

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero - julio de 2022 No. 55

Retos para el derecho y el sistema judicial en el siglo XXI

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero - julio de 2022
No. 55

Retos para el derecho y el sistema judicial en el siglo XXI



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 55

Título del número: *Retos para el derecho y el sistema judicial en el siglo XXI*

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

Lugar y fecha: Bogotá, enero- julio del 2022

© 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. Óscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmering (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. Norhy Esther Torregrosa Jiménez (Universidad Libre, Colombia)

Prof. Dr. Robert Anzola León (Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia)

Prof. Mg. Andrés Esteban Ordóñez Pérez (Universidad Externado, Colombia)

Prof. Dr. Sergio Orlando Silva Arroyave (Tecnológico de Antioquia, Colombia)

Prof. Dr. Luis Fernando Sánchez Supelano (Universidad Militar Nueva Granada, Colombia)

Prof. Dr. Édgar Hernán Fuentes-Contreras (Universidad de los Andes, Chile)

Prof. Dra. Silvana Fortich (Universidad Externado, Colombia)

Coordinador editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

Correspondencia y suscripción

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: En Chine Le gâteau des Rois et... des Empereurs, de Henri Meyer, 1898.

Impresa y hecha 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

Introducción	9
<i>Mujeres buscadoras: elementos de reflexión para contribuir a su reparación integral</i> <i>Searching women: elements for reflection to contribute to their comprehensive reparation</i>	
<i>Jomary Ortegón Osorio</i>	13
<i>Motivos jurídicos y sociales de las no denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo en población afrodescendiente en Medellín</i> <i>Legal and social reasons for non-criminal complaints for acts of racial discrimination or racism in the Afro-descendant population in Medellín</i>	
<i>Fredinson Salas Restrepo, Luis Mateo Tamayo Patiño y María Isabel Uribe López</i>	55
<i>Los elementos de la relación jurídica de protección al patrimonio cultural: observaciones para los agentes sociales responsables de esta materia</i> <i>The elements of the legal relationship of protection of cultural heritage: observations for the social agents responsible for this matter</i>	
<i>Rosa Juliet González Ruiz</i>	77
<i>Totalitarismo jurídico invertido: una afrenta a la dignidad humana</i> <i>Inverted legal totalitarianism: an affront to human dignity</i>	
<i>Wilson Giovanny Patiño Suárez</i>	95
<i>Efectos de la juridización en Colombia: desde un análisis jurisprudencial</i> <i>Effects of judicialization in Colombia: from a jurisprudential analysis</i>	
<i>Carlos David Higuera Villalba</i>	123

*La impronta del psicoanálisis en la doctrina de Hans Kelsen
(con especial énfasis en sus estudios platónicos)*
*The imprint of psychoanalysis in the doctrine of Hans Kelsen
(with special emphasis on his platonic studies)*
Augusto Fernando Carrillo Salgado 145

*Sujetos de deberes (inteligencias artificiales, androides, robots) y dogmática prospectiva
Subjects of duties (artificial intelligences, androids, robots) and prospective dogmatics*
Franco Alirio Ceballos Rosero, María Camila Muñoz Bastidas
y Deysi Alejandra Mendoza Ortiz 157

Revista Pensamiento Jurídico. Instrucciones para los autores de artículos a publicar 177
Journal Pensamiento Jurídico. Instructions for authors 187

Política de ética editorial 195
Editorial Ethics Policy 203

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 a través de reflexiones teóricas, conceptuales e histórica desde un enfoque trans e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a comprender las lógicas de funcionamiento y evolución del derechos, los derechos humanos y el funcionamiento del sistema judicial. 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, la estudiante de la Maestría en Estudios de Género de la facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia Jomary Ortegón Osorio (abogada, especialista en Estudios feministas y de Género) presenta el artículo titulado *“Mujeres buscadoras: elementos de reflexión para contribuir a su reparación integral”*. El artículo tiene por objetivo identificar algunos de los impactos diferenciados que sufren las mujeres que afrontan procesos de búsqueda de sus seres queridos, en el contexto colombiano de violencia sociopolítica y conflicto armado, con el propósito de proponer fórmulas de reparación integral y restablecimiento de sus derechos a partir de los ejes de reconocimiento, participación y acompañamiento para sanar.

Seguidamente, la profesora de la Universidad de Antioquia María Isabel Uribe López (abogada, especialista en Derecho de Familia, magíster en Educación) y los estudiantes de la Universidad Católica Luis Amigó Fredinson Salas Restrepo y Luis Mateo Tamayo Patiño presentan el artículo denominado *“Motivos jurídicos y sociales de las no denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo en población afrodescendiente en Medellín”*. El texto presenta los resultados de investigación obtenidos alrededor de la preguntas ¿cuáles son los motivos jurídicos y sociales por los que personas afrodescendientes que afirman haber experimentado situaciones de discriminación racial o racismo no hacen denuncias penales? Para responder dicho cuestionamiento se realizó una investigación cualitativa que, a través de entrevistas en profundidad a personas que afirman haber experimentado situaciones de discriminación racial o racismo, permitió

conocer los diferentes motivos jurídicos y sociales por las que estas no hacen denuncias penales.

En tercer lugar, la profesora de la Universidad de Oriente Rosa Juliet González Ruiz (abogada especialista en derecho civil y de familia) presenta el texto denominado *“Los elementos de la relación jurídica de protección al patrimonio cultural: observaciones para los agentes sociales responsables de esta materia”*. El documento gira en torno a la protección del patrimonio cultural, en el cual confluyen políticas y programas de la acción pública que generan ambigüedades y problemas de competencias. El artículo, que está centrado en el análisis teórico en la categoría relación jurídica y el diagnóstico del régimen jurídico cubano, pretende identificar los elementos que componen dicha relación e iluminar el accionar de los agentes que aplican este régimen.

Posteriormente, el asesor político Wilson Giovanni Patiño Suárez (Ingeniero civil, especialista en Gerencia de Proyectos y magíster en Política y Relaciones Internacionales) trae el artículo intitulado *“Totalitarismo jurídico invertido: una afrenta a la dignidad humana”*. Este texto acuña un nuevo término dentro de la filosofía político-jurídica, “totalitarismo jurídico invertido”, que resulta del análisis histórico del derecho, y que pretende describir la situación en la cual los jueces sobrepasan los límites del ejercicio del derecho y cometen irrespetos a la dignidad humana. Pone de presente la discusión acerca de si los jueces, en algunos casos, se apartan del derecho normativo y empiezan a tomar decisiones intuitivas marcadas por la naturaleza de sus convicciones religiosas, políticas, culturales y, al parecer, por conveniencias particulares, pues no hay parámetro preestablecido en la norma frente a la discrecionalidad judicial.

A continuación, el estudiante de la especialización en Derecho Privado Económico Carlos David Higuera Villalba (abogado y politólogo) presenta el artículo denominado *“Efectos de la juridización en Colombia: desde un análisis jurisprudencial”*. En él, se estudia la juridización como un fenómeno amplio que describe la superposición de lo jurídico en otras áreas del conocimiento que tienen sus propias normas de funcionamiento. En el ámbito de la política, la juridización ha sido incorporada por el activismo judicial de las altas cortes, generando una suerte de sumisión del poder del legislativo y ejecutivo al judicial, a través de la aplicación del derecho constitucional como respaldo para suplir la labor de la administración. Se pretende evidenciar el cambio de razonamiento administrativo y la *juristocracy* como otros efectos más problemáticos de la juridización.

Seguidamente, el estudiante de doctorado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Augusto Fernando Carrillo Salgado (licenciado en Derecho, Magíster en Derecho) presenta el artículo intitulado *“La impronta del psicoanálisis”*.

sis en la doctrina de Hans Kelsen (con especial énfasis en sus estudios platónicos)". El objetivo general de este artículo es explicar la relación entre la doctrina de Sigmund Freud y el trabajo de Hans Kelsen. En tanto objetivo particular se expone la impronta del psicoanálisis en las reflexiones kelsenianas en torno a la propuesta filosófica de Platón. En primer lugar, se describe el contacto entre Hans Kelsen y la doctrina de Sigmund Freud. Posteriormente, se exponen las ideas generales de los estudios kelsenianos alrededor de la doctrina de Platón. Por último, se presentan las conclusiones de este documento. Los métodos empleados para la elaboración de este artículo son el deductivo, el histórico y el analítico, mientras que la técnica utilizada es la investigación documental.

Finalmente, el profesor de la Universidad Cooperativa de Colombia Franco Alirio Ceballos Rosero (Abogado y Magister en Etnoliteratura) y las estudiantes de la Universidad Cooperativa de Colombia María Camila Muñoz Bastidas y Deysi Alejandra Mendoza Ortiz presentan el artículo denominado "*Sujetos de deberes (inteligencias artificiales, androides, robots) y dogmática prospectiva*". Este documento busca una concepción jurídica pertinente sobre las inteligencias artificiales, androides y robots. Pasa por el reconocimiento de sus capacidades racionales, autonomía y de aprendizaje; convirtiéndolos en interlocutores de la humanidad, situación anticipada por la ciencia ficción. Para responder esta cuestión se propone la idea del sujeto de deberes dentro de una teoría heterogénea del concepto de persona en derecho, para lo que se necesita una dogmática jurídica prospectiva, tomando como referencia el género literario y cinematográfico de la ciencia ficción y reflexiones sobre los posibles escenarios que se avecinan en la relación del ser humano con las máquinas pensantes.

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*

Mujeres buscadoras: elementos de reflexión para contribuir a su reparación integral

Searching women: elements for reflection to contribute to their comprehensive reparation

*Jomary Ortegón Osorio**

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 28 de marzo de 2022

RESUMEN

La desaparición forzada es una grave violación a los derechos humanos que produce graves efectos en las personas allegadas a la víctima y la sociedad en su conjunto. Si bien existen trabajos comprensivos sobre los diversos tipos de daño en la víctima y sus familiares, no se registran suficientes reflexiones sobre las afectaciones particulares que sufren las mujeres que buscan, en quienes recaen las mayores cargas económicas, de cuidado y de exigencia de verdad y justicia. El presente artículo tiene por objetivo identificar algunos de los impactos diferenciados que sufren las mujeres que afrontan procesos de búsqueda de sus seres queridos, en el contexto colombiano de violencia sociopolítica y conflicto armado, con el propósito de proponer fórmulas de reparación integral y restablecimiento de sus derechos a partir de los ejes de reconocimiento, participación y acompañamiento para sanar.

Palabras clave: mujeres buscadoras, desaparición forzada, justicia de género, derechos de las víctimas, justicia transicional.

ABSTRACT

Enforced disappearance is a serious human rights violation that has serious effects on the victim's relatives and society as a whole. Although there are comprehensive studies on the various types of damage to the victim and her relatives, there are not enough reflections on the particular effects suffered by women who are searching for their loved ones, who bear the greatest economic burden, care and demand for truth and justice. This paper aims to identify some of the differentiated impacts suffered by women who face processes of searching for their relatives in the Colombian context of socio-political violence and armed conflict, with the objective of proposing formulas for comprehensive reparation and restoration of their rights based on

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Constitucional y en Estudios Feministas y de Género de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente cursa la Maestría en Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia. jlortegono@unal.edu.co

the axes of recognition, participation and accompaniment for healing.

