales problemas: la falta de registro y, por lo tanto, de cifras consolidadas a propósito del número de niños que se encuentran en esta situación.

Está claro que tanto Colombia como distintos países de América Latina se han preocupado por penalizar el delito de feminicidio y por brindar algunas estrategias que si bien no han sido del todo efectivas, sí han mostrado el interés por atender este tipo de asesinatos. Sin embargo, es evidente que hay un olvido casi total de las familias de estas mujeres y, principalmente, de sus hijos, exceptuando algunos países como Argentina, que ya han sancionado leyes puntuales para su atención. Expresa Yeiver Rivera, periodista e investigador, a este respecto:

Se habla del hecho, de lo que sucedió, de los números y las estadísticas, pero no vemos las víctimas que hay detrás. Todos hablamos de la protección de los niños, pero muy pocos son los que hablan de estos menores que quedan huérfanos. Bajo la protección de quién queda, porque la mamá al cementerio y el papá a la cárcel. Nadie sabe al cuidado de quién queda. Pero han perdido al ser más importante de sus vidas, ya no tendrán a su madre. Estos niños quedan bajo el desamparo. No se ha hecho ningún trabajo de parte del Estado colombiano. El Estado no fue capaz de defender la vida de esa mujer, entonces el Estado debe ser capaz de proteger a esas mujeres. En otros países ya se ha empezado, pero Colombia está en mora de implementar una ley para implementar la atención a los huérfanos del feminicidio. (Entrevista a Yeiver Rivera, 06 de junio del 2020, Bogotá)

Como bien lo señala el periodista, en Colombia pese a la existencia del ICBF no hay una ruta específica que tenga lineamientos para la atención de estos niños, y menos un registro o seguimiento de sus condiciones; por lo tanto, se desconocen casi totalmente las dificultades tanto psicológicas como económicas que viven las familias y los niños de las mujeres asesinadas. Tanto la Defensoría del Pueblo como la Fiscalía General de la Nación y la Secretaría de la Mujer¹ coincidieron en que no tienen cifras de los niños huérfanos y que tanto el registro como la atención recaen en el Instituto Colombiano de Bienestar familiar (ICBF); entidad que, después de varios derechos de petición y una tutela, respondió que no había un registro de los niños huérfanos a causa de feminicidio e hizo remisión a la Fiscalía General de la Nación, entidad que igualmente indicó no tener registros consolidados².

De igual forma, el ICBF mencionó, como medidas de atención especializadas, las siguientes:

En ese sentido, en materia de atención a integral de las niñas y adolescentes víctimas de VBG [violencias basadas en género], se indicó que debían ser garantizados sus derechos conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 906 del 2004, 15 de la Ley 360 de 1997, 13 de la Ley 1719 de 2014 y específicamente para casos de violencia contra la mujer, los contemplados en el artículo 8 de la Ley 1257 del 2008, entre los que se encuentran:

“(...) g) Recibir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico para ellas y sus hijos e hijas”.

Por tanto, se enfatizó en la importancia de activar el sector salud, que es el competente para brindar dicha asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral en los casos de vbg, con el fin de que la mujer, niña o adolescente recibiera la atención médica y psicológica, tanto de emergencia como de forma continua si es requerida. Lo anterior adquiere especial importancia si se tiene en cuenta que muchos de estos casos no reciben el tratamiento de urgencia que se requieren por desconocimiento de las competencias y funciones de cada entidad y las herramientas legales que se encuentran dispuestas para esas situaciones.

De ahí que la autoridad administrativa debe realizar las gestiones que se requieran ante el Sistema General de Seguridad Social - sgsss para el

1 Derecho de Petición a la Fiscalía General de la Nación, Radicado 20196110694412, 01 de agosto del 2019; Derecho de Petición a la Defensoría del Pueblo, Oficio 4010-466, 01 de agosto del 2019; Derecho de Petición a la Secretaría de la Mujer, Radicado 2-2019-004098, 01 de agosto del 2019.

2 Derecho de Petición 20196110886952, Fiscalía General de la Nación, 10 de febrero del 2019.

acceso y debida prestación de los servicios de salud, con la finalidad de garantizar el restablecimiento del derecho a la salud de los niños, niñas o adolescentes víctimas, en los términos establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia - Ley 1098 de 2006 (modificada por la Ley 1878 de 2018), la Ley 1639 de 2013 y 1773 de 2016.

Por tal razón, en caso de que el niño, niña o adolescente no se encuentre afiliado(a) al sgsss, se deberá solicitar a la Dirección Territorial de Salud que adelante las acciones para superar dicha situación. Si la víctima cuenta con red familiar, se le debe indicar a la autoridad sanitaria; y, en caso de que no cuente con red familiar, se reportará a la Dirección Territorial de Salud mediante listado censal.

De igual manera, deberá solicitar a la Dirección Territorial de Salud la prestación del servicio de salud al niño, niña o adolescente, incluyendo la atención psicosocial, y junto con su equipo técnico interdisciplinario realizará seguimiento a la misma, a efectos de garantizar que esté acorde al tratamiento y en términos de calidad y oportunidad.

“4. Se señalen las acciones concretas, de parte de su entidad, frente a los niños huérfanos que han sido testigos del asesinato de sus madres”

Como lo indicamos en la respuesta a las preguntas 1 y 2 de su requerimiento, las acciones concretas se relacionan con la apertura de un par dentro de los términos ya referenciados. Ahora bien, hemos remitido a través de oficio n.º 20202010000051351, anteriormente referenciado, la solicitud para que, en el marco de sus competencias, la Fiscalía General de la Nación pueda suministrar información más detallada sobre las acciones a adelantar en los casos donde niños, niñas y adolescentes han sido testigos del feminicidio en contra de sus progenitoras.

“5. Se indiquen las políticas y lineamientos existentes en su entidad, para lograr la reparación integral de las víctimas de feminicidio, especialmente de menores de edad”.

Como lo indicamos en el punto n.º 3, existe una línea técnica en materia de prevención y abordaje de las vbg, entre estas la tentativa de y feminicidio, así como frente a los ataques con agentes químicos en los cuales sean víctimas directas niñas y adolescentes mujeres; o sean niños, niñas y adolescentes víctimas indirectas en relación con sus progenitoras o mujeres que se encargan de su custodia y cuidado personal.

Asimismo, se encuentra en proceso de actualización el Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes con sus Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados, el cual define el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos - pard, cuyo Anexo n.º 10 hace referencia a las acciones especializadas que deben adelantar las autoridades administrativas y sus equipos técnicos interdisciplinarios en los casos de vbg, especialmente en los temas de femicidio y ataques con agentes químicos donde los niños, niñas y adolescentes sean víctimas directas o indirectas. (Respuesta con Radicado 201912222000055582, sim 1701577085, del 28 de febrero del 2020)

No obstante, las familias víctimas no ven esta atención materializada. Frente a la falta de atención y las medidas, supuestamente, adoptadas por las instituciones competentes, Adriana Cely —hermana de Rosa Elvira Cely, mujer asesinada en el 2012— asegura:

Nadie sabe qué ha pasado con la salud de los niños, con su escolaridad, con su vida. El Estado los ha abandonado, los deja a la merced de las familias que también están luchando para lograr justicia. No solamente con tener a un criminal detrás de unas rejas, sino también que no vuelva a suceder este delito. Nosotros, como familia, no recibimos ningún tipo de acompañamiento psicosocial por parte de alguna institución del Estado o del gobierno. Nos tocó apoyarnos en muchas otras personas y organizaciones. Porque cada miembro de la familia tramita las cosas de forma distinta. (Entrevista Adriana Cely, 12 de julio del 2020, Bogotá)

A pesar de este desconocimiento y la falta de políticas para la atención de las familias y los niños, el Observatorio de Feminicidio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional identificó, desde el 2015 (año en que se sancionó la Ley 1761, o Ley Rosa Elvira Cely) hasta el 2018, 672 feminicidios; 500 eran mujeres mayores de edad, trabajadoras y cabeza de hogar. De estas 500, se pudieron reconstruir 400 feminicidios; 360 mujeres madres de más de un niño. Según la base del Observatorio de Feminicidio, fueron 600 niños huérfanos, el 90% entre los 1 y los 14 años.

De los 600 niños, por lo menos 200 fueron testigos directos del asesinato de su madre, generalmente a manos de sus padres o padrastros, y 15 fueron quienes dieron aviso a las autoridades o a otros miembros de la familia. En el 2019 se reportaron 290 niños huérfanos; 60 presenciaron el asesinato de su madre, e incluso algunos niños resultaron heridos (Fundación Feminicidios Colombia, 2019). Así registraron los hechos algunos medios de comunicación:

Boyacá, septiembre de 2016:

Los hechos ocurrieron en septiembre del 2016 en el municipio de Panqueba (Boyacá), donde en medio de una discusión familiar el hoy condenado tomó un cuchillo y, frente a un menor de edad hijo de la mujer, le propinó 11 puñaladas hasta causarle la muerte.

Una vez perpetrado el crimen, el menor de edad avisó a las autoridades permitiendo la captura de William Eduardo Blanco Pinzón a las afueras del municipio, cuando pretendía huir. (Caracol Radio, 3 de mayo del 2017, “Condenan a 41 años de cárcel a un hombre que asesinó a su esposa en Boyacá”)]

Valle del Cauca, 8 de agosto del 2017:

A Enrique Castro Viveros, de 45 años, el juez 27 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías lo envió a la cárcel como presunto autor responsable del crimen de su compañera sentimental el pasado 8 de agosto de 2017.

Se había refugiado en la casa de sus padres en el barrio Charco Azul, en el oriente de Cali (Valle del Cauca). El hijo menor de 8 años de la víctima debió quebrar los vidrios de una ventana para poder ingresar al inmueble y la encontró sin vida en el cuarto donde dormía e inmediatamente alertó a familiares. (HSB Noticias, 25 de septiembre del 2017, “Donde sus padres encontraron a Enrique Castro, quien habría asesinado a su mujer en Cali”)

HUILA, 3 DE JUNIO DEL 2017:

Los hechos se registraron en el municipio de Santa María, departamento de Huila, cuando la víctima se encontraba en su humilde vivienda ubicada en el barrio Altico.

Al parecer el agresor llegó a la casa bajo los efectos del alcohol y en medio de una acalorada discusión agredió en cuatro oportunidades con un cuchillo a la mujer de 56 años, identificada como Mirian Céspedes Trujillo. No tranquilo con las agresiones propinadas a su compañera sentimental, este hombre, que al parecer tiene problemas con las drogas, procedió a degollarla.

Los gritos desesperados de la mujer, en su intento de pedir ayuda y en los pocos minutos que tuvo, alertaron a los vecinos de que algo sucedía, uno de los hijos de la pareja intentó ayudar a su madre, pero desafortunadamente ya se encontraba sin vida.

Tan pronto cometió el asesinato, Wilson Salcedo Medina huyó del lugar al parecer hacia el vecino departamento del Tolima, pero uno de los hijos de la fallecida dio aviso a las autoridades del rumbo que había tomado su padre, y desplegaron un intenso operativo en conjunto con Policía de ese departamento, dando finalmente con el presunto homicida. (HSB Noticias, 4 de junio del 2017, “A cuchillo una mujer fue asesinada por su compañero sentimental en Huila”)

Ahora bien, es importante tener en cuenta que no solo los niños, niñas y adolescentes afrontan (NNA) las dificultades que genera el asesinato de sus madres, sino que también los demás familiares deben asumir las consecuencias de ello. Por ejemplo, las abuelas o tíos son quienes quedan a cargo de los niños, así que no solo deben llevar la tristeza y la depresión de la pérdida de la mujer, sino asumir la responsabilidad de los niños, su manutención y tratamiento psicológico.

Entre el 2015 y el 2018 se pudieron rastrear aproximadamente 50 casos en los cuales las abuelas quedaron a cargo de los niños, 30 quedaron a cargo del ICBF y del resto no se tiene información. Por su parte, en el 2019, 100 quedaron a cargo de sus abuelas o tíos, y del resto no se tiene información. Esto sucede, como se ha dicho, porque actualmente Colombia no tiene registros ni políticas que se encarguen de las víctimas indirectas, a pesar de que son ellas las que quedan al cuidado de sus familiares, a cargo del proceso para evitar la impunidad en los casos, e incluso lideran marchas y protestas encaminadas a denunciarlos. Algunas personas no tienen trabajo, otras están en edades avanzadas y esto les dificulta, aún más, asumir la responsabilidad de los niños (Torres Zambrano, 2017, p. 35; Huertas, López y Arteaga, 2020):

Nuestra lucha comienza cuando nos dicen que había un agravante por el hecho de ser mujer, sino también en el proceso penal y no fue utilizado, entonces nos enfrentamos a una situación más compleja que es entender que existen unas leyes y no fue implementada de la mejor manera. [...] Identificamos que el Estado es un sistema inoperante.

Qué pasa con su hija, qué pasa con su familia, y es luchar con varias situaciones. Durante los cinco días que duró viva mi hermana, nuestra lucha y mi lucha personal era lograr que capturaran a estos dos criminales y no quedara impune su ataque y luego su muerte. Pero en el mismo recorrido era lograr que su hija no sufriera tanto y lograr que entendiera qué fue

lo que sucedió con su mamá. Porque una niña de doce años, tener que explicar la tortura, la violación y el empalamiento de su madre por parte de dos compañeros, amigos con los que ella estudiaba es muy difícil y el Estado no estaba ahí, las instituciones no estaban ahí para acompañar este proceso.

Y es enfrentarnos a otras situaciones, no es de revictimizar, es acompañar, darles unas nuevas oportunidades a estos niñas y niñas y a esas familias que luchan sin saber cuáles son sus derechos y sin recursos. (Entrevista a Adriana Cely, 12 de julio del 2020, Bogotá)

Adicionalmente, no hay recursos para asumir tratamientos psicológicos ni para ellas ni para sus nietos, como bien lo hace notar Torres Zambrano (2017) a propósito de la situación en México:

Los cuidadores, ancianos, enfermos y personas sin recursos suficientes son familias con la vida trastocada, abuelos sin custodias legales, con ingresos económicos limitados y con miedo a que los agresores aparezcan algún día, así prevalece el silencio social sobre el feminicidio. (p. 10)

MEDIDAS DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS INDIRECTAS DE FEMINICIDIO EN COLOMBIA

En Colombia la protección de los niños, niñas y adolescentes (nna) recae sobre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la normatividad que los cobija está establecida en el Código de Infancia y Adolescencia, cuyo objeto es el siguiente:

Establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado. (art. 2, Ley 1098 del 2006, Código de Infancia y Adolescencia)

Según el Código, la protección de los nna consiste en el reconocimiento como sujeto de derechos; la garantía y el cumplimiento de sus derechos; la preventión de cualquier tipo de violación de sus derechos y el restablecimiento de estos últimos en caso de su vulneración (art. 7, Ley 1098 del 2006, Código de Infancia y Adolescencia). Por lo tanto, es el Estado el encargado de velar por el cumplimiento de estos principios y de re establecer los derechos vulnerados de

los niños y las niñas. Este sería el caso de los niños huérfanos del feminicidio, pues afrontan una situación que los ubica en un nivel de vulnerabilidad muy alto a nivel familiar, psicológico, económico, educativo, etc.:

Los derechos de los niños huérfanos del feminicidio deberían ser lo más importante de nuestra sociedad y del Estado. El Gobierno debe garantizarles a estos niños el acceso a la educación sin ningún costo porque ya no existe papá ni mamá, porque en la mayoría de estos casos no hay una figura paterna que acompañe estos procesos. Estos niños no tienen ni salud, no tienen vivienda propia y ellos merecen tener otro tipo de vida y otro reconocimiento por parte del Estado que abandonó a estas mujeres y que no ha dado justicia. Es una deuda que tiene el Estado con estos niños.

(Entrevista a Adriana Cely, 12 de julio del 2020, Bogotá)

Como bien lo ha narrado Monserrat Escudero, psicóloga de la Casa del Encuentro en Argentina, los niños huérfanos a causa de feminicidio son verdaderos sobrevivientes de este delito, pues deben asumir a su padre o padrastro como el asesino y causante de la pérdida de su madre; además deben cambiar su vida, su barrio, sus amigos y su círculo social. Adicionalmente, se enfrentan a la narración de noticias de la muerte de su madre y esto les modifica su estructura a pesar de los esfuerzos de quienes quedan con su custodia (Clarín, 2019).

En otros casos, son los hijos mayores los únicos responsables del cuidado de los menores, lo que implica asumir tareas que no van acorde a su edad, tales como entrar a la vida laboral antes de tiempo, abandonar sus estudios y lidiar con los traumas de los demás niños, sin la posibilidad de vivir su propio duelo (Huertas, López y Arteaga, 2020). A continuación, una narración de una niña en situación de orfandad debido al asesinato de su madre:

Los desgarradores relatos de niños huérfanos por feminicidios

Cuando sea grande me voy a casar, voy a tener dos hijos, pero me voy a separar para que no me vayan a matar como mi papá mató a mi mamá.

La expresión refleja el impacto de una pequeña, que tenía solo 5 años de edad, cuando presenció cómo su padre, Miguel Ángel Pérez Arteaga, asesinaba a su madre, Paula Andrea Vera Arce, a cuchillo.

Su vida gira ahora sobre la muerte de su madre: reúne a sus compañeritos de colegio y les cuenta cómo esa noche del 23 de octubre de 2017, cuando su abuelita le hacía el disfraz para el Halloween que se avecinaba, su padre llegó borracho y apuñaló a su mamita. Una joven que “apenas tenía 24

añitos”, recuerda la hermana de la víctima y tía de la niña, Luz Helena Ramírez Arce.

La niña no solo lo cuenta, también lo dibuja: garabatea una figura femenina en posición acostada, con un enorme manchón rojo a la altura del corazón. En su testimonio a la Fiscal del caso, relató que su papá, un supuesto prestamista que siempre estaba armado, asesinó a su mamá y, de paso, su inocencia.

“Mi mamá subió al tercer piso, donde vivía la pareja —relató a *El País* Luz Helena— y vio por la ventana a la niña toda llena de sangre, entonces le dijo: ‘mamita, pásame las llaves’; porque Pérez Arteaga las dejó encerradas y escapó. Abrió y encontró a mi hermana muerta”.

Con la mirada de quien apenas está abriendo sus ojos al mundo, la niña trataba de explicarle a su abuela el dantesco cuadro: “Mi papá mató a mi mamacita con un cuchillo”, dijo, y hacía el movimiento de apuñalar, recuerda la abuela. El cuchillo de la cocina no aparecía y la niña reveló que sí, que con ese era que le había quitado la vida a quien le había dado la vida a ella.

También recordó que como ellas ya estaban durmiendo cuando Pérez Arteaga llegó, este primero le aplicó una inyección a su mamá. Por eso, la familia materna de Paula Andrea, que vivía en el primer piso de la vivienda, en el barrio República de Israel, no escuchó nada: ni una discusión ni un golpe, ni un grito de resistencia que las alertara.

En su testimonio a la Fiscal, relató que, en ese instante, ella apretó bien sus pies, en los tobillos y se quedó quietica, calladita. Hoy —ya cumplió 6— habla como una adulta: “Ay, la vida que me tocó, sin mamá”, cuenta Luz Helena. A su abuela le dijo que iba a estudiar para Policía para hacer justicia “con ese señor”.

Al principio, la niña no dormía bien, trasnochaba a la abuelita, daban las 2 y 3 de la madrugada y no podía conciliar el sueño. “Tuvimos que andarle rápido y buscar ayuda psicológica”, dice Luz Helena. Desde que va al psicólogo, ha vuelto a dormir mejor, anota la abuela, quien obtuvo la custodia de la niña, y si le pasa algo, quedaría con su tía Luz Helena.

Jairo Ramírez Benjumea, psicólogo social y asesor de la Fundación Carvajal, dice que el impacto emocional en un niño de presenciar o saber que su propio padre asesinó a su madre y lo dejó huérfano, es tan hondo, que no es un recuerdo doloroso, sino un trauma.

El impacto es traumático porque rompe toda la normalidad del desarrollo, advierte Ramírez Benjumea, ya que la calidad de las relaciones parentales son las que ayudan a formar la estructura psicológica del niño.

En los huérfanos de los feminicidios, esas relaciones parentales “se rompen y de qué manera; hay una destrucción del Yo que hace que el niño pierda toda la confianza en la humanidad, porque se va lo que más quiere, que es su mamá, y lo otro que más quería, su papá, queda como el verdugo”, explica Ramírez Benjumea. Sus relaciones afectivas quedan desestructuradas y pueden causar patologías de orden mental, tipo trastornos de ansiedad, psicosis, psicopatías. [...] (El País, 13 de mayo del 2018, “Los desgarradores relatos de niños huérfanos por feminicidios”).

Sin embargo, en las situaciones en las que se ha definido una necesaria protección por parte del Estado, no se ha contemplado ninguna que haga referencia a la pérdida de su madre a causa de un feminicidio (capítulo II: “Derechos y libertades”, artículo 20: “Derechos de protección”, Código de Infancia y Adolescencia, p. 5). Si bien se intuye que, por la condición de vulnerabilidad, el niño debe ser atendido y protegido, la falta de inclusión del feminicidio en dicho código tiene repercusiones como las que diferentes familias han manifestado, y es la falta de atención diferencial de niños huérfanos por este delito.

Pero las familias no ven suficiente ayuda ni representación del Estado frente a medidas de reparación por la pérdida de las mujeres; muchas veces, incluso son revictimizados tanto por el Estado al recibir una mala atención por parte de funcionarios de las instituciones encargadas como de los medios de comunicación, quienes narran las noticias de forma descarnada y sin respeto alguno por las familias (Huertas, Ruiz y Archila, 2020). Con relación a esto, el artículo 47 del Código de Infancia y Adolescencia menciona recomendaciones puntuales sobre la transmisión de noticias que estén relacionadas con temas en los que los niñas y las niñas estén involucradas:

Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas.

A propósito de este tema, Adriana Cely, hermana de Rosa Elvira Cely, comenta:

Con mi sobrina, por ejemplo, fue algo diferente y difícil porque no habíamos podido narrarle de la mejor manera qué había sucedido con su mamá, y estábamos llevando con una amiga psicóloga un proceso de despedida y de duelo porque ella no pudo ver a su mamá, y resulta que se presentó

algo cruel, cuando la cambiamos de colegio. Una de las niñas le mostró el periódico *Q'hubo y ahí es cuando mi sobrina conoce la verdad y sabe lo que pasó con su mamá y era retomar y tener todas las herramientas para poder acompañar y darle la mejor información sin ser tan dolorosa, aunque ya tenía una idea por lo que pudo leer en el periodo.*

Los medios de comunicación son muy importantes, pero creo que tiene una responsabilidad importante y es pensar cómo están mostrando estas noticias. Tienen que pensar en sus familias, en el dolor que están atravesando sus niños y sus madres que pierden a sus hijas de esta forma. Es importante pensar cómo le estamos dando el mensaje a la sociedad en común, porque muchas veces la noticia hace parecer que todos fuéramos cómplices, y que la mujer fuera la culpable de lo que le pasó. Aquí es muy importante el compromiso de los medios de comunicación, siendo lo más humano posible sin revictimizar. (Entrevista a Adriana Cely, 12 de julio del 2020, Bogotá)

POLÍTICAS DE ATENCIÓN EN LATINOAMÉRICA

A diferencia de Colombia, hay otros países de América Latina que han avanzado en el diseño de políticas y leyes para la atención a las familias e hijos de las mujeres víctimas de feminicidio. Algunos de ellos son República Dominicana, México, Argentina, Perú y Bolivia. Por ejemplo, en República Dominicana se formuló un protocolo para la atención tanto de los niños huérfanos como de las familias de la mujer víctima de feminicidio; en este se propone un trabajo articulado entre diferentes instituciones, tales como la Policía Nacional, el Ministerio de la Mujer, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Ministerio Público, el Consejo Nacional para la Niñez y Adolescencia y la Vicepresidencia, que responda a la necesidad de “ejecutar un programa que permita generar un proceso de acompañamiento a esos nna que son huérfanos a causa de la violencia contra la mujer e intrafamiliar, para que puedan integrarse de una manera digna en la sociedad” (Vicepresidencia de la República Dominicana, p. 12).

Con base en este planteamiento, se establecieron la sistematización y la organización de datos sobre los feminicidios y los niños y niñas huérfanos junto con medidas de educación, atención psicológica y física, con el objetivo de garantizar el tratamiento de los traumas generados por el evento de su madre. Sin embargo, la atención no ha cumplido sus metas debido a la desarticulación institucional, el bajo presupuesto y la dificultad en establecer un registro de los niños huérfanos (Connectas, s. f.).

En el caso de Argentina, este país sancionó la Ley 2745 o Ley Brisa con el propósito de brindar un apoyo económico a los hijos de mujeres víctimas de

feminicidio. Este apoyo aplica hasta los 21 años y está sujeto a que el asesino sea padre del niño, esté condenado o tenga un proceso por feminicidio. Con esta ley se garantiza, además, una cobertura de salud y atención integral (capítulo iv, artículo 9; capítulo iv, artículo 10)³.

En cuanto a Perú, en el 2018 se creó la estrategia “Te acompañamos” con el objetivo de atender y apoyar a las víctimas indirectas de este delito. Sin embargo, sus logros no cumplieron las expectativas, lo cual generó gran descontento entre las organizaciones sociales, que se unieron para impulsar la creación de una política mucho más sólida. Fue así como se aprobó el decreto de urgencia en enero del 2020, en el que se estipuló la obligatoriedad de atención económica, de salud y educación para los niños huérfanos víctimas de feminicidio.

El gobierno de Ecuador, por su parte, expidió el Decreto 696 el 8 de marzo del 2019, por medio del cual se creó un bono para los niños y niñas en situación de orfandad por el feminicidio, lo cual representó un importante logro, ya que en este país se reportan altas cifras de feminicidio y, por lo tanto, de niños huérfanos⁴.

Ahora bien, en Uruguay se sancionó la ley sobre hijos de fallecidos en hechos de violencia doméstica en el 2011 y en Paraguay y Bolivia se discute la formulación y aprobación de proyectos ley con el mismo fin (efe, 24 de julio de 2019, “La Defensoría plantea un bono mensual para huérfanos por feminicidios en Bolivia”).

CONCLUSIONES

Con base en la información recopilada y analizada sobre el feminicidio, tanto en Colombia como América Latina, se pueden concluir varios elementos importantes. El primero tiene que ver con la necesidad de ampliar la visión respecto al feminicidio y sus consecuencias. Es decir, el feminicidio debe ser comprendido no solo como el asesinato de una mujer, sino el desequilibrio y la ruptura de un tejido social y familiar que la rodeaba, lo que lleva a reconocer a los familiares (madres, hijos, hermanas) como víctimas indirectas de este delito.

- 3 Según el informe del Clarín, en Argentina se reportaron, entre el 2008 y el 2017, 3678 niños huérfanos, y más de 300 en 2018. Son al menos 40 en lo que va de 2019. En todo ese lapso el promedio es de un caso cada 26 horas (Clarín, 2019).
- 4 Según las organizaciones sociales ecuatorianas, del 2014 hasta febrero del 2019, se reportaron 600 niños huérfanos a causa del feminicidio (Primicias, 13 de mayo del 2019, “Los niños son las víctimas ocultas y olvidadas del feminicidio”).

Este reconocimiento implica el diseño urgente de políticas, protocolos y estrategias de atención y apoyo en los campos emocional, psicológico, económico, educativo y de salud, con el fin de permitir la superación por parte de los niños huérfanos y demás familiares de la víctima y aportar en la reducción de la violencia contra la mujer.

Por otro lado, es importante establecer un registro nacional de los niños huérfanos víctimas de feminicidio, pues esta es la única estrategia para diseñar rutas efectivas y evidenciar tanto la necesidad de atención como la gravedad del problema. Es pertinente mencionar que los niños huérfanos víctimas de feminicidio afrontan una alteración total de su vida, al perder a su madre y al reconocer a su padre o padrastro como el culpable. Además, muchos de ellos son testigos del asesinato y esta es una carga psicológica que tiene secuelas profundas y requiere atención especializada para continuar el curso de su vida y poder establecer un relacionamiento social que no incluya la violencia.

Cabe aclarar que estos esfuerzos no solo pertenecen a las instituciones como el ICBF y la Fiscalía, sino a los demás actores sociales, tales como los medios de comunicación, la educación y la política, pues todos deben contribuir a la atención correcta del feminicidio, evitando la revictimización y contribuyendo a un relacionamiento social que no incluya relaciones de poder que promuevan la violencia de género, con una oportuna participación de las víctimas. En ese sentido, se resaltan los esfuerzos y las políticas propuestas en otros países, por medio de las cuales han visibilizado a la población víctima de feminicidio y han asumido el reto de pensar estrategias y políticas que puedan reparar, en la medida de lo posible, a las víctimas indirectas.

REFERENCIAS

- Bosch, E., Ferrer, V., Ferreriro, V. y Navarro, C. (2013). *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*. Barcelona: Anthropos.
- Clarín (2019) *Hijos del feminicidio: cada 26 horas un chico se queda sin mamá Son las víctimas colaterales. Sólo en lo que va del año, lo sufrieron al menos 40 chicos*. Disponible en https://www.clarin.com/sociedad/hijos-femicidio-30-horas-chico-pierde-mama-cicatrices-eternas_o_ZZEZcdO3f.html
- Congreso de la República de Colombia (2006) Ley 1098 del 2006, Código de Infancia y Adolescencia disponible http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Fundación Feminicidios Colombia (2019) observatorio feminicidios Colombia. Bogotá: Fundación Feminicidios Colombia disponible en <https://observatoriofeminicidioscolombia.org/index.php/seguimiento/boletin-nacional>

Huertas, O., López, D. y Arteaga, M. (2020). *Mirada social del feminicidio a través de la política criminal sistémica en Colombia*. Bogotá: Ibáñez.

Huertas, O., Maldonado, C. y Correa, C. (2017). *Feminicidio y educación. Aproximaciones y construcción del discurso desde la práctica social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina.

Huertas, O., Ruiz, G. y Archila, M. (2020). *Delito de feminicidio: diálogo polisémico y su emergencia en la política criminal sistémica. Colombia, España, Guatemala, México y República Dominicana*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Grupo Editorial Ibáñez.

Lagarde, Marcela (2006) *Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio*. Cámara de Diputados, LIX Legislatura, México.

Monárrez, J. y Cervera, L. (1991). La relación de pareja y la estructura especial: vínculo de exterminio en el feminicidio íntimo juarense. En: R. L. Freyoso (coord.), *Feminicidio en América Latina*. Ciudad de México: ceiich.

Presidencia de la República. (2015, 6 de julio). *Ley 1761 de 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 49565.

Russell, D. (2005). Definición de feminicidio y conceptos relacionados. En M. Legarde (comp.), *Feminicidio, justicia y derecho*. Ciudad de México: Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada. [Compilación del Seminario Internacional: Feminicidio, Justicia y Derecho, organizado por la Comisión Especial organizó en diciembre de 2004].

Russell, D. y Harmes, R. (Eds.). (2006). *Feminicidio: una perspectiva global*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Segato, Rita (2006), *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de Segundo Estado*, México DF, Ediciones de la Universidad del Claustro de Sor Juana.

Torres Zambrano, G. (2017). Huérfanos del feminicidio, los niños invisibles. <https://cepad.org.mx/wp-content/uploads/2020/03/2017-5-Huerfanos-del-feminicidio.pdf>

Ulloa, F. (1996) Violencia familiar y su impacto sobre el niño. Revista Chilena de Pediatría, 67(4), 183-187.

Vicepresidencia de la República Dominicana (2016) Protocolo para niños y niñas huérfanos por Feminicidios. Santo Domingo: Vicepresidencia de la República Dominicana

Wayka.Pe. (2020, 07 de enero). Poder Ejecutivo aprueba Decreto a favor de hijas e hijos huérfanos por feminicidio. <https://wayka.pe/poder-ejecutivo-aprueba-decreto-a-favor-de-hijas-e-hijos-huerfanos-por-feminicidio/>

Prensa

Caracol Radio. (2017, 3 de mayo). Condenan a 41 años de cárcel a un hombre que asesinó a su esposa en Boyacá. https://caracol.com.co/emisora/2017/05/03/tunja/1493822118_168368.html

Connectas. (s. f.) El desamparo de los huérfanos por feminicidios. <https://www.connectas.org/el-desamparo-de-los-huerfanos-por-feminicidios/>

EFE. (2019, 24 de julio). La Defensoría plantea un bono mensual para huérfanos por feminicidios en Bolivia. <https://www.bolivia.com/actualidad/nacionales/bono-mensual-huerfanos-feminicidios-bolivia-236048>

El País. (2018, 13 de mayo). Los desgarradores relatos de niños huérfanos por feminicidios. <https://www.elpais.com.co/judicial/los-desgarradores-relatos-de-ninos-huerfanos-por-feminicidios.html>

El País. (2019, 14 de agosto). Los niños huérfanos por feminicidio. Las víctimas invisibles de la violencia en México. https://elpais.com/internacional/2019/08/08/mexico/1565299789_217540.html

HSB Noticias. (2016, 18 de diciembre). Muerte al amanecer, asesinato y suicidio parece ser lo sucedido al norte de Bucaramanga. <https://hsbnoticias.com/noticias/judicial/muerte-al-amanecer-asesinato-y-suicidio-parece-ser-lo-sucedi-261847>

HSB Noticias. (2017, 1 de junio). Impactante tragedia pasional: le disparó a su esposa y luego se quitó la vida. <https://hsbnoticias.com/noticias/judicial/impactante-tragedia-pasional-le-disparo-su-esposa-y-luego-311337>

HSB Noticias. (2017, 4 de junio). A cuchillo una mujer fue asesinada por su compañero sentimental en Huila. <https://hsbnoticias.com/noticias/judicial/cuchillo-una-mujer-fue-asesinada-por-su-companero-sentimen-312283>

HSB Noticias. (2017, 25 de septiembre). Donde sus padres encontraron Enrique Castro, quien habría asesinado a su mujer en Cali. <https://hsbnoticias.com/noticias/judicial/donde-sus-padres-encontraron-enrique-castro-quien-habria-ase-352121>.

Primicias. (2019, 13 de mayo). Los niños son las víctimas ocultas y olvidadas del feminicidio. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/ninos-femicidio-huerfanos-victimas/>

Xantomila J. (2019, 5 de agosto). Se creará un registro de huérfanos por feminicidio anuncia Inmujeres. *Periódico La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2019/08/05/politica/014n1pol>

El cuadro comparativo entre constitucionalismo multínivel, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo: un equilibrio de conceptos y bases explicativas

The comparative table between multilevel constitutionalism, transconstitutionalism and interconstitutionalism: a balance of concepts and explanatory bases

Alexandre Walmott Borges*, Alex Cabello Ayzama**,

Fabiana Angélica Pinheiro Câmara***

Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2021

RESUMEN

El presente artículo busca revisar las principales construcciones teóricas sobre constitucionalismo y los conceptos de constitucionalismo trans-, inter- y multínivel. La problematización central del artículo es cómo describir los intentos teóricos de explicar los fenómenos de trans-, inter- o multiconstitucionalismo. Es una investigación que tiene el postulado descriptivo inicial de varias matrices teóricas, con breves incursiones analíticas sobre estas mismas construcciones, y finaliza con la organización del listado de

clasificaciones teóricas. El material utilizado en la redacción del texto es material bibliográfico sobre teoría constitucional, derecho constitucional y, de manera complementaria, teoría política y derecho internacional. Los resultados del trabajo son clasificaciones y ordenamiento de los catálogos teóricos que presentan los elementos de similitud y disimilitud entre los conceptos en mención.

Palabras clave: constitucionalismo multínivel, derecho constitucional, interconstitucionalismo, transconstitucionalismo

* Doctor en historia por la Universidade Federal de Uberlândia, profesor de la Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho: São Paulo. Correo electrónico walmott@gmail.com

** Magister em Derecho por Universidade Federal de Uberlândia, professor de la Universidad del Valle: Cochabamba. Correo electrónico ayzamalex@gmail.com

*** Doctora en História Social por la Universidade Federal de Uberlândia, Magíster em Gestión internacional y desarrollo económico por la Universidade de Reading, Inglaterra (2004). Graduada em administración de empresas por la Universidad de Viena (2003) Correo electrónico: walmott@gmail.com

ABSTRACT

The text of the article seeks to review the main theoretical constructions on constitutionalism and the concepts of trans, inter, multi or multilevel constitutionalism. The central problematization of the article is how to describe the theoretical attempts to explain the trans, inter or multi phenomena of constitutionalism. It is research that has the initial descriptive postulate of several theoretical matrices, with brief analytical incursions on these same theoretical constructions, and finalization with the organization of the list of theoretical classifications. The material used in the writing of the text is bibliographic material on constitutional theory, constitutional law and, in a complementary way, on political theory and international law. The results of the work are classifications and ordering of the theoretical catalogs presenting the elements of similarity and dissimilarity between the concepts of trans, inter, or multi constitutionalism.

Keywords: Multilevel constitutionalism; transconstitutionalism; constitutional right; interconstitutionalism.

INTRODUCCIÓN

Este artículo está destinado a catalogar y presentar algunos puntos de referencia sobre las expresiones que se han utilizado para designar la nueva realidad normativa e institucional de regular los derechos básicos de hombres y mujeres y la organización del poder político. Estos fenómenos han sido encapsulados bajo expresiones como *transconstitucionalismo*, *interconstitucionalismo*, *constitucionalismo multinivel*, *transnacionalización de derechos*, entre muchas otras. La problemática implicará cuestionar el desarrollo de la teoría constitucional y el derecho constitucional, para la captura y formación de matrices operativas y explicativas sobre estos fenómenos. Habrá en el trabajo el desarrollo de un postulado inicial: la presentación de las diversas matrices teóricas que explican la nueva realidad material del constitucionalismo (o la posibilidad misma de superarlo). Para la delimitación de este postulado, se realizará una descripción inicial de qué elementos materiales dictaron la producción teórica que se observará a lo largo del texto.

En el desarrollo del texto habrá una comparación entre varios postulados teóricos de distintos autores que tratan y buscan presentar acuerdos semánticos sobre las expresiones en mención. El ejercicio puede apoyar la realidad de los llamados centros normativos regionales y globales, las normas regionales y globales, o las instituciones regionales o globales que hoy en día tratan asuntos tradicionalmente relacionados con la Constitución. Por lo tanto, el trabajo busca avanzar en la comprensión de los conocimientos teóricos establecidos.

Habrá una estrategia comparativa en el texto con el interés de analizar una cantidad moderada de referencias teóricas de una manera integral (sin detallar un estudio cualitativo). Como estrategia secundaria, habrá análisis con el objetivo de identificar patrones generales de estas referencias teóricas. Se trata, por tanto, de una investigación con el uso de fuentes bibliográficas en el ámbito de la teoría constitucional, el derecho constitucional y, además, el derecho constitucional internacional y el derecho internacional.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA: ¿QUÉ BASE MATERIAL BUSCA EXPLICAR LA TEORÍA?

Las transformaciones del poder político, el marco de los centros de toma de decisiones (estatales o no estatales) y los centros de producción normativa, sumadas a una mayor participación de entidades supra- o transnacionales, han requerido nuevas concepciones o conceptualizaciones sobre las constituciones. Algunas de las categorías y fundamentos del fenómeno constitucional han sido

revisados por la teoría constitucional, lo cual ha dado lugar a la literatura en esta materia, así como en el derecho constitucional y en los estudios de derecho político desde una serie de enfoques conceptuales. El propósito es elaborar un marco para la categorización de estos nuevos fenómenos.

En un análisis retrospectivo y prospectivo, desde el final de la Segunda Guerra Mundial existe la creciente participación de normas e instituciones internacionales, tanto como fuentes de referencia de aplicación del derecho como instituciones con poderes y prerrogativas para la aplicación y exigencia de la ejecución de dichas normas. Además del cambio en la globalización, se produjo la progresión y asunción de nuevas tareas/poderes por parte de los centros regionales de toma de decisiones y normativos. También está el enfoque de los centros, las normas y los sistemas regionales como algo necesario, o en algunos casos, un complemento necesario del sistema mundial, los centros mundiales de toma de decisiones o las formas normativas de producción del mundo.

Para entender cómo el derecho constitucional, la teoría constitucional o el derecho político han enfrentado estas cuestiones, es necesario tomar como punto de partida las bases de entendimiento y estipulación del estatuto de las constituciones. En general, el constitucionalismo ha sentado las bases de las siguientes categorías y conceptos (todos centrados en la regulación del poder político), que se resumen en esta lista (sintética y con el carácter retrospectivo):

- a) Constituciones, en la mayoría de los casos, cartas legisladas o documentos legislados, con la materialidad de la disciplina normativa de los derechos fundamentales, y la organización del Estado y los órganos del Estado; esta materialidad constitucional se entiende como la disciplina de un Estado nacional organizado de acuerdo con la Constitución nacional (al menos desde el siglo XVIII)¹ (Mora-Donatto, 2002; Bobbitt, 2003)².
- b) La superioridad material y formal de las Constituciones, inmunizando contenidos, disciplinando procesos de elaboración de normas, definiendo competencias y, en algunos casos, imponiendo tareas y programas constitucionales; toda esta concepción desde la perspectiva de las instituciones, los sistemas normativos y las autoridades nacionales (Kelsen, 2005; Anderson, 1991; Kohn, 1946).

1 La progresión de la ley legislada a partir del siglo XVIII se puede ver en la obra de Gilissen (1986).

2 Dos problemas surgen y son discutidos por Cecilia Mora-Donatto (2002): primero, si las constituciones formales son realmente reguladores eficientes del poder político y las relaciones sociales; segundo, si existe una distancia entre la materialidad constitucional y la formalización constitucional. Estas preguntas no se profundizarán en el texto porque son contrarias al objeto de la problematización del artículo.

- c) La verticalización de normas e instituciones desde la cúspide de la Constitución; los sistemas constitucionales presentan, en forma de descripción figurativa, un eje de ordenadas y un eje de abscisas, es decir, los órganos estatales y el ordenamiento espacial del poder; todo en el marco del Estado nacional (Silva, 2014; Kelsen y Paulson, 1982).
- d) La teoría de las fuentes de derecho trata de ordenar las normas en el sistema nacional de derecho; es decir, la verticalización y jerarquía de las fuentes normativas como fuentes de derecho nacional, en un Estado nacional (Ferraz Jr., 1993; Shelton, 2006; Golding, 1961).
- e) La definición espacial del territorio del Estado como lugar de superioridad indiscutible de la Constitución; esta concepción con las reflexiones sobre lo que es, o fue, el derecho internacional, como derecho reglamentario de las relaciones entre Estados, de manera horizontal; y en el derecho constitucional, la tarea de la vertical regulación de la soberanía nacional o autoridad nacional del Estado (Bobbitt, 2003; Jo, 2004).
- f) Limitación material del derecho internacional al ámbito de las reglamentaciones interestatales, recapitulando el alcance reglamentario del derecho internacional en la gama de derechos de la persona; derecho internacional con la función de regular el orden de los Estados y las soberanías en la convivencia y la competencia (Jo, 2004; Stern, 1936).

Como se indica en el párrafo de introducción, las categorías y conceptos de constitucionalismo y derecho constitucional han sufrido impactos y rupturas en su alegación explicativa y aplicable, tanto como norma reglamentaria para los procesos políticos como para las organizaciones socioeconómicas. Tales impactos y rupturas fueron dictados por las transformaciones antes mencionadas de los centros de toma de decisiones, centros de producción normativa, autoridades con el poder de producción y aplicación de la ley. Esto condujo a algunas redefiniciones, estipulaciones, reordenación de las categorías tradicionales de derecho constitucional y a la interpretación funcional de las propias constituciones.

En la lista sintética desarrollada anteriormente, había una retrospectiva de los marcos de referencia y materiales del derecho constitucional. A partir de este párrafo está la redacción de otra lista sintética, las transformaciones del marco ambiental en el que se incluyen las constituciones (con la inserción también de las explicaciones y categorías del derecho constitucional):

- a) En el contexto de las transformaciones, está la cuestión de varias normas de derechos fundamentales, que serán el caso de los derechos humanos,

trasladando la materialidad constitucional a la competencia de la misma con la materialidad de documentos jurídicos de carácter internacional y universal (Nickel, 2019; Cmiel, 2004).