Keywords: seeker women, enforced disappearance, gender justice, victim's rights, transitional justice

INTRODUCCIÓN

Cuando se nombra a las miles de víctimas de violaciones a derechos humanos en nuestro país, normalmente aparecen los nombres de sus esposos, compañeros, hijos y hermanos, a quienes el derecho reconoce como víctimas directas de los crímenes. Las sobrevivientes, también víctimas de violencia sociopolítica, permanecen invisibles a pesar de que son ellas quienes han soportado las múltiples cargas y efectos de la violencia.

Este es el caso de las mujeres familiares de víctimas de desaparición forzada. Son ellas las que han hecho que la memoria de las víctimas persista en la vida colectiva, las que han golpeado las puertas de los tribunales, órganos de control y medios de comunicación, las que han llenado las plazas y calles con las fotos de sus seres queridos y las que han gritado sus nombres en las conmemoraciones: “¡presente, presente, presente!”.

Si bien son miles las mujeres que han dedicado su vida a la exigencia de verdad y justicia, quise concentrar mi reflexión en la trayectoria de cuatro víctimas de hechos de desaparición forzada cometidos en la décadas de los ochenta y noventa, que actualmente acompaño como abogada de la organización de derechos humanos Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” (Cajar) ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Aunque para ellas son más de tres décadas de labores, su entusiasmo y esfuerzo siguen activos, y su accionar motiva a otras mujeres y a nuevas generaciones a no cesar en la exigencia de respuestas, a pesar del largo y doloroso camino que implica la búsqueda.

Para Sandra, Elizabeth, Candelaria y Pilar, el dolor, la angustia y la incertidumbre son permanentes. Al tiempo, su lucha es valerosa, constante e inspiradora. Su historia es similar a la de muchas mujeres que en nuestro país y en la región latinoamericana se dedican a la búsqueda de sus seres queridos. Antes de la desaparición de ellos, muchas de las mujeres víctimas no tenían conocimiento del funcionamiento del Estado; hoy no solo han conseguido la expedición de normativas protectoras de sus derechos y la creación de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) en el Acuerdo de Paz de 2016, sino que también han logrado que cada vez más la desaparición forzada y sus efectos sean visibles socialmente.

Si bien en escenarios como el SIDH y sus órganos Comisión y Corte Interamericana se han reconocido desde sus primeras decisiones los efectos de la desaparición forzada en los familiares de las víctimas y ello ha impactado en la inclusión legal y jurisprudencial en el ámbito nacional de sus derechos, el reconocimiento social y jurídico de los efectos en la vida de las mujeres y su reparación es aún insuficiente. Por ejemplo, el sistema penal se orienta hacia la

identificación de los responsables de las desapariciones, y aunque las víctimas pueden participar y han utilizado el sistema penal para impulsar acciones de búsqueda, rara vez la fiscalía o los jueces penales se ocupan de reflexionar y ordenar reparaciones sobre los efectos de los hechos violentos en ellas.

Por otro lado, en el contexto del proceso de negociación de paz adelantado entre el Gobierno nacional y la entonces guerrilla FARC-EP, las víctimas, entre ellas las de desaparición forzada, tomaron un fuerte protagonismo y consiguieron que, al momento de diseñar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) se estableciera la centralidad de sus derechos como un propósito del Acuerdo y sus desarrollos. Espacios como la Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU), compuesta por organizaciones de víctimas, defensoras de derechos humanos y especializadas, presentaron en La Habana sus propuestas sobre el diseño, funciones y metodologías de la UBPD (CCEEU, 2016). La creación de la UBPD, concebida como una entidad de carácter humanitario y extrajudicial que “dirigirá, coordinará y contribuirá” a la implementación de acciones de búsqueda y localización de personas desaparecidas en razón del conflicto armado (art. 3, Acto Legislativo 01 de 2017) podría ser una oportunidad para el reconocimiento, impulso a las acciones y reparación de mujeres buscadoras.

En los recientes años, en el escenario de la implementación del Acuerdo de Paz, tanto la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) como la UBPD han utilizado el concepto de “mujeres buscadoras” para destacar el protagonismo de las mujeres en la búsqueda y dignificar la labor que han desempeñado, noción que aquí se adopta.

El presente artículo parte de la constatación de que en mi propia práctica jurídica no había reflexionado de manera consciente acerca de los impactos específicos en las mujeres buscadoras y la necesidad de adoptar medidas de reparación diferenciadas que tomen en cuenta dichas particularidades. En consecuencia, en los casos que he acompañado, si bien se han adoptado medidas de reparación en su favor como familiares de víctimas de hechos de violencia política, no se han considerado medidas de reparación que les reconozcan en su trayectoria, identidad política y necesidades particulares. De manera que aquí presento algunos elementos a considerar al momento de identificar las afectaciones y procurar reparaciones para las mujeres buscadoras como víctimas de desaparición forzada.

El concepto de víctima se utiliza acá en sentido jurídico: “persona cuyo derecho individual ha sido denegado o dañado por el acto ilegal internacional o que ha sido de otra manera particularmente afectado por dicho acto” (Crawford, 2002, citado en Feria Tinta, 2006, p. 161), sin pretender negar con ello el rol político y

transformador que han desempeñado las mujeres buscadoras en los contextos nacional e internacional en la dignificación de las víctimas directas, la creación de marcos jurídicos favorables al reconocimiento de sus derechos y en la sensibilización social sobre la gravedad del fenómeno de desaparición forzada.

Por su parte, si bien el conflicto armado colombiano —y, de manera más reciente, el Acuerdo de Paz de 2016— puso en el escenario que la noción de desaparición en razón del conflicto es amplia y recoge diferentes hipótesis por las cuales se desconoce el paradero de una persona¹, el concepto que se emplea aquí es el de desaparición forzada en el sentido reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, que se circunscribe a aquellos eventos en los cuales existe una privación de la libertad y posterior ocultamiento con participación estatal directa, o en los eventos de hechos cometidos por terceros, en circunstancias de autorización, apoyo o aquiescencia de agentes estatales (CIPDF, 2006).

El presente texto está dividido en cuatro secciones. En la primera se presenta un panorama general de la desaparición forzada en Colombia, seguido de la comprensión de las mujeres buscadoras como víctimas y, en consecuencia, titulares de derechos. En la segunda sección, sin hacer de cada caso una experiencia universalizable, se exponen algunos rasgos característicos de los daños e impactos de la desaparición forzada en la vida de las mujeres que buscan, así como de las experiencias de resiliencia, empleando como guía la trayectoria de cuatro mujeres entrevistadas. En la siguiente sección se proponen algunos elementos que podrían contribuir a la reparación integral de mujeres buscadoras y finalmente se concluye con una breve reflexión sobre las labores de la UBPD.

METODOLOGÍA

Para la elaboración de este artículo me identifiqué como defensora de derechos humanos que lucha desde la disciplina del derecho, la cual ejerzo desde hace veinte años, para lograr transformaciones sociales haciendo uso de las herramientas jurídicas. Sin desconocer el carácter androcéntrico del derecho y el papel que ha ejercido en el mantenimiento de estereotipos y discriminaciones de género (Mantilla, 2013; Facio, 1992), considero que al ser un campo abierto a la argumentación puede contribuir a modificaciones en materia jurisprudencial, legislativa, de políticas públicas, e incluso cambios sociales en alguna escala, para alcanzar el reconocimiento de los derechos de las mujeres, cuando la acción jurídica es acompañada de estrategias integrales de exigibilidad.

1 La UBPD es una entidad estatal de carácter humanitario encargada de la búsqueda de personas desaparecidas con razón y con ocasión del conflicto armado incluyendo: (i) casos de secuestro, (ii) desaparición forzada, (iii) reclutamiento ilícito y (iv) desaparición durante las hostilidades (Rodeemos el Diálogo, 2020).

De esta manera, este escrito elaborado con un enfoque descriptivo y analítico se nutre de elaboraciones teóricas y académicas, principalmente jurídicas y psicojurídicas del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sobre los impactos de la desaparición forzada en las mujeres que buscan. Igualmente, asumo un enfoque de género aplicado al ámbito jurídico, útil para

[...] observar y entender el impacto diferenciado de programas, proyectos, políticas y normas jurídicas sobre las personas, con el fin de evitar que se reproduzcan situaciones de discriminación y exclusión y que, por lo tanto, se pueda brindar una mejor y mayor protección a sus derechos. (Mantilla, 2013, p. 133)

Con relación a los efectos de la desaparición forzada, retomé una muestra bibliográfica no exhaustiva, referida a los daños e impactos en la vida de víctimas buscadoras entre los que destaco el texto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés) *Las desaparecidas y las invisibles: repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres* (2015) y el Tomo III de la serie Desaparición Forzada del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), *Entre la incertidumbre y el dolor: impactos psicosociales de la desaparición forzada* (2014).

Para la escritura también tuve en cuenta elementos de mi propia experiencia de acompañamiento jurídico a víctimas de este crimen, así como la perspectiva de Carolina Torres Bocachica, psicóloga cofundadora del Colectivo Psicosocial Colombiano (Copsico), con amplia experiencia en el acompañamiento a víctimas de violencia sociopolítica, en particular víctimas de desaparición forzada, a quien entrevisté para la elaboración del presente documento².

A modo aclaratorio, señalo que debido a que la Corte IDH desde sus primeras sentencias ha desarrollado una jurisprudencia comprehensiva, amplia y reiterada sobre la desaparición forzada, he decidido no remitir a decisiones específicas, sino a la compilación que hiciera dicho organismo en el “Cuadernillo No. 6 de jurisprudencia” (Corte IDH, 2020), salvo que sea necesario por la especificidad de la decisión, o en aquellas sentencias posteriores a su publicación.

LAS PROTAGONISTAS

Un elemento central del presente trabajo son las entrevistas que realicé a Candelaria Vergara, Elizabeth Santander, Sandra del Pilar Ubaté y Pilar Navarrete, mujeres víctimas en casos de desaparición forzada, a quienes he

2 Entrevista a psicóloga Carolina Torres Bocachica, realizada en Valledupar el 30 de marzo de 2021.

tenido la oportunidad de representar en litigios ante el SIDH. Dado que con las cuatro entrevistadas existe una relación de confianza construida desde hace varios años, a pesar de que la mayoría de las conversaciones se hicieron de manera virtual, se pudieron desarrollar en un ambiente cálido y distendido.

Si bien sostengo que para reparar adecuadamente es necesario conocer los daños que ha sufrido cada persona, el tipo de entrevistas realizadas, sin acompañamiento institucional y sin una finalidad judicial, me orientó intuitivamente a procurar no reabrir heridas o generar incomodidades sin herramientas de contención adecuadas. En las entrevistas omití indagar sobre los hechos, centrándome en preguntas sobre los efectos de la búsqueda en la construcción identitaria de las entrevistadas. De manera consciente, evité indagar sobre los daños; algunos de ellos se hacen evidentes en sus narraciones espontáneas, otros los conozco porque he recibido sus declaraciones y también existen registros públicos de entrevistas, blogs y artículos con su participación, y en el caso del Palacio de Justicia existe una sentencia interamericana sobre estos hechos. A cambio de ello, una pregunta central que hice a todas las entrevistadas fue sobre aquellas acciones que han contribuido para que puedan sanar. Igualmente procuré que las preguntas estuvieran centradas en ellas y no en sus seres queridos, tomando en cuenta que muchas veces “las mujeres no hablan de sí mismas y prefieren poner de relieve las historias de sus esposos e hijos” (Naciones Unidas, 2013, párr. 25).

A efectos de contextualizar la lucha de Candelaria, Pilar, Elizabeth y Sandra, hago una breve presentación de ellas que se sintetiza en la tabla 1.

Tabla 1. Presentación de Candelaria, Pilar, Elizabeth y Sandra

<p style="text-align: center;">Candelaria Nuris Vergara</p> <p>Nació el 22 de junio de 1960, en Ayapel, departamento de Córdoba. Es madre de dos hijos, Carlos y José, y una hija, Jenny. Le gusta viajar, leer, trabajar por la comunidad y quisiera visitar el mar. Su esposo, Pedro Julio Movilla Galarcio, militante del PCC-ML y el Frente Popular, fue desaparecido el 13 de mayo de 1993, en Bogotá, después de dejar a su hija en el colegio, ubicado al suroccidente de la ciudad.</p>	
<p style="text-align: center;">María del Pilar Navarrete</p> <p>Nació el 15 de diciembre de 1964, en Bogotá. Le gusta cocinar, la música, bailar salsa y ayudar a otras personas. Se define como una persona amorosa, alegre y “cínica”. Es madre de cuatro hijas y dos hijos y abuela de seis nietos. Es integrante del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice). Su esposo, Héctor Jaime Beltrán, fue desaparecido en los hechos de la retoma del Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985, en Bogotá.</p>	
<p style="text-align: center;">Elizabeth Santander</p> <p>Nació el 6 de septiembre de 1963, en Cali, departamento del Valle del Cauca. Desde muy joven ha sido activista social y maestra. Le gusta escribir y bailar: “mis tristezas y mis dolores se me van bailando”. Su esposo, Marino Escobar Aroca, era integrante del grupo guerrillero M-19 y fue desaparecido el 22 de enero de 1987, en Bogotá. A raíz de su búsqueda, Elizabeth se encuentra en el exilio desde 1990.</p>	
<p style="text-align: center;">Sandra Ubaté Monroy</p> <p>Nació el 27 de marzo de 1969, en Bogotá. A Sandra le gusta hacer cosas con las manos: mosaiquismo, bordado y vitrales. Su hermano, Jhon Ricardo Ubaté, exintegrante del EPL, fue desaparecido el 19 de mayo de 1995, al frente de la Clínica Tequendama, en Cali. Sandra tuvo que salir del país con su hijo el 25 de marzo de 1997, regresó en enero de 1998 y tuvo que volver al exilio el 29 de marzo de 2013.</p>	

Fuente: elaboración propia.

Agradezco a cada una de ellas y a la psicóloga Carolina Torres, por la generosidad que tuvieron al dedicarme su tiempo para las entrevistas, compartir sus reflexiones y por cada uno de los aprendizajes que hemos construido a lo largo de los años. A la profesora Lina Lozano de la Escuela de Estudios Feministas y de Género de la Universidad Nacional de Colombia, también mi gratitud por su cuidadosa y atenta lectura, así como por las sugerencias que enriquecieron este trabajo.

NO BUSCAMOS A UNO, BUSCAMOS A TODOS

La desaparición forzada de personas es una grave violación a los derechos humanos, que ha sido señalada por la Corte IDH como el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y los principios del sistema de derechos humanos (Corte IDH, 2020). La jurisprudencia y doctrina internacional han reconocido su carácter continuo y permanente (Corte IDH, 2020), lo cual significa que solo cesa con la ubicación del paradero de la persona o sus restos mortales. Asimismo, se ha reconocido su naturaleza pluriofensiva (Corte IDH, 2020), en tanto afecta múltiples derechos como la vida, integridad personal, libertad personal, personalidad jurídica, verdad y garantías judiciales. Igualmente, la desaparición forzada ha sido reconocida como crimen de lesa humanidad cuando concurren los elementos de sistematicidad y generalidad en su comisión³.

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas definió en su artículo 2 este crimen como:

[...] el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. (CIPDF, 2006)

Una formulación similar hace la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, en su artículo II. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte IDH señala que son elementos constitutivos de la desaparición: “a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada” (Corte IDH, 2020, p. 15).

3 Ver por ejemplo Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7 i). Elementos de los crímenes, crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas.

Si bien en Colombia la desaparición ha sido uno de los crímenes más recurrentes en el marco de la violencia sociopolítica, no existen cifras consolidadas sobre la dimensión de su comisión. Mientras el Observatorio de Memoria y Conflicto del CNMH documenta 80653 víctimas en hechos cometidos desde 1958⁴, el Registro Nacional de Desaparecidos contempla 87392 casos registrados como presunta desaparición forzada desde 1938⁵. Por su parte, el Registro Único de Víctimas reconoce 50333 víctimas directas por hechos cometidos desde 1985⁶. La UBPD estima en 120000 el número de personas desaparecidas (*El Espectador*, 27 de enero de 2021), aunque su amplio mandato incluye a otras víctimas como aquellas que fueron reclutadas ilícitamente, las secuestradas y todas aquellas que desaparecieron en el contexto del conflicto armado (Rodeemos el Diálogo, 2020).

Tomando como referencia las cifras del CNMH, de las 77836 víctimas de desaparición cuyo sexo se conoce, se tiene que 68529 serían hombres (88,04%), mientras que 9307 serían mujeres (11,95%) (CNMH-OMC, 2020). Frente a las víctimas mujeres, se ha criticado la ausencia de un enfoque de género en la búsqueda de su paradero e investigación de su desaparición (CCEEU, 2016), así como la falta de indagación por otros delitos basados en género como la violencia sexual.

Mientras que la mayoría de las víctimas directas son hombres, han sido mayoritariamente las mujeres quienes asumen el rol de búsqueda y exigencia de justicia. Señala Gloria Gómez, coordinadora de la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (ASFADDES):

Desde que se asumió la desaparición forzada como modalidad represiva para eliminar a los opositores y militantes de izquierda, fueron los hombres el mayor porcentaje de desaparecidos, de víctimas y por eso las mujeres tuvimos que liderar, no solamente las mamás sino también las hermanas, las esposas, las compañeras, las hijas, las amigas, que sin ellos y por ellos les tocó asumir la búsqueda, la denuncia y una cantidad de aprendizajes y construcciones para lograr saber dónde están, ante la falta de respuesta de los Estados. (UBPD, 2014)

Esta es una característica que se reproduce en Latinoamérica (INMLCF, 2015) y el mundo (ICTJ, 2015). Si bien como ya se ha identificado, la mayoría de víctimas de desaparición forzada son hombres y la búsqueda recae principalmente en mujeres, se ha advertido también que esta tarea puede entenderse como una extensión de las labores de cuidado no remuneradas (Ruiz Segovia y Hasso, 2020),

4 Cifras actualizadas a enero de 2021.

5 Cifras actualizadas a 2015.

6 Cifras actualizadas a septiembre de 2019.

en las que existe una movilización a partir de los afectos, pero que tiende a suplir las obligaciones que tienen actores estatales que sí reciben una remuneración, aunque no cumplan sus deberes.

Que la mayoría de las personas que buscan sean mujeres no significa que todas las mujeres decidan buscar o que los hombres no busquen. Conozco a padres y hermanos que buscaron a su familiar hasta que la muerte les sobrevino. Al igual que sus compañeras, estos padres visitaron cada estación, cada hospital y cada ciudad donde alguien les dijo que podrían estar sus hijos. También conozco hijos que, aunque no tienen memorias vívidas sobre sus madres, fueron el motor de los procesos de búsqueda; tengo muy presente a uno de ellos que el día que recibió los restos de su madre dijo que estaba aliviado de poder finalmente conocerla. También Miguel, el actual esposo de Elizabeth, se ha involucrado totalmente en la búsqueda de Marino, desaparecido por fuerzas de seguridad estatales en 1987.

Pregunté a las entrevistadas sobre su percepción sobre el hecho de que las mujeres sean más visibles que los hombres en los procesos de búsqueda. Es algo que no se habían preguntado, pero la respuesta de todas es justamente que la mayoría de los desaparecidos eran hombres. A esta constatación que es compartida, agregaron que en el caso de las madres el vínculo con los hijos o hijas es tan fuerte que su desaparición hace que sin la búsqueda no se pueda continuar la vida (entrevista a Carolina Torres, 2021). Otras de las entrevistadas coincidieron en afirmar que “tal vez los hombres se cansan más rápido” (entrevistas a Candelaria Vergara y Pilar Navarrete, 2021), o que podría ser “que nosotras no los dejamos [de] buscar” (entrevista a Sandra Ubaté, 2021). Elizabeth también agregó que “nosotras madres, somos las que parimos y sabemos lo que se siente traer un hijo/a al mundo, porque dentro de nosotras hay una cosa importante que nos mueve y es el amor” (entrevista a Elizabeth Santander, 2021).

Ahora bien, otro enfoque desde los estudios de género sugiere que culturalmente a los hombres, que han atravesado ciertos procesos de socialización desde construcciones hegemónicas de la masculinidad, les resultan vedadas acciones que pueden realizar las mujeres sin recibir un reproche social, como expresar sus emociones públicamente, llorar, desahogarse, etc. (Sadler, 2007)⁷. Al respecto, señaló Carolina Torres en la entrevista (2021):

7 Michelle Sadler (2007) citando a Conell (1995) define la masculinidad hegemónica como “la configuración de la ‘práctica genérica’ que encarna la respuesta corrientemente aceptada al problema del patriarcado, la que garantiza, o sirve para garantizar, la posición dominante de los hombres y la subordinación femenina” (p. 439). Sadler plantea que “la masculinidad hegemónica impone ciertas normas que hacen que para los varones, a distintas escalas, no sea común expresar sus más íntimos sentimientos, expresar ternura, mostrarse sobrepasados hasta las lágrimas” (2007, p. 433).

[...] desde la experiencia que tengo en la evaluación de hombres, lo que yo siento es que ellos no logran exteriorizar el daño y a muchos lo que les termina pasando es enfermedades al corazón o enfermedades diversas porque no se les permite exteriorizar su dolor.