- b) Lo visto en el literal anterior condujo a la producción de cartas de derechos, declaraciones de derechos y el desarrollo de una idea de convivencia, complementariedad y, en algunos casos, superioridad de los derechos humanos sobre los derechos fundamentales; incluso existe la superación de los paradigmas omnipotencia de las cartas nacionales de derechos del Estado (Bobbitt, 2003; Bobbio, 2015).
- c) En el contexto de las transformaciones, hay coexistencia con otros centros normativos; las constituciones sufren, o llegan a sufrir, la competencia/convivencia con otras normas de derechos o, en cierta medida, las normas de organización de las instituciones internacionales/regionales; no es que se produzca la creación de una constitución regional, o constitución mundial, sino más bien una parte de la materialidad constitucional absorbida por documentos jurídicos regionales o mundiales (Walker, 2010; Vega, 2009).
- d) En el contexto de las transformaciones, existe la superación de la verticalización federal (típica de los sistemas nacionales federales) para la horizontalización compartida de las fuentes (nacional, regional y/o comunitaria, universal), con la existencia de las diversas instituciones y normas, en competencia con el alcance exclusivamente nacional; estas normas e instituciones compiten con las instituciones del Estado y con las normas estatales³⁴ (Carbonell, 2019; Rojas y Mesa, 2014).

La teoría constitucional buscaba enfrentar esta realidad con el camino tradicional que supone el conocimiento jurídico de una teoría conspirativa del derecho. Su propósito era crear recomendaciones, establecer categorías esenciales, crear posibles vías de solución, directrices o recomendaciones, todo ello con miras a la organización social en esta nueva base material de las normas de organización política. Más concretamente, conceptos analíticos capaces de sistematizar las normas constitucionales, las normas fundamentales de la existencia humana (derechos humanos y derechos fundamentales) y las normas de organización de

- 3 Este es uno de los puntos clave para entender los fenómenos trans-, multi- o interconstitucional: no existe una simple transposición del círculo nacional a las esferas internacionales; hay nuevas demandas y diseños institucionales para adaptarse y llevar a cabo. Las consideraciones sobre las peculiaridades de los acuerdos normativos en el constitucionalismo multinivel se pueden ver en Carbonell (2019). Las consideraciones sobre el constitucionalismo multinivel pueden extenderse, con reservas, a los otros fenómenos aquí discutidos, como el trans- y el interconstitucionalismo.
- 4 El significado exacto de lo que es esta competencia no debe referirse inmediatamente a las formas establecidas de competencia, como en la tradición constitucional. La competencia de las normas en casos como el constitucionalismo multinivel se hace con algunas peculiaridades que se alejan del concepto tradicional.

las instituciones políticas. En esta tarea, la teoría constitucional buscaba tratar el fenómeno con el uso de nuevos nombres para la nueva realidad. Precisamente en este punto hay algunas dificultades de respuestas semánticas correctas sobre lo que se quiere decir, y para qué realidad uno significa algo⁵ (Coelho, 2019; Vega, 2009; Carbonell, 2019)⁶.

Las nuevas expresiones utilizadas por la teoría constitucional para la nueva realidad material de las constituciones circulan más a menudo con el mantenimiento de las raíces de las palabras clave, como el *constitucionalismo* o la *constitucionalidad*, con la adición de prefijos: *inter*, *trans*, *multi*⁷. Como se puede ver, justo en la entrada, se trata de flexibilizar la nomenclatura conceptual del fenómeno constitucional de tal manera que contemple esta realidad y dinámica novedosa. Como se ha indicado, la circulación de palabras como *inter*, *trans* o *multi* impone la elaboración de acuerdos semánticos sobre el alcance de lo que significan estos prefijos añadidos a la raíz —constitucionalismo, constitucionalidad—, así como la elaboración de acuerdos semánticos sobre contextos y cualidades de tal adición⁸.

El propósito de este artículo es recopilar rápidamente cómo se utilizan estos nuevos términos. Se han realizado algunos escritos sobre cómo se desarrolla la conceptualización y definición de las constituciones, en un mundo plural y con múltiples centros de decisión, y con todas las realidades materiales que se han descrito, en retrospectiva y en prospección. La estrategia de escritura empleada será la de explorar las categorías que ahora se presentan para explicar la nueva realidad constitucional. Las fuentes básicas son materiales de libros y publicaciones periódicas. La exploración agrupó cinco bloques diferentes, con intentos de conceptualización específicos, como se muestra a continuación.

- 5 Esto no significa que se haya producido un desprecio por el desarrollo de fórmulas, metodologías y procesos de interpretación relacionados con nuevas relaciones sociales y transformaciones en el universo de las normas. Dentro del cuadrante de objetivos de este artículo hay una concentración de problematización en elaboraciones analíticas. Sobre hermenéutica y constitucionalismo multinivel, por ejemplo, ver Rojas y Mesa (2014).
- 6 Como ya se ha indicado, existe, en el uso de expresiones como multi, trans, inter, constitucionalidades o constitucionalismos, un proceso de estipulación o redefinición de lo que es la Constitución y cuáles son las funciones del constitucionalismo.
- 7 Las palabras de Gonçal Mayos (2019) se refieren al fenómeno *trans*, *inter* o *multi*: “Usamos el término ‘interfenómenos’ solo por la similar flexión morfológica presente en términos como *intercultural*, *inter-constitucional* o *interdisciplinario*. Lo usamos principalmente porque dejamos claro que los ‘inter fenómenos’ se caracterizan por la creciente mezcla - en territorios territoriales y en fenómenos sociales, culturales, constitucionales, disciplinarios y de otro tipo, que ahora han tendido a permanecer relativamente separados por límites territoriales. Son pues ‘interfenómenos’ para diagnosticar y exigir estrategias de integración y diálogo completas que permitan una mayor tolerancia (*multi* o *multianálisis*) e incluso la menos transfronteriza (*análisis cruzado*)”.
- 8 Como se verá a continuación, el texto de Marcelo Neves (2014) busca abordar el alcance de lo que se llama transconstitucionalismo. Al autor también le importa la intensidad del significado atribuido a la expresión.

- a) Constitucionalismo multinivel - 3 abajo;
- b) Transconstitucionalismo - 4 abajo;
- c) Interconstitucionalidad - 5 abajo;
- d) Transnacionalización de derechos - 6 por debajo.
- e) Interconstitucionalidad en sentido amplio -7 abajo.

2. CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

La expresión *constitucionalismo multinivel* es ampliamente utilizada para la designación del siguiente fenómeno: la existencia de varias normas con materialidad constitucional, y de varias autoridades policiales con contenido constitucional. Esto implica la coexistencia de bloques de normas. Hay que decir que esta expresión tiene un fuerte uso y teorizaciones en el mundo europeo, especialmente por la experiencia de construir la Comunidad y luego la Unión. En otras palabras, el constitucionalismo multinivel tiene el acento de la experiencia europea y se fundamenta en las siguientes bases⁹:

- a) El uso y la inclusión de la idea del pluralismo jurídico en los debates sobre la ley y sobre los sistemas y sistemas jurídicos. Este pluralismo se caracteriza por diversas fuentes de derecho y normas productoras y de toma de decisiones. En una oposición entre el monoísmo y el pluralismo, el constitucionalismo multinivel se caracteriza por la oposición al primero. Por lo tanto, la autoridad exclusiva del Estado nacional se opone a la coexistencia de varias autoridades que pueden ser llamadas materialmente constitucionales. Por lo tanto, el constitucionalismo multinivel aprovecha una experiencia remota de un conjunto conceptual, y se puede decir ideológico, de convivencia de fuentes, de pluralismo legal, para influir en los acontecimientos posteriores de su desarrollo¹⁰ (Poblete, 2005)¹¹.
- 9 En palabras de Alessandra Silveira (2019): “Ya el término ‘interconstitucionalidad’ incorpora una propuesta teórica a partir de la cual puede y debe estudiarse el proceso de integración europea, por lo tanto, el autor explica que 1) el paso del Estado soberano al Estado no soberano, 2) la intervención de sujetos legitimadores distintos del pueblo del Estado y 3) la invención de procedimientos constitutivos diferentes de los procedimientos constitutivos clásicos requieren densificaciones que sólo una nueva teoría de la interconstitución podría proporcionar”.
- 10 No se puede decir que sean formalmente constitucionales porque todavía hay un vacío en una constitución general de este ámbito jurídico.
- 11 En un enfoque histórico más amplio, o incluso con algunas experiencias contemporáneas, el sistema arraigado no es nada nuevo. Hay cierta similitud con las estructuras federales o con el pluralismo existente entre los derechos de los medios de comunicación. El desarrollo de ideas sobre el pluralismo, la base de discusiones sobre el constitucionalismo multinivel, tiene su matriz en la teoría jurídica anglosajona. En la

- b) En el caso europeo se produjo el desarrollo de un “espacio jurídico europeo”, compuesto por normas nacionales y normas de la Unión. En este sistema, se percibe una coexistencia entre los sistemas constitucionales nacionales y el orden constitucional europeo. Esto significa la coexistencia y la aplicación simultánea y paralela de las normas constitucionales europeas y de los Estados nacionales europeos. También hay que mencionar que la convivencia permite incluso (en términos de validez y aplicación) desplegarse en más de un nivel: se acepta la existencia de centros regionales de toma de decisiones (en Estados Federales), el centro nacional de toma de decisiones y el área “europea”, es decir, el espacio supranacional. A partir de la experiencia europea de varios centros de gobierno y administración, se ha acuñado la expresión *constitucionalismo multinivel*¹² (Poblete, 2005; Carbonell, 2019).
- c) El sistema europeo se ha convertido en un sistema normativo compuesto por constituciones nacionales, de cada Estado y de los Tratados Europeos. La Constitución única, la Constitución nacional, es sustituida por múltiples espacios y lugares de autoridad constitucional (tomando autoridad constitucional en el sentido material de la Constitución). Existe en el sistema europeo un sistema compuesto de estratos que pueden sintetizarse en europeo y nacional (tanto federales como unitarios), en la convivencia y en la aplicación compartida. La idea de unidad del sistema europeo no tiene sus raíces en la unificación, sino en la única base múltiple. Hay normas europeas, hay normas nacionales, hay estándares nacionales de los estados federales. Las líneas divisorias entre el derecho nacional y el derecho europeo están sujetas a las distintas configuraciones: en algunos casos, fácilmente notables; en otros, hay líneas finas de separación; en otros, casi imposible de distinguir. No hay exactamente orden jerárquico. La supremacía del derecho europeo no es una superioridad determinada, sino una forma de solución en caso de conflicto. También hay que tener en cuenta que todavía no existe una

teoría legal anglosajona estaba la floración de teorías conservadoras, todavía en el período del colonialismo. Entonces, esta misma teoría recibió contribuciones del multiculturalismo para el desarrollo de ideas sobre el constitucionalismo complejo (Poblete, 2005).

- 12 En palabras de Alessandra Silveira (2019): “La teoría de la interconstitucionalidad surge, por tanto, de la necesidad de enmarcar el fenómeno de la interacción reflexiva entre las normas constitucionales de diferentes fuentes que conviven en el mismo espacio político —el de la Unión Europea—, que implica la creación de redes para la solución de problemas constitucionales comunes (especialmente jusfundamentales). La metáfora de las redes refleja la ausencia de jerarquía y se utiliza para explicar que los instrumentos del derecho constitucional nacional ya no pueden capturar el significado, los límites, ni proporcionar entendimientos jurídicamente adecuados para los problemas de la integración europea, lo que requiere el desarrollo de una teoría de la interconstitucionalidad que explique lo que está pasando. [...] Por lo tanto, la teoría de la interconstitucionalidad se refiere al fenómeno de la pluralidad de fuentes constitucionales (y exigencias de autoridad constitucional) y los intentos judiciales de acomodarlos en un contexto jurídico-constitucional que no está jerárquicamente estructurado. Es por ello que el lema (o ‘reivindicación empírica fundamental’) de dicha teoría fue proporcionado originalmente por los riesgos de conflicto/litigio [especialmente entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y los tribunales constitucionales de los Estados miembros] por el último órgano decisorio en materia jurídica constitucional de la Unión”.

Constitución europea en el sentido formal, sino más bien los documentos que son constitutivos del espacio, que implican normas de derechos humanos, normas de organización de las autoridades europeas, entre otros. Con esta supremacía, la estructura formal, jerárquica y vertical es abandonada por un sistema disperso y arraigado (Carbonell, 2019; Poblete, 2005).

Como se ha mencionado, el término *constitucionalismo multinivel* se desarrolló en la experiencia europea. Con la consolidación de otros grupos de poderes y normatividad regionales, tuvo lugar la expansión y adaptación del uso. Hay escritos que buscan utilizar los elementos de la experiencia europea, y las construcciones teóricas de esta, para la sistematización, por ejemplo, del Sistema Interamericano de Derechos. Por lo tanto, existe en el estado de la técnica el desarrollo de fórmulas adaptativas y/o transformadoras para otros contextos, para otras instituciones y para otros sistemas de competencia y convivencia estatal y regional (Cordeiro, 2015; Soares, 2020; Olsen y Kozicki, 2019).

3. TRANSCONSTITUCIONALISMO

Este término tiene una matriz con un fuerte acento autorial. Se dice esto porque en Brasil está el trabajo de Marcelo Neves, que discute, problematiza y presenta definiciones sobre el tema¹³:

Ante esta situación, presento el concepto de transconstitucionalismo. Por un lado, el transconstitucionalismo no debe confundirse con un mero transjuridismo, que se puede observar incluso en la relación entre los ordenamientos jurídicos en el pluralismo medieval, especialmente entre el derecho canónico (y romano), el derecho urbano, el derecho real y el derecho feudal, por lo tanto, en la experiencia en la época medieval no se trataba de problemas constitucionales en el sentido moderno, es decir, ni de cuestiones de derechos fundamentales ni de limitación y control jurídico positivo del poder, y mucho menos de diversas pretensiones de autofundación del poder de la ley (en última instancia y en general, el derecho tenía un fundamento sagrado). (Neves, 2014, p. 106)

A diferencia del constitucionalismo multinivel que tiene un desarrollo más centrado en una experiencia de constitucionalismo flanqueada por centros regionales y por un orden de normas de un espacio jurídico regional de integración, la expresión *transconstitucionalismo* tiene un sesgo universalista. Se puede decir que la perspectiva del transconstitucionalismo abarca la contribución

13 El trabajo de Marcelo Neves ya está disponible para su traducción y edición en inglés.

del pensamiento y la teoría, y no solo la aparición de normas e instituciones (aunque también las incluye):

Para hacer frente al transconstitucionalismo, me aparto del concepto de “razón transversal” de Wolfgang Welsch (1996; 2002, pp. 295-318), pero me alejo un poco de este ambicioso concepto, para analizar los límites y posibilidades de la existencia de “racionalidades transversales” (“puentes de transición”) tanto entre el sistema jurídico como otros sistemas sociales (constituciones transversales) y entre los sistemas jurídicos dentro de la ley como sistema funcional de la sociedad mundial. (Neves, 2014, p. 207)

Esto significa que hay un carácter reflexivo sobre la evolución y la configuración material de las normas e instituciones, pero también la exploración prospectiva de hacerlo y qué hacer. El transconstitucionalismo indica diálogo entre diferentes órdenes legales¹⁴:

Por otro lado, esto no es constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal o local. El concepto apunta exactamente al desarrollo de problemas jurídicos que impregnán los distintos tipos de órdenes judiciales. Un problema transconstitucional implica un problema que puede involucrar a los tribunales estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales (arbitrales), así como a las instituciones jurídicas locales nativas, en la búsqueda de su solución. (Neves, 2014, p. 207)

Y esta visión del transconstitucionalismo apunta a la combinación de matrices, experiencias, desarrollos de órdenes normativas e instituciones. No hay experiencia en la perspectiva del transconstitucionalismo que en sí misma sea la raíz del desarrollo de órdenes integradas. La propuesta es más completa, de una comunión de construcciones del constitucionalismo. Es interesante observar que la visión del transconstitucionalismo, expuesta por Marcelo Neves, también apunta a una superación de los opuestos, a saber, el *estatalismo* (una palabra utilizada por el autor que probablemente cubre el Estado nacional) y el *internacionalismo*:

14 “La idea de transconstitucionalismo de While Neves busca articular la construcción de ‘puentes de transición’, utilizando acoplamiento estructural y rationalidades parciales entre los diferentes ordenamientos jurídicos, que están disponibles para el aprendizaje mutuo sin fronteras, teniendo en cuenta la doble contingencia de estas relaciones; el cosmopolitismo constitucional de Sunstein se centra en variantes hermenéuticas dirigidas al texto de la Constitución como mecanismos para aumentar la coherencia a medida que se dispone de más perspectivas para interpretarla (muchos argumentos de mentes), incluida la contribución de fuentes externas (precedentes extranjeros). Pero el enfoque de Sunstein en el funcionamiento del sistema judicial estadounidense lo hace caer de la utilidad de la aplicación de las decisiones de otras naciones por parte de la Corte Suprema, especialmente aquellas menos visibles en las relaciones de poder en la escena internacional” (Carvalho, 2015, p. 31).

El transconstitucionalismo no toma un solo ordenamiento jurídico o un cierto tipo de orden como punto de partida o *última relación*. Rechaza tanto el *estatalismo* como el internacionalismo, el supranacionalismo, el transnacionalismo y el localismo como solución privilegiada a los problemas constitucionales. Más bien, señala la necesidad de construir “puentes de transición”, la promoción de “conversaciones constitucionales”, el fortalecimiento del entrelazamiento constitucional entre los diversos ordenamientos jurídicos: estatal, internacional, transnacional, supranacional y local. (Neves, 2014, p. 208)

En la misma línea de razonamiento, superando opuestos, Marcelo Neves señala que el transconstitucionalismo apunta a la superación de la dicotomía del monismo vs. pluralismo. Según el autor, existe el entrelazamiento y las posibilidades de combinaciones y relaciones variadas entre órdenes judiciales:

El modelo transconstitucional rompe con el dilema del “monoísmo/pluralismo”. La pluralidad de los ordenamientos jurídicos implica, desde la perspectiva del transconstitucionalismo, la relación complementaria entre la identidad y la otra. Las órdenes involucradas en la solución del problema constitucional específico, en el plano de su propia autofundación, reconstruyen continuamente su identidad a través del entrelazamiento transconstitucional con el otro: la identidad se rearma de la otra. Por lo tanto, en lugar de la búsqueda de una Constitución hercúlea, el transconstitucionalismo apunta a la necesidad de enfrentar problemas constitucionales de las observaciones recíprocas entre los diversos ordenamientos jurídicos de la sociedad mundial. (Neves, 2014, p. 208)

Y en continuidad, hay que ver que el transconstitucionalismo lleva una serie de puntos para la discusión. También es necesario hacer frente a los puntos negativos, los cuales, a juicio del autor, serían la existencia positiva de órdenes contrarias a la materialidad constitucional. Esta materialidad sería la existencia de una Constitución con derechos fundamentales eficaces y limitación de contención del poder del Estado. Para llevar a cabo este enfoque, el autor describe dos posibles hebras de transconstitucionalismo: a) como observación empírica de órdenes variadas; b) como observación de órdenes constitucionales coherentes, es decir, órdenes constitucionales integrales de la materialidad normativa de los derechos y organización del Estado:

Además, cuando me ocupo del transconstitucionalismo, no sólo lo consideraré como un requisito funcional y una pretensión normativa de una racionalidad transversal entre los ordenamientos jurídicos, sino que también tomaré en cuenta, empíricamente, los aspectos negativos de los entrelazados transconstitucionales, incluso en caso de que el problema

implique situaciones de órdenes o prácticas anticonstitucionales, es decir, contrariamente a la protección de los derechos humanos y fundamentales, así como al control y limitación del poder. Del mismo modo, se discutirán prácticas anticonstitucionales presentes en órdenes de estados típicamente constitucionales. En este sentido, vale la pena distinguir el transconstitucionalismo (género), que incluye las relaciones entre los órdenes constitucionales y anticonstitucionales, del interconstitucionalismo (especie), que sólo implica relaciones entre los ordenamientos jurídicos que cumplen con los requisitos constitucionalistas. (Neves, 2014, p. 208)

Esta diversidad de órdenes implica la discusión crítica sobre el propio modelo constitucional. El autor critica los enfoques evolutivos y arquetípicos de la formalización y materialización constitucional; su propósito es mostrar precisamente que el transconstitucionalismo es capaz, potencialmente, de captar y explorar significados e historias de constituciones en diferentes órdenes al modelo europeo y americano¹⁵:

En relación con esto, me gustaría subrayar aquí que el modelo dominante de pluralismo constitucional forma parte de una evolución lineal de la sociedad mundial que sólo considera el desarrollo del derecho en la modernidad central, en la aprobación del derecho liberal (racionalidad formal), pasando por el derecho del Estado social (racionalidad material), para, con su crisis, alcanzar el derecho reflexivo. [...] De la misma manera que ya hemos hablado de la cuestión de la autonomía anterior, el pluralismo constitucional dominante no considera que el Estado liberal, y mucho menos el Estado social, no se haya producido en la mayoría de los contextos geográficos y demográficos de comunicación de la sociedad moderna. No podemos hablar de la crisis del Estado social o del Estado del Bienestar en estos contextos. (Neves, 2014, p. 214)

Resulta que la expresión desarrollada por Marcelo Neves abarca varias facetas y diversos aspectos, tanto del constitucionalismo como de la producción intelectual y, por así decirlo, doctrinal, como del constitucionalismo en cuanto fenómeno institucional y de experiencia concreta. El transconstitucionalismo cubre potencialmente tanto la existencia positiva de órdenes variadas como la valiosa existencia de estas mismas. Hay una dimensión histórica precisa del fenómeno: el transconstitucionalismo se ve impactado por las experiencias comunicacionales y compartidas del constitucionalismo (Sanjuán, 2019).

15 En el trabajo de Bobbitt (2003) hay una discusión sobre cómo los modelos institucionales y constitucionales pueden tener adopción mimética o adaptativa en diferentes Estados. Por su parte, Wright (2000) busca mostrar cómo las experiencias culturales exitosas tienen propagación y absorción como tecnologías para organizar la vida social.

4. INTERCONSTITUCIONALISMO

Las líneas del interconstitucionalismo, o interconstitucionalidad, están marcadas fuertemente por las ideas de J. J. Gomes Canotilho, expuestas en la obra *'Brancosos' e interconstitucionalismo: itinerarios de discursos sobre la historicidad constitucional* (2008). El autor expone la lista de puntos a observar en lo que es interconstitucionalismo. El libro es en realidad el enfoque de varios temas contemporáneos que 1) alteran el constitucionalismo y 2) relativos a algunos otros fenómenos que afectan el constitucionalismo. Entre estas cuestiones se pueden destacar los siguientes puntos¹⁶:

- a) El libro comienza con el enfoque sobre el cambio histórico de los parámetros y propósitos de las constituciones y el constitucionalismo. La historicidad y el momento del interconstitucionalismo son vistos como tiempos, como este momento actual de superación de las constituciones estatales nacionales. Además de esta idea, se puede decir que existe, en este momento, la superación de la Constitución soberana del Estado, o la Constitución Nacional, por otras formas de manifestación, conformación y materialización constitucional. Según el autor, esto es parte de una historicidad del constitucionalismo, y de las constituciones, que tiene el interconstitucionalismo como punto de evolución. Hay líneas y evoluciones del constitucionalismo y ahora existe la especificación de este último para el momento de nuevas posiciones de las constituciones y la aparición de nuevos documentos, con autoridad, funcionalidad, materialidad y posición similar a la Constitución. Las jerarquías tradicionales, las verticalizaciones constitucionales centradas en la geografía y la autoridad nacionales deben revisarse con vistas a la multipolaridad y a la coexistencia de múltiples normas (Canotilho, 2008).
- b) Esta línea de evolución y la historicidad presentada por J. J. Canotilho se corresponde con la propia producción y trayectoria del autor, con la superación de posiciones anteriores expuestas en otras obras. La toma de interconstitucionalismo refleja las nuevas situaciones de Europa y el mundo del constitucionalismo bajo el impacto de transformaciones institucionales y normativas. El autor se enfrenta a las crisis de la constitución gobernante; es importante recordar que la producción sobre este tipo de constitución fue objeto de observación y producción por J. J. Gomes Canotilho, en décadas anteriores¹⁷. La superación y las transformaciones del constitucionalismo

16 La relación entre interconstitucionalidad e interculturalidad se puede visualizar en Gonçal Mayos Solsona (2019). También con Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2019). Ambos autores exploran los significados y posibilidades de los términos. Los usos y propuestas de estos autores tienen puntos en común, así como varias construcciones complementarias o diferentes a las de J. J. Gomes Canotilho.

17 El libro es “líder de la Constitución y vinculante del legislador”, “qué debe y puede una orden constitucional a los órganos lícitos y qué debe (cómo y cuándo) hacer el legislador para cumplir regular, apropiada y apropiadamente con las imposiciones constitucionales. [...] si una constitución se concibe como un estatuto

están marcadas por experiencias de formación del espacio jurídico europeo (experiencia más consolidada) y por la experiencia de un “constitucionalismo global” (Canotilho, 2008)¹⁸.

Alessandra Silveira (2019) presenta la síntesis de las ideas de J. J. Gomes Canotilho. Trata el interconstitucionalismo como una propuesta teórica capaz de facilitar y permitir la comprensión de los fenómenos del mundo europeo¹⁹:

El término “interconstitucionalidad” incorpora una propuesta teórica a partir de la cual el proceso de integración europea puede y debe estudiarse, por lo tanto, cuidando el marco/tratamiento de la fenomenología del “pluralismo constitucional” o *network constitutions*. El Autor explica que 1) el paso del Estado soberano al Estado no soberano, 2) la intervención de sujetos legítimos diferentes del pueblo del Estado y 3) la invención de procedimientos constitutivos diferentes de los procedimientos constitutivos clásicos requieren densificaciones que sólo una nueva teoría de interconstitucionalidad podría proporcionar. (Silveira, 2019, p. 26)

Cabe señalar que el rasgo geográfico y espacial del uso del término está bien explicado por A. Silveira. La autora presenta los argumentos que sitúan el fenómeno del interconstitucionalismo en el escenario europeo, y como un desarrollo teórico de las transformaciones institucionales europeas:

La teoría de la interconstitucionalidad surge, por lo tanto, de la necesidad de enmarcar el fenómeno de la interacción reflexiva entre las normas constitucionales de diferentes fuentes que coexisten en el mismo espacio político —el de la Unión Europea—, que implica la creación de redes para la solución de problemas constitucionales comunes (especialmente

organizativo, como un simple instrumento de gobierno, definición de poderes y regulador de procesos, o, por el contrario, debe aspirar a convertirse en un plan normativo-material global que determine tareas, establezca programas y defina propósitos” (Canotilho, 1994, p. 12).

- 18 Además de los puntos anteriores, en a) y b) hay preguntas en el trabajo sobre las nuevas formas de participación popular, supervisión e integridad, y sobre el impacto de los medios electrónicos en los procesos políticos (Canotilho, 2008).
- 19 El autor identifica la génesis genética de la interconstitucional expresión: “La idea de interconstitucionalidad brillantemente recuperada por Gomes Canotilho fue adelantada por primera vez por otro maestro insignia de la academia Coímbra y gran europeista, Francisco Lucas Pires, fallecido, en una obra publicada en 1998 y titulada Introducción al derecho constitucional europeo. Se dice que la originalidad del pensamiento de Lucas Pires se basa en una particular concesión de constitucionalismo destinada a ‘permitir su reconstrucción en un contexto de pluralismo de fuentes constitucionales nacionales y europeas’. Por lo tanto, Poiares Maduro explica que el pensamiento constitucional europeo de Lucas Pires estuvo marcado por dos cuestiones fundamentales: 1) la relación entre el constitucionalismo nacional y el constitucionalismo europeo y 2) el modelo que el constitucionalismo europeo no sólo se trataba de “teorizar una Constitución que admite el pluralismo de sistemas (oficial, no oficial y marginal), sino de teorizar el ‘pluralismo de constituciones’. Por lo tanto Lucas Pires puso el énfasis ‘más en una especie de teoría del interconstitucionalismo que en un nuevo constitucionalismo’” (Silveira, 2019, pp. 26-27).

jusfundamentales). La metáfora de las redes refleja la ausencia de jerarquía y se utiliza para explicar que los instrumentos del derecho constitucional nacional ya no pueden captar el significado, los límites, ni proporcionar entendimientos jurídicamente adecuados para los problemas de la integración europea, lo que requiere el desarrollo de una teoría de la interconstitucionalidad que explique lo que está pasando. (Silveira, 2019, p. 27)

Como se ha señalado en b), la experiencia europea es la experiencia consolidada y experimentada de diversas fuentes y sistemas jurídicos en relación con el interdependiente. Pero los fundamentos del interconstitucionalismo también proponen aplicarse en otras experiencias, o, en el futuro, como un instrumento capaz de servir a órdenes distintas de las del espacio europeo:

Pero más allá de eso, la “galaxia conceptual” de la interconstitucionalidad — como lo llama Paul Rangel — no plantea preguntas y ensaya respuestas sólo a problemas constitucionales específicos y exclusivos de la Unión Europea, supuestamente “insuperable para una imagen asimétrica de las relaciones entre entidades de diversa naturaleza a escala global”. Por el contrario, al proporcionar un arsenal teórico para tratar la feno-menología de la pluralidad de sistemas “que son ciertamente paralelos, desiguales y competidores”, la teoría de la interconstitucionalidad “abre la puerta a la renovación de la teoría de la Constitución”, facilitando la tarea de “rediseñarla” “a un universo político en el que el Estado ya no es la referencia exclusiva de los materiales constitucionales”. La teoría de la interconstitucionalidad “no exige precisamente la superación del concepto de constitución cuatrienal”, no la trasciende, sino que la renueva “desvinculando de la referencia exclusiva al modo político estatal y abriéndolo al mundo de la vida post-vestfán”. (Silveira, 2019, pp. 29-30)

La expresión *interconstitucionalidad* igualmente se utiliza de manera integral involucrando varios de los elementos descritos anteriormente. La propuesta de Daniela Menengotí Ribeiro y Malu Romancini (2015) es la siguiente: “Esta teoría, en un primer momento, estudia las relaciones interconstitucionales de competencia, convergencia, yuxtaposición y conflictos de diversas constituciones y diversos poderes constituyentes en el mismo espacio político”.

Visto de esta manera, la expresión comprende los elementos del constitucionalismo multinivel de la experiencia europea; los elementos de la comprensión de la globalización y los impactos en el constitucionalismo; los elementos del interconstitucionalismo; los elementos de la construcción en red de referencias, experiencias comunes, referencias comunes de comprensión y construcción

de las constituciones; los elementos de las relaciones permanentes entre las constituciones, que está muy cerca del transconstitucionalismo.

5. TRANSNACIONALIZACIÓN DE DERECHOS

Ahora pasamos a propuestas sincréticas o a la condensación conceptual. En una condensación de elementos de multinivel, de transconstitucionalización e interconstitucionalidad, está la perspectiva denominada *transnacionalización de derechos*. En este caso, existe una descripción completa que incluye los elementos descritos anteriormente. Como señalan Francisco Ferreira y Renato Lima (2017)²⁰:

Por lo tanto, la comunidad jurídica inevitablemente se ve cuestionada por las transformaciones mundiales, sufriendo crecientes dificultades en la edición de estatutos capaces de disciplinar las relaciones progresivamente policéntricas. El Estado se convierte en un escenario fragmentado para formular decisiones políticas, impregnadas por redes transnacionales (gubernamentales y no gubernamentales). El vínculo entre el territorio y el poder político que existía exclusivamente está roto. Las nuevas instituciones internacionales y transnacionales unen a los Estados soberanos y transforman la soberanía en un ejercicio compartido del poder. Por lo tanto, la transnacionalización del derecho llega a significar exactamente esta conexión más profunda entre los espacios nacionales y la aparición de algo nuevo, un espacio intermedio que ya no encaja en las antiguas categorías, por el contrario, adquiere su propia lógica. (Ferreira y Lima, 2017, pp. 131-132)

20 “Esta tendencia mundial obliga a dimitir en otra rama del derecho público: el derecho internacional público. Como afirma Nico Krisch, el constitucionalismo surgió en la década de 1990 (después de la Guerra Fría) sin rival y se convirtió en el modelo político fundamental no sólo de Europa central y oriental, sino para la mayor parte del mundo. Al mismo tiempo, el derecho internacional público se ha convertido en un faro de esperanza capaz de cumplir la promesa de un mundo mejor y más justo. La arena internacional parecía pasar de la anarquía al orden, con nuevas instituciones y tribunales estructurando el nuevo escenario y los valores comunes proporcionando un marco de principios para ella. La propagación de la democracia constitucional a nivel interno parece reforzarse con un orden internacional cada vez más sólido y justo. Durante los siguientes 20 años hubo una relación de intercambios y presiones permanentes entre estas dos ramas del derecho público. El constitucionalismo estatal es cuestionado por la transnacionalización progresiva, al tiempo que aprende de ello. Al mismo tiempo, el derecho internacional público se ven presionados por la idea constitucional de cambiar y, con ello, crea un nuevo aspecto: el derecho internacional de los derechos humanos. Esta interacción reflexiva constante acerca cada vez más las dos esferas, haciendo oscura una línea que desfiló claramente por el ámbito estatal y transnacional y modelando interacciones formales y formales entre ellas. En este contexto, es plausible decir que la ley se ha convertido, en el idioma empleado por Krisch, en postnacional. De hecho, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, la proliferación de tratados y convenciones de derechos humanos es evidente en varios casos: internacionales, regionales, supranacionales, mundiales, etc., cada uno con sus propios mecanismos de control, supervisión y evaluación judicial, algunos de ellos, incluida, con una acción independiente de los Estados signatarios” (Soliano, 2017).

Además de lo antes mencionado, los autores también rescatan los elementos del constitucionalismo cooperativo:

En este sentido, mencionamos inicialmente la tesis del Estado Constitucional Cooperativo, desarrollada por el constitucionalista alemán Peter Häberle. El entrelazamiento de las acciones recíprocas entre el Derecho constitucional y el derecho internacional es, para Häberle, en el ámbito común de la cooperación, como una “respuesta interna de apertura del Estado constitucional libre y democrático al cambio en el derecho internacional y a su desafío que condujo a formas de cooperación”. Lo que se extrae de este modelo es que hay tareas estructuralmente comunes a los Estados, cuya aplicación no está plenamente satisfecha por acciones singularizadas, vinculadas a la capacidad de cooperación interestatal, una apertura hacia la otra que implica la disponibilidad de la práctica de solidaridad para la consolidación de la paz, misión de la que surgiría el Derecho Común de Cooperación. (Ferreira y Lima, 2017, p. 137)

La perspectiva de los autores es sintética y completa de las diversas posiciones descritas en los artículos anteriores. La idea de la transnacionalización de los derechos es una exposición de balance de otras formulaciones teóricas. Cabe señalar que en la expresión empleada, la transnacionalización de los derechos, existe el acento en la siguiente característica: la valorización de una dimensión material del constitucionalismo que son derechos fundamentales, o derechos humanos; la asociación entre los cambios constitucionales y los procesos identificados como globalización; existe asimismo la interrelación entre los diversos conceptos de transconstitucionalismo, cooperativismo estatal e interconstitucionalidad.

6. CONCLUSIONES

El texto buscó presentar las formas en que existe una organización teórica de expresiones que designan fenómenos contemporáneos que impactan en las constituciones y la consecuente necesidad de producción de referenciales del constitucionalismo. Estos fenómenos sugieren: constituciones en competencia con otras fuentes normativas; las constituciones en competencia con otras autoridades, además de las autoridades estatales nacionales; la pluralidad de convivencia entre fuentes y sistemas de derechos; las transformaciones políticas, económicas y sociales que sirven de base material para los cambios en el papel y la posición de las constituciones. Se alinearon cuatro coordenadas principales para el uso de la expresión. Los términos varían entre constitucionalismo multinivel, transconstitucionalismo, interconstitucionalismo o transnacionalización de derechos.

Los resultados del análisis muestran las siguientes coordenadas, hay una base común entre los cuatro conceptos. En general, todo el mundo trabaja con alguna similitud en las transformaciones materiales que impactan en las constituciones: globalización o glocalización; ocurrencia de fuentes concurrentes de autoridades competidoras o paralelas al Estado nacional; aceptación de una idea de pluralismo basada en principios. Más allá de esta base de comunión o intersección, tenemos que la propuesta del transconstitucionalismo tiene una cuña integral de lidiar con sistemas constitucionales y sistemas opuestos o contrarios a la materialidad y formalización constitucional; el interconstitucionalismo, o interconstitucionalidad, tiene una propuesta de pluralidad, para abarcar diversos órdenes, pero no guarda los detalles y alcances del transconstitucionalismo, ni siquiera la propuesta definitiva de abarcar estos diversos órdenes (menciona algo relacionado con el pluralismo); el constitucionalismo multinivel está marcado, en el origen, por la experiencia europea; la interconstitucionalidad, o interconstitucionalismo, tiene su raíz en esta experiencia europea, pero con la propuesta de expansión universal; La transnacionalización tiene un amplio enfoque descriptivo y compatibilidad entre los distintos aspectos, tanto el multi-, trans- e interconstitucionalismo

REFERENCIAS

- Alvarado, P. A. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Anderson, T. (1991). *Comunidades imaginadas*. São Paulo: Cia das Letras.
- Bobbio, N. (2015). *A era dos direitos* (2.ª ed ed.). Río de Janeiro: Gen.
- Bobbitt, P. (2003). *A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Río de Janeiro: Campus.
- Canotilho, J. G. (1994). *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra.
- Canotilho, J. J. (2008). 'Brancosos' e interconstitucionalismo: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina.
- Carbonell, J. C. (2019). Sistema jurídico, democracia y constitucionalismo multinivel. En *Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC.

- Carvalho, A. D. (2015). Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, 10-37. <https://doi.org/10.17808/des.46.403>
- Cmiel, K. (2004, fev.). The Recent History of Human Rights. *The American Historical Review*, 109(1), 46, 117-135. <https://doi.org/10.1086/530153>
- Coelho, S. d. (2019). Considerações sobre as tendências interdisciplinares e interconstitucionais do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos inter e aportes do direito. En M. H. Jr., *Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC.
- Cordeiro, L. V. (2015). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a partir do constitucionalismo multinível, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade: desafios e limites*. UFG, Goiânia. <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5442>
- Ferraz Jr., T. S. (1993). *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas.
- Ferreira, F. G. y Lima, R. A. (2017). Teoria constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, 13(3), 118-141. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1585>
- Gilissen, J. (1986). *Introdução Histórica ao Direito*. Coimbra: Calouste Gulbenkian.
- Golding, M. P. (1961). Kelsen and the Concept of legal System. *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie*, 47, 355-386. www.jstor.org/stable/23678110
- Jo, H. M. (2004). *Introdução ao Direito Internacional* (2.ª ed.). São Paulo: Ltr.
- Kelsen, H. (2005). *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.
- Kelsen, H. y Paulson, S. L. (1982). The Concept of the Legal Order. *The American Journal of Jurisprudence*, 27(1), 64-84. <https://academic.oup.com/ajj/article/27/1/64/203271>
- Kohn, H. (1946). *The idea of nationalism. A study in its origins and background*. Nueva York: MacMillan.

- Mayos, G. (2019). Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos del fenómeno inter. En A. W. Borges, M. H. Jr, & S. O. Coelho, *Interconstitucionalidade, Interculturalidade e Interdisciplinaridade: desafios e inter-relação em um mundo global* (2.ª ed., 161-179). Uberlândia: LAECC.
- Mora-Donatto, C. (2002). *El valor de la constitución normativa*. Ciudad de México: Universidad Autónoma Nacional de México.
- Neves, M. (2014). (Não) Solucionando problemas constitucionais: trans-constitucionalismo além de colisões. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 93, 201-232. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300008&lng=en&nrm=is
- Nickel, J. (2019). Human Rights. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/rights-human/>
- Olsen, A. C. y Kozicki, K. (2019). O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do ius constitutionale commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9(9). <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6005>
- Poblete, M. N. (2005). Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional. En A. C. Menaut y A. R. Salgado, *Multi-constitucionalismo e multigoberno: estados e rexións na Unión Europea* (pp. 19-55). Vigo: Servizo de Publicacións e Intercambio Científico Vigo.
- Ribeiro, D. M. y Romancini, M. (2015). A teoria da interconstitucionalidade. Uma análise com base na América Latina. *Revista de Direito International*, 12(2), 159-174.
- Rojas, L. M. y Mesa, F. R. (2014). El constitucionalismo multinivel y el neo-constitucionalismo ideológico: nuevas perspectivas de la interpretación jurídica en colombia. *Advocatus*, 11(22), 127-152. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.22.3572>
- Sanjuán, T. F. (2019). Positivación de los valores y constitucionalismo multinivel. En M. H. Jr., *Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC.
- Shelton, D. (2006, mar.). Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, 100(2), 291-323. <http://www.jstor.org/stable/3651149>

- Silva, J. A. (2014). *Curso de direito constitucional positivo* (37.ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- Silveira, A. (2019). Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. En S. d. al, *Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC.
- Soares, J. G. (2020). Proteção multinível e violação do direito à vida de defensores e defensoras de direitos humanos no Estado do Pará. *REDES*. <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v8i1.6629>
- Soliano, V. (2017). Jurisdição constitucional e interações transnacionais i - contexto, forma, função e fundamentos. *RT*, 291-232.
- Solsona, G. M. (2019). Interconstitucionalidad y interculturalidad como modelos de fenómenos inter. In M. H. al, *Interculturalidade, Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC.
- Stern, W. B. (1936). Kelsen's Theory of International Law. *he American Political Science Review*, 30(4), 736-741. <https://doi.org/10.2307/1947949>
- Vega, A. M. (2009, jul.-dez.). En torno a la Teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo. *Estudios de Deusto*, 57, 167-191. doi:[https://doi.org/10.18543/ed-57\(2\)-2009pp167-191](https://doi.org/10.18543/ed-57(2)-2009pp167-191)
- Walker, N. (2010). *Constitutionalism and pluralism in a global context*. <https://ideas.repec.org/p/erp/reconx/p0060.html>
- Wright, R. (2000). *Não zero. A lógica do destino humano*. Rio de Janeiro: Campus.

Fijación de precios máximos y distribución selectiva: una aproximación preliminar

Maximum Price Fixing and selective distribution: a preliminary approach

José Vicente Vera García*

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2021

Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2021

RESUMEN

La distribución selectiva es un modelo de comercialización de bienes que, por medio de acuerdos, obliga a los distribuidores minoristas escogidos por los productores a extender, mantener o mejorar los estándares de calidad y los servicios posventa, y los beneficia con cierto nivel de exclusividad. Así también, las fijaciones de precios máximos de reventa, sin perjuicio de sus fricciones con la regulación antimonopolios, suelen servir como herramientas para la difusión de productos. En efecto, la posibilidad de que sistemas de distribución selectiva incorporen fijaciones de precios máximos para la reventa implica una restricción a la competencia que presenta complejidades para la regulación ecuatoriana que prohíbe los acuerdos verticales “injustificados” y prevé un régimen de exenciones, en principio, aplicable a ellos. En este contexto, el presente artículo, en su primer apartado, comprenderá los antecedentes, las generalidades y el contexto normativo de la distribución selectiva; en tanto el segundo apartado determinará los supuestos para la implementación de

las fijaciones de precios máximos en los sistemas de distribución selectiva y, en este contexto, analizará la aplicación del régimen de exenciones de la regulación ecuatoriana; todo esto, bajo el estudio comparado de la jurisprudencia estadounidense y de la normativa comunitaria de la Unión Europea.

Palabras clave: comercio, competencia económica, consumidor, distribución selectiva, política de precios

* Abogado y candidato a master en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista en Derecho de la empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar. Investigador independiente y abogado consultor. Correo electrónico josevg827@hotmail.com

ABSTRACT

Selective Distribution is a goods commercialization model which enforces retailers selected by the producers to extend, maintain or improve the quality standards and post sale services provided and, in return, benefits them with certain level of exclusivity. Likewise, the maximum price fixing, as problematic for antitrust regulation as it is, usually serve as a tool for product placement. Indeed, the possibility of a selective distribution system, which incorporates maximum price fixing, implies a restriction to competence that brings complexities for Ecuadorian's antitrust regulation, which prohibits vertical agreements 'without justification' and

provides an exemptions regime, in principle, applicable to them. In this context, the present essay in its first section will comprise the background, generalities and normative situation of selective distribution. Finally, the second section will determine the assumptions for the implementation of maximum price fixing in selective distribution systems and, in that context, analyse the exemption regime of Ecuadorian regulation; all this, under the comparative study of American jurisprudence and the communitarian law of the European Union.

Keywords: Price policy, economic competition, consumer, commerce, selective distribution.

1. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

1.1. Antecedentes

La distribución se identifica como el conjunto de actividades dirigidas a facilitar el acceso de un determinado producto a sus consumidores. La transacción que realiza el comerciante con los consumidores constituye una actividad de distribución, así también la exhibición al público de dichos productos en una vitrina y el servicio de la entrega a domicilio (Miquel Peris, Parra y L'hermie, 2008). En efecto, las estrategias de distribución, sea para incrementar el despliegue de una marca en distintos segmentos de consumidores o para reforzar sus canales de publicidad, han dado lugar a diversos puntos de vista desde la economía, el gerenciamiento empresarial y el derecho.

Para Davis (2002), “una marca es un componente intangible pero crítico de lo que representa una compañía. Un consumidor, por lo general, no tiene una relación con un producto o servicio, pero puede tener una relación con una marca” (p. 3). En efecto, el valor intangible de la marca comprende los distintos procesos que agregan valor en el contexto de las relaciones verticales; todos los agentes que intervienen en la producción y distribución de bienes y servicios contribuyen en la formación de la marca, en las percepciones de los consumidores, sea fomentando su reputación o replicando estrategias publicitarias, distintivos o prácticas comerciales concretas.

Debido al desarrollo natural de los mercados y las relaciones económicas, a las nocións sobre precio y calidad clásicamente consideradas por consumidores para optar por una determinada marca de bienes o servicios, se agregaron elementos como los servicios posventa y las facilidades de transacción a cargo de los minoristas; para efectos de la competitividad de las marcas, el rol del distribuidor minorista obtuvo mayor importancia para la difusión y el afianzamiento de ciertos bienes. En efecto, resulta común apreciar esfuerzos por parte de las casas comerciales para la implementación de plataformas virtuales de ventas, servicios de mantenimiento permanente, entrega a domicilio, entre otras prestaciones que agregan valor a la marca.

El Ministerio de Economía y Competitividad de España (2015), dentro de su estudio sobre la evolución de los indicadores del comercio minorista, determinó que en los años 2014, 2013, 2011 y 2010 hubo un incremento de la incidencia del comercio electrónico entre los distribuidores minoristas superior al 20% respecto de los años inmediatos anteriores. Se destaca el 2008, que registró un aumento del 38,6% en relación con el 2007, lo cual contrasta con la desaceleración económica que sufría el país ibérico a finales de la década pasada y, en efecto,

demuestra el éxito de los mecanismos no convencionales para la distribución de bienes, independientemente de los niveles de bienestar de la población.

Las prestaciones a cargo de las casas comerciales —sea a través de plataformas de compras vía internet y entrega a domicilio—, el cumplimiento de determinados estándares de calidad y servicios de posventa son, entre otras, facilidades valoradas por los consumidores modernos que generan beneficio a los propietarios de las marcas; particular que, en efecto, aumenta su interés en la gestión realizada por los distribuidores independientes. Sea bajo contratos de distribución o instrumentando mecanismos directos de integración vertical, existe una clara vía de desarrollo a través de la consecución del mayor control posible por parte de los productores sobre los procesos de distribución, con el fin de alinearlos a sus objetivos.

Por *contratos de distribución* se entenderán aquellos en que un operador económico, denominado *distribuidor*, se obliga con un productor o proveedor a comercializar sus productos o proveer sus servicios por cuenta propia, a título de franquiciado o de agente autorizado (Martin Aresti, 2011). Sobre el contrato de franquicia, cabe destacar que su alcance no se limita a la mera actividad de comercialización de productos o prestación de servicios a título de un tercero, sino que implica una concesión del derecho de explotación de una idea o negocio por parte de un tercero, bajo los criterios y expectativas del titular, con el fin de mantener el control de su marca.

En lo que concierne al mercado ecuatoriano, la Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo (PromPerú), en su estudio sobre el mercado de franquicias en el Ecuador, considerando el periodo comprendido entre el 2000 y el 2011, concluyó que la tasa de crecimiento de las franquicias en este país mantuvo un promedio de 4% anual; sin embargo, el número de establecimientos por franquicia mantiene un crecimiento anual de un 25% aproximadamente (PromPerú, 2011). Si bien dichas cifras representan, en su mayoría, establecimientos de distribución de comidas preparadas y no de reventa de productos, ha existido un incremento de agentes comercializadores franquiciados en todos los segmentos del mercado, lo cual evidenciaría el beneficio de los contratos de distribución a mediano plazo, al punto de mantenerse un considerable aumento de los agentes en las cadenas de franquicias.

Dentro de las distintas posibilidades para el establecimiento de redes de distribución organizada, se encuentran los sistemas de distribución selectiva, mediante los cuales los productores de bienes se permiten elegir a los agentes que por cuenta propia revenderán sus productos, en tanto cumplan determinadas condiciones o requisitos. Dicho modelo de distribución minorista es común en el comercio de productos de lujo o de alta tecnología (Galán Corona, 2011) y,

en general, en los bienes “de compra reflexiva, de mayor implicación, donde el consumidor está dispuesto a comparar establecimientos, características de los productos y precio” (Rodríguez et al., 2018). Así, la distribución selectiva es un mecanismo de organización de los revendedores de productos de determinada marca, por el titular de esta, con el fin de direccionar su actividad y estandarizar determinados parámetros de calidad o características de transacción.

Desde el derecho de competencia, los contratos de distribución selectiva están comprendidos entre los acuerdos verticales, en tanto los actores que lo configuran pertenecen a la misma cadena productiva; particularmente, en las relaciones de los manufactureros, productores o proveedores de servicios, con sus distribuidores o intermediarios, sean minoristas o mayoristas (Rojas, 2010). En general, el punto de tensión de los sistemas de distribución selectiva radica en que es un mecanismo para otorgar exclusividad, respecto a un segmento territorial para la reventa de un determinado producto, a un conglomerado de agentes que cumpla con condiciones económicas o logísticas previamente establecidas.

Motta (2018), al referirse a las restricciones verticales y las cláusulas de distribución selectiva, señala lo siguiente:

Las cláusulas de distribución selectiva establecen que sólo un cierto tipo de minoristas —que por lo general se especifican de forma objetiva— vendan la marca del fabricante. Por ejemplo el productor de un bien de lujo podría desear ofrecer su producto solamente a minoristas de las calles principales y no a los supermercados o las tiendas de descuento, por temor a que estos comercios pudieran socavar la imagen de calidad o de lujo asociada con su producto. (p. 362)

La concesión de exclusividad en las relaciones verticales entre proveedor y distribuidor constituye, independientemente de su incidencia en los sistemas de distribución selectiva, una conducta relevante para la regulación de la competencia, desde su origen. En efecto, en la resolución del caso *United States vs. Arnold, Schwinn & Co.* 388 U.S. 365 (1967), para la Corte Suprema de Estados Unidos de América el hecho de que los productores de bienes condicionen a sus distribuidores a desplegar su operación de reventa minorista en territorios específicos es ilegal e inexcusable, sin importar sus efectos particulares en el mercado, con la excepción de aquellos sistemas articulados bajo la modalidad de agencia o franquicia, que estarían sujetos a un análisis particular de los efectos económicos que se llegaren a generar respecto a los demás competidores a nivel horizontal. Sin embargo, desde 1977, con el criterio jurisprudencial formado en el caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977), la Corte

Suprema de los Estados Unidos de América optó por aplicar la regla de la razón¹. En definitiva, la regulación estadounidense acepta la posibilidad de incorporar restricciones territoriales en los acuerdos verticales, constando entre estos últimos aquellos que regulan las relaciones de los eslabones que conforman los sistemas de distribución selectiva.

La exclusividad en la distribución, como las demás formas de restricción vertical que no atañen a los precios, es identificada por la doctrina estadounidense como un mecanismo para fomentar la competencia intramarca y beneficia tanto a los fabricantes como a los distribuidores, por cuanto sirve para excluir situaciones de revendedores *free rider* (Hemphill, 2019, p. 1060), que se presentan cuando los consumidores acuden a las casas comerciales autorizadas, se sirven de los asesores de ventas o cualquier otra prestación, pero finalizan su compra con terceros que, al no cumplir con los parámetros de calidad de la distribución autorizada, pueden ofertar a menor precio el producto (Singley y Michael, 1995).

Un ejemplo de un escenario de distorsiones a causa de distribuidores *free rider* se presenta en las compras por internet, donde los distribuidores que ocupan estos medios se encuentran en ventaja con relación a distribuidores seleccionados que ofrecen servicios adicionales en las tiendas (Iacobucci y Winter, 2016, p. 53). Los consumidores, en efecto, podrían elegir y familiarizarse con el producto en las tiendas, pero proceden a comprarlo en plataformas de internet con servicio a domicilio. Para Buccirossi (2016), existen escenarios en que sistemas de distribución selectiva que excluyan a las plataformas de internet podrían ser lesivos para los consumidores, específicamente bajo el supuesto de restricciones a la distribución de libros digitales a través de plataformas especializadas, con relación a las tiendas e imprentas de libros físicos.

Otro factor que incentiva a las marcas a optar por la exclusividad en la distribución son los beneficios reputacionales: tanto al distribuidor como al fabricante les favorece la buena imagen y el prestigio del producto; particularmente en los sistemas de distribución selectiva, donde los distribuidores agregan valor con prestaciones adicionales y contribuyen directamente con la percepción del producto entre los consumidores (Martijn et al., 2006). De este modo, se podría inferir que el fabricante, bajo esquemas de exclusividad, obtendría cierta garantía

1 *Rule of reason*, o ‘regla de la razón’, es la metodología para el análisis judicial de conductas *antitrust*, que evalúa la realidad económica de cada situación para así determinar su contenido ilícito y sus posibles justificaciones; en contraposición al método *per se*, que determina la ilegalidad de dichas conductas, con base en su realización objetiva, sin que puedan mediar consideraciones de resultados o justificaciones. Dicho criterio se originó desde la jurisprudencia y encontró su lugar en el tratamiento de las fijaciones de precios de reventa en la resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, con lugar al caso *Leegin Creative Leather Products Inc. v. Psks Inc.*, del 2007. Así, la jurisprudencia del caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* recoge otra aplicación de la regla de la razón.

de que la imagen de productos no será saboteada por sus distribuidores, los que, a su vez, se beneficiarían del éxito de dicha garantía.

1.2. Selección cualitativa y cuantitativa

La distribución selectiva es una respuesta al interés de los productores o proveedores, propietarios de marcas, de mantener cierto control sobre las actividades relacionadas con la distribución de sus productos, a través de acuerdos o convenios con sus comercializadores. Comúnmente, los proveedores de bienes de lujo, como joyas y relojes de alta gama, han instrumentado criterios selectivos para formar sus redes de distribución (O'Shaughnessy, 1991).

Se entiende que la distribución selectiva opera bajo criterios cualitativos cuando las limitaciones impuestas a los distribuidores de un determinado producto están estrechamente relacionadas con el cumplimiento de estándares de calidad específicos o con prestaciones concretas en beneficio de los consumidores, que agregan valor a la marca. En cambio, al referirnos a criterios cuantitativos, o distribución selectiva cuantitativa, los parámetros de selección buscan la determinación de un número concreto de revendedores (Marketing Publishing Center, 1991), lo cual significa que la red de distribución, una vez alcanzado un número determinado de operadores, se encontraría temporal o permanentemente cerrada para el ingreso de nuevos agentes, de acuerdo con la planificación o expectativas del productor.

En general, la aplicación de criterios cualitativos puede implicar una restricción para nuevos distribuidores sin la capacidad técnica o el capital para cumplir con los parámetros de selección; sin embargo, podrían verse justificados frente a los órganos reguladores de la competencia en tanto exijan a los potenciales comercializadores prestaciones que agreguen valor al producto o contribuyan a estrategias concretas para el fortalecimiento de la marca. Evidentemente, los distribuidores aceptan acatar las directrices y los condicionamientos de los productores o proveedores en función de los beneficios de ingresar a un mercado con cierto grado de exclusividad, beneficiarse de la reputación de la marca y, en efecto, la exclusión de otros distribuidores/revendedores parasitarios.

El párrafo 175 de las Directrices relativas a las restricciones verticales en referencia al Reglamento n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, manifiesta lo siguiente:

En la distribución selectiva puramente cualitativa se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en virtud de criterios objetivos

necesarios por la naturaleza del producto, tales como la formación del personal de venta, el servicio prestado en el punto de venta, la venta de una determinada gama de productos, etc. La aplicación de estos criterios no limita directamente el número de distribuidores autorizados. En general, se considera que la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del artículo 101, apartado 1, por ausencia de efectos anticompetitivos. (Reglamento 330/2010)

Del texto citado se puede concluir que la distribución selectiva cualitativa cuenta con una justificación económica en razón a las características del producto ofertado y las prestaciones conexas que requiera su distribución, bajo la cual no constituiría una restricción arbitraria al mercado y no tendría como objetivo directo el control del número de agentes comercializadores en función del territorio, sino aumentar el valor del producto con beneficios adicionales para los demandantes. En efecto, son esos beneficios económicos al consumidor los que podrían indicar que la formación de una determinada red de distribución selectiva se encuentra justificada y no se limita a ser una mera restricción de la competencia a nivel vertical.

Vale indicar que la doctrina estadounidense concerniente a la aplicación de la regla de la razón identifica en la jurisprudencia, como un elemento clave para determinar si un sistema de distribución selectiva cualitativo es o no prohibido, la existencia de productos sustitutos; hecho que, de ser el caso, excluiría cualquier consideración respecto a la anticompetitividad del sistema (Peeters, 1989). De hecho, en el escenario de diversos productos con características similares en el mercado, la distribución selectiva podría ser una ventaja competitiva para la marca.

En conclusión, la aplicación de criterios objetivos para la formación de una red de distribución selectiva, que permita a cualquier operador calificado ingresar a la red, sin discriminación alguna y que no esté relacionada con el incumplimiento de las condiciones exigidas que aumenten el valor del producto, contribuiría a la especialización de los revendedores y a la exclusión de agentes parasitarios, lo cual justificaría sus efectos restrictivos.

1.3. Relevancia en el derecho de competencia

En el derecho comunitario de la Unión Europea, la regulación de la distribución selectiva se encuentra desarrollada en el marco del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010), que prohíbe de manera general los acuerdos o convenios que puedan afectar al comercio en el territorio comunitario o falsear la competencia en el mercado interior. Sin embargo, el

mismo artículo excluye de la prohibición a aquellos que procuren la eficiencia económica, permitan la participación de los consumidores en los beneficios, no impliquen la eliminación de la competencia; y que todas sus estipulaciones con contenido restrictivo sean indispensables para alcanzar la eficiencia (Iacobucci y Winter, 2016).

En esta línea, la jurisprudencia francesa, en función al caso *PMC Distribution vs. S.A.S. Pacific Création* 07-04360 (2008), excluyó la posibilidad, por parte de los agentes que sirvan de proveedores de redes de distribución selectiva, de prohibir o condicionar las ventas por internet que sus agentes comerciales realicen. Esto, en consideración del obstáculo al desarrollo del comercio electrónico que dichas cláusulas traen consigo, y a la restricción que produce en el mercado de agentes especializados en plataformas de ventas por internet. Si bien, en el caso particular, el productor alegó la supuesta prioridad para la marca de mantener centros de ventas con atención personalizada, el deber de los distribuidores de incorporar catálogos digitales y envíos a domicilio en respuesta a las exigencias de los consumidores fue la postura aceptada en las de cortes de París.

Posteriormente, la Comisión Europea emitió el Reglamento n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, que reconoce explícitamente a los sistemas de distribución selectiva y los define como aquellos en que los fabricantes se comprometen a vender sus productos exclusivamente a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, a la vez que no podrán revender los productos a otros agentes distribuidores que no hayan sido seleccionados.

La exclusividad que se concede a los distribuidores en una red de distribución selectiva puede ser reforzada por formas anticompetitivas independientes, tales como la repartición de zonas territoriales por parte de los distribuidores exclusivos, o, en lo que atañe a esta investigación, en fijaciones de precios de reventa que promuevan la no competitividad en el mercado aguas abajo. Si bien la jurisprudencia estadounidense ha flexibilizado el tratamiento de estas últimas en virtud de la aplicación del criterio de la regla de la razón — situación que se ve replicada en el Reglamento n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, de la Comisión Europea²—, su relación con sistemas de distribución selectiva presenta variables y especificidades que serán analizadas más adelante.

El citado Reglamento, en su artículo 4, retira totalmente la exención a los acuerdos que tengan por objeto restringir, en razón del territorio, la provisión

2 El Reglamento n.º 330/2010 del 20 de abril de 2010, de la Comisión Europea, tiene por objeto establecer un régimen de exenciones que beneficie a determinados acuerdos verticales de la prohibición general, establecida en el apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en función de la cesión o utilización de derechos de propiedad intelectual del proveedor por parte de los distribuidores, y del volumen de negocios que individual o colectivamente verifiquen los operadores concertados.

de productos a los distribuidores, pero establece como unas de sus excepciones aquellas que tengan lugar dentro de un sistema de distribución selectiva, respecto de otros distribuidores no autorizados. Efectivamente, la normativa comunitaria europea cierra la posibilidad a especulaciones respecto a la ilegalidad absoluta de las reparticiones territoriales a nivel vertical, sobre la base de los resultados de los sistemas de distribución selectiva, que, en consonancia con las Directrices relativas a las restricciones verticales emitidas por la Unión Europea, se estructuran bajo criterios cualitativos.

El mismo artículo 4 del mencionado Reglamento, en su literal *c*, considera como prohibida las restricciones territoriales a las ventas activas o pasivas a consumidores; es decir, los miembros de una red de distribución selectiva, sea en sus tiendas (ventas activas) o en sus plataformas de internet (ventas activas), no pueden ser limitados a vender a los consumidores únicamente de un determinado territorio. Esta situación se convierte especialmente problemática en las ventas pasivas, por cuanto, como se ha señalado, las plataformas de internet pueden dar paso al parasitismo en la distribución. Así, para Iacobucci y Winter (2016), la regulación europea en materia de distribución selectiva, particularmente en las ventas por internet, debería liberalizarse y permitir restricciones territoriales, en la medida en que estas no buscan la colusión, sino cumplir con las finalidades intrínsecas de la distribución selectiva.

Asimismo, el Reglamento, en su artículo 5, prohíbe implementar en redes de distribución selectiva restricciones a la libertad de los distribuidores de comercializar marcas distintas a la perteneciente al proveedor de la red. Esto, en consideración de la existencia de otras figuras facilitadoras de la actividad distributiva a través de agentes especializados, como es la franquicia, que implica integración vertical; en cambio, la distribución selectiva, basada en criterios cualitativos, se limita a la selección de agentes distribuidores independientes, comprometidos a cumplir determinados estándares de calidad o a ofrecer determinados servicios accesorios al producto.

1.3.1. Normativa ecuatoriana

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) no reconoce expresamente a la distribución selectiva como una conducta prohibida o sujeta a regulación; pero el artículo 11 de dicho instrumento, en su numeral 19, incorpora dentro del catálogo de conductas concertadas o acuerdos ilegales aquellos de distribución exclusiva, cuando no sean debidamente justificados. En efecto, la autoridad pública ecuatoriana estableció una presunción para el juzgamiento e investigación de ciertas conductas catalogadas. Así, el artículo 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

(2012), en su numeral 2, sujeta a las conductas que condicen o manipulen la distribución a una “presunción de práctica restrictiva”, lo cual presenta ciertas complicaciones prácticas, que serán a continuación tratadas.

Del texto de los incisos primero y segundo del artículo 8 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2012), no se determina con claridad si la presunción de práctica restrictiva es o una mera reversión de la carga probatoria en contra de los operadores investigados, o establece una presunción de derecho en contra de las conductas investigadas, impidiéndose así cualquier consideración respecto de circunstancias económicas que llegaren a justificar dichos acuerdos, al estilo de la regla *per se* estadounidense. Lo anterior sería contradictorio con el texto del numeral 19 del artículo 11, que condiciona la sanción de los acuerdos de distribución exclusiva a su falta de justificación.

Con base en lo expuesto, se puede concluir que el único efecto de la presunción de práctica restrictiva para el tratamiento de los acuerdos de exclusividad en la distribución es la reversión de la carga probatoria en los operadores económicos investigados, debiendo estos demostrar su inocencia con pruebas que certifiquen que sus actividades no se encuadran al tipo investigado, se justifican suficiente o se encuentran beneficiadas de la exención prevista.

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) señala como condiciones que deben cumplir los acuerdos —tipificados en el artículo 11— para ser exentos de sanción: que permitan la participación equitativa de los consumidores en las ventajas que genere el acuerdo; que no impongan restricciones diferentes a las estrictamente necesarias para la obtención de los beneficios del acuerdo; y que no abran la posibilidad a escenarios de eliminación de porciones sustanciales de la competencia en el segmento específico del mercado. Sobre esto, el inciso final del artículo 12 agrega que dichos acuerdos, aun si llegaren a verificar todas las condiciones, no podrán ser implementados de forma abusiva³.

La implementación de forma abusiva no se encuentra desarrollada en la normativa; aun así, la acepción de conducta abusiva o abuso de posición dominante, conjuntamente con los acuerdos prohibidos, son parte del universo de prácticas restrictivas en el sistema ecuatoriano de defensa de la competencia (Marín, 2013). Por abuso de posición dominante, en general, se entiende todo acto realizado por un operador económico con presencia mayoritaria en un mercado, dirigido a restringir la competencia (Cabanellas, 2005).

3 El inciso referido además prevé que tampoco serán beneficiados de la exención aquellos acuerdos “contrarios al objeto de esta Ley”. Sobre dicha disposición no se realizará mayor análisis dado el grado de subjetividad que supone evaluar una conducta bajo el objeto de la Ley.

El artículo 9, numeral 11, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2012) establece y reconoce como una forma de abuso de posición dominante a la “fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios”. De acuerdo con lo señalado anteriormente, los sistemas de distribución selectiva se originan del acuerdo entre fabricantes y distribuidores; por lo cual, bajo el supuesto de un operador dominante que pretenda establecer nuevas restricciones de forma impositiva a sus actuales distribuidores, aun cuando estas puedan considerarse cualitativas desde la lógica de la distribución selectiva, se entenderían excluidas del régimen de exenciones simplemente por no encontrarse entre el catálogo de conductas detalladas en el artículo 11 de la Ley.

2. LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA MÁXIMOS EN REDES DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

2.1. La fijación de precios máximos

En general, la fijación de precios es la determinación o la imposición de mecanismos o limitaciones dentro de una relación económica o segmento del mercado, con el fin de manipular los precios de compra o de venta por parte de un oferente individual o un conglomerado (Cortázar, 2011), bien sea con el establecimiento de un valor económico cierto, o bien, con la imposición de fórmulas o variaciones controladas destinadas a ejercer influencia directa sobre los precios.

Toda forma de fijación de precios puede manifestarse de forma concertada, a través de acuerdos horizontales entre competidores o de acuerdos verticales dentro de una misma marca, o como medida predatoria de un operador dominante o monopolista. La fijación de precios, en todo caso, tiene como objetivo el establecimiento de mínimos o máximos del valor comercial de un bien o servicio; por *precio mínimo* se entiende el menor valor nominal posible para la venta de un determinado producto (Mankiw, 2008).

Las fijaciones de precios pueden servir para el establecimiento de mínimos o máximos para la comercialización, o cualquier otra relación económica a nivel vertical u horizontal. Si bien existe la posibilidad de un precio fijo, este, en términos prácticos, es equivalente al precio mínimo o al máximo, según la competitividad del mercado, la demanda y la disponibilidad del producto a comercializarse, en relación con su valor real y el que se pretenda fijar; es así que, en un mercado altamente competitivo, de bienes abundantes, el precio fijo implicaría la garantía de un mínimo de rentabilidad, si el precio fijado es

superior al de mercado; en cambio, si el precio fijado es inferior, únicamente se verificarían perjuicios a la empresa, con efectos puramente internos⁴.

Existe un amplio debate respecto a la tolerancia que los sistemas de protección de la competencia deben tener respecto a las fijaciones de precios. Ciertos autores consideran que dicha medida implica un incremento injustificado de precios, el cierre del mercado a competidores nuevos o potenciales y la facilitación para el establecimiento de oligopolios comerciales (Herrero Suárez, 2006). Así también, otro efecto negativo identificado por la doctrina económica es que puede servir para que los fabricantes monopolistas consigan ganancias extraordinarias, sea perjudicando a los distribuidores o a los consumidores (Mathewson y Winter, 1984).

De acuerdo con los estudios de Hunold y Muthers (2017), resulta indispensable diferenciar las fijaciones de precios mínimos y máximos en su tratamiento; las primeras tienen un contenido con mayor potencial restrictivo, específicamente cuando los distribuidores venden productos de otras marcas y ofrecen servicios de asesoría preventa, en tanto se verían sesgados en presentar y ofrecer a los consumidores los productos de aquellos fabricantes con mayor cuota de mercado. En cambio, las fijaciones de precio máximo podrían ser perjudiciales solo si suponen márgenes tan pequeños para los distribuidores que deriven en la reducción de sus servicios o prestaciones (p. 17).

En principio, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la decisión del caso *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968), identificó el carácter anticompetitivo de las fijaciones de precios máximos en las relaciones verticales; sin embargo, con la resolución del caso *State Oil Co. v. Khan* 522 U.S. 3 (1997), la jurisprudencia estadounidense reconoció los beneficios derivados de las fijaciones de precio máximo en las relaciones intramarca, en concreto porque se muestran beneficiosas para los consumidores y no presentan efectos restrictivos a nivel horizontal, de acuerdo con el análisis desde la regla de la razón.

La existencia de pocos competidores, la posición dominante de los intervenientes y el grado de escasez y demanda del producto de referencia, en los términos de la jurisprudencia estadounidense, son factores para identificar el potencial restrictivo de la fijación vertical de precio máximo. Ya en lo que concierne a la distribución minorista de bienes, el establecimiento de precios máximos podría beneficiar la consolidación de una marca en un mercado de precios altamente competitivos, evitando los efectos distorsionadores de la reventa en determinados territorios.

4 Esto, sin perjuicio de que la implementación del precio fijo a nivel de la distribución responda a estrategias de precios predatores con efectos horizontales, que constituiría un ilícito independiente, generalmente sancionado con mayor severidad.

2.1.1 La fijación de precios y la distribución selectiva

Existe cierto consenso en la doctrina respecto a las restricciones verticales: aquellas que no afectan a los precios son consideradas legales. Sin embargo, los últimos avances sugieren que, salvo escenarios específicos, los acuerdos de precios a nivel vertical son beneficiosas, mas aun aquellas que fijan precios máximos. En concreto, los sistemas de distribución selectiva o exclusiva podrían ser utilizados para cumplir indirectamente con los fines propios de los acuerdos verticales de precios, como incrementar los márgenes de ganancia de los distribuidores (Hunold y Muthers, 2017).

Los sistemas de distribución selectiva y las fijaciones de precio máximo son operaciones propias de las relaciones verticales, resultantes de acuerdos o concertaciones entre los agentes productores o propietarios de una marca y los agentes independientes que participan en la distribución de mercancías. En el contexto de la distribución selectiva, sea como una de sus condiciones de ingreso o para la permanencia en la red, existe la posibilidad de que los proveedores establezcan precios máximos para la reventa de sus productos por parte de sus distribuidores autorizados.

Uno de los puntos que originalmente fueron utilizados para argumentar el carácter perjudicial de las fijaciones verticales de precios máximos en los tribunales estadounidenses es que representan una posible limitación para el desarrollo de los distribuidores (Hemphill, 2019), lo cual presenta ciertas tensiones con la naturaleza misma de la distribución selectiva: si se busca aumentar del valor del producto y la marca a través de prestaciones a cargo de los distribuidores, ¿sería racional establecer techos en el precio final a los consumidores? Considerando que una de las finalidades de la distribución selectiva es precisamente excluir distorsiones en la reventa parasitaria y mantener la imagen del producto, la posibilidad de fijar precios máximos permitiría excluir la especulación entre los agentes seleccionados, específicamente cuando estos distribuyen otras marcas.

Vale señalar que las fijaciones verticales de precios también pueden instrumentarse a través de actos unilaterales por parte de un operador económico en contra de los demás que participan en el mercado aguas abajo; dichos actos unilaterales pueden ser reforzados por medio de suspensiones de la provisión o la facilidad necesaria. Dicha situación no se manifiesta en los sistemas de distribución selectiva en estricto sentido, por cuanto estos implican una relación recíproca, coordinada y permanente entre los propietarios de las marcas y los miembros de la red de comercialización resultantes.

2.2. Supuesto de la concertación vertical de precios

Que un contrato de distribución selectiva prevea el establecimiento de estándares de precios máximos para la reventa por parte de los minoristas autorizados supone diversas tensiones para la libre competencia; en primer lugar, representa una restricción vertical para el mercado de la distribución, más allá de las circunstancias que la puedan justificar. Asimismo, podría derivar en efectos horizontales con incidencia directa en la capacidad de distribución comercial de marcas competidoras.

Si bien la existencia de un acuerdo supone el concierto de intereses entre los agentes que lo realizan, la restricción vertical a la competencia provocada por las concertaciones de precios máximos afecta directamente al mercado particular de la distribución minorista de mercancías, en la medida en que el tope del precio permitido podría responder a estrategias predadoras en contra de distribuidores no autorizados⁵, o simplemente obstaculizar la rentabilidad a corto plazo de nuevos operadores con potencial de ingreso a la red de distribución selectiva.

Un escenario que resulta importante analizar es el de la formación de acuerdos horizontales de precios entre los agentes de una red de distribución selectiva, sin la participación de los propietarios de las marcas. En efecto, debido a que el establecimiento de precios máximos implica una barrera de entrada para nuevos agentes en la red de distribución, los minoristas preexistentes tendrían interés en reforzar su exclusividad y obstruir posibles fraccionamientos de su cuota de mercado; por tanto, la formación de carteles entre distribuidores autorizados es otro riesgo de las fijaciones de precios máximos en el contexto de la distribución selectiva.

En estos mismos términos, el establecimiento de precios máximos, entendido como la limitación para el alza de los precios de reventa al consumidor por parte de los agentes independientes, implica una desventaja artificial en contra de los distribuidores y las marcas ajenas a la red de distribución selectiva; específicamente, en caso de que la marca de la red tenga una cuota significativa en el mercado, la homogeneidad de precios de los distribuidores concertados, a estándares potencialmente inferiores a los posibles para nuevas marcas, implica una restricción horizontal a la competencia.

En definitiva, el potencial anticompetitivo que presenta la fijación de precios máximos en los sistemas de distribución selectiva se relaciona directamente con el volumen de negocios que representen los operadores concertados. Esto

5 Supuesto que daría paso a considerar la legitimidad de mantener un sistema de distribución selectiva, o si bien este se encuentra justificado, sea por la concesión de un derecho de propiedad intelectual particular a favor de los minoristas o por cualquier otra prestación a favor de la marca.

concuerda con la postura ecuatoriana, que en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece una exención general para las conductas concertadas entre operadores sin cuotas significativas del mercado, presumiendo que dichos acuerdos son inofensivos para la libre competencia y para las relaciones verticales de los operadores concertados.

En contraste con lo anterior, mediante la Resolución 003 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial el 17 de julio de 2014, el ordenamiento ecuatoriano reconoció la incidencia de los efectos acumulativos⁶ de las prácticas concertadas en el mercado, reduciendo⁷ del 15 al 5% la cuota máxima de mercado para la aplicación de la regla de minimis para los acuerdos verticales, en los casos en que se verifique que al menos el 30% del mercado se encuentre sujeto a acuerdos similares. Particularmente, el reconocimiento de efectos acumulativos en el caso de las redes de distribución selectiva contribuye a la prevención de barreras de ingreso a nuevos distribuidores especializados, en mercados en los que la distribución selectiva es una práctica común.

2.2.1. Aplicación del régimen de exenciones

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) establece el régimen de exenciones de las conductas concertadas, catalogadas en el artículo 11 del mismo cuerpo legal bajo la condición general de que estas contribuyan a mejorar los procesos de producción o distribución, o pretendan contribuir al progreso técnico o económico propios de su actividad. Así también, la misma norma determina las condiciones particulares que, además de la general ya señalada, deben cumplirse para la aplicación del beneficio de exención:

- a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,

6 Por *efectos acumulativos* se entienden las consecuencias derivadas del conglomerado de conductas paralelas que, habiendo sido consideradas irrelevantes de forma individual, su recurrencia o estandarización en el mercado provoca restricciones a la competencia.

7 Esto con relación a la disposición transitoria tercera del Reglamento General de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

- c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Se desprende así que la legislación ecuatoriana ha optado por una postura permisiva de las concertaciones verticales en tanto generen beneficios para oferentes y demandantes y no sean potencialmente predatórios de los demás competidores. En efecto, la norma precisa que solamente la eliminación de cuotas sustanciales de competidores excluye a los acuerdos del beneficio de exención, por cuanto todos los acuerdos, sean verticales u horizontales, implican cierta restricción en el mercado; pero únicamente cuando estos muestran beneficios superiores a sus perjuicios, se entenderán legales.

La primera complejidad que presenta la aplicación del régimen de exenciones para el tratamiento de los acuerdos de distribución selectiva acompañados de fijaciones de precios es determinar si dichas conductas se deben considerar de forma separada o conjunta; es decir, si el acuerdo originario de la red de distribución selectiva será investigado independientemente de la fijación de precios máximos, en la medida en que ambas responden a distintos fines y suponen restricciones diferentes en el mercado.

A nuestro parecer, si la red de distribución selectiva determina como una de sus condiciones de ingreso la adhesión a su política de precios máximos por parte de los minoristas, se deberían considerar de forma global los efectos y beneficios de ambas restricciones. En cambio, en el supuesto de concertarse precios máximos de forma posterior a la formación de la red o de forma independiente entre ciertos distribuidores y el productor, se estaría en un caso de conductas independientes.

El literal *b* del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2010) establece como requisito para la aplicación del régimen de exenciones que los operadores concertados no podrán incorporar cláusulas que no respondan a los beneficios detallados en el inciso primero de la misma norma. En este caso, bajo el supuesto de conductas separadas, la coordinación de precios máximos implicaría una nueva restricción que podría excluir el beneficio de exención para los sistemas de distribución selectiva. Asimismo, aun cuando la concertación de precios sea implementada como requisito de ingreso a la red de distribución, si esta no contribuye a las virtudes del acuerdo, se entendería como una restricción independiente.

En virtud de lo señalado, la aplicación del régimen de exenciones sería procedente en caso de fijaciones de precios máximos dentro de redes de distribución selectiva bajo las siguientes consideraciones: i) que la red de distribución muestre

los beneficios para los procesos productivos, bajo los criterios cualitativos de selección de los agentes; 2) que la fijación de precios máximos sea uno de los parámetros de selección de la red, y se aplique de forma uniforme entre los agentes; y 3) que no sea utilizada como mecanismo de eliminación de distribuidores ajenos a la red, o de exclusión de nuevas marcas de acuerdo con la situación del mercado de referencia específico, como resultado de la cuota de mercado de la marca o de sistemas de distribución similares.

2.3. Supuesto de conducta abusiva

El artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado identifica como abuso de poder de mercado a las conductas realizadas por operadores dominantes con el fin de restringir la competencia en su favor. Cabe aclarar que la posición dominante, derivada de la cuota de mercado o de la influencia sobre este que cada operador representa, no es prohibida de por sí por el derecho de competencia, sino que representa condición para el cometimiento de determinados injustos con fines directamente restrictivos (Flint, 2002). Es decir, el éxito o superioridad respecto de sus competidores que un determinado operador económico presente en un mercado implica su sujeción a la regulación, más extensiva, de las prácticas abusivas.

En la normativa ecuatoriana, el numeral 20 del artículo 11 de la Ley en mención reconoce a “la fijación injustificada de precios de reventa” como una modalidad de abuso de poder de mercado. En estos términos, se entendería que la conducta se configura cuando un productor o agente intermediario impone los precios para la distribución de sus mercancías a sus agentes minoristas independientes. Consecuentemente, es un elemento esencial de las fijaciones verticales de precios en el marco del abuso de poder de mercado, la medidas o respuestas coercitivas por parte de los productores, para forzar la adhesión de sus agentes distribuidores a su política de precios; en caso contrario, se estaría incurriendo en una conducta de carácter concertado.

Aun cuando la distribución selectiva tenga un origen consensual, en las relaciones de sus intervenientes se pueden originar figuras de abuso de posición dominante. El mencionado sistema de por sí implica la primacía de los propietarios de marcas respecto de sus agentes distribuidores, por cuanto los primeros son los que establecen las particularidades y las condiciones de ingreso a la red de distribución. En estos términos, además de la posición dominante, es requisito para el abuso de poder en el mercado, en el contexto de redes de distribución selectiva, que la fijación de precios se establezca y efectivice a través de mecanismos de hecho de carácter coercitivo, situación que deberá ser analizada de forma separada por la autoridad de control, por ser una conducta distinta.

3. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En virtud de lo expuesto y bajo las regulaciones ecuatorianas, se pueden señalar las siguientes conclusiones:

- Los acuerdos de distribución selectiva constituyen una restricción a la competencia, un acuerdo prohibido conforme a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que pueden verse beneficiados por el régimen de exenciones, siempre y cuando respondan a los siguientes parámetros:
 - a) Sus parámetros de selección respondan a criterios cualitativos, basados en aspectos técnicos y dirigidos a mantener o incrementar la calidad del producto final.
 - b) No sean implementados como instrumento para abusos o cualquier otra forma de conducta anticompetitiva.
 - c) Exista uniformidad en las condiciones de ingreso a la red de distribución, que no impliquen la discriminación injustificada de agentes distribuidores.
- Lo señalado, en consonancia con el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, indicaría la justificación del acuerdo de distribución selectiva. Las cláusulas de precios máximos en los acuerdos de distribución selectiva deben cumplir la función de evitar los incrementos injustificados de precios en la distribución que perjudiquen a la marca: los precios máximos deben formarse en consideración de la rentabilidad del distribuidor, conociendo las implicaciones y costos que representan las prestaciones adicionales que suponen las redes de distribución selectiva cualitativas. Evidentemente, dicha estructura serviría como estrategia de posicionamiento de las marcas, pero no por esto podrá ser lesiva para el mercado aguas abajo ni devenir en efectos restrictivos a nivel horizontal.
- Las fijaciones de precios máximos en la distribución no pueden servir para fines predatórios o abusivos, sea en las relaciones intramarca, o a nivel horizontal respecto a otros competidores directos del fabricante. Para estos efectos, resulta indispensable que los organismos de control de la competencia realicen estudios que consideren los efectos específicos de las fijaciones de precios máximos en la distribución selectiva; en caso de verificarse restricciones horizontales o abusos por parte del fabricante, la fijación de precios máximos deberá concebirse como una restricción adicional a la distribución selectiva y, en efecto, excluir la posibilidad del beneficio de exención.

- La distribución selectiva debería ser considerada de forma expresa entre el catálogo de conductas prohibidas, específicamente cuando esta responde a criterios cuantitativos dirigidos únicamente a restringir el numero de distribuidores. De esta forma, se facilitaría el proceso de investigación y juzgamiento de dicha conducta, por cuanto —como quedó sentado a lo largo de la investigación— la distribución selectiva cualitativa es beneficiosa, salvo la existencia de otras conductas accesorias con efectos restrictivos distintos que requerirían ser analizadas de manera independiente. La complejidad surge al momento de diferenciar las estructuras cualitativas y cuantitativas, para lo cual se debe atender a las particularidades del contrato de distribución, al numero efectivo de agentes y a las posibilidades reales de acceso de nuevos operadores.
- El estado actual de la legislación ecuatoriana, en principio, prohíbe la distribución selectiva incluso bajo criterios cualitativos, salvo la aplicación de las exenciones, lo cual resultaría inconveniente por sus beneficios y por las necesidades singulares de determinados sectores. Si bien es cierto que la distribución selectiva cualitativa puede contener otras cláusulas que representen restricciones distintas, estas deben considerarse como independientes del acuerdo y no constituir un elemento que vuelva a todo el sistema de distribución como ilegal. Bajo el principio fundamental del derecho, la suerte de lo principal la sigue lo accesorio, pero no de forma inversa; por ello, las restricciones particulares que sean realizadas en un contexto de distribución selectiva no pueden extenderse a el sistema en general y afectar a otros agentes miembros de la red.

4. REFERENCIAS

- Buccirossi, P. (2016). Vertical restraints. *Antitrust Law Journal*, 64, 99-110.
- Cabanellas, G. (2005). *Derecho Antimonopolio y defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cammarata, C. (1979). The validity of vertical restraints under U.S and E.E.C antitrust laws. *Akron Law Review*, 12, 15-18.
- Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo (PromPerú). (2011). *Sistema Integrado de Información de Comercio Exterior*. <http://www.siicex.gob.pe/siicex/resources/sectoresproductivos/36471667rad81752.pdf>
- Cortázar, J. (2011). *Curso de derecho de la competencia (antimonopolio)*. Bogotá: Temis.

- Davis, S. (2002). *La marca: máximo valor de su empresa* (M. Bojalil, trad.). Ciudad de México: Pearson Educación.
- Díez de Castro, E. (2004). *Gestión de precios*. Madrid: ESIC Editorial.
- Flint, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Galán Corona, E. (2011). La marca en los sistemas de distribución selectiva. En E. Galán Corona y F. Carbajo Cascón (coords.), *Marcas y distribución comercial* (pp. 153-212). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Hemphill, S. (2019). Posner on Vertical Restraints. *The University of Chicago Law Review*, 86, 1057-1076.
- Herrero Suárez, C. (2006). *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*. Madrid: La Ley.
- Hunold, M. y Muthers, J. (2017). Resale price maintenance and manufacturer competition for retail services. *RAND Journal of Economics*, 48(1), 3-23.
- Iacobucci, E. y Winter, R. (2016). European Law On Selective Distribution And Internet Sales: An Economic Perspective. *Antitrust Law Journal*, 81, 47-64.
- Krugman, P. y Wells, R. (2006). *Macroeconomics*. Nueva York: Worth Publishers.
- Mankiw, G. (2008). *Principles of economics*. Stamford: Cengage Learning.
- Marín, M. (2013). Régimen de competencia. En M. Marín Sevilla, J. Durand, D. Ávila, T. Ojeda, J. Riofrío, F. Jaramillo et al., *Régimen de competencia* (pp. 193-481). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marketing Publishing Center. (1991). *El marketing mix: conceptos, estrategias y aplicaciones*. Madrid: Díaz de Santos.
- Martin Aresti, P. (2011). La legitimación del distribuidor para el uso del signo distintivo del proveedor: sobre la existencia de una licencia de marca en los contratos de distribución comercial. En E. Galán Corona y F. Carbajo Cascón (coords.), *Marcas y distribución comercial* (pp. 17-38). Salamanca: Universidad de Salamanca.

- Martijn, H., Rutgers, J., Bueno, O., Scotton, M. y Veldmann, M. (2006). *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*. Múnich: European Law Publishers GmbH.
- Mathewson, F. y Winter, R. (1984). *An Economic Theory of Vertical Restraints*. *RAND Journal of Economics*, 15(1), 27-38.
- Miquel Peris, S., Parra, F. y L'hermie, C. (2008). *Distribución Comercial*. Madrid: ESIC Editorial.
- Ministerio de Economía y Competitividad. (2015). *Balance de comercio minorista*. <http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Distribucion-Comercial-Estadisticas-y-Estudios/Tarjetas-de-pago/Pdf/BALANCE%20DEL%20COMERCIO%20MINORISTA%202015.pdf>
- Motta, M. (2018). *Política de competencia: teoría y práctica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica y UNAM.
- O'Shaughnessy, J. (1991). *Marketing competitivo: un enfoque estratégico*. Madrid: Díaz de Santos.
- Peeters, J. (1989). The Rule of Reason Revisited: Prohibition on Restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty. *The American Journal of Comparative Law*, 37(3), 521-570.
- Rodríguez, I., Maraver, G., Jiménez, A., Martínez, M. J. y Ammetller, G. (2018). *Principios y estrategias de marketing* (vol. II). Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.
- Rojas, N. (2010). Restricciones verticales a la competencia en el ámbito del retail. En P. Montt Rettig y N. Nehme, *Libre competencia y retail: un análisis crítico* (pp. 175-210). Santiago: Adebedo Perro Legal Publishing.
- Singley, R. y Michael, W. (1995). Free Riding in Retail Stores: An Investigation of Its Perceived Prevalence and Costs. *Journal of Marketing Theory and Practice*, 64-74.