En su entrevista, Sandra compartió que sentía que a su padre le resultaba liberador acudir a las manifestaciones, porque en ellas podía gritar, sacar su rabia, su indignación, como si en esos momentos colectivos él encontrara un resquicio para eludir la norma:

[...] cuando mi papá sale a la calle a una marcha, grita a todo pulmón barbaridades. Creo que ese día llega a la casa tan reconfortado, y yo me pregunto a mí misma por qué yo no le he permitido expresarse y creo que muchas mujeres no le permitimos a los hombres hacerlo. Es también por ese sentimiento de protegerlo, que no vaya a sufrir decepciones y que su corazón no se siga rompiendo tantas veces como se nos rompe el corazón en la búsqueda. (entrevista a Sandra Ubaté, 2021)

La búsqueda como rasgo identitario

Semánticamente, la identidad es comprendida como aquello que permanece inmodificable de la persona (idéntico), no importa el tiempo que pase o los eventos que las personas atraviesen. Stuart Hall (2003) pone de presente que esta noción ha sufrido un proceso de deconstrucción desde varias disciplinas, que han asumido la crítica a “una noción de identidad integral, originaria y unificada” (p. 15). En contraposición, el enfoque discursivo, “ve la identificación como una construcción, un proceso nunca terminado: siempre ‘en proceso’” (p. 15). Las identidades, que Hall prefiere llamar procesos de identificación, sufren transformaciones continuas moldeadas por la cultura, el lenguaje, la historia, la socialización y en este caso además por el conflicto armado, la violencia y los obstáculos estructurales que enfrentan quienes buscan a un ser querido.

Antes de que ocurrieran los hechos violentos, Elizabeth quería ser profesora y estudiar psicología, Sandra quería construir un banco de alimentos, Pilar estudiar publicidad y Candelaria continuar su militancia, hasta que un nuevo proyecto de vida se impuso en ellas abruptamente. Esta transformación identitaria es uno de los elementos que caracteriza a las mujeres que buscan. Las cuatro mujeres entrevistadas identificaron un giro total respecto de su propósito vital y los sueños en los ámbitos laboral, personal y familiar fueron intempestivamente reemplazados por la misión de búsqueda. Al respecto, relata Gloria Gómez de ASFADDES,

[...] nos tomamos las calles, las mujeres que no sabíamos de nada de gritos, de marchas, salimos a las calles dejando a un lado ese proyecto de vida que teníamos cada una, porque el día que se los llevaron hasta ahí llegó el proyecto de vida. (UBPD, 2014)

En un informe elaborado para la CEV y entregado en marzo de 2021 por el Grupo Europa de Familiares de Personas Desaparecidas en Colombia, con la participación de familiares en Estados Unidos y Argentina (GEFPDC) (2021) al que pertenecen Elizabeth y Sandra, esta última se presenta a sí misma como “la voz y el rostro detrás de la escarapela que pende de mi cuello”. Sobre esta nueva identidad, Sandra encontró que es algo común a los familiares de víctimas de desaparición forzada:

Hemos descubierto que ya no somos nosotros, que tenemos una identidad rota, que nosotros somos nosotros y nuestro desaparecido es parte de nosotros, somos una fusión con ellos porque somos la escarapela que siempre tenemos colgada en nuestro cuello, eso somos. (entrevista a Sandra Ubaté, 2021)

Una afirmación similar hizo Elizabeth:

Desde que desaparecieron a Marino, yo no soy yo, yo no volví a ser yo, yo soy él y fuera de eso soy yo. Soy todos los demás desaparecidos. Porque llega un momento en que uno se convierte en eso. (entrevista a Elizabeth Santander, 2021)

Sobre la construcción identitaria señaló en la entrevista la psicóloga Carolina Torres (2021),

Cuando he vivido un dolor tan profundo, mi psiquis se desestructura, es como si se partiera en pedazos, entonces lo que le da sentido a mantenerme, lo que evita perder la razón como dicen muchas, lo que impide morir de dolor, es el sentido de la búsqueda. Entonces el buscar o hacer proceso de la memoria, acompañar otras víctimas es lo que nuevamente estructura mi vida y a partir de ese proceso yo construyo mi vida en diferentes esferas, entonces lo que pasa con muchas de las mujeres, es que transformaron su vida por completo como consecuencia de este hecho.

El propósito de la búsqueda va acompañado de otros cambios en la vida de las mujeres: asumen vocerías públicas que antes no ejercían, se forman en la práctica sobre mecanismos legales y contribuyen a fortalecer procesos organizativos. Relata Sandra Ubaté en la entrevista (2021), “en ese proceso de búsqueda uno se va acoplado a los ritmos de la vida, he estudiado cosas sobre los derechos

humanos, como todos los que nos vemos inmersos en esta situación”. Pilar también cuenta que antes de estos hechos no tenía muchas nociones sobre el conflicto armado, pero a lo largo de 35 años ha conocido procesos como el Fondo de Solidaridad con los Jueces Colombianos, el Cajar y el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice) que han contribuido en su formación como persona defensora de derechos humanos, “aprendí a adjuntar pruebas, a poner cosas sobre un papel, a ir de un lado a otro buscando” (entrevista a Pilar Navarrete, 2021). También refiere Candelaria Vergara en la entrevista de 2021:

Para uno, esto se vuelve una escuela, para mí la búsqueda fue una escuela en la que te tienes que exigir a ti misma, de saber a administrar tu tiempo, ya empieza uno a cuidar los hijos, el trabajo y la búsqueda.

Esta afirmación de Candelaria sugiere otra reflexión; aunque algunas mujeres víctimas asuman roles públicos, no significa que se modifiquen los arreglos de género preexistentes (Wills, 2009).

Por un lado, como ya se señaló, la búsqueda es una extensión de las labores de cuidado no remuneradas, las mujeres que buscan cuidan a quien no está y a su memoria, pero también se ocupan de todas las personas desaparecidas. Les hemos escuchado: “no buscamos a uno, buscamos a todos”, “todos nos hacen falta”, es un cuidado colectivo. Por otro lado, significa para quienes buscan una carga mayor; las mujeres realizan acciones de movilización, exigencia de justicia y búsqueda, sin que abandonen el rol de madres, hermanas y cuidadoras de otros y otras integrantes del núcleo familiar. La búsqueda se convierte así en una jornada adicional de trabajo no remunerado, que se suma a las labores de cuidado, y a las mayores necesidades económicas que trae consigo la búsqueda, como se verá más adelante.

Buscar en colectivo

Si bien muchas víctimas asumen la búsqueda de manera individual, otras han conformado y fortalecido procesos organizativos de largo aliento en los que la tarea de buscar se asume como un propósito colectivo. En este sentido, un referente paradigmático son las Madres de Plaza de Mayo en Argentina, quienes desde finales de la década de los setenta construyeron un movimiento social en torno a la exigencia al Estado argentino de la verdad sobre la ubicación de sus hijos e hijas, en un contexto de desapariciones forzadas practicadas de manera sistemática a partir de la implementación del Plan Cóndor.

Resulta llamativa la manera en que este grupo de mujeres resignificó el rol de la maternidad, en el sentido de recuperarlo políticamente para la exigencia pública

de la verdad, en el sentido de identidad “estratégica y posicional” a la que alude Stuart Hall (2003, p. 17). La maternidad, si bien representa un rol tradicional, “también puede convertirse en una plataforma sobre la cual se cuestiona y se trasgrede la misma estructura social que la legitima” (Ortiz Cuchivague, 2012, p. 166). Tal como señala Karen Ortiz Cuchivague, las Madres de Plaza de Mayo desarrollaron la propuesta de “socializar la maternidad” de modo que,

El rol tradicional de madre, circunscrito al ámbito privado-doméstico y característicamente pasivo, se empezó a redefinir con la incorporación de las nuevas actitudes, tales como: la incursión en el espacio de lo público, la elaboración de demandas públicas, el activismo político y la confrontación directa con la institución estatal y militar. (2012, p. 171)

Esta postura no exenta de discusiones desde el feminismo, en tanto replicaba la postura de esencialización del rol de madre asignado a las mujeres (Ortiz Cuchivague, 2012), también ha sido reconocida por otras como una exaltación del poder femenino presente en la figura materna, y su reescritura y transvaloración como ejercicio político del acto de “hacerse Madres de toda la colectividad” (Ortiz Cuchivague, 2012, p. 166). Para ejemplificar esta comprensión, Karen Ortiz recupera una entrevista a Nora Cortiñas, cuyo aparte transcribo en su versión original por su pertinencia para la interpretación que se propone,

Now we are not the mothers of just one child, we are the mothers of all the disappeared. Our biological children became 30,000 children. And for them, we gave birth to a full political and public life. We are at our children's side but not in the same way as when they were with us: we gave motherhood a public value. We were given a new role as Mothers, and in many cases, we weren't prepared. We transmit more now than we used to transmit to our children: the spirit of struggle and sharing other struggles. In the end, we learned to give and take. The need to understand our children's story kept us strong and led us to fill positions we hadn't even realised existed. (Belucci, 1999, p. 86)

Podría afirmarse que esa identidad estratégica también, en términos de Hall, facilitó su incursión en el ámbito público. Aunque las Madres de Plaza de Mayo no estuvieron exentas de ataques, la subestimación de la figura de la madre les permitió ocupar un espacio público significativo, que sus acciones fueran minimizadas permitió su constitución como movimiento (Rodríguez, 2012): “nos reunimos sobre todo como mujeres [...] porque siempre a las mujeres nos subestimaron” “nos llamaron ‘locas’ y nos dejaron caminar” (entrevista a Estela de Carlotto, 2021).

A diferencia del proceso argentino, no es perceptible en las primeras décadas en Colombia una reivindicación de la identidad femenina en la búsqueda. Si bien las organizaciones de víctimas están conformadas mayoritariamente por mujeres, no es esta la característica que les definió inicialmente, sino la de las personas que buscaban, esto es, su condición de detenidas-desaparecidas. El proceso organizativo más antiguo y consolidado en Colombia es la ASFADDES, que inició a comienzos de la década de los ochenta como un espacio de encuentro de personas que buscaban a sus seres queridos con la característica de que estos habían sido detenidos por organismos estatales y su paradero era desconocido. La lucha de la ASFADDES fue protagónica para que nacional e internacionalmente se reconociera la práctica sistemática de la desaparición forzada y que en el 2000 esta conducta se tipificara como delito mediante la Ley 589 (ASFADDES, s.f.). En las siguientes décadas surgieron otras organizaciones como Familiares del Palacio de Justicia, Familiares Colombia, Fundación Nydia Erika Bautista y Colectivo 16 de Mayo, algunas de ellas con personería jurídica.