Jurisprudencia

United States v. Arnold, Schwinn & Co. 388 U.S. 365 (1967).

Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc. 433 U.S. 36 (1977).

State Oil Co. v. Khan 522 U.S. 3 (1997).

Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

PMC Distribution v. S.A.S. Pacific Cr閘ation 07-04360 (2008).

Normativa

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [Ley S/N] (29 de septiembre de 2011). RO. 555 de 13 de octubre 2011.

Congreso de los Estados Unidos de América. Sherman Antitrust Law. [26 Stat. 209] (02 de julio de 1890). http://neconomides.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). http://bivicce.corte-constitucional.gob.ec/local/File/Constitucion_Enmiendas_Interpretaciones/Constitucion_2008.pdf

Presidencia de la República de Ecuador. Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [Decreto 1152] (23 de abril de 2012). RO 697 de 07 mayo de 2012.

Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. [Versión Consolidada 2012/C 326/01]. Diario Oficial C326 de 26 de octubre de 2012.

Union Europea (2010) reglamento no 330/2010 de la comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del tratado de funcionamiento de la unión europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>

Análisis sistémico para determinar la existencia del compliance tributario en Colombia

Systemic analysis to determine the existence of tax compliance in Colombia

Juan Camilo Rojas Arias*

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2021

Fecha de aceptación: 20 de octubre 2021

RESUMEN

En atención del auge de los sistemas de cumplimiento, denominados *compliance*, y su paulatina inserción en los diferentes ordenamientos jurídicos, el presente trabajo busca explorar la existencia de un sistema de *compliance* tributario en Colombia. A efectos de lo anterior, el presente documento seguirá la siguiente estructura: en los apartados II y III se define de forma amplia el *compliance* tributario bajo distintas aristas de alcance, de acuerdo con las decisiones de los entes competentes en la materia, para posteriormente analizar el marco normativo vigente. Finalmente, en el apartado IV se sintetizarán las conclusiones sobre el particular.

Palabras clave: cumplimiento normativo, *compliance*, programas de cumplimiento, sistema tributario colombiano.

ABSTRACT

In response to the rise of compliance systems, called compliance and their gradual insertion into the different legal systems, this paper seeks to explore the existence of a tax compliance system in Colombia. For the purposes of the foregoing, this document will follow the following structure: sections II and III broadly define tax compliance under different scopes, in accordance with the decisions of the competent entities in the matter, to later analyze the current regulatory framework. Finally, in section IV the conclusions on this matter will be synthesized.

Keywords: compliance, compliance programs, Colombian tax system.

* Abogado candidato a doctor por la Universidad de Salamanca, con Maestrías en Derecho Internacional y Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas, especialista en Derecho Comercial, ha sido profesor de cátedra de la asignatura *Fundamentos de Derecho Comercial y de la Empresa* en la Universidad de La Sabana. En el ámbito profesional se ha desempeñado como asesor jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de los Ministerios de Hacienda, de Relaciones Exteriores y Comercio, Industria y Turismo, así mismo también se ha desempeñado en roles directivos como Director Jurídico de los patrimonios autónomos Procolombia y Fondo Nacional del Turismo – Fontur y Secretario General de INNpulsa Colombia. entre otras funciones. Correo electrónico: camilor99@hotmail.com

A. INTRODUCCIÓN

Con el fin de caracterizar al *compliance* como una disciplina autónoma en el mundo jurídico y económico, más allá de la justificación de su nacimiento y evolución¹, es preciso identificarla desde algunas definiciones doctrinales, en función de decantar su contenido y una posible clasificación propuesta en la presente investigación, para así estructurar un análisis en torno a la determinación de la existencia o no de un *compliance* tributario en Colombia.

Como punto de partida, el *compliance* puede ser resumido como un elemento propio del derecho² como resultado finalístico y necesario de su existencia. Al efecto, resulta de gran importancia recordar la conclusión sobre el necesario aseguramiento del cumplimiento dentro de la esfera de creación de las normas por parte de Bobbio³, así: “También el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo la propia garantía, y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que, normativamente declarados, no son siempre efectivamente protegidos” (en Ferrajoli, 1989).

Así las cosas, el *compliance* como concepto general se puede definir como “cumplimiento normativo, a la cultura de ética corporativa y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por parte de las empresas” (Velasco y Alberdi, 2016). Su alcance es multidimensional⁴, ya que puede abarcar el cumplimiento y aseguramiento de medidas de gestión de la función pública para los Estados, la prevención de riesgos (Gallego, 2014), el cumplimiento de medidas administrativas para mercados regulados (Peña, 2015) o la promoción de valores y ética (De Vicente, 2016) en las actividades funcionales de los participantes

- 1 Para profundizar en la epistemología del *compliance*, consúltese a Rojas Arias (2020).
- 2 El término *derecho* puede tener diversas connotaciones que delimitan su naturaleza y definición, enfoques que dependerán del matiz del análisis desde donde se quiera ahondar. Por ejemplo, desde el saber propio de la ciencia jurídica, es posible referirse a la arquitectura normativa existente en el supuesto de que su existencia y validez están de acuerdo con el mismo arquetipo existente. Por su parte, desde un enfoque filosófico de corte iusnaturalista, se puede entender el derecho como un conjunto de postulados que desarrollan unos principios y derechos fundamentales bajo una estricta orientación de justicia; o con un enfoque de sociología, el derecho puede agrupar las prácticas adoptadas por la sociedad como obligatorias. A efectos de esta concreción, el derecho que se tomará como punto de referencia es el de enfoque de ciencia jurídica expresa como ordenamiento jurídico formal.
- 3 En prólogo elaborado por Norberto Bobbio (Ferrajoli, 1989).
- 4 En la praxis relacionada con el *compliance*, la academia ha tenido un amplio debate sobre la importancia de la diferenciación y el alcance de las definiciones. En tal virtud, se ha preocupado por diferenciar el término de *compliance* como observancia de los programas de cumplimiento, así como de los códigos de ética o de la cultura de cumplimiento; de igual forma, se ha preocupado por delimitar el concepto de riesgo según el ámbito de aplicación; claro está que el enfoque penalista, fiscal o internacional dará matices y alcances diferentes. Para ahondar en estas definiciones, se puede consultar la siguiente bibliografía: Varela (2013), Carrau (2016), Enseñat de Carlos (2016) y Escudero (2015).

en los mercados. Esto, según la consigna de la debida diligencia⁵ y su riqueza multidisciplinar, que se nutre de forma coetánea al derecho, la economía, la filosofía, la ciencia política, la sociología, las tecnologías de la información y la comunicación, las ciencias del comportamiento, la auditoría o la ingeniería de sistemas (Sánchez y Rodríguez, 2021).

Avanzando en esta concepción de *compliance*, desde un saber netamente jurídico es posible encontrar una de sus raíces en el convencionalismo, es decir, en la teoría conforme a la cual es dable cumplir lo que la ley establece y la sociedad determinó. En este campo, podría aventurarse a vislumbrar que el cumplimiento es un deseo permanente en la creación del derecho, el cual a su vez es fundamento del Estado moderno actual, de manera que el cumplimiento es un ideal de máxima observación y desarrollo como conocimiento autónomo dentro de la misma categoría conceptual del derecho mismo (Rojas Arias, 2020).

Esta visión filosófico-jurídica del *compliance* es posible decantarla como un avance de legitimidad social en desarrollo de un iuspositivismo consciente, no dogmático, donde la efectividad y la legitimidad de aceptación son de principal orden, más allá de la mera elaboración normativa por parte de los Estados, lo que ha propulsado corrientes de autogestión privada en el marco de estandarización fijado por el derecho. A la sazón de este entendimiento, en el *compliance* como saber autónomo —en cuanto sistema o mecanismo de asegurar el cumplimiento—, desde una perspectiva particular, ha confluido positivamente la visión del iuspositivismo y el iusnaturalismo y ha llevado a este saber a dos frentes: 1) al cumplimiento del derecho y 2) al deber-ser del operador en cuanto al derecho —sistemas de autogestión— y del derecho mismo (Rojas Arias, 2020).

Esta visión agregada del *compliance* como gestor del deber-ser ajustado al derecho supone una estricta tendencia de valoración del marco regulatorio, con estándares de diligencia propios de un entendimiento del deber-ser como mecanismo de cumplimiento de una norma, por lo que emerge un desarrollo volitivo de esta disciplina (Rojas Arias, 2020).

Lo anterior ha llevado a que su desarrollo, de la mano de una visión iusnaturalista del deber-ser, se configure en una esquematización más allá de una valoración simple de la norma, elevando el grado de vinculación del sujeto obligado con

5 El concepto de *debida diligencia* es tan amplio como la aplicación del derecho; es la expresión de estandarización mínima exigible a un agente que tenga un conocimiento probado y el uso pleno de sus facultades para actuar de forma prudente, precavida y diligente. En Colombia, el estándar de interpretación de la debida diligencia se halla en el artículo 1604-3 del Código Civil. En este sentido, Leo-Castela y Sánchez (2020), citando a van Weezel, señalan que “todas las nociones de culpabilidad de la empresa como ‘defecto de organización’ pasan por alto que tal defecto debe expresarse en actos u omisiones concretos que sean imputables a la persona jurídica”.

el mismo ordenamiento, de manera que la misma norma ha evolucionado con la intención determinada de exaltar la autorresponsabilidad de los sujetos. Esto ha generado que el producto del derecho —la regulación en sentido amplio— en algunas dimensiones de la realidad exija mecanismos complejos y prácticas de cumplimiento que se adopten más allá de la mera obediencia normativa y taxativa, poniendo en sintonía a los operadores de las normas con el ordenamiento jurídico y, a su vez, permitiendo el desarrollo de prácticas que pongan en evidencia los desperfectos humanos o sociales en el cumplimiento del marco de normas promulgadas en el seno de un Estado y de una sociedad de riesgo⁶ (Sánchez y Rodríguez, 2021).

De acuerdo con el análisis hecho, el estudio económico del derecho ha cobrado gran liderazgo, y ha llevado a la concepción de esta disciplina, en cuanto a su aceptación y obediencia por factores políticos o de poder, hacia enfoques de eficiencia y eficacia regulatoria, captando la atención y el obrar de los Estados hacia estos fines y decantando la relación de utilidad entre los fines de la organización social frente a la función del derecho; de esta manera, acá el cumplimiento toma un matiz adicional en razón del grado o nivel de cumplimiento —o incumplimiento—, llevando el esfuerzo estatal a analizar los mecanismos para incrementar de una forma costo-eficiente su cumplimiento⁷ por parte de las personas objetivo de cada tipo de regulación (Rojas Arias, 2020).

En resumen, en términos del derecho, se podría decir que el *compliance* es un constructo teórico-normativo cuya finalidad inmediata es obtener el cumplimiento de lo establecido (desde una visión ética, sociológica, política y económica); el cumplimiento va aparejado con la responsabilidad, lo que, traducido al caso del *compliance*, se reflejará en consecuencias económicas o penales. En esta vía, resulta interesante resaltar que el *compliance*, aunque se fundamente en su evolución de una base normativa, no es únicamente un producto del derecho; en realidad, es una institución que se relaciona con un modelo de sociedad predominante sobre la cual se erige no solo el cumplimiento

6 El paradigma de mercado perfecto, es decir, información completa, suficiente y actores 100% informados y racionales, es una utopía académica que ha servido de base para desarrollar un arquetipo de funcionamiento estatal y económico, que en caso de existir simplemente nos liberaría de muchos de los problemas que en la actualidad podemos evidenciar; no obstante, resulta claro que como utopía no existe, sino que la sociedad, tal como acertadamente lo citan Sánchez y Rodríguez (2021), es una “sociedad del riesgo” (en referencia a Beck). Este concepto se relaciona con una forma sistemática de manejar los riesgos e inseguridades generados por las transformaciones que han experimentado las sociedades contemporáneas, entre las que se encuentran los cambios en las características de la propia sociedad, en los estilos de vida, en las estructuras de poder e influencia o en las formas de participación política. Y es que el actual modelo social está construido sobre el reconocimiento de la existencia de numerosos riesgos, algunos de origen natural, pero la mayoría generados por la actividad humana, entre los que se encuentran los riesgos tecnológicos, los riesgos ambientales, los riesgos políticos, los riesgos sanitarios, los riesgos legales, entre otros.

7 El cumplimiento como género del derecho con relevancia económica es un asunto de suma importancia para los Estados. Por esto, desde 1990 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha venido trabajando en tendencias hacia una gerencia de calidad en la expedición normativa.

legal, sino de manera fundante la proactividad aunada con el compromiso de una organización de cumplir con la normativa general o sectorial que le sea de aplicación, en sus relaciones con sus asociados convencionales, grupos de interés y la sociedad en general (Sánchez y Rodríguez, 2021).

Ahora bien, decantado lo anterior, es posible delimitar al *compliance* como una disciplina especial relacionada con estructuras organizacionales donde, por esencia y parámetro de actuación, la proactividad encaminada al aseguramiento ético del cumplimiento es la vértebra de su existencia. A luz de lo expuesto, es posible encontrar que dentro de la producción doctrinal sobre el tema se suelen encontrar textos especializados en una tipología específica de *compliance* y que el régimen jurídico aplicable a este depende del contexto particular de cada país, lo cual es lógico y racional, si se parte de la base de que el *compliance* es propio del derecho como categoría conceptual y producto del Estado y la sociedad (Rojas Arias, 2020).

En cuanto a lo expresado en precedencia, cabe decir que el *compliance* es un mecanismo con visión sistémica⁸, que puede abordar conceptos derivados como cumplimiento normativo, prevención, conducta ética, programa de cumplimiento, cultura ética corporativa, normas de estandarización, entre otras, o entenderlo como un concepto funcional y dependiente de un proceso ligado a una norma. En este caso, el *compliance* es una “función independiente que, a través de las políticas y los procedimientos adecuados, detecta y gestiona el riesgo de incumplimiento de las obligaciones regulatorias, tanto externas como internas, que tiene una organización” (Solís, 2007). De manera que esta concepción puede discurrir tanto en organizaciones públicas como privadas, con y sin ánimo de lucro.

En suma de lo anterior, se procederá bajo una visión sistémica —no solo normativa— a decantar las distintas decisiones de políticas, decisiones administrativas o normativa a fin de categorizar la existencia o no de la especialidad tributaria en el *compliance* para Colombia. A efectos de lo anterior, el presente documento seguirá la siguiente estructura: en los apartados II y III se define de forma amplia el *compliance* tributario bajo distintas aristas de alcance, de acuerdo con las decisiones de los entes competentes en la materia, para posteriormente analizar el marco normativo vigente. Finalmente, en el apartado IV se sintetizarán las conclusiones sobre el particular.

8 Para Velasco y Saura (2016), el *compliance* como concepto general se refiere al “cumplimiento normativo, a la cultura ética corporativa, y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por parte de las empresas”.

B. COMPLIANCE TRIBUTARIO EN COLOMBIA

De acuerdo con diversas estimaciones económicas, Colombia es lastimosa y tradicionalmente uno de los países con más desigualdad en todo el mundo. Aun cuando desde hace más de una década se vienen trabajando medidas de inversión social a fin de cerrar las brechas de ingreso y en el país han disminuido los índices de pobreza, ha aumentado la brecha de desigualdad.

Lo anterior ha marcado una hoja de ruta de acciones para dar una respuesta política y técnica a esta situación deleznable desde la técnica y la sociedad, en virtud de lo cual cerrar las brechas sociales latentes en el territorio colombiano ha sido un objetivo desde la configuración de las agendas políticas de los gobiernos de turno. Este devenir pasa, indefectiblemente, por un sistema tributario transparente y eficiente, ante lo cual se requiere un grado de cumplimiento social alto y coherente frente al ingreso con su tributo, y ello implicará la consolidación de un conjunto normativo fácil de cumplir y administrar, que responda a criterios de orden constitucional, tales como equidad, eficiencia y progresividad.

Con el propósito de exponer lo que podría concebirse como un *compliance tributario* en Colombia, debe recogerse el amplio consenso social sobre la necesidad de que el sistema tributario se configure como un instrumento óptimo para cerrar la brecha histórica en términos absolutos de inequidad social y distribución del ingreso, y a su vez de equilibrio presupuestal entre el mayor gasto frente al ingreso insuficiente, lo cual ha limitado necesariamente las inversiones sociales y en bienes públicos. En esta realidad, acercar a los contribuyentes es indispensable, ya que el ingreso público es cíclico, de manera que resulta estratégico crear conciencia en cuanto a que el aporte contributivo se refleja no solo en gasto social, idealmente, sino en gasto en pro de la competitividad para las empresas, garantías financieras, acompañamiento en procesos exportadores o conocimiento para cerrar brechas en tendencias o tecnología.

Estas visiones han llevado a múltiples reformas del sistema fiscal colombiano (Rojas, 2018), sin llegar a subsanar uno de los grandes vicios de la política fiscal colombiana, que es ser más procíclica⁹ que contracíclica, de forma que en Colombia las modificaciones al sistema tributario son extensas¹⁰, al tiempo que se ha tendido a privilegiar la tributación directa de las empresas sobre las personas y sobre los impuestos indirectos por dos vías: un mayor impuesto a la

9 Se espera que en una época de superávit se aumente el recaudo tributario y, de forma antagónica, cuando se desacelere la economía se aumente el gasto público. En consecuencia, la política fiscal debería reducir el ingreso disponible en momentos en que la economía se encuentra en auge y aumentarlo para enfrentar una crisis o una desaceleración.

10 Para profundizar sobre la evolución histórica del sistema tributario colombiano, se puede consultar a Rojas (2018).

renta y al consumo de bienes y servicios. Adicionalmente, la percepción de la corrupción es elevada¹¹, y la evasión puede rondar el 5% del producto interno bruto (PIB) y cerca del 70% del presupuesto de inversión del Estado colombiano¹².

A juicio de lo expuesto, se procederá a mostrar las acciones que se han realizado en Colombia dentro de lo que puede concebirse como un *compliance* tributario.

1. ¿Es posible dilucidar la construcción de un *compliance* tributario en Colombia?

Al efecto, se procederá por ilustrar lo que podría entenderse por un *compliance* tributario, para posteriormente exponer su alcance y dimensión, y finalmente decantar las conclusiones respectivas.

1.1. Acciones desde lo público que están construyendo una dimensión de *compliance* tributario

Se harán evidentes las acciones que ha llevado a cabo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) a través de la agencia tributaria colombiana (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN) en el campo de asegurar el cumplimiento tributario. En este desarrollo conviene indicar que tales acciones denotan una gran influencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), lo que permite entrever un cambio de visión de gestiones fiscalistas hacia sistemas de confianza y acercamiento al contribuyente; situaciones que van tornando un ambiente propicio para el desarrollo de un *compliance* privado en esta disciplina, fomentado desde lo público.

11 De acuerdo con los resultados del informe de percepción de corrupción de Transparencia Internacional, Colombia se ubica en el puesto 96 entre los 180 países evaluados. Para más información, se puede consultar el índice en este enlace: <https://www.transparency.org/cpi2019>.

12 Un estudio del Global Financial Integrity, usando datos comerciales de las Naciones Unidas, reveló que en 2016 hubo una diferencia de USD 10800 millones (\$35 billones) entre las cuentas que reportó Colombia y las que registraron sus socios comerciales. Esto indicaría que hay una billonaria brecha por concepto de subfacturación, práctica que consiste en reducir artificialmente el valor de las facturas de los bienes que se importan o exportan con el fin de pagar menos impuestos. Para los cálculos de evasión y presupuesto, se toman en promedio, no valores exactos de un año específico. Informe disponible en este enlace: https://secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2019/11/Colombia-2019_Spanish_Web.pdf.

Confianza como eje de la relación pública-privada y privada-pública

El Estado colombiano, en diferentes niveles y escenarios, ha reafirmado su compromiso con la rendición de cuentas como elemento central de la política de participación ciudadana en la gestión pública. En consecuencia, desde hace varios años la DIAN ha presentado informes sobre su gestión en términos de ejecución presupuestal y de impacto por su gestión en el recaudo¹³. En los últimos informes de gestión —desde el 2015¹⁴—, se realza el compromiso de “mejorar los espacios que garanticen la interacción con la ciudadanía” (DIAN, 2019). En esta realidad, la DIAN estableció su plan estratégico a cuatro años¹⁵, es decir, hasta el 2022, en dos ejes de acción principales, así:

- 1) *Cercanía al ciudadano.* Convertir a la DIAN en una entidad que sea empática, que responda a las necesidades reales del ciudadano, que esté pendiente de sus preocupaciones y facilite el entendimiento y cumplimiento de las obligaciones del contribuyente y usuario aduanero.
- 2) *Legitimidad.* Conectar la misión y el objeto de la DIAN con las causas que mueven la opinión pública y a los grupos de valor, tanto de manera estructural como coyuntural. Los dos elementos de la estrategia se sustentan en acciones importantes de participación ciudadana y de rendición de cuentas. (DIAN, 2019)

Estas visiones de control de riesgo y cooperación han propulsado en la agencia tributaria colombiana una serie de acciones en los últimos cinco años para acercar al contribuyente, como se muestra a continuación.

Visión cooperativa: acciones de cooperación

- *Cultura y cercanía con los contribuyentes.* Se ha desarrollado el Programa de Cultura de la Contribución¹⁶ con el objetivo de acercar al ciudadano y facilitarle el cumplimiento voluntario de sus obligaciones fiscales. Este programa, que inició en el de 2015, busca a través de las instituciones educativas

13 En la página de la agencia de impuestos colombiana se encuentra un histórico de informes de gestión que van del 2006 hasta el 2019. Esta información se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.dian.gov.co/dian/rendicioncuentas/Paginas/HistoricoRendicion.aspx>

14 De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 1757 de 2015.

15 Se resalta que el plan estratégico del anterior gobierno por el periodo 2014-2018 comprendía tres acciones centrales, cuyo principal eje era el buen gobierno y se sustentaba en 1) contribuir de forma eficiente a las finanzas públicas; 2) fomentar el cumplimiento voluntario; 3) apoyar la competitividad del país.

16 El histórico de rendición de cuenta de la DIAN puede consultarse en este enlace: https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/CulturaContribucion/Cultura_de_la_Contribucion_en_la_Escuela/informacion/Paginas/default.aspx.

—primaria y secundaria— preparar a jóvenes colombianos desde temprana edad para que puedan actuar como sujetos de derechos y deberes dentro de una sociedad democrática, en busca de la configuración de una ciudadanía fiscal activa y consciente. Para este efecto, se han creado dos guías ciudadanas enfocadas en maestros y alumnos para fomentar la cultura de cumplimiento voluntario y acercar la relación fisco-contribuyente.

- *Seguridad jurídica y simplificación.* Se ha trabajado por la unificación de conceptos¹⁷ y normativa¹⁸.
- *Fortalecimiento de capacidades institucionales.* Se ha fortalecido el talento humano de la entidad con la creación de 6200 cargos (DIAN, 2019), y se ha trabajado en la modernización de la operación de acuerdo con lo establecido en el artículo 321 de la Ley 1819 de 2016. Adicionalmente, conforme se establece en el informe de gestión de resultados del 2019, se dice:

En cumplimiento de actividades enfocadas a mejorar los mecanismos para la publicidad y divulgación de la información contractual, ejecutar el programa anual de auditoría y evaluación, *fomentar la cultura del control y prevención riesgos y promoción de calidad al interior de la entidad, fortalecer la gestión ética, afianzar la estrategia de rendición de cuentas*, realizar estudios sobre política y administración tributaria y aduanera, suministrar información y estadísticas fiscales *solicitadas por la OCDE*, hacer seguimiento a los indicadores de gestión objetivo en la entidad, producir, divulgar y hacer seguimiento a las cifras estadísticas de comercio exterior y tributos internos administrados por la DIAN [énfasis del autor].

Acciones de control

Profundizar en el conocimiento sobre los usuarios y contribuyentes mediante técnicas de inteligencia de negocios o gestión de riesgos para fortalecer el servicio y desarrollar estrategias diferenciadas de control. Esta estrategia pasa por el reconocimiento de que no todos los contribuyentes tienen las mismas necesidades de la agencia tributaria. Por ejemplo, los grandes contribuyentes representan gran parte del recaudo nacional, pero el mayor número de contribuyentes se desarrolla en la categoría de personas naturales y pequeños contribuyentes. En

- 17 Se han unificado las posturas institucionales de la DIAN en temas como tratamiento tributario de contratos de cuentas en participación, régimen de entidades controladas en el exterior, régimen de entidades sin ánimo de lucro (conceptos 008537, 009193, 000481).
- 18 En desarrollo de la reforma tributaria determinada por la Ley 1819 de 2016, se emitieron los siguientes decretos unificados: Decreto 2150 de 2017, entidades sin ánimo de lucro; Decreto 2250 de 2017, personas naturales; por otro lado, se emitió el Decreto 349 de 2018, que modificó el Decreto 390 de 2016, de regulación de aduanas.

este sentido, la DIAN, bajo la consigna de ofrecer apoyo y soluciones pertinentes para cada tipo de contribuyente, desde el 2016 ha trabajado en la segmentación de los contribuyentes, definiendo cuatro macrosegmentos, así: 1) grandes contribuyentes¹⁹; 2) medianos contribuyentes; 3) pequeños contribuyentes, y 4) personas naturales, buscando identificar brechas de servicio y control por cada segmento.

Lo anterior permite apreciar la materialización de la tendencia mundial de trabajar mecanismos de confianza con el sector privado, a través de transparentar las acciones y la ejecución, y construir puentes de relacionamiento para controlar la tributación y facilitar el cumplimiento. De la mano de las acciones de política pública expuesta, se procederá a analizar el marco normativo vigente que eventualmente permitirá dilucidar o no la existencia o construcción de un *compliance* tributario en Colombia de corte normativo.

Acciones normativas

Lo primero por destacar es que en este tránsito normativo hacia la interpretación de un *compliance* tributario en Colombia, la OCDE ha desempeñado un papel preponderante, puesto que Colombia, como miembro activo²⁰ y como signatario de diversas convenciones de este organismo, tiene el compromiso de alinear su legislación con los estándares normativos internacionales, entre los que se destacan los modelos internacionales de lucha contra la corrupción y la evasión fiscal, entre otros.

Ver la evolución descrita dentro del compendio de lo que se podría entender enmarcado en el *compliance*, en su acepción general dentro de las legislaciones de los países miembros del citado organismo internacional, inexorablemente lleva a concluir anticipadamente que Colombia adoptará todos estos mecanismos y posturas a corto, mediano y largo plazo.

A la luz de lo indicado, se procederá a exponer el sistema normativo colombiano que apuntala la configuración de un marco normativo de cumplimiento.

19 Los grandes contribuyentes representan el 0,4% del total de contribuyentes y el 57% del total recaudado (Baer et al., 2002).

20 El Estado colombiano ratificó la Convención de la OCDE para ser miembro permanente mediante la Ley 1950 de 2019.

Acuerdos internacionales ratificados por Colombia

Bilaterales: Red de Acuerdo de Doble Tributación/Imposición

El proceso de negociación²¹ de acuerdos de esta naturaleza data del 2005, con fundamento principalmente en el modelo elaborado por la OCDE y usando como base, en ciertos aspectos específicos, el modelo acogido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), modelos explicados *supra*.

En esta realidad, los Acuerdos de Doble Tributación (ADT) han sido ampliamente reconocidos a escala nacional como mecanismos necesarios para el correcto flujo de inversión extranjera directa hacia y desde Colombia. A la fecha, el Estado colombiano cuenta con doce instrumentos en vigor, así:

- La Decisión 578 de 2004, mediante la cual se alivia la doble tributación con los países miembros de la CAN (Bolivia, Ecuador y Perú).
- ADT con España (Ley 1082 de 2006).
- ADT con Chile (Ley 1261 de 2008).
- ADT con Suiza (Ley 1344 de 2009).
- ADT con Canadá (Ley 1459 de 2011).
- ADT con México (Ley 1568 de 2012).
- ADT con Corea del Sur (Ley 1667 de 2013).
- ADT con India (Ley 1668 de 2013).
- ADT con República Checa (Ley 1690 de 2013).
- ADT con Portugal (Ley 1692 de 2013).
- ADT con Italia (Ley 2004 de 2019).
- Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de Estados Unidos para mejorar el cumplimiento fiscal internacional e implementar el intercambio

21 Por competencia funcional, el liderazgo en la negociación de Acuerdos de Doble Tributación en Colombia está en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), junto con su entidad vinculada, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

automático de información con respecto a la Ley sobre el Cumplimiento Fiscal relativo a cuentas en el extranjero (Fatca)²².

Multilaterales

- Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal²³.
- Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratos Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios²⁴.

Normas nacionales que podrían fundamentar un *compliance tributario*

- Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 95²⁵.
- La Ley de Financiamiento —Ley 1943 de 2018²⁶ y Ley 2010 de 2019²⁷—, recientemente expedida, creó un nuevo delito relativo a la defraudación o evasión tributaria (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC] y Fiscalía General de la Nación, 2018) en el capítulo VI, “Otras disposiciones”, artículo 71, relativo a la omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, la defraudación o evasión tributaria, los cuales dieron lugar a la modificación del capítulo 12 del título xv del Código Penal colombiano —artículos 434A y 434B—.
- De manera complementaria, se adicionó el artículo 793 del Estatuto Tributario, relativo a la solidaridad en materia tributaria respecto de sancio-

22 Este acuerdo no contó con ley aprobatoria en razón de que se realizó por procedimiento simplificado al desarrollar este acuerdo en los marcos suscritos entre Colombia y Estados Unidos, y está en vigor desde el 27 de agosto de 2015.

23 Este tratado multilateral fue ratificado por Colombia mediante la Ley 1661 de 2013 y revisado constitucionalmente en la Sentencia C-032 de 2014.

24 Este tratado multilateral aún no ha sido ratificado por parte del Gobierno de Colombia y no ha iniciado su trámite legislativo.

25 En este artículo constitucional se enlistan las principales obligaciones en el sistema colombiano, entre las que se resaltan: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

26 Ley declarada inexistente en efecto suspensivo por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-481-19 del 3 de octubre de 2019. En tal virtud, se presentó y aprobó por el Congreso de la República de Colombia la Ley 2010 de 2019.

27 Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones.

nes, intereses y deuda de tributos para aquellos facilitadores de planeaciones fiscales dinámicas que tengan por efecto la evasión²⁸ o abuso²⁹ de las normas tributarias —asesores tributarios, contables o administradores o gestores de activos en fondos o vehículos utilizados por sus partícipes con propósitos de evasión o abuso—.

- Reforma tributaria, denominada estructural (Ley 1819 de 2016), la cual consagró dos tipos penales —delitos tributarios³⁰—, que sancionan conductas conexas con la relación entre el contribuyente y la administración de impuestos. El primero es el delito de omisión de agente retenedor, establecido en el artículo 402 del Código Penal, y el segundo es el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes³¹, consagrado en el artículo 434A del Código Penal³².

Los tipos penales descritos tienen la característica de ser de conducta alternativa, ya que se pueden cometer de cuatro maneras, así:

- No declarar, pese a estar obligado a hacerlo.
- 28 Sobre el particular, la DIAN, en Concepto 051977 de 2005, estableció sobre la evasión lo siguiente: “En síntesis, la aplicación del concepto de fraude fiscal en la labor de interpretación de las normas tributarias deberá tener en cuenta los principios de equidad, eficiencia y progresividad contenidos en el artículo 363 de la Constitución Política; el principio de reserva de ley, según el cual la determinación de los elementos del tributo es competencia exclusiva del legislador conforme al artículo 338 *ibid.*; el concepto de justicia consagrado en el numeral 9 del artículo 95 *ibid.* y la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, contenido en el artículo 228 de la Constitución”.
- 29 La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia (sentencias C-15 de 1993 y C-540 de 1996), ha permitido de manera amplia a las autoridades administrativas aplicar la figura del abuso de las formas jurídicas cuando se tenga indicio de que el contribuyente ha abusado de su derecho con perspectivas de lucro personal. Sentencia C-15 de 1993: “Dada la vocación general del ordenamiento y la conveniente exigencia de preservar la seguridad jurídica, el contribuyente tiene el derecho de hacer uso del mismo y de sus formas, con el objeto de encauzar sus asuntos de la manera más apropiada a su naturaleza e intereses y de modo tal que le signifique la menor responsabilidad fiscal. [...] La libertad para la utilización de las formas jurídicas, sin embargo, tiene límites que es conveniente precisar, particularmente cuando a ellas se apela con el propósito prevalente de evitar los impuestos o su pago. En estos casos, la transacción respectiva no podrá ser considerada por la legislación tributaria, de acuerdo con los efectos que produce de conformidad con el derecho privado, sin tomar en consideración su resultado económico”.
- 30 Existe en el Código Penal colombiano una serie de delitos que, si bien no son tributarios, pueden acometerse en el cumplimiento de obligaciones tributarias tales como: 1) falsedad ideológica en documento público (art. 286); 2) falsedad en documento privado (art. 289); 3) falsedad material en documento público (art. 287); 4) destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado (art. 293); 5) obtención de documento público falso (art. 288); 6) uso de documento falso (art. 291); 7) destrucción, supresión u ocultamiento de documento público (art. 292).
- 31 Para profundizar sobre el alcance jurisprudencial que se ha dado a estas figuras, se pueden consultar las siguientes sentencias o autos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: 1) Auto 30/08/2017, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández (50.826); 2) Auto 31/05/2017, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero (50.083); 3) Sentencia 14/06/2017, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero (47.446); 4) Sentencia 10/08/2016, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández (48.050).
- 32 Se debe considerar que el párrafo 1.º del artículo 434A consagra lo siguiente: “Se extinguirá la acción penal cuando el contribuyente presente o corrija la declaración o declaraciones correspondientes y realice los respectivos pagos, cuando a ello hubiere lugar”.

- Omitir ingresos, aun cuando declare.
- Incluir costos o gastos inexistentes.
- Reclamar créditos fiscales, retenciones o anticipos que no procedan.

Como se puede constatar, no existe una normativa adicional o complementaria en torno a lo que podría predicarse de un *compliance* tributario en Colombia. La materia es aún incipiente y, de acuerdo con la planeación estratégica de la agencia tributaria, está en desarrollo, según los lineamientos y sugerencias que trabaja la OCDE. No obstante lo anterior, se hará una interpretación sistemática de las normas del *compliance* y los tipos penales descritos con miras a dilucidar si se podría hablar, dentro de la categoría de *compliance*, de un entendimiento en el campo tributario.

C. COMPLIANCE TRIBUTARIO A LA LUZ DE LAS NORMAS GENERALES EXISTENTES SOBRE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA

El presente análisis ronda la tesis de demostrar la existencia o no de un *compliance* tributario en Colombia. En virtud de la complejidad que supone el mantenimiento del orden económico, se ha visto cómo en las naciones la aplicación del derecho penal ha ido evolucionando en sus preceptos, alcances y dogmáticas, en procura de mantener su efectividad frente a las dinámicas de un mundo en constante evolución. En esta vía, se han predicado no solamente delitos de mera conducta, sino también se ha extendido el ámbito a la omisión y a los deberes de garante respecto de una situación o condición particular. Así las cosas, ya no se está en un mundo reactivo frente a las sanciones, las tecnologías y los incentivos, sino que se está estructurando hacia los enfoques preventivos —de por sí más económicos y justos desde perspectivas del derecho, ya que hay muchas situaciones que, consumadas, no tienen reparación real posible— enmarcados bajo la lógica del *compliance*.

Estos nuevos escenarios se pueden percibir como irrigaciones sistemáticas entre disciplinas que van y vienen desde el derecho, la economía, la sociología y la psicología; acciones que generan un movimiento intrasistémico de adaptación jurídica a esta necesidad del entorno —legitimación y validación—, modificando algunas de sus estructuras y generando cambios en sus propios cimientos, lo que lleva aparejadas conductas, estandarizaciones y acciones desde la órbita privada de cumplimiento, bien sea desde un enfoque de estrategia de cooperativismo, o bien, por simple aversión al riesgo.

En este marco, conviene recordar los análisis plasmados en cuanto a resaltar conceptos de orden económico, bien jurídico tutelado y todo el arsenal de derechos y obligaciones que se derivan de tales prerrogativas. En este entender, el Estado colombiano tiene una organización económica de apertura a la competencia, a la propiedad privada y al libre mercado (Rojas, 2016), con facultades de intervención económica estatal en determinadas áreas³³. Para el presente análisis, es relevante la intervención del Estado con fines de racionalizar la economía en un marco de sostenibilidad fiscal, para garantizar la distribución equitativa³⁴ de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y promover la productividad y competitividad. De esta manera, el Estado puede intervenir de varias formas:

- Como regulador: con el establecimiento del marco legal a través de las instituciones estatales.
- Como inspector, vigilante y garante: función que conlleva en su esencia una actividad de limitación y control de los sectores regulados, las potestades de inspección y sanción sobre determinados requisitos de desempeño de alguna actividad dentro de un mercado regulado, y de fomento, incentivo o estímulo, dimensión en la que el Estado opera como rector de la actividad económica.
- Como agente económico, en una dimensión relativa a la participación del Estado en la economía.

Así las cosas, los impuestos y, en consecuencia, el sistema tributario son algunas de las herramientas por excelencia de la intervención estatal, cuya importancia, como ya se vio, reviste la principal atención. Además, de sus efectos y causalidades se puede derivar el sostenimiento de la sociedad y del Estado moderno, lo cual hace que se configure en los nacionales o ciudadanos el deber de honrarla desde la norma de más jerarquía, vale decir, la Constitución Política.

En este escenario se encuentra plenamente justificada la aparición del *ius puniendi* —administrativo sancionador, derecho penal—, protector del bien

33 Sobre la base de los principios constitucionales económicos citados, es posible deducir que la libertad económica es el fundamento de los mercados en Colombia y que solo encuentra limitación en el bien común. Por su parte, la facultad de manejo e intervención en la economía por parte del Estado se hará a través de la ley, y en los siguientes segmentos económicos conforme a la Constitución de 1991: 1) en la explotación de los recursos naturales; 2) en el uso del suelo; 3) en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados; 4) para racionalizar la economía en un marco de sostenibilidad fiscal; 5) para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes; 6) para garantizar la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo; 7) para la preservación de un ambiente sano; 8) para asegurar el pleno empleo a los recursos humanos; 9) para garantizar el acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos; 10) para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

34 Al efecto, se resalta que la equidad constitucional económica se subsume en 1) la equidad en el control fiscal, 2) la equidad como criterio de contribución y 3) la equidad tributaria. Para profundizar sobre el entendimiento de la equidad en el sistema jurídico-económico colombiano, consultar Rojas (2017).

jurídico de orden económico y social, entre los que se encuentran los delitos contra el fisco —evasión, fraude, omisión, vistos y explicados anteriormente—. De tal manera, el objeto de la tutela penal en estos casos no solo es el recaudo —aunque en sí mismo recoge su importancia como bien jurídico por tutelar—, sino que se enfoca en los fines propios de la hacienda pública, que no son otros que mantener el orden económico, por cuanto es la encargada de recaudar los ingresos necesarios para materializar los postulados fundantes de un Estado social de derecho: equidad, redistribución de la riqueza, inversión social, garantías, bienes públicos, materializando los deberes constitucionales establecidos en el artículo 95.

En consecuencia, si se analizan los delitos que eventualmente se podrían relacionar vía interpretación con un *compliance* tributario —Código Penal, 313³⁵, 402³⁶, 434³⁷, 434A³⁸ y 434B³⁹—, se encuentra que se trata de infracciones al deber objetivo de cuidado del tráfico —creación del riesgo—, por el accionar habitual de las personas jurídicas en la realidad económica; en otras palabras, la infracción al deber objetivo de cuidado y observancia —autorresponsabilidad— en el cumplimiento de sus deberes con la hacienda pública.

Es importante tener en cuenta para el presente análisis que el legislador encuadró todos los delitos tributarios dentro del título xv del Código Penal como categoría de “Delitos contra la administración pública”, lo cual tiene unos efectos interesantes⁴⁰ a la hora de conceptualizar de manera interpretativa el *compliance* tributario en las personas jurídicas, como se indica a continuación.

- 35 Evasión fiscal en los monopolios rentísticos (en la entrega de rentas de esta actividad).
- 36 Omisión del agente retenedor por concepto de retención en la fuente, o por no consignar las sumas recaudadas por IVA o impuesto al consumo.
- 37 Agravación punitiva por asociación para acometer delitos contra la administración pública.
- 38 Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes.
- 39 Defraudación o evasión tributaria: esta tipificación ha supuesto un avance dentro de la conceptualización del *compliance* tributario, ya que para que la Fiscalía pueda iniciar el ejercicio de la acción penal, debe contar con la respectiva solicitud del director de la correspondiente administración de impuestos o su delegado, quien hará la petición de persecución penal según criterios de razonabilidad y proporcionalidad, una vez haya agotado el proceso de liquidación oficial de los artículos 697 y subsiguientes del Estatuto Tributario. Es decir, que en la práctica la Fiscalía solo podrá iniciar una investigación penal cuando se agote la vía de discusión administrativa —respetando los postulados jurisprudenciales de *ultima ratio*—. No obstante, a juicio personal está en entredicho la efectividad de esta estipulación penal, ya que puede argumentarse que —en miras de los criterios de proporcionalidad y para evitar aplicaciones excesivas de este derecho— hay dos criterios que darán lugar al desistimiento de la acción penal: 1) cuando haya varias interpretaciones sobre una norma relacionada con el caso específico, no podrá haber persecución penal —error en derecho— y 2) la acción penal se extingue si se presenta la declaración omitida o se paga lo adeudado según la liquidación oficial (capital, intereses y sanciones).
- 40 Otro efecto por considerar dentro del tecnicismo penal colombiano es que al haber calificado estas conductas como delitos contra la administración pública, vía el artículo 68A —Exclusión de beneficios en los delitos contra la administración pública relacionados con corrupción—, se prohibió todo tipo de beneficio punitivo; dicho de otro modo, no es excarcelable ni sujeto a beneficios como reducción de pena.

La Ley 1474 de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, prevé una serie de medidas impuestas sobre personas físicas⁴¹, pero extensibles a personas jurídicas cuando se trate de delitos contra la administración pública. A este efecto, el artículo 34, relativo a medidas contra personas jurídicas, establece lo siguiente:

Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91⁴² de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente [énfasis del autor].

De manera complementaria, el artículo primero de la anotada ley prevé la posibilidad de prohibir en la contratación pública del Estado a las sociedades que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública.

Así las cosas, en términos generales, y dado el alcance inmediato de las disposiciones tributarias con incidencia penal, para el caso de personas jurídicas, el representante legal, miembros de junta, accionistas, etc., serán quienes respondan una vez que la DIAN haya agotado sus procedimientos administrativos respectivos. Con todo, si se analizan en conjunto las normas anticorrupción —Ley 1474 de 2011 y Ley 1778 de 2016— con sus efectos en las normas penales colombianas, se puede ver que las medidas sobre personas físicas se pueden extender a las personas jurídicas en cuanto a temas de contratación estatal y se sujeta a la sanción penal como la cancelación de la matrícula mercantil.

De acuerdo con esta interpretación, las personas físicas, en su posible calidad de representantes legales, miembros de junta y en sí la persona jurídica considerada deben tener presente que existen en el ordenamiento jurídico colombiano

- 41 Se establece la responsabilidad de los revisores fiscales cuando no denuncian o ponen en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente los actos de corrupción que hayan encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis (6) meses siguientes a que hayan conocido el hecho o tuvieran la obligación legal de conocerlo.
- 42 “Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica: En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”.

modalidades delictivas que implican claramente una debida diligencia —cuidado del tráfico— como carga adicional para el contribuyente, de manera que ya no solo se atiende la esfera administrativa pecuniaria por la administración del cumplimiento tributario, sino que se tiene un costo de administración más elevado ante la posibilidad de ser responsables penalmente tanto la persona física como la jurídica o moral.

D. CONCLUSIÓN

De lo anterior se puede concluir que en Colombia no existe una norma de estandarización que ayude al cumplimiento tributario; adicionalmente, no se prevén, desde la legislación típica tributaria, alusiones a la necesidad de implementar programas de cumplimiento, ni como obligación ni como medida de atemperación de sanciones de orden administrativo o penal. No obstante, al realizar una interpretación sistemática de las normas y los alcances, se ve una configuración de responsabilidades tanto de corte administrativo sancionatorio como penal, que quizás lleven a las empresas a desarrollarlos de forma voluntaria, como medida preventiva, a fin de fungir como medio probatorio de defensa cuando penalmente decidan establecer acciones en contra de la persona jurídica. En este sentido, también se ve una clara tendencia de desarrollar un enfoque cooperativo en las labores de fiscalización, junto a acciones de educación tributaria y conciencia de cumplimiento.

De forma especial, es válido observar que si la persona jurídica pertenece al sector financiero o de salud colombiano, vía el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 325 del Código Penal —omisión de control—, estará obligada a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de planeaciones tributarias o de operaciones en general se utilice a la persona jurídica como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con estas. De esta forma, resulta una medida diligente y obligatoria contar con un programa de cumplimiento que cubra los aspectos tributarios, lo cual, como se ha reiterado, reviste la importancia de tener una visión sistemática del *compliance*.

Como corolario de lo desarrollado, vale la pena destacar que los sistemas tributario y penal colombiano están evolucionando rápidamente; la entrada a la OCDE y la ratificación de medidas internacionales —bilaterales y multilaterales— en el plano del derecho internacional han dotado de un impulso valioso los avances

de medidas tipo *compliance* tributario, muy al corte de lo que se está trabajando en Europa y el mundo.

Así, dado el análisis sistémico realizado, es posible determinar que la implementación de programas de cumplimiento en asuntos tributarios aún no se configura como un mandato legal, pudiendo decirse que, desde la normativa, en un sentido lato, no es posible hablar de un *compliance* como exigencia en esta arista, aun cuando se trate de una medida casi impostergable y obligatoria cuando se trate de empresas del sector salud y financiero. Ahora bien, a juicio personal y a la luz de lo expuesto, sí se puede afirmar que las interrelaciones de lo público y lo privado se están cimentando bajo una lógica de *compliance*, donde se pueden ver capacitaciones, programas, uso de tecnología y desarrollo de formas cooperativas para acercar al contribuyente más allá del método sancionatorio, lo cual puede dar lugar a la afirmación que no se está muy lejos de una configuración legal del *compliance* tributario como existe en otros países miembros de la OCDE.

REFERENCIAS

- Benos, O. y Baer, K. y Toro J. (2002). *Improving Large Taxpayers' Compliance: a review of country experience*. Washington: Fondo Monetario Internacional.
- Carrau, R. (2016). *Compliance para pymes*. Valencia: Tirant to Blanch.
- De Vicente M., R. (2016). *Vademécum de derecho penal* (4.ª ed.). Valencia: Tirant to Blanch.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2019) información de gestión y resultados. Bogotá: DIAN
- Enseñat de Carlos, S. (2016). *Manual del compliance officer: guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*. Navarra: Aranzadi.
- Escudero, M. (2015). Diagnóstico y mapa de riesgos de compliance. En C. A. Sáiz Peña (comp.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa*. Navarra: Aranzadi.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gallego Soler, J. I. (2014). “Criminal compliance” y proceso penal: reflexiones iniciales. En V. Gómez Martín, M. Corcoy y S. Mir Puig (Dirs.), *Respon-*

- sabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 195-272). Madrid: Edisofer.
- Leo-Castela, J. y Sánchez, J. (2020). Autorregulación e imputación penal de la persona jurídica en España y Chile. *Política Criminal*, 15(30), 639-669.
- Peña, S. (2015). *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Navarra: Aranzadi.
- Rojas A., J. C. (2017). Delimitación del concepto de equidad en la Constitución Política de 1991. Análisis de fundamentación jurisprudencial y de análisis económico del derecho. *Revista Con-texto*, 47, 11-39. <https://doi.org/10.18601/01236458.n47.03>
- Rojas A., J. C. (2018). El incrementalismo fiscal, una realidad evidente desde el derecho económico. *Revista Con-texto*, 49, 135-171. <https://doi.org/10.18601/01236458.n49.07>
- Rojas A., J. C. (2020). Epistemología del compliance como criterio de funcionamiento social y empresarial. *Pensamiento Jurídico*, 52, 181-200. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/92517>
- Sánchez-Macías, J. y Rodríguez, F. (2021). Sociedad del riesgo y cultura de cumplimiento. En N. Rodríguez García, *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Solís, José Luis (2007) “Compliance o cumplimiento normativo”. Revista Partida doble 191. Bogotá.
- Varela, A. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Marcial-Pons.
- Velasco, E. y Saura, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*. Navarra: Arazandi.

Referencias legales

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 2 de abril). Decreto Ley 663 de 1993: Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. *Diario Oficial* 40.820.

Congreso de la República de Colombia. (1997, 6 de noviembre). Ley 412 de 1997: Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis. *Diario Oficial* 43.168.

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000: Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial*, 44.097.

Congreso de la República de Colombia. (2004, 31 de agosto). Ley 906 de 2004: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial*, 45.658.

Congreso de la República de Colombia. (2005, 15 de julio). Ley 970 de 2005: Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003. *Diario Oficial*, 45.970.

Congreso de la República de Colombia. (2012, 2 de agosto). Ley 1573 de 2012: Por medio de la cual se aprueba la convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París, república francesa, el 21 de noviembre de 1997. *Diario Oficial*, 48.510.

Congreso de la República de Colombia. (2013, 16 de julio). Ley 1661 de 2013: Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal”, hecha por los depositarios, el 1.º de junio de 2011 y aprobada por el Consejo de Europa y los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Diario Oficial* 48.853.

Congreso de la República de Colombia. (2016, 29 de diciembre). Ley 1819 de 2016: Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 50.101.

Congreso de la República de Colombia. (2018, 28 de diciembre). Ley 1943 de 2018: Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones (ley inexequible a partir del 1 de enero de 2020, Sentencia C-481 de 2019). *Diario Oficial*, 50.820.

Congreso de la República de Colombia. (2019, 8 de enero). Ley 1950 de 2019: Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre los Términos de la Adhesión de la República de Colombia a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos”, suscrito en París, el 30 de mayo de 2018 y la “Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos”, hecha en parís el 14 de diciembre de 1960. *Diario Oficial* 50.830.

Congreso de la República de Colombia. (2019, 27 de diciembre). Ley 2010 de 2019: Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 51.179.

Las continuidades entre la violencia y el derecho y su fetichización: un debate teórico

Continuities between violence and law and its fetishization: a theoretical debate

Catherine Moore Torres*

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2021

RESUMEN

Este texto aborda las relaciones entre la violencia y el derecho desde una perspectiva crítica que cuestiona los enfoques reduccionistas provenientes de la tradición liberal, así como de la tradición marxista, que interpretan el derecho desde una lógica instrumental. Retomando aportes de la teoría política, se pretende reconstruir las continuidades que existen entre estos conceptos a partir del concepto de “estado de excepción”, como problema central del poder soberano, pero en función de analizar contextos contemporáneos y poscoloniales a partir de nuevas formas de estatalidad que ya no son “unitarias”. Posteriormente, se retoma el concepto de fetichismo legal como una forma de comprender la fascinación y fuerza que produce la ley (dimensión simbólica y emocional del derecho), aun cuando no ha logrado neutralizar o excluir la violencia de la vida social y el ocultamiento de las relaciones de violencia.

Palabras clave: derecho, estado de excepción, fetichización, mimesis, violencia

ABSTRACT

This article addresses the relationships between violence and law from a critical perspective that questions the reductionist approaches from the liberal tradition, as well as from the marxist tradition, which interprets law from an instrumental logic. Regarding the contributions from political theory, the aim is to reconstruct the continuities that exist between these concepts from the concept of “state of exception”, as a central problem of sovereign power, but to analyze contemporary and postcolonial contexts based on new forms of statehood that are no longer “unitary”. Later, the concept of legal fetishism is retaken as a way of understanding the fascination and force that the law produces (symbolic and emotional dimension of law), even when it has not managed to neutralize or exclude violence from social life, and the concealment of relationships of violence.

Keywords: violence, law, fetishization, state of exception, mimesis

* Polítóloga por la Universidad Nacional de Colombia y candidata a magíster en Antropología por la Universidad de los Andes. Correo electrónico: cmooret@unal.edu.co

1. PLANTEAMIENTO CENTRAL

Las relaciones entre violencia y derecho han sido objeto de preocupación desde distintas tradiciones teóricas; no obstante, en ocasiones esta relación ha sido simplificada a tal punto que uno de los elementos de la relación ha quedado subsumido en el otro. Así, en términos esquemáticos, para la tradición liberal, el derecho ha sido concebido como un *límite* al ejercicio de la violencia o como su neutralización. Lo anterior ubica al derecho como el opuesto de la violencia, incluso si es el monopolio de la violencia física del Estado el que garantiza, en última instancia, la aplicación de la ley. De allí que se omita la discusión de las posibles relaciones de co-constitución entre estos dos elementos. Desde otra orilla, parte del marxismo ha planteado una relación de equivalencia entre derecho y violencia que parece ser una traducción de la concepción del Estado en esta tradición, a saber: la idea del Estado como instrumento de dominación. En esta línea, el derecho solo es un instrumento de las clases dominantes que contribuye a la legitimación de su poder, por lo que no tiene autonomía con respecto a la política o al terreno de disputa de las clases sociales.

Estas dos perspectivas resultan limitadas desde los argumentos de Bourdieu (1982) y Lemaitre (2009): por un lado, el derecho adquiere una autonomía absoluta al margen de las relaciones y prácticas sociales que incluyen la violencia (visiones liberales y formalistas del derecho); por otro, el derecho no se concibe como un campo de actores y prácticas sociales con una lógica específica, a saber: la competición o lucha desigual por imponer o definir la interpretación autorizada o legítima de los textos y las prácticas del corpus legal. Del panorama anterior se desprende la necesidad de explorar otras aproximaciones teóricas que permitan desentrañar las continuidades que se pueden establecer entre el derecho y la violencia sin caer en su equivalencia o absoluta autonomización. Para esto, es fundamental tomar distancia de la lógica instrumental del derecho que impregna tanto al liberalismo como al marxismo. En particular, resulta problemático, tomando el caso del liberalismo, reducir los efectos de la ley a la constitución de la realidad o el moldeamiento de los comportamientos siguiendo el “deber ser” que la ley enuncia (García Villegas, 2014).

El caso colombiano, que retoma Lemaitre (2009), ilustra las limitaciones de este análisis puesto que, paralelamente a la producción continua de legislación progresista, relacionada con derechos y libertades públicas —que se puede rastrear a partir de la década de los noventa—, se ha registrado la continuación e incluso la degeneración o intensificación de distintas expresiones de violencia en el país. Esta paradoja se resuelve para Lemaitre con la introducción del concepto de *fetichismo legal*, que pone en evidencia la dimensión simbólica y emocional en la discusión sobre la eficacia del derecho. Para la autora, el fetichismo deja ver el goce que produce la ley y que llena el vacío en términos de nombrar o

conjurar aquello que no existe en la experiencia, a saber: la dignidad o la justicia relacionada con los derechos.

Ahora bien, ante el fracaso de la neutralización de la violencia por la vía de la ley, en este ensayo se sostiene ~~sostengo~~ que este fetichismo permite comprender por qué el derecho tiene *fuerza* aun cuando la ley no produce los efectos que enuncia; pero el fetichismo de la ley también puede dar cuenta del *ocultamiento* de las relaciones de violencia, que no solo coexisten con el derecho, sino que lo constituyen incluso de manera *mimética*. Para desarrollar esta idea, en primer lugar, se toma como punto de partida la perspectiva liberal sobre el Estado y la violencia para contraponerla con perspectivas que permiten rastrear las continuidades entre la violencia y el derecho a partir de los conceptos de “estado de excepción” y de “Estado híbrido”. En segundo lugar, este artículo se centra en el concepto de fetichismo no solo para comprender el poder de simbolización y satisfacción del derecho, sino también para ampliar dicha noción retomando el sentido otorgado por el marxismo.

2. Del fracaso de la neutralización de la violencia a las continuidades entre la violencia y el derecho. ¿Qué es lo que se oculta?

El supuesto que sustenta las teorías liberales sobre el Estado y el poder soberano es la renuncia a la posibilidad de ejercer individualmente la violencia (física) para preservar la propia vida (y en ciertas lecturas, como la de John Locke, la propiedad). Es la renuncia a este poder individual, que se conceptualiza como “derecho natural”, lo que garantiza la existencia de la sociedad. En el fondo, las ideas de autores como Hobbes (1651) y Locke (1714) sugieren que la sociedad civil —al igual que el ejercicio de la política— se fundamenta en el gesto de exclusión de la violencia que es propia del “estado de naturaleza”. Dicho de otro modo, hecho y derecho son elementos que se oponen en la medida en que el primero expresa la fragmentación de poderes o voluntades individuales que no pueden armonizarse sin la presencia de un poder superior, colectivo y coercitivo que anule las pasiones que predisponen al “hombre” hacia la guerra con otros “hombres” (Hobbes, 1651). Además, siguiendo a Locke, la emergencia de la sociedad civil no solo se marca con la exclusión del ejercicio particular de la violencia física, sino con el inicio del “gobierno de la ley”, cuya base es la “voluntad colectiva” como límite del poder soberano. Sin esta limitación, el poder soberano se volvería un poder absoluto e ilegítimo, expresado en la figura del “rey tirano” que actúa por su propio interés. En palabras de Locke (1714), “allí donde termina la ley, empieza la tiranía” (p. 35). A partir de esa distinción, es

posible también trazar la frontera entre la violencia ilegítima y legítima (aquella ejercida por el Estado).

Ahora bien, la distinción entre hecho y derecho o violencia legítima e ilegítima que propone la perspectiva liberal se puede problematizar tomando como referencia dos tipos de lecturas que nos llevan a pensar en la indeterminación de estos conceptos: por un lado, una lectura más filosófica-teórica que parte del concepto del “estado de excepción” propuesto por Agamben (2013); por otro lado, unas lecturas más históricas o empíricas que demuestran de manera concreta la indeterminación entre hecho y derecho a partir de la reconceptualización del poder soberano que se ejerce sobre la vida y la muerte en el contexto transnacional de la globalización neoliberal o el contexto poscolonial. En este caso, hablar de la fragmentación, o mejor, de hibridez del Estado (Jaffe, 2013) o de la emergencia de “Estados fantasmales criminales” (Aretxaga, 2003), permite comprender las continuidades entre violencia y derecho en el campo político, así como la coexistencia entre la juridización de la política y la criminalización de la política en el mundo contemporáneo.

Desde la primera orilla de análisis, es necesario abordar las implicaciones que tiene para la comprensión de la política el concepto de “estado de excepción”. Para Agamben (2013), retomado a Carl Schmitt, la soberanía se relaciona con la decisión sobre la excepción (p. 40), es decir, sobre la posibilidad de suspender el orden jurídico. El soberano está autorizado para suspender dicho orden y se encuentra en una situación paradójica puesto que está, al mismo tiempo, por fuera y dentro de la ley. En sus palabras, esta paradoja se condensa en la siguiente afirmación: “Yo, el soberano, que está por fuera de la ley, declaro que no hay afuera de la ley” (Agamben, 2013, p. 27). A partir de lo anterior, es posible rastrear que la (bio)política, desde su surgimiento, ha estado atravesada por la inclusión de la vida natural (*zoe*) por medio del derecho a través de la figura de la excepción; es decir, se trata de una inclusión paradójica porque implica la posibilidad de que el soberano suspenda dicha vida de manera impune.

Para Agamben, a diferencia de Foucault (2002) —quien sitúa la emergencia de la biopolítica durante el siglo XVIII, cuando emerge el poder de regulación sobre la vida del sujeto-población y los procesos biológicos que afectan a los cuerpos en su conjunto se vuelven centrales—, la politización de la vida, o la inclusión de *zoe* en la *polis*, no es un fenómeno moderno o nuevo. La vida ha sido siempre objeto del ejercicio del poder; no obstante, lo particular es cómo el “campo de concentración”, que condensa el lugar de la excepción por excelencia, se convierte en la estructura jurídico-política o en la matriz de la biopolítica moderna, y no solamente en un hecho histórico vinculado al contexto de los Estados autoritarios de inicios del siglo XX. Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene

esta forma de entender la biopolítica para la discusión sobre las relaciones entre el derecho y la violencia?

En primer lugar, lo que Agamben nos permite observar es cómo la muerte —entendida no solo como el hecho de dar muerte, sino de exponer la vida a la muerte multiplicando su riesgo— es condición del ejercicio del poder soberano o de la política contemporánea, en contravía a la idea liberal de la neutralización de la violencia por la vía del derecho. Para este autor, con el “estado de excepción” que sostiene el orden jurídico-político, la vida se sitúa en “la encrucijada de la decisión soberana sobre esa vida suprimida impunemente y la asunción del cuidado del cuerpo biológico de la nación” (Agamben, 20013, p. 180). En segundo lugar, y a diferencia de Foucault —para quien el llamado “poder de la espada” pierde centralidad para darle lugar a la biopolítica, entendida como el ejercicio del poder para “hacer vivir y dejar morir” (Foucault, 2002, p. 218)—, el poder soberano de dar muerte sigue siendo central puesto que pone de manifiesto una dimensión productiva del poder que se relaciona con la producción de una subjetividad para la muerte. La noción del *Homo sacer*, el sujeto portador de la *nuda vida* —es decir, de la vida sin valor o la vida “indigna de ser vivida” a la que se le puede asesinar con impunidad—, da cuenta de cómo el poder soberano no se ejerce simplemente sobre cuerpos individuales a los que se les puede dar muerte, sino sobre cuerpos que han sido *producidos* socialmente *para* la muerte y recuidados a *zoe*. Así, se trata de vidas que son incluidas en el orden jurídico por la vía de la excepción.

De esta manera, la biopolítica se aproxima más a una tanatopolítica o una necropolítica, siguiendo los términos de Mbembé (2003). Lo central no es entonces que la vida sea objeto del ejercicio del poder, sino el hecho de que la *nuda vida* va coincidiendo con el espacio político de tal manera que “exclusión e inclusión, externo e interno, *bios* y *zoe*, derecho y hecho, entran en una zona de irreductible indiferenciación” (Agamben, 2013, p. 19). En este marco, la indiferenciación entre hecho y derecho se expresa en el “campo de concentración” no como lugar sino como locus de la política contemporánea. En esta misma línea, para Mbembé, el biopoder no puede entenderse al margen del concepto de “estado de excepción”, que es la base del poder soberano, si se quiere comprender las formas contemporáneas de subyugación de la vida a la muerte, donde la “masacre” (y no el “campo”, para este autor) se vuelve el paradigma de la política basada en las nuevas tecnologías de destrucción sobre los cuerpos y las poblaciones (masificación de la残酷). Además, la muerte del “otro”, que amenaza el cuerpo biológico de la población¹, se pone en el centro del ejercicio

1 Aunque las aproximaciones a la biopolítica de Foucault y Agamben presenten diferencias evidentes, existe un punto de intersección a partir del cual se puede pensar la articulación entre la biopolítica como el poder que se ejerce sobre la población para acrecentar sus fuerzas o su vida, y el biopoder como tanatopolítica o como poder soberano que expone la vida a la muerte: el racismo. Para Foucault (2002), el racismo introduce

del poder soberano. Ese “otro” puede adquirir muchas formas y es *ficcionalizado* permanentemente por el Estado, por lo que se puede pensar que se trata de una figura espectral de la política que atraviesa el campo de la excepcionalidad.

Este concepto que retoma Artexaga (2003) de Derrida le permite pensar el Estado y la ley desde su *espectralidad*, esto es, desde su fuerza performativa que vuelve presente lo ausente o que incluye lo que ha sido excluido. En estos términos, considero que la noción del espectro se puede entender mejor trayendo a colación la metáfora del “estado de naturaleza”, que es equivalente a un estado de miedo e incertidumbre permanente. Esta metáfora del liberalismo produce unos efectos en la medida en que opera como una imagen que retorna continuamente, como compulsión de repetición, en la política moderna por medio de la presencia de “otros” que resultan amenazantes: terroristas o criminales que suelen encarnarse en cuerpos racializados y enclasados (por ejemplo, en los migrantes). Estos “otros” se excluyen permanentemente del orden jurídico, pero se incluyen, al mismo tiempo, por la vía de su ficcionalización y el ejercicio del poder soberano que contribuye a exponerlos a la muerte. En esta línea, se puede pensar que el Estado deviene un Estado criminal que puede desaparecer, encarcelar y asesinar cuerpos (de manera impune) que han sido previamente sujetados al ejercicio del poder en un sentido productivo, o en términos de la fabricación de los sujetos de la *nuda vida*, despojados de su humanidad o de la ciudadanía. Asimismo, el derecho se construye en función de una permanente ficcionalización del “otro”, a tal punto que se normaliza la excepción.

Ahora bien, lo anterior también pone en evidencia una relación violenta e *imaginaria* con el Estado que va de la mano con la intensificación de la intimidad con respecto a este (Aretxaga, 2003), en el sentido de que el Estado parece saber —cada vez más— todo de nosotros. Por un lado, el Estado se deja sentir a partir del poder *persecutivo* de la ley que se encarna de manera más evidente en la policía y que se hace visible a partir de arrestos o desapariciones como sus efectos concretos. En este contexto, el agente de policía se desdobra y evoca la presencia omnipotente del Estado: la policía encarna el “doble espectral”, por lo que parece estar en todo lado aun cuando no lo esté. Por otro lado, esta dimensión imaginaria también se expresa en el hecho de que, en medio del miedo que produce el Estado, y el resentimiento que genera por abandonar y exponer ciertas vidas a su propio destino, también se impone el deseo paternalista de que el Estado sea proveedor para sus ciudadanos. Ahora bien, en medio de esta tensión o ambivalencia que produce el Estado, y a partir de la dinámica paranoica

“el corte entre lo que debe vivir y lo que debe morir” (p. 230), pero además lo hace de una manera compatible con el biopoder en la medida en que transforma la relación guerrera con el otro en una relación biológica. En sus palabras, la muerte del otro ya no opera poniendo en cuestión la propia seguridad (elemento central en la concepción del poder soberano en el sentido hobbesiano), sino que la muerte del otro, que es la “raza inferior”, viene a acrecentar la vida de la población o a fortalecerla precisamente porque ese otro es una amenaza en el sentido biológico.

del poder que se impone cuando es la indeterminación entre hecho y derecho la que domina la política —el enemigo puede estar en cualquier parte—, el deseo de legibilidad de los cuerpos se hace patente; un deseo que busca disminuir la opacidad que hace de los cuerpos potencialmente amenazas, pero que, al mismo tiempo, permite la continua recreación del Estado por medio de la fantasía del “otro”. En suma, la ficción (del “otro”), que puede aparecer dentro del mismo cuerpo político al que se dice proteger, se vuelve entonces un soporte de la racionalidad del Estado y de sus tecnologías sobre los cuerpos y la población demarcada por distintas líneas de diferenciación social.

Por otra parte, a partir del reconocimiento de la estructura jurídico-política de la excepción en el dominio de la política contemporánea, que va más allá de los Estados llamados autoritarios, la supuesta relación de oposición entre democracia y violencia se erosiona. En este sentido, no es sorprendente reconocer que los procesos de democratización en el mundo no hayan traído consigo la eliminación de la violencia. Solamente para ilustrar este punto, llama la atención la ola de criminalidad y violencia social que invadió a América Latina, y a Centroamérica en particular, en la década de los ochenta y noventa, momento que coincide con las transiciones de la región hacia regímenes “democráticos” (Call, 1999, como se cita en Cruz, 2003). Sin embargo, el problema no es solamente la coexistencia de la violencia con los regímenes democráticos, sino su co-constitución. Siguiendo a Aretxaga (2003), la ejecución y transgresión de la ley se vuelven procesos indistinguibles, por lo que la arbitrariedad del poder se revela como un elemento de su propia definición, y no como una excepción, como lo propondrían las perspectivas liberales. En este contexto, la autoridad se escinde hasta cierto punto de la legalidad, aunque esta busque evocarla permanentemente. En un sentido similar, Comaroff y Comaroff (2006) encuentran que la criminalidad no es necesariamente un pasado colonial de los Estados poscoloniales, sino que es constitutiva de la democratización.

Tal vez esta lógica, que equipara ejecución de la ley con transgresión, se pueda comprender de una manera más clara a partir de ciertas lecturas menos filosóficas y más antropológicas que han reconceptualizado el poder soberano en la época de la globalización neoliberal. Por ejemplo, Jaffe (2013) propone el concepto del “Estado híbrido” para comprender la realidad jamaiquina y la emergencia de una nueva forma del Estado que mezcla lógicas criminales y preditorias con lógicas tradicionalmente ligadas al aparato burocrático-estatal. Para comprender este caso, es importante partir del hecho de que la neoliberalización ha transformado el poder soberano de tal manera que se ha erosionado la noción de una soberanía *unitaria* que se ejerce desde un punto localizable y en una sola dirección (por ejemplo, de manera vertical, de arriba abajo). Por el contrario, el contexto de la globalización ha generado la aparición de múltiples actores (políticos, burócratas, organizaciones transnacionales, organizaciones

criminales, etc.) que colisionan y, en simultáneo, negocian y comparten el control sobre el espacio y las poblaciones urbanas. En este sentido, para Jaffe (2013), la constatación de la fragmentación de la soberanía y la aparición de nuevos actores que reconfiguran el sistema de gobernanza es importante, pero es todavía más central comprender la manera en que se traslanan e hibridan dos sistemas distintos de autoridad política: el Estado-burocrático formal y el sistema de los dones caracterizado por lógicas criminales y predadoras.

En este orden de ideas, emergen nuevas formas de estatalidad, pero también de ciudadanías (híbridas) que se componen de múltiples lealtades en contextos de marginación social-urbana y racial. Además, funciones que eran propias del Estado, como la provisión de servicios públicos como la salud y el trabajo, pero también funciones tradicionales como la seguridad y la provisión de justicia, se garantizan a través de otros actores (no necesariamente estatales), muchas veces contribuyendo a la privatización de las funciones del Estado y a la producción de efectos de estatalidad desde múltiples lugares, *por dentro y por fuera de la ley*. Lo que resulta llamativo es justamente esta indeterminación en la que la autoridad deja de descansar necesariamente en la legalidad sin que deje de producir efectos de control y regulación sobre las vidas de las personas. En esta línea, esta hibridez de la estatalidad no se podría considerar como el resultado de un “Estado fallido”, concepto que predomina en ciertas lecturas para explicar la emergencia de conflictos armados o de dinámicas de criminalidad. Por el contrario, siguiendo a Jaffe (2013), se puede considerar que las formas de autoridad informal que se desarrollan también desde el terreno de la ilegalidad, muchas veces, paradójicamente, contribuyen a extender y fortalecer la riqueza y legitimidad del Estado.

La hibridez en las formas de la estatalidad también se manifiesta en el contexto colombiano, donde no solo se han visto casos de paraestatalidad en muchos territorios en los cuales los actores armados han actuado como el Estado, ejerciendo algunas de sus funciones y fundando derecho a través de la violencia (Benjamin, 1978), sino que igualmente se evidencia la *mimesis* entre lo legal y lo ilegal. Dicho de otro modo, siguiendo el argumento de los Comaroff y Comaroff (2006), el aparato estatal imita al aparato criminal —por ejemplo, se podría pensar que la práctica incorporada y normalizada del clientelismo en la política forma parte de esta imitación—, así como este último imita al primero en medio de una ansiedad por el legalismo que permite convertir la *violencia en ley*. Gutiérrez y Stoller (2001) llegan a una conclusión similar sobre la plasticidad entre ley y violencia cuando proponen la idea del “activismo legal” que emprenden actores ilegales en Colombia. Para ilustrar esto, por ejemplo, los paramilitares expresan una preocupación sobre su estatus como actores políticos, interpelando el derecho colombiano y el derecho internacional humanitario (Gutiérrez y Stoller, 2001, p. 62). De hecho, en el contexto del reciente Acuerdo de Paz con la guerrilla

de las FARC, este debate se ha reactualizado con los intentos de “negociación” con el Clan del Golfo, que busca obtener el estatus político frente al Gobierno colombiano².

Otro ejemplo de esta mimesis que llama la atención es la promulgación de “leyes” de la guerrilla de las FARC —la llamada Ley 001 1982 sobre Reforma Agraria Revolucionaria y la Ley 002 del 2000 sobre “Tributación”— que imitan el lenguaje de una ley promulgada por el Estado y cuya legitimidad descansa en la legalidad. En el caso de la Ley 002 del 2000, la frontera entre extorsión y tributación se vuelve difusa aun cuando se reconozca, siguiendo a Bourdieu (1982), que el derecho tiene una lógica específica y una racionalidad al margen del campo político y, por lo tanto, también de la violencia. Esta racionalidad involucra la producción de unos efectos de normalización y universalización que terminan garantizando la legitimidad de una ley y su aplicación a través de interpretaciones autorizadas y actos que se sustraen de la categoría de “violencia arbitraria”.

Ahora bien, es importante comprender que esta mimesis que se ha ilustrado hasta el momento, y el activismo o la obsesión legal de ciertos actores ilegales o criminales en particular, no pueden explicarse como un simple intento de aparentar o “guardar las apariencias”. La indeterminación y compenetración entre hecho y derecho es más compleja. Para Gutiérrez y Stoller (2001), por ejemplo, lo jurídico permite la articulación entre “orden y violencia” y sirve fundamentalmente como herramienta para que las élites políticas respondan a múltiples desafíos en un contexto en el que nunca gozaron de manera completa de los monopolios del Estado. En esta línea, la ley permite la articulación entre orden y violencia en relación con tres dominios en concreto donde actúan las élites: 1) la regulación, entendida como la construcción institucional y el desarrollo de proyectos de modernización; 2) la exclusión, en términos de mantener a distancia las “clases peligrosas” exhibiendo la jerarquía y asimetría; y 3) la guerra, dejando abierta la posibilidad de que los adversarios que compiten por la dominación territorial encuentren un terreno semántico común para identificar sus diferencias y llegar a acuerdos (treguas, constituciones) (Gutiérrez y Stoller, 2001, pp. 63-64).

Hasta el momento, en este primer apartado ha interesado abordar algunas de las continuidades entre hecho y derecho, tomando distancia de perspectivas liberales sobre la violencia que la conciben como un elemento que se excluye de la vida social por medio del orden jurídico, o que, al menos, se puede neutralizar y limitar. Por el contrario, la violencia se encuentra imbricada con el derecho

2 Al respecto, puede consultarse el artículo “El clan Úsuga y sus negociaciones” (El Espectador, 2017, 17 de septiembre), disponible en este enlace: <https://colombia2020.elespectador.com/justicia/el-clan-usuga-y-sus-negociaciones>

de múltiples maneras. Una vía para comprender esta relación es la presencia de la figura del “estado de excepción” en el orden jurídico, pero, sobre todo, entendida como una estructura jurídico-política que constituye la matriz de la biopolítica contemporánea. Desde esta perspectiva, la indeterminación entre hecho y derecho, sobre *zoe* y *bios*, sobre lo excluido y lo incluido, coincide con el espacio político del poder soberano que produce una subjetividad para la muerte: *Homo sacer*.

Desde otras lecturas, la indeterminación entre hecho y derecho se evidencia en las nuevas configuraciones del poder soberano en el contexto trasnacional y de la globalización neoliberal que transforma las maneras en que se expone la vida a la muerte, pero que también reconfigura los Estados en un sentido híbrido en el que la informalidad y la formalidad, la ilegalidad y legalidad, se superponen. Así, surgen conceptos que acercan al Estado a la idea de un “Estado criminal” o una “necropolítica” que llevan al extremo la indeterminación entre hecho y derecho. Finalmente, la hibridez deja igualmente ver la lógica mimética de la política contemporánea, donde el aparato estatal imita al criminal, y viceversa, para generar los efectos de gobierno o de control y regulación sobre una población o unos territorios en concreto. En este contexto, no se puede decir que los Estados (como la democracia) “fallan” al no lograr contener la violencia y criminalidad, sino que su efectividad, si se quiere, ya no se puede entender al margen de la existencia de múltiples actores que luchan, negocian o comparten el poder soberano y al margen del mimesis entre lo legal e ilegal, o lo formal e informal.

3. FETICHEMOS LEGAL Y OCULTAMIENTO DE LA CONTINUIDAD ENTRE DERECHO Y VIOLENCIA

A partir del análisis anterior, se puede concluir que las relaciones entre violencia y derecho son estrechas, y en la medida en que se co-constituyen, no es posible hacer un análisis del último dejando de lado el campo político. No obstante, lo anterior tampoco puede significar que estos conceptos sean equivalentes o que el derecho no goce de cierta autonomía relativa como lo plantea en su análisis Bourdieu (1986), aunque el campo del derecho sea el campo menos autónomo entre otros. De hecho, es a partir de esta idea de la autonomía relativa que se ha propuesto la idea del “uso contrahegemónico” del derecho (Lemaitre, 2009; García Villegas, 2014) o la posibilidad de ser capturado por otros actores sociales que incluso pueden convertir el derecho en un “espacio de comunicación simbólica a partir de los cuales se pueden articular luchas emancipatorias” (Lemaitre, 2009, p. 203). Así, está en disputa el poder simbólico del derecho, que radica en la posibilidad de definir su significado o de imponer la interpretación autorizada o *legítima* de este (violencia simbólica). Por otra parte, este poder simbólico de

legitimación es fundamental para entender, por ejemplo, la diferencia entre un cobrador de impuestos del Estado y un extorsionista, o entre una banda de ladrones, que impone conductas a través de ordenes amenazantes, y el Estado (García Villegas, 2014, p. 101). En esta línea, su poder radicar en la posibilidad de transformar la violencia arbitraria en violencia legítima que garantiza la ejecución o implementación la ley.

Ahora bien, la disputa simbólica por el derecho no solo se circumscribe a los contenidos que propone por medio de un corpus jurídico, sino que se traslada a otros efectos que produce. En esta línea, para Lemaitre (2009), el derecho plantea un poder de *simbolización y satisfacción* que va más allá de la lógica instrumental del derecho que reduce los efectos de este último a la posibilidad de transformar la realidad o moldear comportamientos de acuerdo con los contenidos del derecho (García Villegas, 2014, p. 91). El punto de partida para comprender este argumento es la disonancia que existe entre lo que plantea el derecho en su contenido y la persistencia o el incremento de expresiones de violencia y criminalidad. Esta tensión ya se había enunciado con la correlación sugerida en el apartado anterior entre democratización y violencia. Lo que esta contradicción pone en evidencia es, en primer lugar, que la violencia no es excepcional, como ya se sugirió en el apartado anterior, o una anomalía que surge por la ausencia del derecho o el fallo de su implementación; y, en segundo lugar, que existe una relación ambivalente con respecto al derecho puesto que, aunque se reconoce su carácter limitado para transformar el mundo, no deja de producir fascinación y un apego para distintos actores, incluyendo movimientos sociales, pero también actores ilegales como los actores armados.

En este caso, el poder de simbolización del derecho no se debe entender como una lucha por sus sentidos (interpretación autorizada), sino como una lucha por conjurar o nombrar “su promesa” o aquello que está *ausente*. Es esta idea del fetichismo legal —un concepto proveniente del psicoanálisis— la que se buscó desarrollar en este apartado para comprender sus alcances y limitaciones. El fetichismo de la norma como apego o como goce indica que el derecho se convierte en un objeto de deseo *equivocado* en el sentido en que simboliza *otra* cosa. En el caso de los movimientos sociales, eso que se simboliza es la “promesa de igualdad y dignidad que se busca materializar” (Lemaitre, 2009, p. 30), aunque esta pueda revestir múltiples significados. En esta línea, la ley llena un vacío que denota la ausencia de algo en la experiencia, y al conjurar este vacío, dota de legitimidad aspiraciones ancladas a visiones ideales del mundo “sin las cuales es difícil cambiar la realidad social” (p. 213). Ahora bien, la búsqueda de la legitimidad de las aspiraciones no solo explica el énfasis en el reformismo legal de muchos sectores y movimientos sociales, sino también de actores ilegales que encuentran un terreno para disputar su legitimidad; por ejemplo, en el caso de las aspiraciones de los paramilitares a ganar estatus de

beligerancia. La ley tiene entonces un atractivo: su poder de simbolización, sin el cual no se podría entender su eficacia o su fuerza, aun cuando el reformismo legal también funcione como un “remedio para la rebeldía” (Lemaitre, 2009).

Por otro lado, el fetichismo para Lemaitre se basa en una relación de “denegación” que se expresa en el “yo sé [que el objeto que deseo no es ‘real’, sin embargo [lo sigo deseando]”. Dicha estructura se asemeja a lo que Žižek (2001) entiende por “ideología”. Para este autor, el problema de la ideología no es la “falsa conciencia” del marxismo tradicional, sino que se ubica en el *hacer* (no en el saber) y, particularmente, en el actuar *como si*. De esta manera, la ley funciona como una ilusión o una fantasía ideológica, que no es falsa puesto que estructura la realidad, siguiendo las palabras de este filósofo:

La ilusión no está del lado del saber, está ya del lado de la realidad, de lo que la gente hace. Lo que ellos no saben es que su realidad social, su actividad, está guiada por una ilusión, por una inversión fetichista. Lo que ellos dejan de lado, lo que reconocen falsamente, no es la realidad, sino la ilusión que estructura su realidad, su actividad social real. Saben muy bien cómo son en realidad las cosas, pero aun así, hacen como si no lo supieran. La ilusión es, por lo tanto, doble: consiste en pasar por alto la ilusión que estructura nuestra relación efectiva y real con la realidad. Y esta ilusión inconsciente que se pasa por alto es lo que se podría denominar fantasía ideológica. (Žižek, 2001, pp. 60- 61)

Sin embargo, esta ilusión puede resultar problemática porque, aunque el “yo sé” reafirma lo limitado que resulta la efectividad del derecho desde su lógica instrumental, la fascinación o el apego por el derecho contribuye a que los conflictos políticos se sigan desplazando al terreno “aparentemente neutro del derecho” (Lemaitre, 2009, p. 27). Se reafirma entonces la neutralización del conflicto social que planteó desde tiempo atrás el liberalismo, y se postergan constantemente la realización o satisfacción de las expectativas o “promesas” que enuncia el derecho.

Esta aproximación al fetichismo legal debe complementarse en la medida en que el poder de simbolización y satisfacción (goce) que produce no es suficiente para entender que el fetichismo también funciona como un ocultamiento de las relaciones de violencia que coexisten con el derecho y que lo constituyen, como se demostró en la primera parte de este ensayo. Esta forma de comprender el fetichismo legal, como ocultamiento de la violencia y arbitrariedad que lo constituye, se relaciona más con las lecturas del fetichismo de la mercancía desde el marxismo. Este fetichismo hace referencia a la abstracción de las condiciones de producción e intercambio que hacen que las relaciones sociales se presentan como relaciones entre cosas (mercancías) (Fazio, 2013, p. 106). En el caso del

marxismo, lo que se oculta es el trabajo socialmente necesario para producir las mercancías; pero trasladando este análisis al derecho, lo que se oculta es el hecho de que la violencia funda derecho y lo constituye permanentemente. Más allá de las continuidades entre derecho y violencia en mención, se puede decir que no solo la aplicación del derecho descansa, en última instancia, en el ejercicio de la violencia, sino que, por ejemplo, es posible notar cómo la violencia es fundadora de derecho en el caso colombiano, donde, desde el siglo XIX, después de un periodo de guerra incentivado por las élites, se seguían momentos de creación de pactos y constituciones políticas.

En este marco de análisis, se puede pensar que los efectos de universalización y neutralización que identifica Bourdieu (1982) como propios del campo jurídico, y que permiten consolidar una especie de *habitus* jurídico que le da continuidad a ciertas prácticas y formas de interpretación de la ley, contribuyen al ocultamiento de relaciones entre derecho y violencia. En este mismo sentido, las hibridaciones o la mimesis entre la informalidad y la formalidad, o entre la legalidad y la ilegalidad, se vuelven opacas cuando están reconfigurando permanentemente la manera en que se expresa la política o se ejerce el poder soberano en el mundo contemporáneo.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En este ensayo se ha intentado distanciarse de las visiones liberales del derecho que lo conciben como el opuesto de la violencia. A partir de esto, se ha buscado reconstruir las continuidades entre estas dos categorías a partir del concepto del “estado de excepción”, que permitió ubicar el problema de la indeterminación entre hecho y derecho como el problema central del poder soberano. A partir de este análisis, pero también abordando las transformaciones en la manera en que se ejerce el poder soberano y la autoridad en los contextos contemporáneos y postcoloniales, se pudo ~~pudo~~ demostrar cómo dicha indeterminación se expresa en la hibridación del Estado y la ciudadanía, así como en la manera en que los actores asociados a la criminalidad imitan las lógicas de la legalidad y viceversa (mimesis). De esta manera, los efectos de estatalidad se pueden producir desde múltiples lugares que pueden estar por dentro y/o por fuera de la ley. Así las cosas, se puede pensar en la criminalización de la política como un proceso global que ha podido desarrollarse al mismo tiempo, o de manera paralela, con una tendencia a la juridización de la política y de los conflictos sociales. El caso colombiano ilustra esta coexistencia.

Por otra parte, una vez esbozadas las continuidades entre derecho y política, se ha retomado el concepto de *fetichismo legal* como una forma de comprender la fascinación que produce la ley, aun cuando no ha logrado neutralizar o excluir la

violencia de la vida social. En este sentido, más allá de sus efectos instrumentales, se retoma la dimensión simbólica y emocional del derecho para indagar por la fuerza que tiene el derecho. Esta discusión ha permitido ampliar la noción de fetichismo más allá de la noción de goce y satisfacción para reubicar el concepto en términos del marxismo: como ocultamiento de la violencia que constituye las relaciones de producción y reproducción del derecho.

REFERENCIAS

- Agamben (2013)[1998]. *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos
- Aretxaga, B. (2003). Maddenning States. *Annual Review of Anthropology*, 32(1), 393-410.
- Benjamin, W. (1978). Para una crítica de la violencia. https://www.ddooss.org/articulos/textos/walter_benjamin.pdf
- Bourdieu, P. (1982). La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu y T. Gunther, *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Comaroff, J. y Comaroff, J. (2006) *Law and disorder in the post-colony*. Chicago: University of Chicago Press.
- Cruz, J. M. (2003). Violencia y democratización en Centroamérica: el impacto del crimen en la legitimidad de los regímenes de posguerra. *América Central*, 35, 19-59.
- El Espectador (2017, 7 de septiembre). El clan Úsuga y sus negociaciones. <https://www.elespectador.com/colombia-20/jep-y-desaparecidos/el-clan-usuga-y-sus-negociaciones-article/>
- Fazio, A. (2013). De los Manuscritos de 1844 a *El Capital*: notas sobre ética y ontología en el pensamiento de Carlos Marx. *Revista Internacional de Filosofía*, 58, 95-108.
- Foucault, M (2002). *Defender la sociedad: curso en el College de France, 1975-1976*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho en Latinoamérica: sociología política del campo jurídico en Latinoamérica*. Bogotá: IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, Penguin Random House grupo Editorial.
- Gutiérrez, F. y Stoller, R. (2001). The Courtroom and the Bivouac: reflections on law and violence in Colombia. *Latin American Perspectives*, 29(1), 56-72.
- Hobbes, T. (1651). *Leviatán*. Londres: Andrew Bosse.
- Jaffe, R. (2013). The Hybrid State: Crime and Citizenship in Urban Jamaica. *American Ethnologist*, 40(4), 734-748.
- Lemaitre, J (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Ediciones Uniandes-Siglo del Hombre Editores.
- Locke, J. (1714). Of Tyranny. En *The Second Treatise of Government*. Londres.
- Mbembé, J. A. (2003). Necropolitics. *Public Culture*, 15(1), 11-40.
- Žižek, S. (2001). *El sublime objeto de la ideología*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.