De manera más reciente, sí se encuentran reflexiones de algunas de estas organizaciones sobre el rol de las mujeres en la búsqueda y las afectaciones particulares por ellas sufridas. Por ejemplo, el Colectivo 16 de Mayo constituido por hombres y mujeres familiares de víctimas de la masacre paramilitar cometida en 1998 en Barrancabermeja por grupos paramilitares, entregó al SIVJRNR en 2019, junto con otros grupos y organizaciones, el informe “Telarañas de impunidad: las voces de resiliencia frente a la violencia estatal-paramilitar en el Magdalena Medio”, el cual dedica un capítulo a identificar los impactos de las masacres paramilitares del Magdalena Medio (1998-2000) y las desapariciones forzadas que allí se cometieron en la vida de las mujeres (CEV, 2020). También ASFADDES, en la voz de su coordinadora general Gloria Gómez Cortés, ha reivindicado el importante papel desempeñado por las mujeres en los procesos de búsqueda:

Yo creo que las mujeres latinoamericanas hemos sido un ejemplo. Hemos convertido el dolor en lucha y el amor en resistencia, para lograr llamar la atención y que se asumieran mecanismos y herramientas para la búsqueda efectiva y para el regreso a casa de ellas y ellos. (UBPD, 2014)

En la década de los 2000 las desapariciones forzadas fueron cometidas en una mayor proporción por estructuras paramilitares que actuaban con apoyo, aquiescencia o colaboración estatal. El proceso de desmovilización paramilitar y la aplicación de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) pusieron en evidencia lo masivo del fenómeno y la necesidad de avanzar en un entramado institucional que fijara directrices de atención, acompañamiento y reconocimiento a las víctimas de desaparición forzada. Desarrollos como el Plan Nacional de Búsqueda, adoptado por la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas en 2007 y la adopción de la ley por la cual se rinde homenaje a las víctimas de

desaparición forzada (Ley 1408 de 2010) forman parte de este recorrido evolutivo de reconocimiento de derechos logrado gracias a la movilización de las víctimas y sus procesos organizativos.

En este escenario, surgen otras organizaciones que al igual que las Madres de Plaza de Mayo reivindican la maternidad como identidad estratégica para la acción política, lo cual se advierte de manera fuerte en movimientos sociales en Colombia como Madres de la Candelaria, Madres de Soacha y Madres de los Falsos Positivos de Colombia, frente a crímenes como el secuestro y las ejecuciones extrajudiciales respectivamente.

Las cuatro mujeres entrevistadas han pertenecido o pertenecen a procesos organizativos de víctimas como ASFADDES, Movice y Familiares del Palacio de Justicia. Pilar relata que los familiares de la cafetería del Palacio de Justicia no se conocían antes, pero empezaron a encontrarse y fortalecerse mutuamente:

Pues bueno, todas las familias pelean y todas las familias se disgustan. Nosotros somos una de esas familias. Empezamos a vernos cada ocho días, a conocer los dolores de cada uno. El abogado Umaña nos obligaba a vernos cada ocho días. Todos los martes. Nos obligaba, decíamos, pero empezamos a entender la necesidad y luego ya lo veíamos como una cotidianidad. [...] independiente de todos los desacuerdos, para nosotros es importante sabernos como una familia. También los que han llegado últimamente. (entrevista a Pilar Navarrete, 2021)

Recientemente, a propósito de la creación del SIVJRNR, Elizabeth y Sandra han aportado a la consolidación del GEFPDC compuesto por víctimas de desaparición forzada en el exilio:

[...] somos el grupo de familiares que ha salido por desaparición forzada y nos sentimos muy identificados en la búsqueda, aprendimos del daño que nos hacemos en las organizaciones porque el dolor no nos deja ver si estamos maltratando a otras personas, entonces [ahora] somos más amorosos, queridos, nos acompañamos más, no nos exigimos tanto y nos contenemos entre todos [...]. (entrevista a Sandra Ubaté, 2021)

[...] encontrarnos con este grupo ha sido fortalecernos. Somos como una gran familia [...] Y bueno, hemos dicho que nos tenemos que fortalecer para desde acá nos escuchen y que la unidad [UBPD] nos escuche y trabajar de la mano de ellos. [...] hemos venido haciendo muchas cosas, escribimos un libro, hicimos el informe, nos encontramos y compartimos las experiencias que cada una ha tenido en su caso, y eso ha sido súper importante porque nos ha retroalimentado a cada uno. (entrevista a Elizabeth Santander, 2021)

APROXIMACIÓN A LOS DAÑOS QUE GENERA LA DESAPARICIÓN FORZADA EN LAS MUJERES BUSCADORAS

El derecho internacional de los derechos humanos establece que toda violación de una norma internacional genera para los Estados una obligación de reparación (Orentlicher, 2005, ppio. 31), la cual es correlato del derecho que ha sido reconocido en titularidad de las víctimas y sus familiares. Este reconocimiento ha sido incorporado paulatinamente en el ordenamiento jurídico colombiano primero en el ámbito jurisprudencial⁸ y luego en disposiciones como la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y en el texto constitucional a través del Acto Legislativo 01 de 2017 que crea el SIVJNR, normas que además reconocen la necesidad de adoptar un enfoque de género en la satisfacción de los derechos de las víctimas.

De acuerdo con el *Conjunto actualizado de principios para la lucha contra la impunidad*, la reparación integral debe abarcar todos los daños y perjuicios generados a las víctimas, así como contemplar un conjunto de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (Orentlicher, 2005, ppios. 34 y 35). La reparación además debe ser “suficiente, proporcional, efectiva, rápida y acorde con las características derivadas del género, la edad, la clase, la etnia, la religión, la ideología, la orientación sexual y la discapacidad, entre otras, de las víctimas” (Barraza Morelle y Guzmán, 2008, p. 132).

Ahora bien, la cuestión de la reparación a las mujeres víctimas de violencia sociopolítica está precedida por la pregunta de ¿qué se va a reparar?, y de manera particular la respuesta a las preguntas de ¿qué ocurrió? ¿Qué daños e impactos generó el hecho traumático? Y ¿cuáles fueron los impactos diferenciados que esos daños/traumas produjeron en las mujeres que buscan a sus seres queridos? ¿De qué manera la violencia reprodujo o exacerbó patrones de exclusión, discriminación, racismo y dominación?

Desde la perspectiva psicosocial, un primer concepto relevante es el de trauma, referido “a una vivencia o experiencia que afecta de tal manera a la persona que la deja marcada, es decir, deja en ella un residuo permanente” (Martín Baró, 1990, p. 10). Las violaciones a derechos humanos, entre ellas la desaparición forzada, normalmente corresponden a eventos traumáticos, que ocasionan una fractura en la vida de quien las sufre, marcan un antes y un después en el trayecto vital (Beristain, 2010). Adicionalmente, también generan una ruptura en la sociedad, por ello se habla de traumas psicosociales (Beristain, 2008), de manera que se da una relación dialéctica entre lo individual y lo colectivo (Beristain, 2010). Esta dimensión es relevante en tanto en los casos de desaparición forzada el

8 Ver por ejemplo, Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-210 de 2007 y C-1199 de 2008.

trauma no es una producción individual, sino social/institucional, aspecto que tiene importantes consecuencias a la hora de determinar qué debe hacerse para superar esos traumas (Correa González, 2013).

En el escenario jurídico, el daño es un concepto análogo al de trauma, que denota “una lesión (destrucción, aminoración, menoscabo) que sufre una persona y que recae sobre un bien o sobre un derecho material o inmaterial, en general sobre un interés legítimo” (Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit *et al.*, 2010, p. 70). En términos generales, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce dos tipos de daños, los materiales y los inmateriales. Los primeros se refieren a las afectaciones patrimoniales, al menoscabo económico que sufre la persona debido al hecho victimizante y comprende el daño emergente y el lucro cesante. Por su parte, los daños inmateriales incluyen

[...] tanto los sufrimientos y aflicciones causadas a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. (Corte IDH, 2010, párr. 275)

Igualmente, en los casos de desaparición forzada es posible identificar daños colectivos, cuando el hecho violento afecta a una comunidad, un proceso organizativo o un pueblo étnico. Para la Corporación Avre, “un daño colectivo se genera cuando un hecho de violencia sociopolítica lesiona o pone en riesgo la identidad colectiva y el desarrollo cultural, social y político de una comunidad, organización o sector social” (Grupo de Trabajo pro Reparación Integral, 2008, p. 13). Este tipo de daños se expresa en daños a la identidad colectiva y al sentido de pertenencia; daños a los liderazgos y a la participación; daños a la dignidad y al buen nombre; daños a la identidad cultural y a los elementos simbólicos de la colectividad; rupturas en las dinámicas de relacionamiento, entre otros (Grupo de Trabajo pro Reparación Integral, 2008). En el caso de colectivos étnicos, Beristain (2008) advierte que la valoración de los daños debe hacerse consultando las propias cosmovisiones. Al respecto, los decretos étnicos⁹ que reglamentan la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras) reconocen otros tipos de afectaciones como las espirituales, culturales, territoriales, ambientales, daños a la integridad y autonomía política, daños por racismo y discriminación, daños por libertad de circulación, entre otras.

9 Decretos 4633, 4634 y 4635 de 2011, por medio de los cuales se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o gitano y a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

A otra escala, también se puede hablar de daños sociales, predicables de las afectaciones a la sociedad en su conjunto como consecuencia del hecho violento, dimensión que se abordará más adelante.

Daños materiales

En razón de la posición social y económica desigual de las mujeres, estas experimentan las desapariciones de manera diferente que los hombres (ICTJ, 2015). Uno de los cambios más recurrentes en el contexto económico, es el cambio abrupto de los roles de los y las integrantes de la familia, “de la noche a la mañana las familiares de los desaparecidos se ven obligadas a ocupar el lugar de sostén familiar y cabeza de familia” (ICTJ, 2015, p. 6), un papel que en la mayoría de las sociedades patriarcales desempeñan los hombres y que de manera intempestiva deben asumirlo las mujeres. Este cambio de roles se suma a “sobrecargas de trabajo y afectivas, especialmente cuando tienen que hacerse cargo solas de la familia” (Beristain, 2010, p. 46). En su testimonio ante la Corte IDH, Pilar Navarrete señaló:

La vida de nuestra familia y la mía, a partir de la desaparición de Héctor Jaime, cambió para siempre, yo era muy joven, tenía 20 años, nunca había trabajado en la vida. Cuando vivíamos con Jimmy yo me encargaba del cuidado de las niñas y él del sustento diario, me daba todos los días \$15.000 para el mercado y los gastos de la casa [...] Cuando Jimmy fue desaparecido entonces a mí me tocó empezar a buscar trabajo porque tenía cuatro hijas pequeñas que educar, al principio trabajé en la cocina de un restaurante en el centro pelando papas [...] luego de eso un tío me dio trabajo en una empresa de confecciones que tenía [...] pero mi tío se fue a vivir a Estados Unidos y la empresa se liquidó [...] entonces tuve que trabajar en una empresa de embutidos, era un trabajo terrible, el olor a carne no se quitaba de la piel, así uno se bañara tres veces. (2013, pp. 6-7)

Tal como indica el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, “la conmoción emocional se ve agravada por las privaciones materiales, agudizadas por los gastos realizados si la mujer decide emprender la búsqueda del ser querido” (Naciones Unidas, 2013, párr. 12). Sandra y Pilar han reflexionado sobre los costos que implica la búsqueda, también para poner de relieve que hay familias que no buscan, no porque no quieran, sino porque no está en sus posibilidades económicas. Muchas de las víctimas tienen que recorrer la ciudad para acudir a las diversas instituciones estatales, diligencias judiciales, desplazarse a otros lugares del país, algunos alejados para buscar a sus seres queridos, incluso conocí víctimas que viajaron por sus propios medios a los lugares de procesos de negociación y desmovilización de actores armados para

preguntarles por el paradero de sus esposos, hermanos e hijos. Señala Sandra Ubaté en la entrevista del 2021:

[...] no somos capaces de ver que buscar tiene un costo muy alto, es un costo económico que uno no se da cuenta que necesita para el transporte, para la fotocopia, para ir a la defensoría, para comerse algo por la calle porque le va a tocar hacer filas, pasar horas en la calle que lo atiendan a uno, para sacar fotocopias de las pancartas, esas cosas tienen un costo y nosotros nunca lo decimos pero si uno se pusiera a sumar \$20.000 pesos diarios a lo largo del proceso de búsqueda son millones. Eso es lo que los familiares gastamos, eso cuando no hay que hacer viajes regionales o las exhumaciones, las familias invierten parte de lo que sería económico, parte del sustento de la familia en la búsqueda [...].