Aproximación a la génesis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia

Approaching to the genesis of extrajudicial executions in Colombia

*Juan Camilo Muñoz Casallas**

Fecha de recepción: 26 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2021

RESUMEN

Desde 1975, el Consejo de Estado de Colombia ha condenado al Estado por ejecuciones extrajudiciales efectuadas por miembros de la Fuerza Pública bajo atribuciones propias o dentro de un contexto ideológico enmarcado en el conflicto armado interno. Este breve estudio expondrá los títulos de imputación y los supuestos de hecho para condenar al Estado. En este ejercicio se realiza un análisis de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la forma como ha evolucionado para finalmente concluir sobre el alcance que estos precedentes jurisprudenciales tienen frente a las ejecuciones extrajudiciales.

Palabras clave: Estatuto de Seguridad, operatividad, atribución jurisdiccional, prueba indiciaria, paramilitarismo.

ABSTRACT

Since 1975, the Consejo de Estado has condemned the state for extrajudicial executions perpetrated by members of the public forces under their attributes or involving an ideological context framed in the internal armed conflict. This brief study will present the titles of the charges and the factual assumptions used to condemn the state. In this exercise, the document develops an analysis of the evolution of the jurisprudence of the Consejo de Estado and the way it has evolved to finally conclude on the scope that these jurisprudential precedents have in relation to extrajudicial executions.

Keywords: security statute, operability, jurisdictional attribution, indicia proof, paramilitarism.

* Estudiante de noveno semestre de la Universidad Militar Nueva Granada; miembro del Semillero de Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal. Los resultados de la investigación fueron expuestos en el IX Coloquio de Investigación Científica, celebrado el 13 de mayo del 2020 en la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico tangerinemind68@gmail.com

I. APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Dentro del marco de una política de respaldo a las actividades políticas norteamericanas, Guillermo León Valencia promovió la Operación Soberanía en 1963 con el fin de acabar con la República Independiente de Marquetalia. Para asegurar la eficacia posterior de las medidas allí tomadas, expediría el Decreto de Estado de Sitio 3398 de 1965, que después se formalizará con la Ley 48 de 1968, mediante la cual se permitió la creación de grupos de seguridad privados para defender la soberanía del Estado¹.

La República Independiente de Marquetalia emerge como refugio guerrillero estableciendo un conjunto de reglas para sus pobladores, ya que “los grupos guerrilleros contaron con una relativa aceptación social en zonas campesinas con poca presencia estatal, [...] críticos del sistema bipartidista y profundamente influenciados por el pensamiento marxista-leninista” (Centro Nacional Memoria Histórica [CNMH], 2014, p. 30). Su represión a partir de la Operación Soberanía es, en palabras de Olave (2013), “un mito fundacional” en el cual nace la concepción heroica de la lucha guerrillera a partir de 1964, a la par que es el origen formal de los grupos de Autodefensa, que, pese a remontarse a estructuras campesinas de ala conservadora durante La Violencia, vienen aquí a ser respaldados por cuerpos del Estado, no solo por la Ley 48 de 1968, sino también por la creación de manuales antiinsurgencia y de reglamentos de combate contraguerrilla (Giraldo, 2003). Se ha indicado que una de las finalidades de la Operación era la retoma de la soberanía y “la construcción de confianza de la población”, la cual, no obstante, estaba

mediada por el recelo y la desconfianza generada a partir del abandono histórico al que había sido sometida la población en la región, a las continuas promesas incumplidas en materia de inversión social y al manejo clientelista en la asignación de los recursos. (Rojas et al., 2017, p. 37)

Una errónea política gubernamental de violencia aplastante frente a una población que accedía sin problema alguno al diálogo social e incluyente (como se observó en las conversaciones de paz durante el gobierno de Rojas Pinilla) solo vino a sembrar la semilla de un conflicto degradado y, a partir de este punto, deshumanizante. Se trató de la esperanza de cambio por el diálogo y la reunión social convertidos al giro violento y represivo.

1 “Estas normas de marcado carácter presidencial hablan por sí mismas de la violencia que vivió el país no sólo en aquellos años, sino en los decenios anteriores. La debilidad de las instituciones estatales, fuera culpable o no de este asunto, si tenía cierta responsabilidad en la aparición de estas formas singulares de ejercer el derecho legítimo a la defensa y a la protección de la propiedad privada” (Rivas y Rey, 2007, p. 44).

Como explica de forma magistral la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, fue la grave escalada guerrillera la que motivó la expedición del Decreto Legislativo 3398 de 1965, que en su artículo 25 hizo el llamado a todos los civiles con el fin de apoyar las actividades para la recuperación del orden público y que a posterioridad se convertiría en legislación permanente por medio de la Ley 48 de 1968 (Corte IDH, 2005, p.37); actuaciones que a posterioridad vendrían a ser regularizadas por la Disposición 005 del 5 de abril de 1969, o “Estatuto Anti-guerrilla” (Velásquez, 2007; Giraldo, 2003).

Esta actuación político-legislativa, dada en el marco de actividades de un poder ejecutivo demasiado fuerte dentro del marco de la Constitución de 1886, viene a sentar el origen del paramilitarismo desde el Estado mismo, manifestación de su precariedad y de la carencia de actores institucionales (Ferro y Uribe, 2002). No se habla pues de un Leviatán, un demonio absoluto lleno de libertad y de desorden, como advertiría Hobbes, sino que se trata de un ser lleno de restricción impositiva y de libertad de acción. Emerge entonces una pregunta: ¿cómo llamar a esa extraña mezcla? La respuesta es abandono, y lo correcto pudo haber sido el diálogo, pero, en cambio, la represión armada a un grupo armado solo generó más guerra; como mencionaría la aclaración de voto del magistrado de la Corte IDH, Cançado Trindade (2005), en la sentencia de la Masacre de Mapiripán, “la fuerza bruta genera la fuerza bruta, y, al final, ¿qué tenemos? La nada, la devastación general, la descomposición del tejido social, las venganzas, las torturas y ejecuciones sumarias” (p. 200).

El uso de estrategias militares tenebrosas como las armas biológicas o el uso desproporcionado de la violencia —que no pareció tener distinción entre los rebeldes y el campesinado— sembró el mito fundacional. Un conjunto de acciones sociales en contra del Plan LASO (Latin America Security Operation) y la Operación Soberanía emergieron desde círculo intelectuales y estudiantiles (CNMH, 2014, pp. 51-53). Y no se trató, pues, de una mera reacción social de disgusto; se trató, también, del desplazamiento de unos beligerantes a sitios aún más recónditos, de una escalada de violencia en respuesta a la represión militar, el nacimiento de fuerzas civiles contra la guerrilla y la regularización de las autodefensas por vía legislativa y operacional. El camino del conflicto armado colombiano como lo conocemos hoy en día estaba sembrado.

Como anuncian algunos historiadores, tras el deceso de los principales caudillos campesinos, la paz de otros tantos y el desplazamiento a las densas selvas colombianas de los insurgentes comunistas trajeron consigo una época de bondad, de crecimiento cultural y de inyección de capital gracias a las continuas inversiones que el Banco Mundial empezó a realizar en la nación (Henderson, 2012). Sin embargo, los movimientos económicos se centraban en unos cuantos

sectores económicos de la nación, dejando de lado unas cuantas regiones periféricas que caían en hambre y necesidad de auge. Eran entonces “las crisis de producción agrícola, la crisis de producción textil, el desarrollo de la actividad del contrabando, la violencia política y la lógica demanda-prohibición-adicción-consumo” (Medina, 2012, p. 146) las causas que darían nacimiento al problema del narcotráfico.

A la par, durante los años sesenta, los jóvenes de las regiones costeras empezaron a fomentar el contrabando, haciendo que las economías caribeñas comenzaran a surgir, al extender sus lazos de comercio con las regiones cercanas. Entre sus actividades ilegales se encontraba el contrabando no solo de mercancías sino también de drogas, las cuales eran inducidas en las poblaciones para que estas, aprendiendo de su composición, entendieran cómo cultivarlas. Este proceso de aprendizaje de las actividades ilegales terminaba siendo el inicio de un nuevo círculo económico en el cual Colombia se convertía en productor y los Estados extranjeros, en consumidores. “La Bonanza” promovió que algunos campesinos descubrieran en los cultivos fuentes temporales de dinero, cierta clase de ahorro para asumir vidas más dignas, mientras que otros tantos se dedicaron a la siembra y se fueron uniendo en clanes. El problema no limitaba con ser algo social, puesto que con las drogas también lograron “estimular y aumentar la corrupción institucional, consiguiendo que el dinero dejara ciega tanto a la policía como a la justicia” (Medina, 2012, p. 150).

La cuestión perdía el matiz de ser un problema de origen social a ser uno de tipo institucional que ocurría aun pese al conocimiento del deber imperativo de correctitud, ya que las autoridades de trabajo de a pie, quienes “tenían un interés económico en no permitir que sus superiores se enteraran del nuevo negocio que los estaba haciendo ricos”, extendían la inversión del recurso ilícito que se inyectaría en las instituciones “a través de donaciones para las campañas políticas, por conexiones familiares o directamente, mediante sobornos” (Henderson, 2012, p. 55).

El problema se fue extendiendo rápidamente. El surgimiento de clanes, carteles y familias dedicadas a la siembra e importación de estupefacientes desató rápidamente un conflicto por la consolidación del mercado de las drogas. Ahora, el auge de los conflictos internos a consecuencia de la primitiva producción de narcóticos solo resultó siendo una cortina de humo para algo que se preparaba en las densas selvas colombianas. Este periodo “estático” permitió que las guerrillas se consolidaran con fuerza a partir del reclutamiento de más miembros, la consolidación de más frentes y el aumento de su potencial bélico, gracias al contrabando de toda clase de elementos, entre los cuales se encontraban las armas de fuego (Atehortúa y Rojas, 2008). La convergencia de estos elementos hizo que el problema se acrecentara al punto tal que llegaron a existir territorios

enteros dedicados al cultivo de coca y marihuana, al tiempo que se promovió la drogadicción de los trabajadores para impulsar el trabajo a cambio de más droga.

Por otro lado, el protagonismo guerrillero surge por la consolidación de pagos a los trabajadores, la promoción del agrocultivo, la repartición y asignación de las tierras, el aseguramiento de las ventas y la consolidación de Juntas de Acción Comunal que lograban ser una articulación del campesinado y de las guerrillas. No obstante, pese a la labor social que tenía la guerrilla en el sector, por medio de esta incentivación se mantenía el auge de la coca, tanto así que lo utilizaban como forma de pago²; no obstante, esto tuvo un alto costo tanto para las poblaciones civiles como para la guerrilla que se lucraba a partir del desplazamiento de los “jefes” originales del tráfico:

[Sin embargo,] el control de las zonas cocaleras por parte de la guerrilla no fue absoluto ni gozó de permanente estabilidad. Lo que se advierte desde muy temprano, a finales de los años ochenta, es que las autoridades —y los paramilitares— buscaban menoscabar permanentemente el poder de la guerrilla o recuperar el control de la producción de la hoja, lo cual resultó costoso para la población civil envuelta en operaciones militares.

(CNMH, 2013, p. 158)

II. LOS PRIMEROS CASOS

La materialización de las políticas de la guerra fría, como indicaría Leal (2003), sería desarrollada por Turbay Ayala a partir de la doctrina de la Seguridad Nacional, actividad desplegada por el Ejecutivo en respuesta al auge guerrillero y cuya materialización sería notoria con la expedición del discutible Decreto 1923 de 1978, mejor conocido como “Estatuto de Seguridad”, cuyo nacimiento se amparaba en la necesidad de remediar aquellos hechos de perturbación pública que requerían de atención inmediata, evitando engorrosos trámites judiciales (Archila, 2000, p. 16). Su finalidad era autorizar que los miembros de la Fuerza Pública adoptaran funciones jurisdiccionales temporales a partir de la utilización de juicios verbales de guerra, rápidos, que se escudaban de la necesidad nacional del sentido de “salvación nacional para legitimar y justificar las acciones del ejército” (Jiménez, 2009, p. 163). Sin embargo, este decreto que limitaría la actividad política y civil levantaría espina en los sectores académicos nacionales y en organizaciones de derechos humanos (Archila, 2000, p. 18), y sería en desarrollo de estos últimos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advertiría en el informe para Colombia de 1981 no solo de la ejecución arbitraria de la justicia, vulnerando los postulados básicos del debido

2 Indica el CNMH (2013, p. 158) que incluso se llegaban a realizar pagos con coca a partir de una figura llamada “bono cervecero”.

proceso, sino también la ocurrencia de casos relacionados con asesinatos en circunstancias oscuras, aparentemente desarrollados en el marco de funciones jurisdiccionales extraordinarias, como lo vendrían a ser los casos 4667 (Darío Arango y Armando Pabón), 7348 (Luis Arcecio Ramírez), 7547 (Fabio Velásquez Villalba), 7348 (Marco Zambrano Torres) y 7756 (Hernando Rubio Alonso) (CIDH, 1981, cap. II).

Durante la vigencia de este Estatuto, se condenaría al Estado en Providencia 2155 de 22 de noviembre de 1975 (c. p. Jorge Valencia Arango), por una ejecución extrajudicial cometida en 1973 por miembros de la Brigada Segunda del Ejército, luego de asesinar a Luis Carlos Cárdenas, vicepresidente del Sindicato de Trabajadores de Antioquia, a consecuencia de un desbordado procedimiento de captura. Posteriormente, en Fallo 2750 del 21 de agosto de 1981, se condenaría al Estado colombiano por falla del servicio bajo la figura del depósito necesario por el asesinato del caficultor José Manuel Obando. Sin embargo, sería sobre el caso 7756 de la CIDH que vendría a generarse el primer fallo condenatorio bajo la utilización del término “ejecución extrajudicial”. En Sentencia 2948 del 16 de septiembre de 1983, del c. p. Carlos Betancourt Jaramillo (q. e. p. d.), se analizó el asesinato de Hernando Rubio Alfonso, estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Los hechos revelados por la sentencia indican que los agentes del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y los efectivos militares se valieron de la utilización de un vehículo que había sido reportado como hurtado, así como utilizaron prendas civiles con la finalidad de dar misteriosa captura al adolescente y asesinarlo en estado de completa indefensión. La condena al Estado por la atribución arbitraria de calidades jurisdiccionales, derivando en una falla del servicio, indicó con predictiva certeza respecto a la justificación que dieron los asesinos:

¿Por qué no probaron ese extremo dentro del proceso, por lo menos de explicar (que no justificar) la premura del ajusticiamiento sin fórmula de juicio y con olvido del artículo 29 de la Constitución Nacional que prohíbe la pena de muerte? Como éste se podrían formular otros interrogantes. La nación está ahíta de violencia y parece que los que deben reprimir este monstruo se contagian del mismo mal. (Sentencia 2948 de 1983, c. p. Carlos Betancourt Jaramillo)

Durante los años ochenta, el yugo incesante de la violencia por la lucha contra el narcotráfico, el narcoterrorismo y el auge de microcélulas del delito motivó a un desgastado Belisario Betancourt a promover un proceso de paz con las FARC. Estas, por medio del colectivo Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB), terminaron congregando en sí a la mayoría de grupos guerrilleros de Colombia³:

3 Una mesa de diálogos regionales; también una “cumbre” con la participación de los partidos, la Iglesia y el sindicalismo; promulgaron el “diálogo nacional” entre la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB),

el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el M-19 y el Quintín Lame, con la articulación política de Partido Revolucionario de los Trabajadores y la Juventud Comunista Colombiana (JUCO). La propuesta era contundente: permitir la participación política y la entrada a la vida civil en completa paz.

El primer caso documentado en los medios de un presunto falso positivo data de 1985, cuando efectivos del Batallón Ricaurte de la V Brigada del Ejército torturaron y asesinaron a Ana Francisca Rodríguez de 57 años y a Ernesto Castro Chaparro de 60 años, personas no aptas para el combate, solo por prestar atención a Ricaurte González Lozano, un guerrillero en tregua que estaba haciendo proselitismo a favor de la Unión Patriótica. En aquella ocasión, los efectivos militares alegaron las múltiples bajas como delincuentes (Vidas Silenciadas, s. f.).

Esta perspectiva, ligeramente cargada de escepticismo y de incredulidad, fue lamentablemente potenciada por la semilla paramilitar que ya se venía gestando años atrás, la cual, como consecuencia de las continuas actividades junto a la Fuerza Pública, había hecho que estas estuvieran lo suficientemente consolidadas como para permitir la entrada a los estrados políticos por parte de la izquierda. Y es que no se trató únicamente de una posición de persecución que pronto iban a adoptar los paramilitares colombianos; se trató también de una posición de desprecio, de rabia, que el Estado colombiano —representado en políticos y altos mandos de las Fuerzas Públicas— no tardarían en manifestar. Se desataría entonces no solo una oleada de violencia paramilitar sin límites, dentro de lo que el CNMH (2018) consideraría como la segunda etapa de paramilitarismo, sino que también se vendría una etapa que dejaría al descubierto los enredos entre la política y la Fuerza Pública, manifestados en la omisión a la protección, la parcelación desmedida y la persecución política. El mal que trasciende en este punto en específico es, una vez más, una contienda de tipo político que cimenta sus intereses en la instrumentalización del paramilitarismo.

La pertenencia a ideologías políticas de izquierda sería un factor determinante en el estallido de las ejecuciones extrajudiciales. El nacimiento posterior de la Unión Patriótica, solo tres años después de la derogatoria del Estatuto de Seguridad de 1982, trajo consigo una persecución que sería años después considerada como un genocidio político⁴; fenómeno que, bajo el análisis efectuado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) respecto a dicho exterminio, deja de

de la que habían comenzado a formar parte, y los ministros del Gobierno; avanzaron en la búsqueda de la negociación con una “Comisión de Notables” (CNMH, 2013, p. 132).

4 Fue la sistematicidad y la articulación en la ideación de un plan criminal las que dotan las características suficientes para considerarlo como un crimen de lesa humanidad. Si bien sus patrones no se articulan a la definición *stricto sensu* de genocidio y, en cambio, lo encuadran debidamente como un exterminio (CIDH, 1993, José Bernardo Díaz y UP vs. Colombia), ha sido la intencionalidad y la adecuación a momentos políticos del país los que han hecho que goce de connotación de genocidio político (Cepeda, 2006).

presente unos factores que al momento de su estudio redundarán en elementos clásicos del conflicto armado colombiano en sus primeras etapas (CEJIL, 2006, p. 102): la intencionalidad (o intención de terminar un grupo político), la inexistencia de garantías democráticas (la persecución es desarrollada desde sectores institucionales) y la persecución (el fenómeno revela una actividad política desarrollada con el paso del tiempo). Por ende, se generó un ambiente de zozobra y recelos, los cuales “no permitieron un avance en la reconciliación, aunque sí crearon una mayor desconfianza y distancia entre los sectores enfrentados y polarizaron aún más las identidades” (Romero, 2009, p. 51).

Anteriormente, al referirse el texto a la existencia del vínculo paramilitarismo-narcotráfico que permitía la consolidación del patrimonio con base en actividades ilícitas, ha de entenderse pues que el acostumbramiento a un conjunto de actividades genera su dependencia. Al respecto, se puede asumir el ejemplo del rápido auge paramilitar en la región de Córdoba, uno de los grandes centros ganaderos de Colombia, desde donde algunos ganaderos vieron con malos ojos la posibilidad de entrar en diálogos con las guerrillas, asegurando que esto generaría el caos y la ruina (Romero, 2009). La consolidación de una idea política sesgada y, en parte, proteccionista terminó facilitando la configuración de modelos ilícitos desde una perspectiva “administrativa”, conformando territorios desde los cuales se podrían ejercer las funciones de comandancia y, desde otra perspectiva, económica, asegurando la continuidad de la actividad bélica a partir de la expansión del paramilitarismo:

La temprana emergencia del paramilitarismo en Córdoba en los años ochenta y la inserción tardía de estos grupos en Sucre y la región de Montes de María en los años noventa debe explicarse como parte del proceso de reconfiguración regional, en una doble dimensión: la formación del modelo hacendal y, su cara política, el clientelismo como mecanismo del ejercicio del poder político en la región. (CNMH, 2018, p. 133)

La extensa ocurrencia de hechos violentos cuyo punto en común era la grave violación a los derechos humanos da inicio (CNMH, 2013) y sus principales consecuencias vendrían a ser el desplazamiento forzado, el acaparamiento de tierras, el auge de los falsos positivos y de las desapariciones forzadas dentro del marco de las masacres de mayor trascendencia, al tener como enfoque de despliegue las poblaciones civiles de las regiones periféricas o grandes llanuras, sea por su condición de inferioridad, por la tenencia de territorios altamente productivos para el agro, por ser territorios en disputa con las guerrillas, por ser terrenos de cultivos o ser territorios de paso estratégico. No obstante, es este punto del conflicto armado interno en el que el término “paramilitar” empieza a ser utilizado con mayor fuerza, ya que es aquí la etapa en la que se observan participaciones con la aquiescencia del Ejército, al tiempo que hay despliegue de

actividades conjuntas que hacen que los testigos-víctimas de dichas actividades asocien a estas fuerzas como un brazo armado del Ejército⁵; por lo tanto, “se entiende, entonces, que los “paras” colombianos son paramilitares en sentido material, porque tienen estructura, métodos y disciplina de tipo militar” (Rivas y Rey, 2008, p. 49).

Las relaciones de camaradería entre paramilitares y el Ejército favorecieron el auge paramilitar (Corte IDH, 2009), al tiempo que las pobres gestiones institucionales terminaron dotando una vez más de legitimidad a los grupos armados civiles, a partir de los actos paritarios de cooperación civil durante las épocas del Estatuto de Seguridad, fundamentados en el concepto de “enemigo interno” (Jiménez, 2009) y, más adelante, por medio de la creación en 1994 de las Asociaciones Comunitarias de Vigilancia Rural (Convivir), con el Decreto 354 de 1994. Como diría Romero (2009), dicha articulación paramilitares-militares para la ejecución de actividades contraguerrilla derivaría en la guerra sucia paramilitar, un conflicto completamente violatorio de las disposiciones del derecho internacional humanitario y de los derechos fundamentales que recientemente se habían consolidado en la Constituyente de 1991 tras la Marcha del silencio.

A la par de estas acciones, estaba el apoyo operativo de sectores institucionales, como el de las Brigadas VII y XI del Ejército, la Infantería de Marina apostada en las zonas del Pacífico colombiano y el Ministerio de Defensa por aquiescencia⁶; existían ya el reproche de la Iglesia católica colombiana y las denuncias (anticipadas) de Human Rights Watch, que avisó en su caso, desde 1997, sobre la comisión de ejecuciones extrajudiciales por paramilitares con el apoyo o aquiescencia militar (Human Rights Watch, 1998). El estatus del conflicto había trascendido la órbita de la lucha social para convertirse en una lucha de revanchas, de odios y de posiciones que, más allá de eliminar contrarios, pretendía sembrar el terror por medio de la coacción psicológica de todo tipo, fundándose en acciones infames⁷.

Estos hechos eran luchas insensatas que se asemejan a los conflictos civiles que se gestaban en los años cincuenta y sesenta a lo largo de los campos colombianos,

- 5 Al respecto, véase la sentencia sobre la masacre de El Pichilín, Sucre, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 44333 del 09 de julio del 2014, C. P. Enrique Gil Botero. Los relatos de las víctimas indican la existencia de controles ocasionales por “militares sin insignias” o de militares acompañados por civiles. Los civiles, sin tener conocimiento certero, reconocían a estas personas como militares.
- 6 El silencio de un Estado configura la aquiescencia o cierta clase de aceptación tácita a la ocurrencia de un hecho irregular que está en su deber contrarrestar. Obsérvese el fallo de la Corte IDH: “19 Comerciantes vs. Colombia” (p. 41).
- 7 Valga la pena mencionar dos actos infames, tal vez los más cruentos del conflicto armado. El primero es la masacre de El Salado, cometida entre el 16 y el 22 de febrero del 2000 por las AUC, en las cuales asesinaron a más de 200 personas valiéndose de medios sanguinarios y tortuosos. El segundo hecho fue la masacre de Bojayá, cometida en mayo del 2002 por el Frente 58 de las FARC, en el cual fallecieron más de 119 de civiles tras la explosión de un cilindro bomba en la iglesia de Bojayá.

empapando a la violencia con la legitimidad, ajenos a la recurrencia de las palabras y, en cambio, promoviendo una comunicación coactiva: “La venganza [...] deja de ser cosa privada para convertirse en asunto de clase, que requiere sangre, y el espectáculo de la iniquidad destrozada puede embriagar a los hombres” (Hobsbawm, 1983, p. 46). Y al igual que el periodo de reforma agraria promovida en los años sesenta por López Pumarejo, que procuró la distribución equitativa de la tierra con el fin de promover su uso social y que encontró un serio rechazo por grandes latifundios, la iglesia y otros colectivos que por medio de las armas se había hecho con grandes terrenos durante la violencia, aquí el otro problema que convergió fue el uso de la violencia desmedida, el terror psicológico y la represión económica, con la finalidad de promover el acaparamiento de tierras, el uso de territorios estratégicos y el control sobre zonas ganaderas y cocaleras.

III. PRIMEROS ANÁLISIS DEL CONSEJO DE ESTADO

“El uso y tenencia de la tierra, la falta de canales de participación política, la ausencia estatal, la guerrilla, las autodefensas, los paramilitares y el narcotráfico, entre otros” (Peña y Ochoa, 2008, p. 249) hicieron que un modelo paramilitar afianzado en la alienación del ciudadano con el Estado tomara fuerza y generara modelos de terror en los cuales el campesino o el habitante de los sectores periféricos tuvieran que huir de su propia tierra en busca de paz, so pena de resistir el terror (Fundación Ideas para la Paz [FIP], 2013). Ya la violencia no es bipartidista, sino que ahora es trisectorial: el Estado, la guerrilla y los paramilitares.

La instrumentalización de las vidas humanas como factor determinador de operatividad no es un suceso único del conflicto colombiano; su origen se remonta a un conflicto no lejano en temporalidad. Hacia finales de los años sesenta y mediados de los setenta, el Gobierno norteamericano, motivado por las políticas de combate del general William C. Westmoreland, desarrolló la práctica del *body count* como forma demostrativa: indicó que la guerra estaba siendo ganada a partir de la determinación de bajas vietnamitas sin distinción de su calidad⁸. Emerge una táctica de guerra basada en el conteo de las bajas como resultado, sin tener relevancia el origen de estas víctimas, sean realmente combatientes del Vietcong o civiles (Appy, 1995, p. 8); cuestión que, como dilucida la *body count controversy*, no importaba. Indica Meigs (2013) que “si los oficiales norteamericanos recibían aprobación de sus superiores por una mayor destrucción, inevitablemente ellos se tornaban más creativos para aumentar su conteo [traducción libre]” (p. 48). Esta cuestión permite entender la toma de medidas crueles como las ejecuciones extrajudiciales o los falsos positivos como medios para alcanzar mejores perspectivas de efectividad respecto a

8 Al respecto, se encuentra la oscura Masacre de Mý Lai, ocurrida el 16 de marzo de 1968 y cuya finalidad del teniente William Laws Calley era hacer pasar a los civiles por miembros del Vietcong.

un conglomerado de generales o alto mandos cuyas operaciones resultaban permeadas de perspectivas políticas, en este caso, la lucha contra el comunismo (Appy, 1995 p. 153).

Aplicar estos antecedentes a lo sucedido en Colombia causa una innegable relación con una finalidad política cuyo nacimiento data desde los años sesenta respecto al conflicto entre bloques políticos, cuando, dentro del marco de una política de respaldo a las actividades políticas norteamericanas, León Valencia promovió la Operación Soberanía en 1963, con el fin de acabar con la República Independiente de Marquetalia. De este modo, expidió el Decreto de Estado de Sitio 3398 de 1963, que después se formalizará con la expedición de la Ley 48 de 1868, mediante la cual se permitió la creación de grupos de seguridad privados con el fin de defender la soberanía del Estado. Este hecho vendría a ser entendido como un problema de manejo legislativo en los años ochenta, derivando en su rechazo, y posteriormente, por medio de la doctrina política de la Seguridad Democrática, retomó la fuerza por medio de la instrucción a los militares colombianos para aumentar su efectividad. Se torna notoria la génesis paramilitar desde los cuerpos institucionales con gran fuerza desde los años ochenta y su incidencia en la toma de una posición política que permeó los cuerpos militares, cuestión ya dilucidada desde las estrategias de guerra propia de Vietnam. Esta cuestión, remontada a la lucha contraguerrillera y contracomunista de Estados Unidos, aplicable entonces por una política conservadora nacional, desemboca en aquello que Michael Evans (2009) llamaría “síndrome del *body count*”.

Una perspectiva histórica dilucidada en la Sentencia C-317 del 2002, de la Corte Constitucional, m. p. Clara Inés Vargas, indica el origen histórico de estas prácticas en operativos de tipo institucional por medio de los cuales se disponía de ejecuciones extrajudiciales masivas efectuadas hacia presuntos miembros de grupos insurgentes o políticos que representaban un riesgo a los intereses de los Estados de corte totalitaria, dígase Alemania bajo el azote del Tercer Reich, Vietnam bajo una política de desaparición de líderes militares y políticos o Chile bajo la dictadura de Pinochet. La muerte se tornó en instrumento de eficacia institucional.

En 1988, cinco años después del Fallo Rubio Alfonso, el Consejo de Estado, en Providencia 5187 del 6 de diciembre de 1988, c. p. Carlos Betancourt Jaramillo, vendría a dilucidar un caso de desaparición forzada ocurrida en Cerro Matoso, Córdoba, cuando efectivos del Ejército capturaron injustamente a Francisco Miranda Ramos⁹ luego de una denuncia informal. Posteriormente, el Ejército

9 “Además, el señor fiscal de la Corporación coincide en lo fundamental con lo decidido por el tribunal. Para dicho funcionario, la detención del señor Miranda fue arbitraria, ya que en ningún momento existió la orden judicial para ser detenido e interrogado en la forma como se hizo. Acepta, asimismo la Fiscalía, que el occiso fue sometido a torturas, las que le causaron la muerte, ‘como tratando de aplicar una pena de muerte que no

se atribuiría una falsa función jurisdiccional, ausente de toda razón, y procedió a causar el deceso del civil a consecuencia de múltiples golpes cuando el civil “intentó escapar”.

Ya en 1990, el embajador de Estados Unidos en Colombia, Thomas McNamara, remitió un memorando¹⁰ hacia la Secretaría de Estado dando aviso de unos presuntos casos de violaciones a los derechos humanos acontecidos por el Ejército, expuestos por la Procuraduría; se deja informe de 42 asesinatos acontecidos en la región del Urabá y otros once más bajo torturas en la región de Trujillo, Antioquia, y de los cuales, presuntamente, el Ejército había tomado comisión en la realización de dichas ejecuciones; al tiempo, deja evidencia de actos violentos y amenazantes desplegados por el Ejército contra miembros de la Procuraduría que se aproximaban a investigar unos asesinatos en la región de Valdivia, Antioquia (McNamara, 1990, p. 10). A la par, avisa de pertenencia de miembros de la Fuerza Pública en la Procuraduría, asegurando inmunidades (p. 12), y a lo largo del memo, se evidencian juicios sumarios que determinan la culpabilidad o inocencia de sospechosos.

En relación con este último elemento, se encuentran en sentencias 5398 de 1992¹¹, 9003 de 1994¹², 9077 de 1995¹³, 10203 de 1995¹⁴, 9000 de 1996¹⁵, 9833 de 1996¹⁶ y 11600 de 1997¹⁷ los mejores ejemplos de esta actitud de juicio castrense con la víctima, ausente de toda clase de sustento jurídico válido y de toda garantía de defensa para demostrar su no implicación con algún grupo insurgente, tanto en el momento en que esta estaba en custodia de la Fuerza Pública como cuando se debía determinar quién era insurgente y quién no. La mención de estas sentencias toma en cuenta las implicaciones por las desapariciones de algunas víctimas de la retoma del Palacio de Justicia, de las cuales, según algunos testimonios, unas perecieron adentro y posteriormente algunas lograron salir con vida, pero sin tener mayor conocimiento sobre los motivos, desaparecieron

la contemplan nuestras leyes colombianas’. Insiste también en que se dieron los elementos para establecer la responsabilidad del Estado, entre los cuales destaca: ‘a) La existencia del hecho generador, consistente en una falta o falta del servicio público a cargo del Estado; en este caso la detención arbitraria, tortura y después muerte del señor Jenaro Francisco Miranda Ramos por parte del Ejército en la base militar del municipio de Montelíbano’”.

- 10 *Human Rights in Colombia – Widespread Allegations by Abuses for the Army* (julio de 1990). Puede consultarse en este enlace: <https://nsarchive2.gwu.edu//colombia/19900727.pdf>
- 11 C. P. Juan de Dios Montes: condena por falla del servicio bajo el término de *ejecución sumaria*.
- 12 C. P. Carlos Betancourt Jaramillo: condena por falla del servicio presunta (p. 7).
- 13 C. P. Juan de Dios Montes: condena por falla del servicio (pp. 20-23).
- 14 C. P. Jesús María Carrillo: condena por falla del servicio presunta (pp. 22-23).
- 15 C. P. Juan de Dios Montes: condena por falla del servicio presunta (p. 11).
- 16 C. P. Carlos Betancourt Jaramillo: condena por falla del servicio (pp. 5-6).
- 17 C. P. Jesús María Carrillo: condena por falla del servicio (pp. 11-13).

posteriormente a su ingreso en la Casa del Florero cuando su custodia estaba a cargo del Ejército¹⁸.

En el Fallo 7863 de 1993, del c. p. Carlos Betancourt Jaramillo, se utilizó por primera vez el término “limpieza social” frente a una seria acusación a la Policía Nacional respecto al asesinato de José Nubar Giraldo, al considerarlo un “ladrón y bazuquero”; acusación que, no obstante, pareció ser parcialmente aceptada¹⁹. Posteriormente, en Fallo 10806 de 1996, el c. p. Daniel Suárez Hernández utilizaría el término de “limpieza social” como reducción del término “compañía de limpieza de personas desechables”, haciendo referencia a un plan entre la Alcaldía de Fusagasugá y miembros de la Policía Nacional con el objetivo de suprimir la vida de consumidores de estupefacientes y otros habitantes de calle, sentando una parte de la génesis de las ejecuciones extrajudiciales en una finalidad política nada moral y con el absoluto irrespeto por los derechos humanos. Siguiendo los mismos presupuestos fácticos del “plan limpieza”, se profieren las Sentencia 10241 de 1996²⁰ y 10806 de 1996²¹, que utilizarían el término “limpieza social” en referencia a los asesinatos masivos en Fusagasugá. Ulteriormente, el término sería utilizado por cuarta vez en la Sentencia 10626 de 1998 con base en el testimonio de un arriero, para referirse a un emergente fenómeno consistente en el asesinato selectivo de campesinos u otras personas a las que se les atribuyera, sin elementos fácticos de juicio y con el pleno irrespeto de sus derechos y sus garantías judiciales, vínculo alguno con las guerrillas colombianas. Al respecto, se tiene que estos fallos conducen a la condena al Estado bajo el título de “falla del servicio”: en todos ellos se hace la indicación de que se trata de una falla anónima.

Hechas estas breves aproximaciones, se tiene que el principal título de imputación bajo el cual se condena al Estado entre 1983 y 1999 es el de *la falla del servicio*, por cuanto las instituciones que representan funciones del Gobierno tienen un marco funcional estimado por los reglamentos, la ley y la Constitución, los cuales son de obligatorio cumplimiento con el fin de asegurar la correcta gestión de Estado. La violación o extralimitación en las funciones concedidas

18 Obsérvense las sentencias del Consejo de Estado, en Sección Tercera: 8910 de 1994, 9557 de 1994, 10941 de 1995 y 11798 de 1996, todas del c. p. Daniel Suárez Hernández, las cuales se remiten a la utilización de la *ratio decidendi* de la Sentencia 8222 de 1994 del mismo consejero, determinando la falla del servicio por omisión y por acción (similar es también la Providencia 11377 de 1997, C. P. Juan de Dios Montes).

19 “Muestra, en suma, el proceso que la misma autoridad hizo lo posible por oscurecer los hechos, y que los actores, sin mucha seriedad, también trataron de ocultar una realidad: la vida de José Nubar, como persona que nada hacía y que tenía tratos con viciosos y delincuentes” (p. 12).

20 C. P. Jesús María Carrillo.

21 C. P. Daniel Suárez Hernández: “Cuando dentro del informativo hay un principio de prueba de los hechos, ella puede completarse con los indicios que surjan de los testimonios no ratificados. El manejo de este medio probatorio se impone, en casos como el presente, cuando se vivencia que la autoridad hizo todo lo que estaba a su alcance para dejar impune la conducta antijurídica de los agentes responsables” (p. 23).

configuran la falla en el servicio bajo las figuras de “Presunta”, “Omisión”, “Acción” y “depósito necesario”.

Presunta. La jurisprudencia ha reconocido que en ciertas circunstancias el demandante está amparado por presunciones que lo relevan de la carga probatoria. Tal ha sido el caso, en recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado, de las muertes causadas por medio de armas de dotación oficial (Consejo de Estado, Fallo 7863 de 1993). Esta figura consiste en la flexibilidad respecto a las pruebas que aporta el perjudicado ante su imposibilidad de determinar la forma como se da la falla (sólo requiere demostrar el hecho, el daño y el nexo causal; Fallo 7863 de 1993, p. 17), invirtiendo la carga de la prueba por cuanto el actuar correcto, las circunstancias de captura de la víctima y el conocimiento ordinario del deber legal sobre el cuidado del prisionero generarían, en condiciones ordinarias, un resultado diferente, determinando el desaparecimiento como hecho determinante del perjuicio. Sin embargo, se configura como elemento determinante para incurrir en este concepto la aproximación hecha por el Consejo de Estado en Fallo 7863 de 1993, el cual guarda conexidad con la presunción de falla esbozada en aquellas providencias en las que el asesinato o el desaparecimiento acontecían con los instrumentos del servicio o en sus instalaciones²².

Este hecho es también dilucidado en la Sentencia 10241 de 1996, al mencionar que “el demandante está amparado por presunciones que lo relevan de la carga probatoria [...] de las muertes causadas por medio de armas de dotación oficial”. Si bien la mayoría de la jurisprudencia no es determinante ni clara en la estimación de la falla del servicio por acción o por omisión, en los fallos condenatorios del Estado donde el perjuicio se desataba a consecuencia de la desaparición o la captura del civil —es decir, quien estaba en custodia de miembros de la Fuerza Pública—, es el examen de la conducta desde la utilización de las armas del servicio la que origina la inversión de la carga de la prueba, ya que estas no pueden ni deben ser utilizadas en contra de la población civil de forma indiscriminada.

Omisión. La Fuerza Pública falla por no actuar, o bien, por actuar tarde. En este caso, se observa su configuración respecto a la omisión que tuvieron las autoridades de seguridad respecto a un efectivo despliegue de seguridad en el Palacio de Justicia cuando se tuvo el conocimiento previo de una posible acción criminal²³ por parte del M-19 y de las bandas de narcotráfico, inconformes con el trámite de una ley para la extradición.

22 Ver pies de página 14 al 22 de este artículo.

23 “Sin obedecer a un operativo estratégicamente estudiado y analizado, sin medir las múltiples y graves consecuencias que de todo orden podían derivarse, [...] haciendo caso omiso de la vida e integridad de quienes sin ser protagonistas de violencia quedaron encerrados en la edificación ocupada, sin atender las llamadas

Acción. La Fuerza Pública falla por actuar de forma negligente, desmedida o desproporcionada. En este caso, se observa en la mayoría de la jurisprudencia que su configuración se dio, por excelencia, en la retoma del Palacio de Justicia, por cuanto su ingreso implicó un uso de la fuerza desproporcionado que repercutió en el desconocimiento del secuestrador y del rehén, quienes “no alcanzaron a impedir el uso exagerado e irresponsable de las armas oficiales”, dado que “el pie de fuerza fue sin duda numeroso, el armamento fue de gran poder destructivo” (Sentencia 9276 de 1994). Este hecho fue también evidenciado a posterioridad con ese “espacio en blanco” respecto al destino real de los sobrevivientes²⁴ de la toma que fueron recluidos en la Casa del Florero. Sin embargo, cabe resaltar que en el trascendental fallo de 1983 podría alegarse esta falla como principal en la ejecución arbitraria del estudiante Rubiano Alfonso.

Resulta curioso que los fallos emitidos a posterioridad de 1990 no tuvieran en cuenta el emergente test de conexidad abordado por primera vez por el Consejo de Estado en Providencia 5998 de 1990, del c. p. Gustavo de Greiff, en el cual se hace delimitación de la responsabilidad del funcionario para estimar si la falla realmente es de la institución o si, en cambio, es responsabilidad personal del agente por cuanto actúa con dolo o culpa grave, determinantes también para una eventual acción de repetición. Para esbozar el análisis de la responsabilidad del funcionario, se remiten a la doctrina francesa del nexo causal²⁵ en función de determinar la responsabilidad del Estado a partir de la exteriorización de una conducta con los instrumentos del servicio, en el marco del servicio y dentro de los ámbitos operacionales²⁶ o en las instalaciones mismas de la Fuerza Pública; elementos que se vuelven determinantes para apreciar un primitivo estudio del test instrumental, funcional y espacial, propios del test de conexidad. Sin embargo, del análisis realizado a las providencias donde se condena al Estado bajo la figura de la falla presunta (las cuales resultan ser la mayoría de las providencias), se deriva que no se torna requisito el análisis de los hechos a partir de la utilización de esta figura; pareciera que el despliegue de la conducta que implique la utilización de un arma del servicio como elemento determinante en el fallecimiento del capturado es elemento suficiente para desatar el examen de

angustiosas del Presidente de la Corte Suprema de Justicia [énfasis del autor]” (Fallo 9276 de 1994, c. p. Daniel Suárez Hernández).

- 24 Como se observa en Sentencia 8910 de 1994, la conducta fue una flagrante violación al Protocolo III del Convenio de Ginebra, ya que las actuaciones fueron por excelencia castrenses, careciendo de sustento jurídico alguno, al tiempo que se determinó la creación de unas fosas comunes por el Juez Penal 78, desatando desorden y caos en el tratamiento de civiles y prisioneros, en algún momento no distinguibles.
- 25 Se realizan las siguientes preguntas bajo las respuestas “sí” o “no”: 1) ¿aconteció el hecho en horarios del servicio?; 2) ¿aconteció el perjuicio en horarios del servicio?; 3) ¿aconteció el hecho con instrumentos del servicio?; 4) ¿el agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio?; 5) ¿el agente actuó bajo impulso del servicio?
- 26 “En otros términos, lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo [...] aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente de un funcionamiento anormal del servicio público”.

la conducta desde la falla del servicio presunta, con lo cual la carga probatoria quedaba en su mayoría relegada a la Fuerza Pública. Por ende, el test de conexión resultaría inane para el análisis cuando reiteradamente la jurisprudencia ya admitía y determinaba el examen de la conducta a partir de esta figura jurídica.

Depósito necesario. Esta fue la primera consideración hecha por el Consejo de Estado respecto a la responsabilidad que le correspondía a los establecimientos carcelarios y a sus funcionarios respecto a las condiciones en las que ingresaba el reo, y su postura fue adoptada por cuanto resultaba más favorable a las condiciones probatorias de las cuales tenía acceso la víctima²⁷. En este caso, el asunto es desvirtuado a partir de las sentencias 5187 de 1988 y 9003 de 1994, por cuanto esta responsabilidad de resultado, consistente en devolver al reo en las mismas condiciones que ingresaba, no podía apreciarse desde una mera perspectiva contractual en el entendido de que se configura una responsabilidad de resultado a partir del deber de acatamiento de unas preceptivas constitucionales. Es entonces el lleno de los deberes y el acceso a mecanismos de defensa los que se ven sobrepasados por los deseos de “revancha” que terminan opacando el correcto actuar militar en el deber de custodia y de acceso a los mecanismos jurídicos para determinar por vía judicial la pertenencia o no a un grupo armado organizado.