Por su parte, Pilar Navarrete expresó en su declaración ante la Corte IDH,

Aunque para mí eso hace parte de mi deber, y lo hago y seguiré haciendo con mucho cariño, pues hemos tenido gastos en la búsqueda de Jimmy [...] hemos gastado en los viajes que hicimos a diferentes ciudades, en las reuniones con las autoridades, en las conmemoraciones, en las reuniones con los abogados [...] Yo digo que cualquier dinero que se gasta en la búsqueda es una inversión para salir de la duda de dónde está [...]. (2013, p. 9)

Existen otras circunstancias gravosas que se han ido transformando a raíz del marco jurídico, cuya expedición han incentivado organizaciones de víctimas¹⁰ y que han facilitado la suspensión de procesos ejecutivos contra la persona desaparecida: el pago de salarios, el trámite de pensión, la posibilidad de administración de bienes, entre otros que no estaban previstos en las décadas previas a los 2000 en que se reconoce la desaparición forzada como delito en Colombia.

Por otro lado, la Ley 1408 de 2010 en su artículo 7 establece que el Estado deberá disponer los recursos necesarios para solventar los gastos funerarios, de desplazamiento, hospedaje y alimentación durante todo el proceso de entrega de cuerpos o restos que hubieren sido hallados. No obstante, ante la multiplicidad de instancias que intervienen en los procesos de entrega y la falta de divulgación de estos derechos, no siempre es fácil para las víctimas su exigencia y muchas se ven obligadas a cubrir estos gastos por su cuenta.

10 Entre ellas la Ley 589 de 2000, la Ley 986 de 2005 y la Ley 1531 de 2012.

Daños inmateriales

La Corte IDH ha reconocido que la violación del derecho a la integridad física y psíquica en las familiares de personas que han sido desaparecidas forzosamente es una consecuencia directa del hecho mismo de la desaparición que les causa un severo sufrimiento, “que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de realizar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido” (Corte IDH, 2014, párr. 533).

En los casos de desapariciones forzadas, al no existir un cuerpo, se produce un duelo congelado, interrumpido o complicado (ICTJ, 2015) y la incertidumbre se acompaña de sentimientos de angustia, desesperación, impotencia y un dolor permanente. En su declaración ante la Corte IDH Pilar señaló: “al estar Jimmy desaparecido la falta de certeza respecto a si está vivo o muerto me generaba muchos sentimientos de culpa, de dolor, de miedo” (Navarrete, 2013, p. 8). En su entrevista expresó Candelaria Vergara:

El impacto emocional es muy grande, el miedo, por un lado, la rabia, la incertidumbre y el desespero, uno se desespera mucho porque uno está preguntándose ¿qué pasó?, ¿dónde lo tienen?, ¿qué le están haciendo? También, la soledad, toda esa vida es muy difícil. (2021)

El hecho traumático de la desaparición produce una ruptura profunda en la vida de quien la sufre. Señala Elizabeth en la entrevista de 2021, “mi vida cambió totalmente. Era como si me hubieran sacado todo, como si hubieran arrancado todo de mí. Me arrancaron el corazón, mi pensamiento, mi vida. En un minuto me quitaron todo”. Igualmente, espacios de desenvolvimiento de las mujeres, como la familia y la comunidad, así como sus relaciones con ellos, resultan afectados por situaciones de desarticulación o desintegración (Guillerot, 2008).

En el caso de las desapariciones del caso Palacio de Justicia vs. Colombia, a partir de los testimonios de las víctimas y el peritaje de Clemencia Correa González, la Corte IDH encontró probada una serie de afectaciones a la integridad psíquica y personal de las víctimas, representadas en:

- (i) “la incertidumbre que genera [...] el desconocimiento del paradero de sus seres queridos y [...] las respuestas insatisfactorias del Estado”;
- (ii) secuelas a nivel personal, físicas y emocionales; (iii) “las estigmatizaciones recibidas, [...] que fue[ron] aislándolos de amigos y vecinos”;
- (iv) la modificación de sus proyectos de vida familiares y personales; (v) las amenazas que reportaron haber recibido como consecuencia de las acciones de búsqueda; (vi) la modificación de sus relaciones sociales, la

ruptura en la dinámica familiar, así como un cambio en la asignación de roles en las mismas; (vii) la impunidad en que se encuentran los hechos, así como (viii) la esperanza de hallar a sus familiares, o (ix) la imposibilidad de sepultarlos dignamente de acuerdo con sus creencias, alterando su proceso de duelo y perpetuando el sufrimiento y la incertidumbre. (Corte IDH, 2014, párr. 534)

En una investigación del ICTJ (2015) en la que describe los rasgos de las mujeres buscadoras, se identifica un conjunto relevante de afectaciones a su salud mental, entre las que se incluyen síntomas como “pesadillas, ansiedad, depresión, culpa, rabia, insensibilidad emocional, evasión, un estado de alerta permanente y trastornos del sueño” (p. 11). También la psicóloga Carolina Torres en su trabajo ha identificado que en el ámbito familiar se producen otras afectaciones como la pérdida de vínculo o imposibilidad de entablar relaciones sanas con las parejas, hijos e hijas; otras pierden el goce de la sexualidad, o se pierden o se dañan los lazos con otros integrantes de la familia (entrevista a Carolina Torres, 2021).

Las cuatro mujeres entrevistadas han sufrido estigmatización, señalamientos y en el caso de Elizabeth y Sandra amenazas que las forzaron al exilio, desde donde continúan sus luchas. En su informe a la CEV, Elizabeth, Sandra y otras personas en el exilio, quisieron retratar algunos de los obstáculos que enfrenta la búsqueda desde el exterior,

[...] con este informe pretendemos primero contar lo difícil que es buscar en la distancia porque hay vacíos jurídicos. Queremos contar lo difícil que es mantener el contacto con el tema organizativo en Colombia. Estamos de este lado, pero eso no significa que nos estemos llenando de plata, que cobremos en dólares y vivamos una vida súper. Queremos contar que hay unos niños fracturados, unas familias destruidas, unos niños que no tienen identidad porque no saben de dónde son, qué idioma hablan, no entienden sus raíces, odian a su país, no entienden tanta violencia. Pero también mostrar que las terceras generaciones son procesos diferentes, tienen otra mirada del caso colombiano, un proceso más amoroso más conciliatorio que en realidad no les interesa tanto la búsqueda de castigo, si no la búsqueda de justicia. (entrevista a Sandra Ubaté, 2021)

Resulta alentador encontrar que muchas mujeres también descubren en la búsqueda mecanismos de sanación, de reconstrucción de su identidad, de socialización, “incluso enfrentar mejor la situación centrándose en las tareas cotidianas, cuestionando el rol socialmente asignado y teniendo nuevas formas de pensar sobre sí mismas” (Beristain, 2010, p. 46). Muchas de ellas, incursionaron en el ámbito de lo público en su ejercicio de reclamación. Relata Candelaria que si bien ella era una militante del PCC-ML no estaba acostumbrada a la

vocería política, habilidades que fue adquiriendo en el proceso de indagación por la desaparición de su esposo,

[...] yo antes era conocida como la esposa de Pedro, cumplía el rol de estar detrás de los compañeros, yo no estaba preparada para asumir esas vocerías, además yo estaba muy joven, a mí me toca hacerme pública a nivel de la denuncia, darme a conocer en medios de comunicación, en sindicatos, en ONGS, tener que ir a la Fiscalía, a la Defensoría, en todos los estamentos donde tuvimos que hacer la denuncia. (entrevista a Candelaria Vergara, 2021)

Señala Carlos Beristain (2012) que los impactos de la violencia pueden verse atenuados por factores mediadores como el afrontamiento y el apoyo social. Las mujeres entrevistadas hallaron otras formas de expresar su dolor, sus deseos y otras maneras de sanar. Pilar e Inés Castiblanco, otra de las víctimas del caso Palacio de Justicia, son las protagonistas de la obra de teatro *El Palacio Arde* en la que además de recrear momentos de la búsqueda, hablan de sí mismas, de sus historias de vida, se imaginan a través de diálogos jocosos pero profundos qué le dirían a sus seres queridos si regresaran;

[...] yo les cuento que toda la vida quise hacer un stand up comedy desde las víctimas, a mí me parece que uno puede contar muchas cosas [...] es doloroso contar todo lo que me pasó, que he sufrido, que he golpeado, que me han sacado de la Plaza de Bolívar, pero también es una manera graciosa, ¿por qué las víctimas siempre tenemos que estar en un semáforo pidiendo limosna? (Cerosetenta, 2019)

Sandra aprendió a bordar y a recrear los rostros de sus seres queridos entre bastidores e hilos, y Elizabeth encontró refugio en las letras de su poesía,

¡Marino! Quisiera saber dónde descansa tu cuerpo torturado y ultrajado, poder arañar la tierra con mis manos, llegar hasta el fondo de tu sepulcro compartido por quién sabe cuántos más y reconocer tu cuerpo entre todos esos restos. Abrazarte fuerte contra mi pecho, sentir que te he rescatado y gritar, desde el silencio contenido de los años, que por fin te he encontrado. Quiero que tu rostro aparezca en el infinito mundo de los sin olvido, en las estrellas, en el universo entero para que tu imagen se clave con dolor remordiéndome a los que te desaparecieron. Y que jamás puedan olvidar que un día fuiste el hombre nuevo. El hombre que nunca pudieron ser ellos. Estás ahora en la nada y estás en todos. Hasta siempre Marino, Hasta siempre compañero mío. (entrevista a Elizabeth Santander, 2021)

El informe *Hasta encontrarlos* del CNMH dice con acierto que las víctimas de desaparición forzada no son solo una *comunidad de dolor*, “son sobre

todo personas que luchan con vehemencia por recuperar el sentido que les ha sido negado, por volver a unir aquello que ha sido roto delante de ellos” (CNMH, 2016, p. 16).