Respecto a los supuestos de hecho bajo los cuales se configura la responsabilidad del Estado y, por ende, se genera una condena a este bajo la figura de la falla del servicio, se aprecian los siguientes elementos que se desprenden del articulado argumentativo de las sentencias:

1) **Existencia de una planeación criminal previa.** Este elemento logra destacarse de sentencias posteriores en las que se aborda el concepto de

27 Expediente 2750 del 21 de agosto de 1981, C. P. Jorge Valencia Arango: “Pedir prueba directa de los hechos en que un ciudadano resulta sacrificado por miembros de las fuerzas armadas, en despoblado, sería ciertamente exigir la prueba imposible o pretender que tales victimarios dejen testimonio escrito de sus reatos o inviten a extraños como testigos de tales hechos o, en fin, confiesen sus crímenes. Lo anterior obliga a la Sala a buscar, con los principios científicos de la prueba y aquellos tutelares del derecho a la vida, el más fundamental de los derechos humanos, el camino de la prueba indiciaria” (p. 6). [...] “El depósito necesario de personas [...] es el que se configura en el momento en que las autoridades de la República, como personeras de la Nación, capturan al ciudadano y lo ponen, contra su voluntad y la de sus parientes y amigos, bajo su guarda y vigilancia, para los efectos legales pertinentes, convirtiéndose los captores y guardadores en el depositario que debe responder —con obligación de resultado del supremo bien de la vida—, para cuya garantía están instituidas esas autoridades de la República” (p. 9).

“falso positivo”; sin embargo, en Sentencia 9833 de 1996, el Consejo de Estado aborda la planeación criminal en el desaparecimiento de un testigo de un asesinato cometido por un miembro de la Policía Nacional sin que necesariamente exista mención al término; el despliegue de un plan criminal previamente planificado es impuesto como una herramienta de control y de silenciamiento. Por otro lado, si bien no es un elemento expreso, puede observarse, en el “plan limpieza” de Fusagasugá, la existencia de una ideación criminal entre el gobierno municipal y la Fuerza Pública.

- 2) **Falsa atribución jurisdiccional.** La Fuerza Pública que tenía conocimiento primario de algún incidente que implicara sospecha sobre alguna persona con vínculo alguno a un grupo insurgente desataba en los primeros respondientes una actitud de juez. Su actitud era completamente ilegítima, desarraigada de su marco funcional y completamente violatoria de las garantías jurídicas de defensa y notificación a sus cercanos, aun cuando estas actividades ya habían sido demeritadas desde la supresión del Estatuto de Seguridad en 1982 por el Ejecutivo a consecuencia de la presión social ejercida por los sectores (Archila, 2002).
- 3) **Brutalidad y uso desmedido de la fuerza.** Es difícil determinar las causas internas que desatan en esta primera etapa la supresión de la vida del retenido. Advierte la Sentencia 5187 de 1988 que todo se motiva en un “sentimiento de revancha”; advierten otras sentencias más adelante que todo se debe a una aplicación errónea de la defensa de la soberanía²⁸. No obstante, recuerda el Consejo de Estado que nada puede primar sobre la integridad de la persona, ya que esto supondría la vieja concepción de la irresponsabilidad del Estado²⁹, perspectiva propia de los Estados absolutistas y, por ende, contraria a los fines del actual Estado. Viene entonces a distinguir la Sentencia 9077 de 1995 que la Fuerza Pública no puede actuar con desborde respecto a sus deberes a partir de la utilización de medios ilegítimos.
- 4) **Desaparición y legalización del actuar.** Lo que procede al fallecimiento de la víctima a consecuencia de la desmedida actuación es su desaparición o la inexistencia de claridad respecto a las circunstancias del deceso. Si bien en esta primera etapa, en la mayoría de los casos, no logra determinarse el paradero final del desaparecido, en algunos casos se observa que la justificación posterior al fallecimiento es la atribución de pertenencia a algún grupo al margen de la ley y la necesidad de desarrollar un juicio o una acción

28 Consejo de Estado, sección Segunda, sentencias 11781 y 12283 de 1997, C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

29 Como se observa en el Fallo 11377 de 1997, el concepto de soberanía difiere del de responsabilidad porque el primero responde a la potestad que tiene un Estado de crear derecho, sujeto en la modernidad al concepto de “social” y “de derecho”, indicando límites en la voluntad de los ciudadanos, en tanto la segunda refiere al deber de responder ante un daño cometido.

en respuesta a una actitud “violenta” por parte del capturado. Al respecto, el Consejo de Estado, en Providencia 11600 de 1997, indica que incluso los actores armados gozan de garantías con el fin de proteger su integridad y asegurar un debido proceso.

- 5) **Ausencia de registros.** La falsa atribución jurisdiccional y el despliegue de conductas ajenas a su marco de servicios implicaban, por ende, la ausencia de un registro fidedigno de procedimientos que demostrarían el bienestar físico y el pleno de las garantías judiciales para la persona que era retenida o enjuiciada *in situ*³⁰.
6. **Consolidación de prueba indiciaria.** Se encuentra una tesis, una regla de derecho determinada para la apreciación probatoria, la cual es sentada por la Sentencia 8120 de 1993 del C. P. Julio César Uribe: “Cuando dentro del informativo hay un principio de prueba de los hechos, ella puede completarse con los indicios que surjan de los testimonios no ratificados”. La ausencia de registros sobre el estado de ingreso, los procedimientos internos y el momento de salida se constituyen como prueba indiciaria en contra de la institución que realiza el procedimiento. Asimismo, ante la ausencia de prueba contundente respecto al buen trato al sospechoso, los relatos de los testigos *in situ* de un hecho y el padecimiento de los familiares de una víctima —los cuales hacen que salga en su búsqueda³¹—, hacen que en su apreciación conjunta al hecho determinante se constituyan estos también como prueba indiciaria a favor de la víctima³².

En el Fallo 11940 del 19 de abril del 2001, C. P. Alier Eduardo Hernández, se condenaría al Estado por el asesinato de los hermanos Zambrano Cifuentes bajo alegaciones de que estos habían accionado armas de fuego en contra de la Fuerza Pública, y que ellos, entendiendo el contexto de la situación de orden público por las amenazas de la guerrilla del ELN, no tuvieron otra forma de responder salvo con la defensa de su propio bienestar, dando de baja a los agresores (pp. 5-20); sin embargo, las pruebas recopiladas demostraron que estos hermanos fueron retenidos injustamente, y bajo motivos desconocidos, torturados y eje-

- 30 Si bien no hay mención expresa en todas las sentencias, es la inquietud y la zozobra sobre lo desarrollado durante la custodia o captura de la víctima lo que permite entender que en todos los fallos se da la inexistencia de registros.
- 31 “La conducta del padre del desaparecido Ruentes Mejía, desplegada desde la primera hora del día siguiente a su ‘liberación’, recorriendo poblaciones e indagando por su hijo sin respuesta y sin noticia alguna, junto con los demás elementos del proceso, conduce a la verdad jurídica consistente en que el desaparecido comenzó esta desesperante condición, bajo la responsabilidad de quien lo retuvo y no dio explicación exacta sobre su liberación” (Sentencia 10203 de 1995).
- 32 Como se observa con especial trascendencia en fallos 9276 y 9755 de 1994, y 10941 de 1995, relativos a la toma del Palacio de Justicia, en los cuales la consolidación de esta prueba parte de la recopilación de testimonios de sobrevivientes; así como en el Fallo 10203 de 1995.

cutados, intentando ser expuestos como bajas subversivas³³. Posteriormente, en el 2004, el Consejo de Estado utilizaría el término “falso positivo” respecto a la consolidación de pruebas que se obtienen bajo una falsa apreciación probatoria, cuyos resultados de su estudio hacen determinarlas como pruebas que arrojan un resultado positivo cuando ello es falso³⁴.

Para el 2005, se condena al Estado por falla del servicio, en Sentencia 15129 del 9 de junio del 2005, c. p. Ruth Stella Correa, como consecuencia del asesinato de Edilberto Soto, a quien acusaron de pertenecer al ELN (pp. 8-9), y en cuyo análisis esbozado por el tribunal (confirmado por la sala) aplicaba la presunción de falla por la utilización de armas del Estado (p. 4). Sin embargo, ante la repetición de estos hechos, sería en Sentencia 18475 del 2006, c. p. Ruth Stella Correa, que se vendría a reconocer la ocurrencia de un hecho constitutivo y por primera vez formalmente llamado “falso positivo”, acontecido el 9 de abril de 1995 en Chigorodó, Antioquia, por el asesinato de Víctor Hugo Macía por efectivos de la XVII Brigada del Ejército, quienes, tras atribuirse potestades jurisdiccionales en el marco de la orden de operaciones fragmentadas n.º 039 Coral, lo trajeron de la zona y posteriormente lo asesinaron, atribuyéndole la responsabilidad por efectuar una acción a riesgo propio como lo sería enfrentarse a la Fuerza Pública³⁵.

El contexto de operatividad militar dentro del nuevo marco operacional conocido como “Seguridad Democrática” daría nacimiento a la utilización del término “falso positivo” con el concepto que extraemos del Informe Intermedio del 2012 de la Corte Penal Internacional:

Ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas públicas para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate [...] reportados como guerrilleros muertos en combate tras alteraciones de la escena del crimen, [...] cometidos por miembros de las fuerzas armadas, operando a veces con paramilitares y civiles como parte de un ataque dirigido contra civiles en varias partes de Colombia. En algunos casos, las ejecuciones estuvieron precedidas por detenciones arbitrarias, tortura y otras formas de malos tratos. (p. 29, par. 93)

33 “Fueron retenidos arbitrariamente, torturados y luego asesinados por miembros del Ejército Nacional, quienes utilizaron, para ello, armas de dotación oficial y otros elementos contundentes; posteriormente trataron de justificar su conducta afirmando que sus víctimas, integrantes de un grupo subversivo, los habían atacado con armas de fuego” (p. 23).

34 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14672 del 2004, c. p. María Elena Giraldo.

35 La misión del operativo era adelantar “operaciones ofensivas de contraguerrilla en registro y control militar en el área, desde las instalaciones del batallón, siguiendo la ruta Carepa-Chigorodó-El Tigre-Guapa, hasta Guapacito, con el fin de neutralizar actividades subversivas por parte de bandoleros de la V cuadrilla de las FARC y así garantizar la tranquilidad de la ciudadanía en la región, mediante la retención o aprehensión de bandoleros que delinquen en la jurisdicción para ponerlos a disposición de la Fiscalía Delegada en Carepa [énfasis del autor]”.

Hecha esta delimitación conceptual, tenemos que el hecho de que estas ejecuciones extrajudiciales efectuadas por efectivos del Estado se consideren falsos positivos ocurre por ser falsos resultados atribuibles a un correcto ejercicio de soberanía y defensa por parte de la Fuerza Pública, lo cual desemboca con la presunta baja de los efectivos guerrilleros que agredieron a las fuerzas del Estado. Sin embargo, como indicaría el Fallo 52892 del 2015, c. p. Jaime Orlando Santofimio, las obligaciones positivas del Ejército, aun en estado de guerra, no suspenden ni justifican la vulneración a las garantías de los ciudadanos ni el incumplimiento de los deberes de la Fuerza Pública, ni mucho menos son excusa para instrumentalizar las vidas humanas como elementos determinantes de victorias operativas.

Mientras algunos teóricos argumentan la existencia del término “falso positivo” en organizaciones internacionales³⁶, o atribuyen el conocimiento público de estos a partir del caso de Las Madres de Soacha, la trascendencia de esta provisión del 2006 radica en ser esta la sentencia hito en todas las instituciones y cortes colombianas, al utilizar el término “falso positivo” dentro del marco de actuaciones irregulares e ilegítimas en el contexto del conflicto armado interno. Asimismo, pese a tener este título rector, su contenido no difiere respecto a las líneas argumentativas esbozadas por el Consejo de Estado en los fallos Zambrano y Soto, pero respecto al asunto de las ejecuciones extrajudiciales se encuentran también similitudes salvo la existencia de una inconsistencia respecto a la calidad que el Ejército le atribuye a la víctima: a diferencia del falso positivo, se deja de presente la sospecha de pertenencia a un grupo subversivo, pero, no obstante, se justifica la ejecución argumentando defensa propia, como se observa con las excusas esgrimidas en sentencias 5187 de 1988, 9000 de 1996, 11600 de 1997 y 5187 de 1998 del Consejo de Estado en Sección Tercera.

CONCLUSIÓN

Hechas estas exposiciones, emerge la conclusión de que la primera Alta Corte en hacer una aproximación a las ejecuciones extrajudiciales fue el Consejo de Estado en 1979, y que no siendo suficiente con la condena al Estado, en 1983 efectuó un preciso juicio de reproche a los desviados actos de poder de la Fuerza Pública. Respecto a la probabilidad de que el Consejo de Estado haya estado frente a la existencia de unos hechos constitutivos como falsos positivos sin que estos se categorizaran como tales, no es acertado apresurarse a responder afirmativamente puesto que, como dilucida el mismo Consejo en Sentencia 10626 de 1998, no siempre toda clase de hecho que se constituya dentro del marco de las actuaciones institucionales de la Fuerza Pública puede llegar a considerarse

36 Como advierte el FIDH (2012) respecto a la visita a Colombia de Philip Alston, Relator Especial de Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales en el 2009

exclusivamente responsabilidad de ellos³⁷, recordando así la existencia de los factores funcionales y personales para la determinación del servicio³⁸. Sin embargo, se considera que los presupuestos motores para la determinación de la falla del servicio logran tener consigo un conjunto de elementos comunes tales como las falsas atribuciones jurisdiccionales, el uso excesivo de la fuerza, la imposibilidad de acceder a mecanismos de defensa y una relativa desaparición o justificación del actuar, haciendo que exista la remota probabilidad de responder acertadamente a este cuestionamiento.

Es en este punto donde, al igual que Julieta Lemaitre (2009) en su obra *El derecho como conjuro*, se utilizará la frase “el derecho como forma de resistencia simbólica a la violencia”, porque es por medio del reconocimiento legal de un conflicto incesante —que siempre ha menoscabado a la población civil— que verdaderamente nace el reconocimiento de una situación que se escapa de la voluntad de unificación y cambio. Así pues, pese a la creación de leyes como la 1424 del 2010 (verdad y memoria histórica), 1448 del 2011 (reconocimiento y apoyo a las víctimas) o 1957 del 2019 (no repetición y fortalecimiento penal), la problemática del conflicto armado pareciera lentamente ir creando una vez más una nueva zozobra con el asesinato —ahora frecuentado— de líderes sociales, equiparable al fantasma que acompañó a Colombia entre 1974 y 1982. Sin embargo, “ello no quiere decir que no exista el derecho o que éste no tenga validez, sino que se convierte también en parte de un *proyecto político utópico de construcción de una nación* como en las etapas revolucionarias” (Lemaitre, 2009, p. 377).

REFERENCIAS

- Archila, M. (2000). Las luchas sociales del post-Frente Nacional. *Controversia*, 176, 9-38.
- Appy, C. (1995). *Working Class War*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Atehortúa, A. y Rojas, D. (2008). El narcotráfico en Colombia: pioneros y capos. *Historia y Espacio*, 4(31).

37 C. P. Ricardo Hoyos Duque: “No hay condena por falla del servicio por cuanto los indicios no fueron claros para demostrar la causación de la desaparición en manos de la fuerza pública” (pp. 16-22).

38 De conformidad a la Sentencia C-533 del 2008, M. P. Clara Inés Vargas, aun siendo desplegada una conducta en el marco del servicio, es el despliegue de actividades que son reprochables y repudiables a la utilización de medios legítimos para alcanzar un objetivo los que rompen la posibilidad de que un asunto sea dirimido ante la jurisdicción penal militar, por ejemplo, el asesinato de un civil sin relación alguna a los grupos armados organizados (GAO) para atribuir su muerte como ejercicio legítimo de defensa y soberanía.

- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2013a). *La política de reforma agraria y tierras en Colombia: esbozo de una memoria institucional*. Bogotá: CNMH.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2013b). ¡Basta Ya! Colombia; Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: CNMH
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2014). *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013*. Bogotá: CNMH
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2018). *Paramilitarismo: balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Bogotá: CNMH
- Cepeda, I. (2006). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica. *Revista CEJIL*, 2, 101-112.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1981). Derecho a la vida. <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Capitulo2.htm>
- Corte Penal Internacional. (2012). *Situación en Colombia; Reporte Intermedio. Oficina del Fiscal*. <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivo del Reporte Intermed.PDF>
- Evans, M. (2009). *Bodycount Mentalities; Colombia's False Positives Scandal, Declassified*. <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB266/index.htm>
- Fundación Ideas por la Paz (FIP). (2013). *Narcotráfico: génesis de los paramilitares y Herencia de Bandas Criminales* [Informe FIP n.º 19]. https://www.researchgate.net/publication/31755122_Narcotrafico_genesis_de_los_paramilitares_y_herencia_de_bandas_criminales
- Ferro Medina Juan Guillermo y Uribe Ramón Graciela (2002) *El orden de la guerra, las Farc- ep: entre la organización y la política*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano, CEJA. 2002
- Giraldo, J. (2003). *Miradas desveladas sobre la guerra interna*. <https://www.javiergiraldo.org/spip.php?article17>
- Henderson, J. (2012). *Víctima de la globalización: la historia de cómo el narcotráfico destruyó la paz en Colombia*. Bogotá: Siglo XXI Editores.
- Hobsbawm, E. (1983). *Rebeldes primitivos*. Barcelona: Ariel.

- Human Rights Watch (1998). *Informe anual de 1997: Colombia*. https://www.hrw.org/legacy/spanish/inf_anual/1998/colombia.html
- Jiménez, C. (2009). El Estatuto de Seguridad, la aplicabilidad de la doctrina de la Seguridad Nacional en Colombia. *Colección*, 20, 75-105.
- Kosc, G., Juncker, C., Monteith, S., Meigs, M. y Waldschmidt-Nelson, B. (2013). *The Transatlantic sixties; Europe and the United States in Counter-culture Decade*. Washington: Transcript Verlag Editors.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Meigs, M. (2013). Body Counts and Memorials: The Unexpected Effect of the Vietnam Veterans Memorial as a Model of Memory. En G. Kosc, C. Juncker, S. Monteith y B. Waldschmidt-Nelson, *The Transatlantic Sixties: Europe and the United States in the Counter-culture Decade* (pp. 31-65). Washington: Transcript Verlag Editors.
- Medina, C. (2012). Mafia y narcotráfico en Colombia; elementos para un estudio comparado. En *El prisma de las seguridades en América Latina* (pp. 139-179). Buenos Aires: Clacso.
- Olave, G. (2013). El eterno retorno de Marquetalia; sobre el mito fundacional de las FARC-EP. *Folios*, 37, 149-166.
- Orozco, I. (1990). Los diálogos con el narcotráfico: historia de la transformación fallida de un delincuente común en un delincuente político. *Análisis Político*, 11, 28-59.
- Peña, V. y Ochoa, J. (2008). Puerto Boyacá en los orígenes del paramilitarismo. *Derecho y Realidad - UPTC*, 12, 246-280.
- Peraza, H. (2015). *Orígenes de la guerrilla; primera parte, 1900-1920*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Ramírez, P. (2010). El reclutamiento de menores en el conflicto armado colombiano; aproximación al crimen de guerra. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 31(90), 115-136.
- Reyes Morris, V. (2008). Anomia y criminalidad: un recorrido a través del desarrollo conceptual del término 'anomia'. *Revista Criminalidad*, 50(1), 319-332.

Rivas, P. y Rey, P. (2008). Las Autodefensas y el Paramilitarismo en Colombia (1964-2006). *Confines*, 4, 43-52.

Romero, M. (2009). *Paramilitares y Autodefensas 1982-2003*. Bogotá: Editorial Planeta.

Rojas, J., Piraquive, H., Arango, D., Sequera, N., Guevara, J. y Pantoja, Y. (2017). *Fuerzas Militares de Colombia; Ejército Nacional v División y el conflicto armado en las regiones*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Vidas Silenciadas (s. f.). Víctima 2501: Ana Francisca Rodríguez de Castro. <https://vidassilenciadas.org/victimas/2501>

Jurisprudencia consultada

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 2155 del 22 de noviembre de 1975. c. p. Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 2750 del 25 de agosto de 1981. c. p. Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 2948 del 16 de septiembre de 1983, del c. p. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 5187 del 6 de diciembre de 1988. c. p. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 5398 del 18 de junio de 1992. c. p. Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 5998 del 17 de julio de 1992. c. p. Gustavo de Greiff.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 7863 del 22 de octubre de 1993. c. p. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 8222 del 19 de agosto de 1994. c. p. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 8910 del 13 de octubre de 1994. c. p. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 9003 del 25 de noviembre de 1994. c. p. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 9276 del 19 de agosto de 1994. c. p. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 9557 del 13 de octubre de 1994. c. p. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 9077 del 12 de julio de 1995. c. p. Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 10203 del 29 de junio de 1995. c. p. Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 10941 del 06 de septiembre de 1995 c. p. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 9000 del 18 de enero de 1996. c. p. Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 9833 del 1 de marzo de 1996. c. p. Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 10241 del 17 de octubre de 1996. c. p. Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 10806 del 29 de agosto de 1996. c. p. Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 11798 del 02 de diciembre de 1996. c. p. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 11600 del 11 de septiembre de 1997. c. p. Jesús María Carillo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 10626 del 13 de agosto de 1998. c. p. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 11940 del 19 de abril del 2001. c. p. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 14672 del 17 de junio del 2004. c. p. María Elena Giraldo.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 15129 del 9 de junio del 2005. c. p. Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 18475 del 2006. c. p. Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 44333 del 09 de julio del 2014. c. p. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera. Sentencia 52892 del 07 de septiembre del 2015. c. p. Jaime Orlando Santofimio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-317 del 02 de mayo del 2002. M. p. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-533 del 28 de mayo del 2008. M. p. Clara Inés Vargas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 15 de septiembre del 2005, serie C n.º 134. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia (Fondo)*. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf

Inteligencia artificial en el proceso penal: análisis a la luz del Fiscal Watson*

Artificial intelligence in the criminal process: analysis in the light of Prosecutor Watson

*Liced Morales Higuita***, *Santiago Agudelo Londoño****,

*Mariana Montoya Raigosa*****, *Ana María Montoya Vidales******

Fecha de Recepción: 6 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2021

RESUMEN

El funcionamiento de la inteligencia artificial (IA) es desconocido por la mayoría de los operadores jurídicos. Aunque no parezca muy relevante conocer cómo funciona un computador a efectos de implementar su uso, sí resulta determinante develar cómo funcionan los algoritmos que sirven de apoyo al juez para tomar una decisión. En el proceso penal resulta decisivo investigar sobre los algoritmos aparentemente neutrales que permiten el funcionamiento de la IA; esto, en virtud de que la persecución penal es por naturaleza sesgada, por lo que un algoritmo corre el riesgo de

automatizar dichos sesgos y producir sentencias masificadas regidas por probabilidades. El Fiscal Watson emplea una pequeña porción de la información de los delitos reportados, para arrojar una probabilidad de que alguien en concreto pueda ser responsable penalmente. Al ser una herramienta patentada por una compañía privada, una persona tendrá muy pocas probabilidades de controvertir el porcentaje arrojado por el algoritmo.

Palabras clave: Fiscal Watson, heurísticos, inteligencia artificial, presunción de inocencia, sesgo de veracidad.

* Este artículo es producto de una investigación en derecho procesal correspondiente al Semillero de Derecho Procesal de la Corporación Universitaria Lasallista. Directora de investigación: Ana María López Pinilla. Coinvestigadores: Santiago Agudelo Londoño, Mariana Montoya Raigosa, Ana María Montoya Vidales y Liced Morales Higuita. Investigación terminada el 20 de julio de 2020.

** Estudiante de Derecho y miembros del Semillero en Derecho Procesal de la Corporación Universitaria Lasallista. limorales@ulasallista.edu.co

*** Estudiante de Derecho y miembros del Semillero en Derecho Procesal de la Corporación Universitaria Lasallista saagudelo@ulasallista.edu.co

**** Estudiante de Derecho y miembros del Semillero en Derecho Procesal de la Corporación Universitaria Lasallista, anamontoya@ulasallista.edu.co

***** Estudiante de Derecho y miembros del Semillero en Derecho Procesal de la Corporación Universitaria Lasallista, mamontoya@ulasallista.edu.co

ABSTRACT

The way the Artificial Intelligence (AI) works is unknown by most of legal practitioners. Even if it does not seem very relevant to know how a computer works in order to use it, it is decisive to disclose how the algorithms that support judicial decisions works. In the Criminal Procedure it is decisive to investigate about the apparently neutral algorithms that allows the functioning of the AI; this is because criminal procedure is by nature biased, in consequence, an algorithm has the risk of automatize those biases and

produce mass sentences ruled mainly by probabilities. IBM Watson uses a small portion of the information on reported crimes to produce a result of probability that someone may be the author of the felony. As it is a patented tool by a private company, a person will have very little probabilities of complain the probability thrown by the algorithm against his innocence.

Keywords: *IBM Watson, Confirmation Bias, heuristics, Artificial Intelligence, Presumption of Innocence.*

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se valora la inteligencia artificial (en adelante IA) porque se piensa que alcanzará grandes logros, permitirá la vida en Marte o la prolongará ilimitadamente; sin embargo, hay poca conciencia del impacto de la IA hoy, tanto así que, estando en la cuarta revolución, no se sabe que un algoritmo podría decidir sobre la división de los bienes tras un divorcio o enviar a alguien a la cárcel.

El avance de la IA inspira cada vez más a las personas a confiar en las bondades que esta trae consigo, pues ayuda a solventar diversas necesidades, incluyendo las jurídicas, aunque sin considerar los riesgos que vienen aparejados. Por su parte, el derecho ha sido, por autonomía, una práctica humana en la que la labor del juez se erige como un pilar fundamental. La tradicional ciencia jurídica se ha encargado arduamente de dilucidar cómo razona y cómo debe razonar un juez para que sus decisiones sean la más exigua muestra del derecho; no obstante, el uso de la IA puede suponer un cambio radical en la forma en la que funcionan los procesos.

La IA supone retos y trae consigo riesgos a los derechos fundamentales. Su uso indiscriminado puede conducir a sentencias injustas o ilegítimas e inclusive puede conllevar la fosilización del derecho. Sin embargo, resulta iluso rechazar el uso de la IA cuando ya está instalada en la cotidianidad y el proceso judicial.

Este artículo se ocupará de analizar el impacto que podría tener la implementación masiva y sistemática de algoritmos patentados en el proceso penal, como es el caso del algoritmo de IBM Watson. Una apresurada implementación de esta tecnología puede fácilmente justificarse bajo la necesidad de economía procesal y de necesidad de una justicia pronta; no obstante, la rapidez de estas sentencias va en desmedro de su calidad.

Se puede evidenciar, a partir del caso Watson, cómo la práctica del derecho no escapa al estudio de los algoritmos, pues pronto la contraparte en un proceso podrá convertirse en una compleja aplicación altamente tecnificada, que no solo tiene una mejor memoria y capacidad de procesamiento de datos, sino que además goza de la presunción de veracidad derivada de ser una prueba científica.

2. DEFINICIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Definir la IA supone un gran reto puesto que no hay consenso respecto al concepto de *inteligencia*. Entre las teorías más recurrentes se encuentra la triárquica de la inteligencia, desarrollada por el psicólogo estadounidense

Robert J. Sternberg (1985) y que recibe dicho nombre por la consideración del autor de tres tipos de inteligencia. En primer lugar, está la inteligencia analítica o componencial: se trata de la capacidad de captar, almacenar, modificar y trabajar con la información. En segundo lugar, se encuentra la inteligencia práctica o contextual: hace referencia a la capacidad de aquellos seres humanos que se adaptan fácilmente al entorno en el que habitan. Por último, se habla de inteligencia creativa o experiencial: se refiere a la habilidad que nos permite aprender a partir de la experiencia.

Siguiendo esta clasificación, se pueden esbozar tres tipos de IA. En primer lugar, la IA débil: aquella que resuelve problemas definidos con variables definidas; un ejemplo de esta es Deep Blue¹. En segundo lugar, la IA general: permite resolver tareas intelectuales por cualquier ser humano, es capaz de crear juicios y razonar; este tipo de inteligencia supera el Test de Turing²; por último, la IA fuerte: aquella que tiene conciencia de sí misma; no solo realiza procesos cognitivos, sino que puede aprender, resolver problemas, hacer juicios y tener conciencia propia; en la actualidad, este tipo de IA no existe por sus avanzadas características y solo puede encontrarse en el campo de la ciencia ficción.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ACOMPAÑAMIENTO AL JUEZ

El uso de la IA se ha hecho paulatinamente mayor conforme han avanzado las tecnologías, aunque solo hasta ahora, con ocasión a la Emergencia Sanitaria³, la administración de justicia se ha visto abocada a incursionar abruptamente en la utilización de IA para continuar con la prestación de sus servicios. A continuación, se exponen algunos ejemplos que ilustran la presencia de la IA en el derecho, tanto a nivel judicial como extrajudicial.

La incorporación de la IA en la administración de justicia comenzó poco a poco a través del uso de herramientas tecnológicas muy básicas (como los simples buscadores de jurisprudencia), llegando hasta la estandarización de condenas por medio de asistentes artificiales o la toma de decisiones por parte de algoritmos. Es el caso de China, donde funciona *Xiao Fa*, un asistente artificial que, traducido, significa “derecho pequeñito”. “El primer piloto fue testado en el año 2004 en Shandong en temas penales. El sistema se diseñó para analizar

- 1 Es un ordenador de IBM que en 1997 logró vencer al campeón mundial de ajedrez después de un juego de seis partidos: dos victorias para IBM, uno para el campeón y tres empates.
- 2 Es una prueba de la habilidad de una máquina para exhibir un comportamiento inteligente similar al de un ser humano, de tal manera que, interactuando con ella en una conversación, alguien pueda determinar si su interlocutor es una máquina o una persona. Si luego de 5 minutos de conversación (el experimento original está pensado para conversaciones de texto) el humano no puede decir con certeza si su interlocutor es una máquina o una persona, la máquina aprobó el test.
- 3 Dispuesto en Colombia inicialmente por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

100 crímenes y la idea era estandarizar condenas y generar automáticamente borradores de sentencias". Esto dio paso a la creación del "primer tribunal virtual o cibernético que se estableció en la ciudad china de Hangzhou en agosto de 2017. Después se abrieron salas similares en Pekín y Guangzhou. Estos llamados tribunales de internet son competentes para determinados asuntos relativos a las operaciones en red, comercio electrónico y propiedad intelectual" (The Technolawgist, 2020).

La intervención de la IA no se presenta solo como una IA débil que recopila información, sino que actualmente pueden encontrarse sistemas que apoyan al juez para dictar sentencia, o que ayudan a resolver un conflicto en el marco del escenario extrajudicial. En Estonia se han implementado pruebas piloto con jueces robot en procesos cuya cuantía no supera los 7000 euros. Su propósito es simplificar los servicios ofrecidos a la población. El gran reto que supone es lograr la aceptación de los usuarios, que creen que la calidad del servicio se reduciría si fuera prestado con ayuda de IA. Para estas pruebas, las partes aportarán los documentos requeridos en la plataforma y la IA decidirá sobre el caso. Es de resaltar la presencia humana en este proceso, pues la intervención de la IA no es absoluta, ya que su decisión estará sometida a revisión por un juez humano (The Technolawgist, 2019).

4. DIFERENCIAS EN LA TOMA DE DECISIONES DENTRO DE UN PROCESO PENAL CON PRESENCIA DE IA A LA LUZ DEL FISCAL WATSON

Actualmente en Colombia no existe una herramienta que sustituya al juez en la labor de tomar una decisión; la tarea de condenar o absolver a una persona en un proceso penal es una cuestión principalmente humana. A pesar de ello, no se puede desconocer que la injerencia de la IA puede resultar decisiva a la hora de fallar. La IA goza de una presunción de legitimidad que viene dada por la confianza en el método científico y en los resultados obtenidos a través de la razón.

No se desconoce que una prueba científica, en la mayoría de los casos, resulta más idónea para probar un hecho y disminuir el error⁴. Este caso supone una optimización del sistema judicial: a la vez que disminuye el riesgo de error, aumenta la eficiencia procesal. Por su parte, el proceso penal se ha visto altamente impactado por la incursión de la tecnología. El papel de la IA varía según

4 Esto se puede ver con el cambio de paradigma procesal que supuso la incorporación de la prueba de ADN en los procesos de filiación. Antes de la existencia de esta prueba, la filiación se determinaba principalmente a partir de los testimonios y de los indicios que llevaban a inferir que una persona era hija de otra.

el momento procesal al que se haga referencia, pudiéndose distinguir, *grosso modo*, el panorama que se expone a continuación.

4.1. La IA en la investigación de los hechos

La idea de que todos los delitos dejan una huella y que es posible rastrearla a partir de métodos científicos ha nutrido la literatura y la imaginación forense⁵, a la vez que ha demandado el uso de las nuevas tecnologías; esto ha convertido la ciencia forense en un laboratorio científico.

El uso de la tecnología en la fase de investigación es en principio de gran ayuda, pues hace posible identificar un mayor número de elementos materiales probatorios, procesarlos y almacenarlos para su posterior utilización. Estos métodos de investigación no son exclusivos de las fases preliminares de la investigación. Uno de los mayores impactos del uso de la tecnología está en el derecho penal con el Proyecto Inocencia, fundado en 1992 para asistir a personas erróneamente condenadas y demostrar su inocencia con el uso de la tecnología del ADN. En el periodo comprendido entre 1989 y 2014, se documentaron 365 casos de exoneraciones por exámenes de ADN, incluyendo 20 casos de personas condenadas a pena de muerte. De esas cifras, se tiene que el 25% había aceptado su responsabilidad y al 11% realizaron allanamientos. Inclusive, esta tecnología ha ayudado a descubrir la verdad aun después de haber sido condenados a pena de muerte (The Innocence Project, s.f.).

En un sistema penal que privilegió el eficientismo de las sentencias obtenidas vía preacuerdos o allanamientos, la incorporación de la tecnología puede resultar determinante, especialmente porque permitiría fácilmente sustentar una sentencia y disminuiría las posibilidades de que un indiciado acuda fácilmente a los recursos tecnológicos para oponerse al valor suvisorio de la prueba científica.

Otro ejemplo de lo anterior es Crime Center, un *software* diseñado para la policía de Estados Unidos que permite organizar un equipo de trabajo, asignando a cada funcionario una tarea de investigación que irá reportando a medida que la va cumpliendo. A su vez, toda la información se va centrando en una base de datos, la cual puede ir alimentándose con información de otras bases de datos que resulten relevantes para la investigación: por ejemplo, infracciones de tránsito, antecedentes penales, titularidad de un vehículo, entre otros (Crime Center Software, s. f.).

5 Esta situación puede ilustrarse con el llamado “efecto CSI”, en virtud del cual se espera de la investigación que haga uso de las herramientas de última tecnología disponible; a la vez que se aumenta la creencia en los postulados que son obtenidos a través de estos métodos (Goodman-Delahunty y Tait, 2016).

El IBM's Watson Debater es una herramienta a la que se le plantea un tema de debate; en respueta, analiza los textos disponibles en la web sobre la materia, selecciona los argumentos que le parecen más sólidos —probablemente, entre otras razones, por ser los más repetidos— y los expresa en un lenguaje natural (Nieva, 2018, p. 30).

En el caso colombiano, la Fiscalía General de la Nación (FGN) cuenta con un software conocido como el Fiscal Watson. Según la entidad, este sistema puede definirse así:

Watson es un concepto que encapsula diversas herramientas y servicios, el cual ha sido elaborado por el fabricante IBM como parte de su oferta en estrategias de análisis cognitivo e inteligencia artificial. De manera particular, la Fiscalía General de la Nación ha implementado y desarrollado una serie de reglas y patrones mediante análisis gramatical y minería de texto, que permite de manera automática (i) realizar extracción de entidades e (ii) identificar nuevas entidades mediante técnicas de *machine learning* sobre todo el cúmulo de información que reposa en las bases de datos de la entidad. Este desarrollo tiene como finalidad fortalecer las labores de investigación realizadas al interior de la entidad, por parte de fiscales, investigadores y policías judiciales. (FGN, 2020)

Según la página oficial de la FGN, el sistema Watson comenzó a operar en Colombia a partir del 2018, fecha en la que se formuló imputación y “logró” que se dictara medida de aseguramiento en centro carcelario contra los coautores de 22 delitos (2018). Lejos de buscar claridad sobre el funcionamiento de Watson, puede decirse que esta herramienta opera a partir de la minería de datos, entendida como un proceso de identificación de una masa de datos recolectada para descubrir y extraer patrones.

Tal y como lo señaló la vicefiscal general María Paulina Riveros, Watson permite “esculcar” las bases de datos del Sistema Penal Acusatorio (SPOA) que del 2005 al 2018 contenía trece millones de denuncias, para correlacionarlas y hacer análisis de contextos sobre aspectos relevantes como *modus operandi*, características morfológicas, tipos de armas, entre otros (El Espectador, 2018). Cabe resaltar la respuesta oficial de la FGN: es esta entidad la que define la serie de reglas y los patrones que posteriormente serán identificados y extraídos por Watson.

4.2. Medidas de aseguramiento

El escenario de las medidas de aseguramiento⁶ resulta más complejo, puesto que el análisis que realiza el juez no se limita a una valoración probatoria de la ocurrencia de un hecho, sino que se trata de una predicción de hechos que por su naturaleza no han ocurrido, ni se sabe si ocurrirán. El papel de la IA aquí es determinante, especialmente porque, como denuncia Nieva Fenoll (2018), existe una tendencia a “querer valorar el riesgo a través de variables estadísticas” (p. 62). A la hora de hacer predicciones con base en estadísticas, la IA puede resultar muy útil, principalmente porque no cae en los heurísticos, y en segundo lugar porque es menos susceptible de ceder ante presiones externas para decidir en uno u otro sentido.

Al común de las personas les resulta muy difícil pensar estadísticamente. Varios estudios han mostrado que los seres humanos tienen una confianza excesiva en lo que creen saber, y una ignorancia del mundo en el que viven, a la vez que subestiman el papel del azar en los acontecimientos (Kahneman, 2019, p. 27). Ante cuestiones difíciles, la mente toma atajos simplificadores, también conocidos como *heurísticos* (Tversky y Kahneman, 1974); y estos, aunque permiten estimar la probabilidad de un evento incierto, se basan en datos de validez limitados que pueden llevar a errores. Dentro de los sesgos más relevantes se encuentran:

- a. Heurístico de representatividad: aparece para responder preguntas como ¿cuál es la probabilidad de que el objeto A pertenezca a la categoría B? Este heurístico explica el uso frecuente de los estereotipos; estamos más propensos a creer que un objeto A pertenece a una categoría B si A cumple con el estereotipo del grupo, con independencia de la estadística de probabilidad
- b. Heurístico de disponibilidad: ocurre cuando un sujeto debe estimar la frecuencia de una clase o la plausibilidad de un desarrollo particular. Se evalúa la frecuencia de un evento por la facilidad con la que nos llega a la mente, los eventos que se recuerdan con más facilidad son aquellos que juzgamos como más probables. Este heurístico es el que hace parecer que la criminalidad ha aumentado cuando se puede pensar con facilidad en casos conocidos de víctimas de delitos recientes, sin que importe si la tasa real de criminalidad se haya visto afectada.

6 La medida de aseguramiento es un mecanismo preventivo y excepcional mediante el cual una persona es privada de alguno de sus derechos fundamentales con el objetivo de evitar un mal mayor, que de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal puede ser: evitar la obstrucción a la justicia, evitar un peligro a la seguridad de la sociedad o de la víctima, evitar que el imputado no comparezca al proceso o se sustraiga del cumplimiento de una obligación.

- c. Heurístico de ajuste y anclaje⁷: se presenta cuando las personas deben tomar decisiones bajo incertidumbre, para lo cual utilizan la información disponible externamente como anclas, y luego ajustan este valor de acuerdo con sus propias estimaciones. Cuando la gente hace estimaciones comenzando con un valor inicial dado, este determina la respuesta final.

Merece la pena ilustrar este fenómeno con el ejemplo que traen los autores. A varios individuos se les pide estimar el porcentaje de países africanos que pertenecen a la ONU. Primero le pidieron a cada uno hacer girar una ruleta que indicaba un número entre 1 y 100 (el valor del ancla es aleatorio, lo que indica que no es necesaria una relación entre el valor por estimarse y el valor del ancla). A continuación les preguntaron si sus estimaciones eran superiores o inferiores, y por último, les pidieron que dieran su estimación numérica en porcentaje. Los resultados arrojaron que aquellos que obtuvieron el número 10 tuvieron una estimación mediana del 25%, mientras que los que obtuvieron el número 65 registraron una estimación mediana de 45%. Este estudio concluyó que el ancla (que era aleatoria) influyó en las estimaciones finales de los encuestados (Tversky y Kahneman, 1974).

El Fiscal Watson proporciona al juez una información que impactará la forma en la que se evalúa el material probatorio y se toma una decisión; en ese sentido, la información provista por Watson hará las veces de ancla a partir de la cual el juez ajustará su razonamiento. Como se analizará más detalladamente, el anclaje que provee Watson puede estar sesgado, lo que lo convierte en una herramienta no idónea para superar este sesgo.

No obstante lo anterior, la decisión de imponer o no una medida de aseguramiento corresponde principalmente a un juez, quien decide usualmente frente a un imputado que puede ver y escuchar directamente. Esta intermediación existente permite en cierta medida humanizar las decisiones judiciales y entablar un vínculo empático, concepto que puede medirse a través del Test de Asociación Implícita (TAI) desarrollado inicialmente por Greenwald, McGhee y Schwartz (1998). En 1952 la Orquesta Sinfónica de Boston utilizó un método “ciego” para seleccionar a los músicos, quienes audicionaron detrás de un telón de modo que el género no fuera un factor por tener en cuenta para la selección. Asimismo, muchas empresas adoptaron este método para realizar las contrataciones de sus empleados de forma más objetiva (Hewlett, Rashid y Sherbin, 2018). Aplicado al ámbito judicial, podría decirse que un juez que tome la decisión sin ver al indiciado podría evitar este sesgo de veracidad, pues el contacto directo entre ambos no deriva en las decisiones más acertadas, sino más bien intensifica las

7 Tal y como se ha evidenciado, el anclaje es el heurístico por excelencia para los jueces y magistrados. Algunos estudios han constatado el anclaje en la condena impuesta por el juez con relación a la petición del fiscal, y se estima que este impacto se presenta en un 58,3% de las sentencias (Fariña, Arce y Novo, 2002, p. 40).

probabilidades de error. La figura del *sesgo de veracidad* parte del supuesto de que los demás están diciendo la verdad, y si son concordantes con su lenguaje verbal, hay una tendencia a creerles (Gladwell, 2020).

La humanidad de los jueces tiene un papel determinante a la hora de tomar una decisión; factores como el cansancio o el hambre pueden definir la decisión judicial⁸. Los jueces agotados tienden a decantarse por la decisión más fácil, que —contraria a la naturaleza excepcional que debería tener la prisión preventiva— suele ser negar la libertad (Kahneman, 2019, p. 64).

4.3. ¿Puede Watson corregir los sesgos?

Los escenarios de predicción de algún resultado —como lo es la decisión de imponer una medida de aseguramiento— resultan altamente propicios para la aplicación de *machine learning* o aprendizaje automático⁹. Al respecto, un estudio llevado a los juzgados de Nueva York demostró que las predicciones que hacen los jueces al evaluar el riesgo de fuga y otorgar o negar la libertad provisional son errores que pueden ser corregidos a través del lenguaje automático (Kleinberg et al., 2018).

Resulta tentador pensar que un algoritmo, a través de un complejo pero eficiente análisis de datos, pueda disminuir el margen de error en que incurren los jueces de forma sistemática. Un algoritmo no tendría los problemas de cambiar de decisión motivado por el cansancio o el hambre, tampoco incurriría en el sesgo de veracidad. Sin embargo, existen otros riesgos en la aplicación de la tecnología que pueden resultar igual de perjudiciales que los sesgos del juez, a saber: el sesgo del algoritmo.

Los modelos matemáticos tienen un alcance epistemológico limitado. Por un lado, pueden reproducir sesgos basados en prejuicios; como el precedente de la sentencia State vs. Loomis en el uso del algoritmo COMPAS para valorar el riesgo de reincidencia. Algunos de los puntos controversiales alegados por la defensa consistían en que se violaba el debido proceso puesto que la sentencia no podría ser individualizada porque se basaba en información sobre un conjunto

- 8 Un estudio llevado a cabo por Danziger, Levav y Avnaim-Pesso (2011) analizó la actividad judicial de seis jueces de Israel que recibían aleatoriamente distintos casos y debían definir si conceder o no la libertad condicional; observando las pausas para comer, pudieron concluir que durante unas dos horas antes de la próxima comida, la cantidad de libertades que eran otorgadas descendían de 65% hasta casi 0, y volvían a subir abruptamente después del descanso (p. 1).
- 9 El aprendizaje automático puede definirse como el campo de estudio de IA que permite a los algoritmos aprender sin estar expresamente programados para ello. Esto se hace a través de la recolección de nuevos datos, los cuales utiliza para modificar los resultados que arroja; para ello usa varias disciplinas como la estadística, la teoría de algoritmos, el análisis funcional y la optimización (Muñoz, 2014).

de personas mucho más amplio. En segundo lugar, se alegaba la imposibilidad de ejercer una defensa efectiva al desconocer los patrones de funcionamiento de COMPAS¹⁰, algoritmo que está patentado y, por tanto, la información de funcionamiento es de conocimiento exclusivo de sus propietarios.

Según los cálculos de la Fiscalía, en el SPOA se tiene, para el periodo del 2005 al 2018, un total de trece millones de denuncias. Partiendo de las declaraciones oficiales, ese número de denuncias compone la “clase de referencia”¹¹, sin que se pueda determinar la forma en la que se clasifican esas denuncias para conformar otras clases de referencia (por ejemplo, dividirlas por delitos, número de autores o partícipes, lugar de los hechos, entre otros). Determinar cuál es la clase de referencia por emplear resulta un problema estadístico definitivo para alcanzar un resultado.

El ejemplo propuesto por Allen y Pardo (2007, p. 109) ilustra bien esta situación: suponga que un testigo vio un bus golpear un carro, pero no recuerda el color del bus; asuma que Blue Company tiene 75% de los buses de la ciudad y que la Red Company tiene el 25% remanente. La vista prevalente en la literatura legal del valor de la probabilidad estaría determinada por la proporción de Blue Company frente a la Red Co. Pero suponga que Red Co. tiene el 75% de los buses de todo el país, ahora la proporción se revierte. Y lo haría otra vez si la Blue Co. tuviera el 75% de los buses del Estado. Y se volvería a revertir si Red Co. tuviera el 75% de los buses recorriendo la calle donde ocurrió el accidente, y así sucesivamente.

En estadística, el problema de la clase de referencia es el problema de decidir qué clase usar cuando se calcula la probabilidad aplicable a un caso en particular. En el ámbito legal, el caso Shonubi vs. EE. UU. es paradigmático en el uso desafortunado de los modelos matemáticos. En este caso, Shonubi fue detenido en el aeropuerto neoyorkino de JFK llevando consigo 427,4 gramos de heroína. Se constató en el proceso que Shonubi había hecho en el pasado siete viajes. El Tribunal del Distrito condenó a Shonubi por el transporte promedio en gramos traficados por otros nigerianos volando desde el mismo aeropuerto y utilizando

10 En una reciente carta dirigida a la editorial científica Springer Nature, más de veinte investigadores solicitaron a dicha editorial no publicar un artículo que presentaba un sistema de reconocimiento facial que pretendía predecir si alguien es un criminal. Dentro de los argumentos esbozados se encuentra que los programas de aprendizaje automático no son neutrales; las agencias de investigación reflejan los incentivos y las perspectivas de aquellos en posiciones privilegiadas. Especialmente, hacen énfasis en que un algoritmo que persiga la criminalidad no podrá evitar ser racista porque la misma persecución del delito está sesgada. A pesar de que la carta se refiere a un artículo en específico, puede evidenciarse que se trata de una práctica sistemática en la cual hay un creciente desarrollo de tecnologías encaminadas a la incriminación ligera y tecnificada de un grupo de personas que tradicionalmente ha sido vulnerada por las políticas criminales. <https://medium.com/@CoalitionForCriticalTechnology/abolish-the-techtoprisonpipeline-9b5b14366b16>. En virtud de esta petición, la revista *Springer* se abstuvo de realizar la publicación del artículo

11 La clase de referencia alude al valor de base que se toma como referencia para calcular la probabilidad en un caso en particular.

el mismo *modus operandi*. Esto arrojó con un 99% de probabilidad que el acusado había transportado al menos 2090 gramos de heroína. En la última instancia se revocó esta decisión, y Shonubi resultó condenado por la cantidad que transportaba cuando fue detenido (1973). A efectos legales, esto implica que la información que sirve de base determina el resultado al que pueda llegar un algoritmo. El sistema Watson se alimenta a partir del crimen reportado (lo que constituirá la clase de referencia), dejando de lado la criminalidad oculta, es decir, aquella que no llega a estar en conocimiento directo de las autoridades.

En Colombia se estima que la criminalidad oculta oscila entre el 70% y el 80% (Restrepo y Cuéllar, 2004). Otras fuentes que estudian los índices de impunidad, como la ONU o el Índice Global de Impunidad Colombia 2019, agrupan dentro de la impunidad tanto la criminalidad oculta (es decir, aquellos delitos que no son puestos en conocimiento de las autoridades) como la impunidad penal (se refiere a los delitos que ingresan al conocimiento de las autoridades pero que por diversos motivos no reciben una respuesta de fondo) (Le Clercq et al., 2019). Si, adicionalmente, tenemos en cuenta que en Antioquia la confianza en las instituciones de justicia es del 37%, y que el índice de acceso a la justicia es de 5,47 (Le Clercq et al., 2019, p. 32), como resultado se obtendrá que una clase de referencia recoge, en el mejor de los casos, el 30% de los posibles delitos por investigar.

Por otro lado, existe una tendencia de que los delitos que sean registrados en las estadísticas policiales no lo sean por su gravedad, sino por el hecho de que las víctimas cuenten con un conocimiento razonable de la identidad de los agresores que faciliten su captura por las autoridades (Restrepo y Cuéllar, 2004, p. 5). En este sentido, un estudio mostró que, de 222 expedientes analizados por terrorismo, en 35% no se identificó un sindicado. Por lo anterior, el sistema Watson tendrá poca o ninguna incidencia directa frente a la criminalidad oculta. Frente a la calidad de la información aportada, se hace necesario resaltar que el sistema Watson recibe esa información sin tener un criterio valorativo para filtrarla según calidad. En Estados Unidos se estima que la equivocada identificación por parte de los testigos es la principal causa de las sentencias erróneas, y en el 75% de las condenas que fueron revocadas con prueba de ADN, la causa fue el error en la identificación por parte de las víctimas o testigos (The Innocence Project, s.f.). Por esto, Watson sería una herramienta que agrupe muchos datos indistintamente de su veracidad y los reproduzca para fundar una sentencia.

5. RETOS DE LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La IA ha permeado positiva y negativamente muchas áreas de la vida del ser humano a nivel práctico; sin embargo, a nivel teórico no se le ha dado suficiente relevancia puesto que las personas se encuentran cómodas y acostumbradas a esta. Lo cierto es que, aunque actualmente no están claros los alcances de la IA, es necesario definir sus límites. No se le puede dar autonomía frente a la vigilancia de los ciudadanos, la defensa militar o la última decisión en un juicio. Algunos de los retos de la aplicación de la IA se enuncian a continuación.

5.1. Legitimidad

Un rasgo propio de la aplicación de la IA dentro de la administración de justicia es la falta de confianza de los usuarios en estas herramientas. Resulta paradójico que las personas confíen a la tecnología su información más importante y privada, pero desdeñan de esta cuando se trata de aplicarla al proceso. Esto se debe a la empatía, pues del juez humano se espera que no aplique todo el rigor de las leyes, sino que las adapte a lo que sea justo en cada caso (Nieva, 2018). Si contemplamos este pensamiento generalizado, podríamos encontrar un amplio margen de interpretación por parte del juez, donde tiene mayor peso la discrecionalidad. Es difícil asimilar que quien juzga a las personas no sienta empatía hacia ellas, sino que se alimenta del poder de su base de datos. Es la empatía la que hace que el sistema de justicia genere mayor confianza. Paradójicamente, es esa falta de empatía la que permite que se eliminen sesgos.

Finalmente, en casos de algoritmos que se encuentran patentados, como el caso del Fiscal Watson que pertenece a IBM, el conocimiento del funcionamiento del programa está protegido por los derechos de autor. Esto significa que el sistema judicial que haga uso de este tipo de algoritmos vulnera el principio de publicidad al no dar a conocer a las partes el detallado funcionamiento del algoritmo; esto lleva aparejada la vulneración al derecho de defensa, toda vez que alguien que resulte señalado por el Fiscal Watson, difícilmente podrá acceder a las razones que llevan al algoritmo a señalar como posible responsable.

5.2. La dinamización del derecho

Desde una postura sociológica¹² podría afirmarse que el derecho se transforma y evoluciona por mor de los nuevos acontecimientos dados en la sociedad.

12 Lawrence M. Friedman (2002), en su libro *Law in America*, muestra cómo a medida que la sociedad se va transformando, también se transforman o surgen nuevas leyes. Así pues, el autor afirma que la base del derecho es la sociedad.

Ferdinand Lassalle (1862) menciona que existe en un país “una fuerza activa e informadora, que influye de tal modo en todas las leyes promulgadas en un país determinado, que las obligaban a ser necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo”. Esa fuerza activa e informadora son los factores reales del poder que rigen el seno de una sociedad determinada. Anteriormente, estos se referían a la monarquía, la aristocracia, la burguesía, los banqueros, la conciencia colectiva, la cultura general y, finalmente, la clase obrera; pues todos ellos conformaban una parte esencial del derecho. Pero los factores reales del poder tuvieron que evolucionar, transformarse, reinventarse para no quedar obsoletos, y actualmente estos son traducidos en las ramas del poder público, la democracia, la economía, las clases sociales, los ciudadanos, los medios de comunicación y, más recientemente, la tecnología.

Sobre la fosilización del derecho cuya aplicación queda delegada a la IA, aparecen dos posturas. La primera de ellas predica que un derecho dinámico necesita humanos, pues ellos pueden adaptar la norma a los cambios y a la realidad social, ya que están en la capacidad de modificar sustancialmente el derecho. La segunda postura sostiene que el derecho puede aplicarse a través de la IA, la cual, al contar con un sistema de aprendizaje automático¹³, puede aprender a partir de la información que va recibiendo (IBM, s.f.). Se puede decir que, si bien la aplicación de la IA puede permitir agilizar procesos jurídicos, esta no será la fuente de los cambios normativos, por lo que la injerencia humana resulta imprescindible para replantear el marco en el cual opera la IA¹⁴.

6. CONCLUSIONES

En lo atinente al uso de los algoritmos en la etapa de investigación en los procesos penales, concluimos que la utilización de estos, cuando están patentados, como es el caso del Fiscal Watson, vulneran el principio de publicidad al no poder ser conocidos por las partes los detalles de su funcionamiento. En consecuencia, representa una vulneración al derecho de defensa en la medida en que resulta más difícil defenderse de premisas desconocidas.

Si bien existe un margen de error judicial inherente a la naturaleza humana del juez, el Fiscal Watson no es una herramienta idónea para disminuir dicho error. Tanto porque se basa en una información limitada, por lo cual tampoco sirve para disminuir directamente la cifra oculta de la criminalidad, como

13 Véase nota 13 de este artículo.

14 Tal y como lo plantea Jordi Nieva (2018), la IA debe estar orientada a vencer el tremendo peso regresivo que suele tener entre los juristas la “tradición”. La IA contribuye y debe contribuir a la evolución, y no debe servir para interrumpirla. Debe ser útil, asimismo, para descubrir y vencer los errores más frecuentes de nuestro pensamiento.

porque puede reproducir los sesgos producto de la programación del algoritmo, con el agravante de gozar de la presunción de veracidad por tratarse de una herramienta matemática.

El riesgo de que el derecho se fosilice radica en que la máquina no se replantea ni rectifica la decisión, sino que decide con la información de su base de datos; en cambio, el juez humano puede rectificar y cambiar de pensamiento y así dinamizar el derecho. El aprendizaje automático podrá permitir que la IA esté siempre actualizada a los cambios del derecho, pero difícilmente estos cambios nacerán de esta. En una sociedad democrática, la aplicación de la IA en el proceso judicial no puede hacerse a costa de las libertades ciudadanas. Es una función humana crear lo sustancial del derecho y su dinamización no dependerá de la IA, pues, por demás, carecería de legitimidad en Colombia para hacerlo.

7. REFERENCIAS

- Ad Cordis (2020). Qué es ODR: Online Dispute Resolution. <https://adcordis.com/que-es-odr-online-dispute-resolution/>.
- Crime Center Software (s.f.). *Police Case Management Center*. <https://crime-center.com/>
- Danzinger, S., Levav, J. y Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous Factors in Judicial Decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 108(17), 6889-6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- Digital Trends. (2015, 13 de julio). *Modria, un software para resolver divorcios y otras disputas jurídicas vía internet*. <https://es.digitaltrends.com/computadoras/modria-un-software-para-resolver-divorcios-y-otras-disputas-juridicas-via-internet/>.
- El Espectador. (2018, 31 de agosto). *Así funciona Watson la inteligencia artificial de la Fiscalía*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asi-funciona-watson-la-inteligencia-artificial-de-la-fiscalia/>
- de Estefan, S. (2018) ¿Qué es el Test de Turing (y, Google: qué has hecho)? Techcetera. <https://techcetera.co/que-es-el-test-de-turing/>
- Fariña, F., Arce, R. y Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. *Psicothema*, 14(1). <http://www.psicothema.com/pdf/684.pdf>

Fiscalía General de la Nación (2018, 7 de noviembre). Con ayuda del sistema Watson la Fiscalía prepara 10 nuevas imputaciones por hurto. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/con-ayuda-del-sistema-watson-la-fiscalia-prepara-10-nuevas-imputaciones-por-hurto/>.

Fiscalía General de la Nación, respuesta a derecho de petición, 9 de junio de 2020.

Friedman, L. (2002). *Law in America*. Nueva York: The Modern Library.

Gladwell, M., (2020). *Hablar con extraños. Por qué es crucial (y tan difícil) leer las intenciones de los desconocidos*. Audible. (Original publicado en 2020).

Goodman-Delahunty, J., Tait, D. (2006, 2 de diciembre). CSI Effects on Jury Reasoning and Verdicts. En D. Tait y J. Goodman-Delanhunty (Eds.), *Juries, Science and Popular Culture in the Age of Terror*. https://doi.org.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/10.1057/978-1-137-55475-8_12

Greenwald, A. G., McGhee, D. E. y Schwartz, J. L. (1998). Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test. *Journal of Personality and Social Psychology*, 74(6), 1464-1480. <https://pdfs.semanticscholar.org/10cc/2d53ff8349d3432b8f822d58e4ddee3d475e.pdf>

Hewlett, S., Rashid, R. Y Sherbin, L. (2018). Cómo desmontar los sesgos y potenciar el valor. <https://www.harvard-deusto.com/como-desmontar-los-sesgos-y-potenciar-el-valor>.

IBM (s.f.) ¿Qué es Machine Learning? <https://www.ibm.com/co-es/analytics/machine-learning>

IBM 100-Deep Blue. <https://www.ibm.com/ibm/history/ibm100/us/en/icons/deepblue/>

International Journal for Court Administration (2017, 11 de julio). Can artificial intelligence and online dispute resolution enhance efficiency and effectiveness in courts. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2999339

Kahneman, D. (2019). *Pensar rápido, pensar despacio*. Penguin Random House, Debolsillo.

Kleinberg J., Himabindu L., Leskovec J., Ludwig J. y Mullainathan, S. (2018). Human Decisions and Machine Predictions. *Quarterly Journal of Economics*, 133, 237-293. <https://doi.org/10.1093/qje/qjx032>

- Lara, L. (2012). La relación entre derecho y sociedad. <http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com/2012/05/la-relacion-entre-derecho-y-sociedad.html>
- Lasalle, F. (2013). ¿Qué es una Constitución? SKLA. (Original publicado en 1862).
- Le Clercq, J., Chádez, A., Gómez, D., Rodríguez, G. y Valencia, L. (2019). Índice Global de Impunidad Colombia 2019. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones IGI-Col 2019. Puebla: Universidad de las Américas. <https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/justicia/48o-indice-global-de-impunidad-de-colombia/file>
- Muñoz, A. (2014). Machine learning and optimization. https://www.cims.nyu.edu/~munoz/files/ml_optimization.pdf
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Barcelona: Marcial Pons.
- Restrepo, E. y Cuéllar, M. (junio de 2004). Impunidad penal: mitos y realidades [Documento CEDE 2004-24]. <https://core.ac.uk/download/pdf/6689145.pdf>
- Ronald J. Allen and Michael S. Pardo. (2007). The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence. *The Journal of Legal Studies*, 36(1), 107-140. <https://www.jstor.org/stable/10.1086/508269>
- Semillero de Derecho procesal @semilleroderechoprocesal (2020, 19 de mayo). *¿Si usted fuera a ser condenado preferiría escuchar su sentencia por parte de: juez humano o juez robot?* https://www.instagram.com/s/aGlnaGxPZ2hoOjE3ODQzMzkyNDA5MDUyMzAo?igshid=1xlovywy49dd5&stony_media_id=2312813828411513579_30109854623
- Sternberg, R. (1985). *Beyond IQ: A triarchic theory of human intelligence*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.) <https://www.sic.gov.co/noticias/la-herramienta-sic-facilita-celebra-dos-anos-solucionando-la-vida-de-consumidores-y-proveedores>
- The Innocence Project (s. f.). *DNA Exonerations in the United States*. <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>.

The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence. Ronald J. Allen and Michael S. Pardo.

The Technolawgist (2019, 12 de junio). Estonia se prepara para tener “jueces robot” basados en inteligencia artificial. <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>

The Technolawgist (2020, 28 de abril). China, el monstruo mundial en inteligencia artificial que utiliza cientos de jueces robot <https://www.thetechnolawgist.com/2019/12/13/china-el-monstruo-mundial-en-inteligencia-artificial-que-utiliza-cientos-de-jueces-robot/>

Tversky, A. y Kahneman D. (1975). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. En D. Wendt y C. Vlek (Eds.), *Utility, Probability, and Human Decision Making. Theory and Decision Library* (vol 11). Dordrecht: Springer.

Tversky, A. y Kahneman, D. (1974, 27 de septiembre). Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185. <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf> United States District Court, Eastern District of New York. (4 de agosto de 1995).

Revista Pensamiento Jurídico

Instrucciones para los autores de artículos a publicar

1. **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
2. **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
 - a. *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
 - b. *Conclusión* preliminar.
 - c. *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
 - a. *Nombre del artículo* en español e inglés
 - b. *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
 - c. *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
 - d. *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
 - e. *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
 - 1) Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.
 - 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
 - 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.
 - f. *Números:*

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellanasy, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

Ejemplo:

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones

52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

Ejemplo:

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

- g. *Elementos gráficos:* tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

- 1) Las ilustraciones:

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

Ejemplo:

Cuadro 1.

(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)

Algunos indicadores educativos, República Mexicana

1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela

(% de la población total)

(Centrado, en negrita e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

Asisten a la escuela					
Año	1990	1995	1997	1997	1997
Edad (años)				Hombres	Mujeres
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Fuente: *Informe de Labores 1998-1999 de la SEP, México.*

2) Los mapas

- a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
- b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/provincial/ y del país.
- c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.

3) Los gráficos

- a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
- b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

4. **NORMAS DE CITACIÓN**

La *Revista Pensamiento Jurídico* acepta dos sistemas de citación, el Sistema APA y el Sistema ICONTEC. Los autores solo podrán hacer uso de **uno** de ellos en sus textos.

Sistema APA. Cuando se cite un autor o un documento, en el cuerpo central del artículo usted tiene tres opciones para colocar las citaciones en relación con el texto.

- a. Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976)

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010)

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998)

- b. Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c. Integrar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica,

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

Sistema ICONTEC: se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer

en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a. Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b. Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c. Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5 - 56

d. Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23

e. Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

f. Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

Ibíd., p. 23

g. Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, *op. cit.* p. 176.

h. Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

5. BIBLIOGRAFÍA

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

a. Cuando se refiere a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b. Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:
- Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.
- c. Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:
- Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.
- d. Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:
- "El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.
- e. Documentos electrónicos:
- Aguilera Peña, Mario, "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953", en *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009).¹
- f. Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera un libro, la segunda una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Ejemplo:

Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú, en Lazcano Mazón, Manuel(ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

¹ La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objective Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

Estatuto Real para la convocatoria de las Cortes generales del Reino, mandado observar por S.M. la Reina Gobernadora en 10 del corriente, 1834, en Gaceta Madrid, No. 55, de 16 de abril de 1834, pp. 251-252. (ed.), Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793-1853", en Dippel, Horst (ed.), Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g. Sentencias judiciales:

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, Gaceta Judicial No...., fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. Cuando se citen varias publicaciones de un autor, estas se ordenan cronológicamente de la más reciente a la más antigua. Si se citan varias obras del mismo autor de un mismo año, éstas se ordenan agregando al año una letra en orden alfabético. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores).

6. NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

Al momento de presentar una postulación de un documento el autor o autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será presentado de manera simultánea a otra revista mientras permanezca en el proceso de arbitraje.

Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal) y listado de publicaciones recientes. Además, los autores deberán transferir, a la revista, de forma irrevocable, los derechos de publicación con licencia para copiar, usar, difundir, trasmitir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.

Journal Pensamiento Jurídico

Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
 - a. *Content:* minimum structure with three subtitles.
 - b. *Conclusion:* Preliminary conclusion.
 - c. *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
 - a. *Article name* in Spanish and English
 - b. *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
 - c. *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
 - d. *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
 - e. *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
 - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
 - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
 - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.
 - f. *Numbers:*
 - 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.

- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions

52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them ...

- g. *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The illustrations:

a) Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.

b) The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.

c) In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

Table 1.

(Centered, size 10, Times New Roman)

Some educational indicators, Mexican Republic

1a. Population aged 6-14 years attending school

(% Of total population)

(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age(years)				Men	Women
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: *Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.*

2) Maps

- a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
- b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
- c) Remember that these images are printed in black and white.

3) Graphics

- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
- b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

Note that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

4. RULES OF QUOTING

Pensamiento Jurídico Journal accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

APA System. When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a. Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

Examples

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998)

- b. Place only the date in parentheses:

Example:

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn’t have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c. Embed author and date your sentence:

Example:

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drawn up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia et al 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

ISO System: page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

a. When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b. When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234..

c. When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5 - 56

d. When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23

e. When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f. When you cite someone immediately cited above:

Ibid., p. 23

- g. When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, *Políticas Pùblicas*, op. cit. p. 176.

- h. For other sources, see bibliography.

5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISO-System must go to the end of it, respecting the following criteria:

- a. When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Pùblicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b. When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c. When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d. When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

- e. Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

¹ The APA System has an special rule where the electronic document is DOI (Digital Objective-Identification) as in this case, rather than use the URL, the DOI should be used.

- f. Historic legislation (primary sources) must first be written the name of the rule in italics, followed by a comma then the source that is, there are 3 options. The first book, the second a court gazette or any other compilation and regulations, the third an electronic source available on the internet.

In case of a book, first written the name of the rule in italics, then the authors, in small capitals, followed the title of the work in italics, then the country, publisher and year of publication. These data are separated by commas.

Example:

Cuban Constitution of 1895 of Jimaguayú, in Lazcano Mazón, Manuel (ed), *The Constitutions of Cuba. History and text of the constitutions of the Republic of Cuba*, Madrid, Editions Cultura Hispánica, 1952, p. 25-40.

Royal Charter for the convening of the General Cortes of the Kingdom, sent to observe by HM Queen Governor on 10 of the current, 1834, in *Gaceta Madrid*, No. 55, on April 16, 1834, p. 251-252. (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-is-i.html> (20.04.2009).

Constitution of Cundinamarca of 30/03/1811, Bogota, Imprenta Patriótica de D. Nicolas Calvo y Quijano, 1811. Location: Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, Rare Books and Manuscripts Room. Ed. By: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793 1853" in Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

- g. Court decisions:

Example:

Constitutional Court of Colombia, *Judgment T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Available in (websites, books, etc.) (20.04.2009)

Supreme Court, Civil Chamber, MP Bonivento Alejandro Fernández, Judicial Gazette No. date Available in (website, book, etc.) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, Judgements of German Federal Constitutional Court, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

Note: In the bibliography section books, articles and papers used in the article, are listed alphabetically in ascending order by name. When an author of several publications are cited, these are ordered chronologically from newest to oldest. If several works by the same author in the same year are cited, they are ordered annually adding a letter in alphabetical order. This bibliographic listing the pages you are not mentioning, but only the start and end of the articles in journals, newspapers or chapters of a collective work (multiple authors) pages.

6. GENERAL PRESENTATION TERMS

At the time of filing, an application for a document's author must complete and sign a "compromise document" in which he declares that the article has not been published and will not be submitted simultaneously to another journal so while in the arbitration process.

All authors must submit an additional file with full details of your educational background, institutional affiliation, email (institutional and personal) and list of recent publications. In addition, authors must transfer to the journal, irrevocably, the rights to publish with license to copy, use, disseminated, transmit and display the work publicly, both in print and on its online version, and to include the journal in different databases in which the journal is indexed.

All texts will send to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists conduct academic evaluation of materials, and those who do not know the identities of the authors. Once reviewed and approved the articles, the journal will contact the authors, and then begins the process of proofreading and tuning of the selected material.

Política de Ética Editorial

La revista define los siguientes criterios y recomendaciones relacionados con la ética en la publicación científica:

1. Criterios generales

- 1.1. Los artículos deben contener suficiente detalle y referencias que permitan replicar o rebatir el estudio.
- 1.2. Declaraciones fraudulentas o deliberadamente inexactas constituyen un comportamiento poco ético.
- 1.3. Se deben respetar los derechos de privacidad de los seres humanos.

2. Autoría

Criterios:

- 2.1. Un “autor” es la persona que ha hecho una contribución intelectual significativa al artículo, por lo tanto, todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que los reúnan deben ser mencionados de forma explícita.
- 2.2. Se deben cumplir colectivamente tres criterios básicos para ser reconocido como autor:
 - a) Contribución sustancial a la concepción y diseño, adquisición de datos, análisis e interpretación del estudio.
 - b) Redacción o revisión del contenido intelectual.
 - c) Aprobación de la versión final.
- 2.3. El orden de la autoría debe ser una decisión conjunta de los coautores.
- 2.4. Las personas que participen en un estudio pero que no se ajusten a los criterios de autoría deben aparecer como “Colaboradores” o “Personas reconocidas”.
- 2.5. Hay tres tipos de autorías que se consideran inaceptables: autores “fantasma”, que contribuyen sustancialmente pero no son reconocidos (a menudo pagados por promotores comerciales); autores “invitados”, que no hacen ninguna contribución discernible pero se nombran para

aumentar las posibilidades de publicación; y autorías “honorarias”, que se basan únicamente en una afiliación tenue con un estudio.

Recomendaciones:

- 2.6. Antes de iniciar la investigación se recomienda documentar la función y la forma como se reconocerá la autoría de cada investigador.
- 2.7. No se debe mentir sobre la participación de una persona en la investigación o publicación, si su contribución se considerada “sustancial” se justifica la autoría, bien sea como autor o colaborador.
- 2.8. No se debe asignar una autoría sin contar con el consentimiento de la persona.
- 2.9. Todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que reúnan los requisitos deben aparecer como autores o contribuidores.
- 2.10. Algunos grupos colocan los autores por orden alfabético, a veces con una nota para explicar que todos los autores hicieron contribuciones iguales al estudio y la publicación.

3. Cambios en la autoría

Criterios:

- 3.1. Hace referencia a la adición, supresión o reorganización de los nombres de autor en la autoría de un artículo aceptado.
- 3.2. Las peticiones de añadir o eliminar un autor, o para reorganizar los nombres de los autores, deben ser enviados por el autor correspondiente del artículo aceptado, y deben incluir:
 - a) La razón por la cual debe ser añadido o eliminado, o los nombres de los autores reorganizado.
 - b) La confirmación por escrito (e-mail) de todos los autores que están de acuerdo con la adición, supresión o reorganización. En el caso de adición o eliminación de los autores, esto incluye la confirmación de que el autor sea añadido o eliminado

4. Conflicto de intereses

Criterios:

4.1. Cuando un investigador o autor, editor tenga alguna opinión o interés financiero/personal que pueda afectar su objetividad o influir de manera inapropiada en sus actos, existe un posible conflicto de intereses. Este tipo de conflictos pueden ser reales o potenciales.

4.2. Los conflictos de intereses más evidentes son las relaciones financieras, como:

- a) Directas: empleo, propiedad de acciones, becas, patentes.
- b) Indirectas: honorarios, asesorías a organizaciones promotoras, la propiedad de fondos de inversión, testimonio experto pagado.

4.3. Los conflictos también pueden existir como resultado de relaciones personales, la competencia académica y la pasión intelectual. Por ejemplo, un investigador que tenga:

- a) Algun tipo de interés personal en los resultados de la investigación.
- b) Opiniones personales que están en conflicto directo con el tema que esté investigando.

Recomendaciones:

4.4. Revelar si se está en algún conflicto real o potencial de intereses que influya de forma inapropiada en los hallazgos o resultados del trabajo presentado, dentro de los tres (3) años de haber empezado el trabajo presentado que podría influir indebidamente (sesgo) el trabajo.

4.5. Revelar el papel de un promotor (o promotores) del estudio, si los hubiere, en el diseño del estudio, en la recopilación, análisis e interpretación de los datos, en la redacción del informe y en la decisión de presentar el documento para su publicación.

4.6. Los investigadores no deben entrar en acuerdos que interfieran con su acceso a todos los datos y su capacidad de analizarlos de forma independiente, y de preparar y publicar los manuscritos.

4.7. Al presentar un documento, se debe hacer una declaración (con el encabezamiento “Papel que ha tenido la fuente de financiación”) en una sección separada del texto y colocarse antes de la sección “Referencias”.

4.8. Algunos ejemplos de posibles conflictos de intereses que deben ser revelados, incluyen: empleo, consultoría, propiedad de acciones, honorarios,

testimonio experto remunerado, las solicitudes de patentes / registros y subvenciones u otras financiaciones.

4.9. Todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto deben ser revelados.

4.10. Se debe describir el papel del patrocinador del estudio.

5. Publicación duplicada

Criterios:

5.1. Los autores tienen la obligación de comprobar que su artículo sea basado en una investigación original (nunca publicada anteriormente). El envío o reenvío intencional de su trabajo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.

5.2. Se produce una publicación duplicada o múltiple cuando dos o más artículos, sin hacerse referencias entre sí, comparten esencialmente las mismas hipótesis, datos, puntos de discusión y/o conclusiones. Esto puede ocurrir en diferentes grados: Duplicación literal, duplicación parcial pero sustancial o incluso duplicación mediante parafraseo.

5.3. Uno de los principales motivos por los que la publicación duplicada de investigaciones originales se considera no ético es porque puede dar lugar a una “ponderación inadecuada o a un doble recuento involuntario” de los resultados de un estudio único, lo que distorsiona las pruebas disponibles.

Recomendaciones:

5.4. Los artículos enviados para su publicación deberán ser originales y no deberán haberse enviado a otra editorial. En el momento del envío, los autores deberán revelar los detalles de los artículos relacionados (también cuando estén en otro idioma), artículos similares en prensa y traducciones.

5.5. Aunque un artículo enviado esté siendo revisado y no conozca el estado, debe esperar a que el equipo de la revista informe antes de ponerse en contacto con otra revista, y sólo si la otra editorial no publicará el artículo.

5.6. Evite enviar un artículo previamente publicado a otra revista.

5.7. Evite enviar artículos que describan esencialmente la misma investigación a más de una revista.

- 5.8. Indique siempre los envíos anteriores (incluidas las presentaciones de reuniones y la inclusión de resultados en registros) que pudieran considerarse una publicación duplicada.
- 5.9. Evite escribir sobre su propia investigación en dos o más artículos desde diferentes ángulos o sobre diferentes aspectos de la investigación sin mencionar el artículo original.
- 5.10. Se considera manipulador crear varias publicaciones a raíz de la misma investigación.
- 5.11. En el momento del envío, indique todos los detalles de artículos relacionados en un idioma diferente y las traducciones existentes.

6. Reconocimiento de las fuentes

Criterios:

- 6.1. Los autores deben citar las publicaciones que han sido influyentes en la determinación de la naturaleza del trabajo presentado.
- 6.2. Información obtenida de forma privada, no debe ser usada sin explícito permiso escrito de la fuente.
- 6.3. La reutilización de las tablas y / o figuras requiere del permiso del autor y editor, y debe mencionarse de manera adecuada en la leyenda de la tabla o figura.
- 6.4. La información obtenida en el transcurso de servicios confidenciales, tales como manuscritos arbitrales o las solicitudes de subvención, no debe ser utilizada sin el permiso explícito y por escrito del autor de la obra involucrada en dichos servicios.

7. Fraude científico

Criterios:

- 7.1. El fraude en la publicación científica hace referencia a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados a través de un proceso riguroso de investigación.
- 7.2. Existen los siguientes tipos de fraude en la publicación de resultados de investigación:
 - a) Fabricación de datos. Inventar datos y resultados de investigación para después comunicarlos.

- b) Falsificación de datos. La manipulación de materiales de investigación, imágenes, datos, equipo o procesos. La falsificación incluye la modificación u omisión de datos o resultados de tal forma que la investigación no se representa de manera precisa. Una persona podría falsificar datos para adecuarla al resultado final deseado de un estudio.

Recomendaciones:

- 7.3. Antes de enviar un artículo, lea cuidadosamente las políticas editoriales y de datos de la revista.
- 7.4. Nunca modifique, cambie u omita datos de forma intencional. Esto incluye materiales de investigación, procesos, equipos, tablas, citas y referencias bibliográficas.
- 7.5. Tanto la fabricación como la falsificación de datos son formas de conducta incorrecta graves porque ambas resultan en publicaciones científicas que no reflejan con precisión la verdad observada.
- 7.6. El autor debe hacer una gestión adecuada de los datos que soportan la investigación, teniendo especial cuidado en la recopilación, producción, conservación, análisis y comunicación de los datos.
- 7.7. Mantenga registros minuciosos de los datos en bruto, los cuales deberán ser accesibles en caso de que un editor los solicite incluso después de publicado el artículo.

8. Plagio

Criterios:

- 8.1. El plagio es una de las formas más comunes de conducta incorrecta en las publicaciones, sucede cuando uno de los autores hace pasar como propio el trabajo de otros sin permiso, mención o reconocimiento. El plagio se presenta bajo formas diferentes, desde la copia literal hasta el parafraseado del trabajo de otra persona, incluyendo: datos, ideas, conceptos, palabras y frases.

- 8.2. El plagio tiene diferentes niveles de gravedad, como por ejemplo:

- a) Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
- b) Qué es lo que se copió (resultados, métodos o sección de introducción)

8.3. El plagio en todas sus formas constituye una conducta no ética editorial y es inaceptable.

8.4. La copia literal solo es aceptable si indica la fuente e incluye el texto copiado entre comillas.

Recomendaciones:

8.5. Recuerde siempre que es esencial reconocer el trabajo de otros (incluidos el trabajo de su asesor o su propio trabajo previo) como parte del proceso.

8.6. No reproduzca un trabajo palabra por palabra, en su totalidad o en parte, sin permiso y mención de la fuente original.

8.7. Mantenga un registro de las fuentes que utiliza al investigar y dónde las utilizó en su artículo.

8.8. Asegúrese de reconocer completamente y citar de forma adecuada la fuente original en su artículo

8.9. Incluso cuando haga referencia a la fuente, evite utilizar el trabajo de otras personas palabra por palabra salvo que lo haga entre comillas.

8.10. El parafraseado solo es aceptable si indica correctamente la fuente y se asegura de no cambiar el significado de la intención de la fuente.

8.11. Incluya entre comillas y cite todo el contenido que haya tomado de una fuente publicada anteriormente, incluso si lo está diciendo con sus propias palabras.

9. Fragmentación

Criterios:

9.1. La fragmentación consiste en dividir o segmentar un estudio grande en dos o más publicaciones.

9.2. Como norma general, con tal de que los “fragmentos” de un estudio dividido comparten las mismas hipótesis, población y métodos, no se considera una práctica aceptable.

9.3. El mismo “fragmento” no se debe publicar nunca más de una vez. El motivo es que la fragmentación puede dar lugar a una distorsión de la literatura existente.

Recomendaciones:

- 9.4. Evite dividir inapropiadamente los datos de un solo estudio en dos o más trabajos.
- 9.5. Cuando presente un trabajo, sea transparente. Envíe copias de los manuscritos estrechamente relacionados al manuscrito en cuestión. Esto incluye manuscritos publicados, enviados recientemente o ya aceptados.

10. Corrección de artículos publicados**Criterion:**

Cuando un autor descubre un error o inexactitud significativa en el trabajo publicado, es obligación del autor notificar de inmediato a la revista y cooperar en el proceso de corrección.

Editorial Ethics Policy

The journal defines the following criteria and recommendations related to ethics in scientific publication:

1. General criteria

- 1.1. The articles must contain sufficient detail and references to permit replicate or refute the study.
- 1.2. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior.
- 1.3. You must respect the privacy rights of human beings.

2. Authorship

Criteria:

- 2.1. An “author” is the person who has made a significant intellectual contribution to the article, therefore, all persons named as authors should qualify for authorship, and all those who meet should be mentioned explicitly.
- 2.2. They must collectively meet three basic criteria to be recognized as author:
 - a) Contribution: substantial contributions to conception and design, data acquisition, analysis and interpretation of the study.
 - b) drafting or revision of intellectual content.
 - c) Approval of the final version.
- 2.3. The order of authorship should be a joint decision of the coauthors.
- 2.4. Persons participating in a study but do not meet the criteria for authorship must be listed as “Partners” or “recognized persons”.
- 2.5. There are three types of authorship that are considered unacceptable: authors “ghost”, which contribute substantially but are not recognized (often paid by commercial developers); authors “guests” who make no discernible contribution but are named to increase the chances of publication; and authorship “honorary”, which are based solely on a tenuous affiliation with a study.

Recommendations:

- 2.6. Before starting the research it is recommended to document the function and how the responsibility of each researcher will be recognized.
- 2.7. Do not lie on the participation of a person in research or publication, if their contribution is considered “substantial” authorship is justified, either as author or collaborator.
- 2.8. You do not assign authorship without the consent of the person.
- 2.9. All persons named as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed as authors or contributors.
- 2.10. Some groups put the authors in alphabetical order, sometimes with a note explaining that all authors made equal contributions to the study and publication.

3. Changes in authorship**Criteria:**

- 3.1. It refers to the addition, deletion or rearrangement of author names in the author of an accepted article.
- 3.2. Requests to add or remove an author, or to rearrange the names of the authors should be sent by the corresponding author of a paper accepted, and should include:
 - a) The reason why the names of the authors should be added, deleted or reorganized.
 - b) The written confirmation (e-mail) of all authors agree with the addition, deletion or reorganization. In the case of addition or removal of the authors, this includes confirmation that the author is added or removed

4. Conflict of interests**Criteria:**

- 4.1. When a researcher or author, publisher have any opinion or financial / personal interest that could affect their objectivity or improperly influence their acts, there is a potential conflict of interest. Such conflicts can be real or potential.
- 4.2. The most obvious conflicts of interest are financial relations, such as:

- a) Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
- b) Indirect: fees, consulting promoting organizations, property of investment funds, pay for expert testimony.
- 4.3. Conflicts can also occur as a result of personal relationships, academic competition and intellectual passion. For example, a researcher who has:
- a) any personal interest in the outcome of the investigation.
- b) Personal opinions that are in direct conflict with the topic they are researching.
- Recommendations:**
- 4.4. Disclose if you are in any real or potential conflict of interest that inappropriately influence on the findings or results of the work presented, within three (3) years of beginning the work presented that could unduly (bias) influence the work.
- 4.5. Reveal the role of a promoter (s) of the study, if any, in study design; in the collection, analysis and interpretation of data, writing the report and the decision to submit the paper for publication .
- 4.6. Researchers must not enter into agreements that interfere with their access to all data and its ability to analyze it independently, and to prepare and publish manuscripts.
- 4.7. When submitting a document, you must make a statement (with the heading “Paper that has been the source of financing”) in a separate text and placed before the “References” section.
- 4.8. Some examples of potential conflicts of interest that must be disclosed, including: employment, consultancies, stock ownership, honoraria, paid expert testimony, patent applications / registrations and grants or other funding.
- 4.9. All sources of financial support for the project must be disclosed.
- 4.10. You must describe the role of the study sponsor.

5. Publication duplicate

Criteria:

- 5.1. The authors are required to check that their articles are based on original research (never published before). Sending or forwarding his work

intentionally for a duplicate publication is considered a breach of editorial ethics.

- 5.2. a duplicate or multiple publication occurs when two or more items, without making references to each other, essentially share the same hypothesis, data, discussion points and / or conclusions. This can occur in varying degrees: literal Duplication, partial duplication but substantial or even by paraphrasing.
- 5.3. One of the main reasons that duplicate publication of original research is considered unethical is because it can lead to an “inadequate weight or inadvertent double counting” of the results of a single study, which distorts the available evidence.

Recommendations:

- 5.4. Articles submitted for publication must be original and should not have been sent to another publisher. At the time of shipment, authors should disclose details of related items (also when they are in another language), like newspaper articles and translations.
- 5.5. Although a paper submitted is being reviewed and does not know the state of it, you must wait for the journal's report before contact with another journal, and only if the other publisher does not publish the article.
- 5.6. Avoid submitting an article previously published in another journal.
- 5.7. Avoid sending articles describing essentially the same research to more than one journal.
- 5.8. Always state the previous submission (including meeting presentations and the inclusion of results in registries) that could be considered a duplicate publication.
- 5.9. Avoid writing about his own investigation into two or more items from different angles or different aspects of the investigation not to mention the original article.
- 5.10. It is considered manipulative create multiple publications as a result of the same investigation.
- 5.11. At the time of shipment, specify every detail of articles in a different language and existing translations.

6. Recognition of sources

Criteria:

- 6.1. Authors must cite publications that have been influential in determining the nature of the work presented.
- 6.2. Information obtained privately must not be used without express written permission from the source.
- 6.3. The reuse of tables and / or figures requires the permission of the author and editor, and must be mentioned properly in the legend of the table or figure.
- 6.4. The information obtained in the course of confidential services, such as arbitration manuscripts or grant applications must not be used without the express written permission of the author of the work involved in such services.

7. Scientific Fraud**Criteria:**

- 7.1. Fraud in scientific publication refers to the submission of false data or conclusions that were not generated through a rigorous screening process.
- 7.2. There are the following types of fraud in the publication of research results:
 - a) Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
 - b) Falsification of data. Manipulating research materials, images, data, equipment or processes. Counterfeiting includes modification or omission of data or results such that the research is not accurately represented. A person could falsify data to suit the desired study outcome.

Recommendations:

- 7.3. Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- 7.4. Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.

- 7.5. Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.
- 7.6. The author must make a proper data management that support the investigation, taking special care in the collection, production, storage, analysis and reporting of data.
- 7.7. Keep careful records of raw data, which must be accessible in case of an editor's request even after publication of the article.

8. Plagiarism

Criteria:

8.1. Plagiarism is one of the most common forms of misconduct in publications, it happens when an author poses as their own the work of others without permission, mention or recognition. Plagiarism occurs in different forms, from the literal to the paraphrased copy of another person's work, including: information, ideas, concepts, words and phrases.

8.2. Plagiarism has different severity levels, such as:

- a) How much of someone else's work took (several lines, paragraphs, pages, whole article)
- b) What is it was copied (results, methods or input section)

8.3. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.

8.4. Verbatim copying is only acceptable if it indicates the source and include the copied text in quotes.

Recommendations:

- 8.5. Always remember that it is essential to recognize the work of others (including work your adviser or their own previous work) as part of the process.
- 8.6. Do not replicate a work, word by word, in whole or in part without permission and reference to the original source.
- 8.7. Keep track of the sources used to investigate and where used in his article.
- 8.8. Be sure to fully recognize and properly cite the original source in his article

- 8.9. Even when you reference the source, avoid using other people's work word by word unless you do it in quotes.
- 8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.
- 8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

9. Fragmentation

Criteria:

- 9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.
- 9.2. As a general rule, provided that the "fragments" of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.
- 9.3. The same "fragment" should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

Recommendations:

- 9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.
- 9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

10. Correction of published articles

Criteria:

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.

Perspectivas transdisciplinarias del derecho constitucional, penal y comercial

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales
“Gerardo Molina” – UNIJUS