Una característica que comparten Pilar, Candelaria, Sandra y Elizabeth es que son personas que proyectan su identidad como sujetas políticas. Sus reflexiones normalmente superan sus propias vivencias y expresan públicamente sus elaboraciones acerca de la administración de justicia, la situación de derechos humanos en Colombia, el proceso de paz, etc. Igualmente formulan de manera permanente propuestas de impulso judicial de sus casos, pero también activan por cuenta propia vías no judiciales de reivindicación de sus derechos. En su discurso, han dejado muy claro que su lucha está orientada a impulsar transformaciones sociales e institucionales particularmente para que se conozca en nuestro país la dimensión de la desaparición forzada y se adopten procesos serios de búsqueda de todas las personas desaparecidas.

Daños colectivos y sociales

Dado que constitucionalmente la obligación de la Fuerza Pública es proteger la vida, honra y bienes de la población, la desaparición forzada genera un quiebre profundo en la confianza de las personas hacia el Estado. Como señala el CNMH, “la violencia física y emocional es perpetrada precisamente, por quienes tienen la responsabilidad social y legal de cuidar a los ciudadanos, de mantener el orden en su mundo, de preservar la estabilidad y predictibilidad de sus vidas” (2014, p. 19).

Cuando los y las familiares de las víctimas acuden a las instituciones para que investiguen, busquen y reparen, existe la esperanza de que estas desarrollen acciones para restablecer la confianza quebrada. Por el contrario, con frecuencia las víctimas encuentran silencio, impunidad, desatención y agresiones. La revictimización ha sido definida como “la ocurrencia de ciertos eventos asociados a las violaciones, a los derechos humanos cuyo efecto previsible es el de incorporar nuevas situaciones dolorosas a un contexto humano previamente traumatizado” (CNMH, 2014, p. 88, citando a Madarriaga, 2006).

Por mi experiencia como abogada defensora de derechos humanos, tengo en mente muchas narraciones de mujeres que tuvieron que emprender solas la búsqueda enfrentándose a leyes que no les favorecían, a la estigmatización social porque “por algo sería que lo desaparecieron” y algo que me ha repetido muchas veces Sandra es que el lenguaje jurídico no está hecho para que las personas del común entiendan. De manera que no solo las víctimas no recuperan la confianza en el Estado, sino que el dolor se profundiza por este conjunto de situaciones

revictimizantes. Al no poder participar en los procesos de búsqueda e investigación, que es su derecho, se les niega además su condición de ciudadanas.

El camino de exigencia de justicia es con frecuencia tortuoso. En el caso de Candelaria, su reconocimiento como víctima se dio muchos años después de que iniciara la investigación, la cual ha conllevado muy pocos resultados, 28 años después de iniciada solo se ha vinculado una persona sin mayores avances; en el caso de Sandra, a pesar de que fue ella quien entregó todas las pruebas a la fiscalía y se logró que los responsables fueran llevados a juicio, fueron absueltos; en el caso de Elizabeth la investigación permanece en fase preliminar sin que un solo responsable sea identificado; en estos dos últimos casos las investigaciones se mantienen abiertas gracias a la persistencia de Sandra y Elizabeth y se han enfocado en la búsqueda. En el caso Palacio de Justicia, si bien no existe una condena penal por la desaparición del esposo de Pilar, en 2014 la Corte Interamericana reconoció la desaparición forzada, ordenó medidas de reparación en su favor (Corte IDH, 2014) y en septiembre de 2018 los restos de su esposo le fueron entregados en una ceremonia de entrega digna (*El Espectador*, 18 de septiembre de 2018), acción que le permitió realizar el duelo y continuar en el requerimiento de verdad.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: REFLEXIONES SOBRE REPARACIÓN

La respuesta de Sandra a la pregunta “¿cómo se sentiría reparada?” refleja las dificultades de pensar la reparación en casos de violencia sociopolítica o de violencias cometidas en el marco del conflicto armado:

[...] no sabemos cómo sería el camino para encontrarle paz a esta vida, a este corazón... Yo a veces no dejo de sentir que tengo un hueco en mi pecho y que puedo meterle la mano y apretar fuerte, fuerte mi corazón y yo digo ¿eso quién lo repara? (entrevista a Sandra Ubaté, 2021)

El concepto de reparación en estos casos se basa en la noción ideal de tratar de volver las cosas al estado anterior, sabiendo que es imposible que ello ocurra. Se trata de intentar reparar aquello que es irreparable. Al respecto manifiesta el CNMH:

[...] el daño causado no puede borrarse por la dimensión desbordante del dolor, el sufrimiento causado y lo inexplicable del hecho violento en sí mismo. Por ello, la reparación debe basarse en reconocer que no es posible “volver al estado anterior del hecho violento” y sobre este reconocimiento, construir medidas que dignifiquen a la víctima y sus familiares (2014, p. 23)

Diana Esther Guzmán (2009) señala que en procesos de reparación de mujeres víctimas de violaciones a derechos humanos existen dos enfoques que resultan especialmente útiles. Por un lado, el enfoque de género, que permite identificar los efectos diferenciados de la violencia en la vida de las mujeres y los hombres, y por el otro, el enfoque transformador, que evidencia las limitaciones del concepto clásico de reparación como *restitutio in integrum*, en tanto la violencia en contra de las mujeres normalmente se inscribe en esquemas de discriminación presentes en la sociedad, por lo que la mirada debe ir más allá de “volver las cosas al estado anterior”, e intentar transformarlas. Esto significa que la reparación puede contribuir a subvertir, en vez de reforzar, relaciones de género preexistentes (Guillerot, 2008). Un tercer enfoque relevante sería la perspectiva interseccional que permitiría identificar tanto sistemas de opresión específicos en cada uno de los casos, como construir medidas de reparación que tomen en cuenta condiciones específicas como su pertenencia étnica, nivel educativo, ubicación geográfica, tipos de victimización acumuladas, entre otras.

Por su parte, Cecilia Barraza y Diana Guzmán (2008) indican que al momento de diseñar planes y medidas de reparación con enfoque de género estos deberían,

[...] i) hacer visible la violencia de género; ii) reconocer que aunque la violencia que sufre la mujer no sea de género, tiene un impacto diferencial; iii) que tanto en uno como en otro caso, los daños ocasionados deben ser reparados atendiendo las particularidades e impacto del mismo en la vida de las mujeres; y iv) que a las mujeres, incluidas aquellas que no han sido víctimas, debe permitírseles participar en la construcción, implementación y monitoreo de los programas de las políticas de reparación que se establezcan, bien sean de carácter judicial o administrativo. (p. 132)

Tomando en cuenta estos elementos, algunos obstáculos que encuentran las mujeres en la búsqueda, que surgieron de la revisión bibliográfica y las entrevistas realizadas, son: (i) factores subyacentes como los arreglos de género preexistentes, la menor formación y experiencia en el ejercicio público, prejuicios sociales como su actividad política o la de las personas que buscan, menosprecio por su condición de mujeres, etc., y (ii) factores emergentes como el cambio de roles en el hogar, subvaloración de los métodos de búsqueda, aumento de la carga económica y de cuidado, amenazas y exilio. Ahora bien, la reparación en cada caso debe responder a las circunstancias personales, familiares, culturales y espirituales de cada mujer, por lo que aquí no se hablará de fórmulas de reparación, sino de elementos que deben considerarse al momento de reparar a las mujeres buscadoras.

Mujeres buscadoras como víctimas

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas estima que las mujeres que buscan a sus familiares desaparecidos son también víctimas (Naciones Unidas, 2013, párr. 4), e insta a que los Estados omitan distinguir entre víctimas directas e indirectas al momento de definir las reparaciones, en tanto las mujeres “soportan formas específicas de sufrimiento como consecuencia directa de la desaparición” (párr. 38).

En esta línea, la Corte IDH ha establecido que las familias de víctimas de desaparición forzada pueden ser consideradas víctimas también (Corte IDH, 2020). Además, el *Conjunto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones* adopta esta concepción amplia al reconocer como víctima,

[...] a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. (Naciones Unidas, 2005, ppio. 8)

Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas acoge este enfoque y reconoce como víctima de desaparición, no solo a la persona desaparecida, sino a “toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada” (art. 24). Este mismo instrumento les reconoce a las familiares en su carácter de víctimas, una serie de prerrogativas entre las que se encuentran su derecho a denunciar la desaparición y a que se inicie una investigación exhaustiva e imparcial (art. 12.1), a recibir protección de las autoridades (art. 12.1); el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida (art. 24.2); el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada (art. 24.4); y el derecho a conformar organizaciones que contribuyan a la búsqueda de personas desaparecidas (art. 24.7).

En el ámbito nacional, la citada ley homenaje reconoce como víctima tanto a quien ha sido objeto de desaparición, como a sus familiares, incluyendo a cónyuge o compañero o compañera permanente, hermanos y hermanas, padre y madre, “así como otros familiares que hubieren sufrido un daño directo como consecuencia de la desaparición forzada” (art. 2, Ley 1408 de 2010).

Públicamente, los recién creados órganos del SIVJRN, en particular la CEV y la UBPD han manejado un discurso público favorable a la consideración de las mujeres que buscan como víctimas, es decir, como sujetas de derecho.

Dimensión del reconocimiento

Tal como señala el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, “la adopción de una perspectiva de género en relación con el derecho a la verdad debería permitir descubrir la forma en que las desapariciones forzadas e involuntarias han afectado a las mujeres en los planos individual y colectivo” (Naciones Unidas, 2013, párr. 22).

Una afectación particular que sufrió Elizabeth es que la Unidad para las Víctimas si bien le reconoció como víctima de la conducta de desplazamiento forzado, no ocurrió lo mismo respecto de la desaparición forzada. La razón es que el artículo 3 de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) no reconoce como tales a aquellas personas que pertenecieron a un grupo armado. Si bien Sandra y Candelaria no han solicitado dicha inclusión, bien podría ser su situación. Aunque la Corte Constitucional ya declaró constitucional esta norma en estos casos, dado el Acuerdo de Paz con el grupo guerrillero FARC-EP, que también sufrió hechos victimizantes sobre personas que no estaban en situación de combate, convendría señalar, en primer lugar, la necesidad de una reforma a dicho artículo para que ellas puedan ser reconocidas institucionalmente como víctimas y acceder a los beneficios de esta normativa.

Un segundo elemento se relaciona con los trabajos de la CEV, que ha dado pasos importantes para el reconocimiento social de las mujeres buscadoras. Dado que un aspecto principal de su mandato se refiere a la dimensión del reconocimiento (art. 2, Decreto 588 de 2017), sería importante que en su Informe Final, la Comisión dedicara un espacio a la identificación de las afectaciones en la vida de las mujeres buscadoras, a la exaltación de su labor y a la recomendación de acciones sociales e institucionales que contribuyan a este propósito. Con relación al reconocimiento integral de los daños expresa el ICTJ que,

[...] una de las críticas habituales a las iniciativas de búsqueda de la verdad es que limitan su enfoque a los daños físicos, a expensas de los daños sociales y económicos que [...] afectan de manera desproporcionada a las mujeres tras una desaparición forzada. (2015, p. 13)

Por lo que un reconocimiento de las afectaciones debería ser comprensivo de las diferentes esferas de la vida afectadas (física, económica, espiritual, psíquica, cultural, etc.).

Igualmente, en la perspectiva de reformas institucionales convendría identificar los obstáculos que han sufrido las mujeres buscadoras en los procesos de exigencia de verdad y justicia. Además de amenazas, hostigamientos y estigmatización, también hay mujeres buscadoras que han sido víctimas de violencia sexual, la cual debe ser reconocida y sancionada, y que frente a ellas se emprendan acciones integrales de restablecimiento de sus derechos. En el caso de Sandra y Elizabeth, presentaron en marzo de 2021 un informe a la CEV que incluye tanto sus microrrelatos de vida como un capítulo de impactos del exilio, de allí que exista una expectativa sobre la manera en que la Comisión pueda reconocer esas afectaciones particulares de quienes buscan desde el exterior.

En tercer lugar, los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas reconocen que las víctimas tienen conocimientos importantes que pueden contribuir a las labores de búsqueda (CIDF, 2019, ppio. 2). En relación con las labores institucionales de la fiscalía y la UBPD, resulta relevante que las entidades que tienen a su cargo labores de búsqueda de personas desaparecidas reconozcan las formas de buscar que han desarrollado las familias durante décadas. En entrevista a Gloria Gómez, coordinadora general de ASFADDES, señala que “los familiares y las mujeres tenemos un acumulado que no lo tiene nadie más, porque los familiares fuimos los que salimos y creamos mecanismos y construimos modelos por cada caso, personalizamos la búsqueda” (UBPD, 2014). En este sentido, los planes de búsqueda deberían construirse a partir de la experiencia, conocimientos y necesidades de las mujeres que buscan y las organizaciones que las han acompañado.

En cuarto lugar, resulta crucial que en los procesos de búsqueda, prospección, identificación, inhumación y entrega se reconozcan “los deseos y las costumbres culturales de las familias y sus comunidades” (CIDF, 2019, ppio. 4). Ello implica mínimamente el reconocimiento y diálogo con autoridades tradicionales de los pueblos indígenas y afrodescendientes; concertación de los procedimientos; valorización del conocimiento tradicional; reconocimiento del componente espiritual y consideración sagrada de espacios territoriales; comprensión de la diversidad de cosmovisiones frente a la muerte, la justicia y la reparación y acompañamiento psicosocial y de autoridades espirituales conforme a las tradiciones y costumbres del pueblo o comunidad de que se trate (Equitas, 2014).

Por último, está la dimensión económica. En otras experiencias se ha identificado que las mujeres víctimas son reparadas “por una suerte de ‘herencia’ y no por el reconocimiento de su propio sufrimiento y el daño que [sufrieron]” (Guillerot, 2008, p. 166). Resulta significativa, en consecuencia, la compensación de los daños económicos que sufren las mujeres como efecto de la desaparición, los gastos en que se incurrió en términos de búsqueda, las vulnerabilidades económicas resultantes, gastos judiciales, funerarios y otros a los que se hizo referencia

previamente. Pilar Navarrete fue beneficiaria de una sentencia contencioso-administrativa que reconoció en su favor una compensación económica:

No puedo negar que la parte económica fue maravillosa para nosotros como familiares, porque mis hijas y yo vivimos con precariedades muy grandes, aguantamos muchísima hambre. Yo nunca le dije a nadie todas las necesidades que tuve, las angustias que pasamos con mis cuatro hijas, y poder tener un techo, poder tener tranquilidad es importante. (entrevista a Pilar Navarrete, 2021)

También otras medidas de índole social como microcréditos, becas educativas y capacitación en aspectos productivos pueden impactar positivamente en la vida de las mujeres, ya sea para mejorar su nivel de ingresos, garantizar su autonomía económica o mejorar su autoestima (Guillerot, 2008).

Ahora, una reflexión que surge de mis conversaciones con las entrevistadas es que una decisión judicial también podría compensar simbólicamente el tiempo que invirtieron en la búsqueda. Es algo que ellas difícilmente reclamarían, pero si se asume que es un trabajo de cuidado no remunerado, bien podría contemplarse como parte de la indemnización.

Ahora, ya que no todas las víctimas acceden a la vía judicial, sería importante asegurar la reforma a la Ley 1448 de 2011, para que familiares de personas que militaban en grupos armados puedan acceder a este tipo de compensaciones, o mujeres víctimas que no alcanzaron a ser incluidas en el registro, por ejemplo, por estar en el exilio, puedan beneficiarse del programa de reparaciones administrativas.

Dimensión de la participación

La participación de las mujeres en los procedimientos relacionados con la desaparición forzada exige su plena representación en todos los aspectos relativos a la desaparición forzada, incluida su participación en los procesos de adopción de decisiones, aplicación y evaluación (Naciones Unidas, 2013, párr. 34). Esto es una proyección de la idea de reconocimiento de las mujeres como ciudadanas, agentes sociales y sujetas de derechos, dimensión que les ha sido negada, particularmente a quienes se encuentran en el exilio.

En sus entrevistas, Candelaria, Sandra y Elizabeth reflejaron algunos de los obstáculos que enfrentan las mujeres en la búsqueda. Candelaria hizo énfasis en que por razones culturales las mujeres han tenido menor acceso a educación y a

posibilidades de participación en la vida pública¹¹, lo cual tiene implicaciones en la búsqueda, ya que les toca por su cuenta adquirir los conocimientos necesarios para enfrentarse a las autoridades, a los procedimientos y a las reglamentaciones específicas. Sandra ha insistido en que el lenguaje jurídico y técnico resulta en algunos casos inaccesible e incomprensible para quienes buscan, lo que torna a ciertos espacios (reuniones, audiencias, diligencias) en excluyentes, aun cuando su vocación sea garantizar la participación de las víctimas. Elizabeth, por su parte, describió las dificultades económicas que enfrentan las personas que buscan y la importancia de que puedan contar con un adecuado acompañamiento,

También es muy duro ir a las instituciones, yo iba supongamos a la Procuraduría y me sentía sola, me sentía desprotegida. Escuchaba expresiones horribles de funcionarios y uno no se quejaba, sentía mucho miedo. Entonces algo que pienso es que ninguna debería estar sola porque es horrible estar sola en la búsqueda. (entrevista a Elizabeth Santander, 2021)

De allí que una de las recomendaciones para facilitar la labor de mujeres buscadoras es que se procuren mecanismos de fortalecimiento para que ellas tengan los conocimientos necesarios, en particular sobre los procedimientos relativos a la forma de solicitar información (Naciones Unidas, 2013, párr. 22) y adelantar acciones para subsanar la desigualdad de acceso de las mujeres a las instituciones públicas, incluidas las barreras lingüísticas, económicas y culturales (Naciones Unidas, 2013, párr. 29). Al respecto, manifestó Candelaria Vergara en la entrevista,

También se puede mejorar mucho en el cuidado de las buscadoras, de las víctimas, buscar mejor protección, que haya formas de educarnos, que las universidades tengan en cuenta que la situación de una víctima, su estado emocional es diferente, cambia mucho y que tengan esa consideración cuando uno está en la facultad o en el colegio, incluso con los hijos de las víctimas. (2021)

Los Estados deberían formular políticas integrales, coordinadas y dotadas de suficientes recursos para garantizar que las mujeres víctimas de desaparición forzada tengan pleno acceso a la protección judicial (Naciones Unidas, 2013, párr. 29), ello implicaría: (i) que toda mujer buscadora pueda contar con una asesoría jurídica brindada por el Estado, en caso de que no cuente con el apoyo de una organización; (ii) que funcionarios y funcionarias públicas tengan formación

11 Si bien desde la década de los ochenta se advierte una reducción de la brecha educativa entre hombres y mujeres (Banco Mundial, 2002; Dane, 2020), en el ámbito político dicha diferencia se mantiene, por ejemplo, en relación con la participación en cargos de elección popular, si bien ha aumentado la presencia de las mujeres, aún sigue siendo baja. En 2019 fueron electas solo dos gobernadoras, en nueve departamentos no hay alcaldesas, las mujeres electas como alcaldesas en todo el país equivalen al 12 % y menos del 20 % del Congreso está conformado por mujeres (Dane, 2020).

y sensibilidad en temas de género y cuenten con herramientas de atención apropiada a las víctimas, “todas las etapas de la búsqueda deben realizarse con perspectiva de género y con el personal adecuadamente capacitado, que incluya personal femenino” (CIDF, 2019, ppio. 4); (iii) que se puedan destinar fondos económicos institucionales a la búsqueda, por ejemplo, que si hay diligencias de prospección o exhumación, las mismas sean cubiertas por las instituciones estatales y no por las propias víctimas, muchas de ellas en condiciones de precariedad económica. De acuerdo con la Ley 1408 de 2010, ello está previsto para la entrega, pero existen otros momentos relevantes en los que las víctimas deberían poder participar y la institucionalidad podría hacer aportes intencionales con dicho propósito; (iv) que al momento de que una autoridad judicial reconozca reparaciones a las mujeres que buscan, tome en cuenta los impactos económicos de la búsqueda, incluyendo el incremento de las labores de cuidado y los cambios de roles como proveedoras económicas del hogar, y (v) que se desarrollen capacitaciones a las víctimas para que puedan conocer y dominar los procedimientos técnicos y legales de modo que los diálogos sean incluyentes y realmente participativos.

Por otro lado, el Acuerdo de Paz estableció como uno de sus elementos centrales la participación de las víctimas. Frente a ello, si bien los órganos del SIVJRN han dado pasos importantes de escucha de las víctimas, de involucramiento en la construcción de planes de búsqueda en el caso de la UBPD y de consideración de sus derechos en el caso de medidas cautelares sobre lugares de inhumación ordenadas por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), este esfuerzo debe ser permanente, coordinado y orientado a que el proceso en sí mismo sea reparador.

Finalmente, una dimensión de la participación que se relaciona directamente con la reparación son la consulta y el consentimiento, si bien la pregunta “¿cómo se sentiría reparada?” no tiene una respuesta sencilla ni inmediata, es una cuestión que resulta obligatoria si se quiere que la reparación tenga un potencial restaurador de derechos.

Dimensión del acompañamiento para la sanación

Una grave violación a los derechos humanos es una vivencia con características de hecho traumático que cambia totalmente la vida de quien la sufre. Ya se han descrito algunas de las consecuencias que sufren las mujeres buscadoras en su salud mental, así como algunos de los mecanismos de afrontamiento que ellas han encontrado. También se han desarrollado herramientas de acompañamiento especializado, principalmente desde la psicología, para valorar, reconocer y transformar el trauma. Existen dos dimensiones, la del acompañamiento psico-

lógico o psiquiátrico, cuyo escenario es individual y su necesidad dependerá de un diagnóstico. Tal como señala el ICTJ, “si no se tratan, los problemas físicos y mentales resultantes de las desapariciones forzadas pueden persistir y potencialmente derivar en condiciones más serias, como enfermedades coronarias y psicosis” (2015, p. 11).

Sobre este punto, Beristain (2010) alerta sobre la necesidad de tener presente que no todas las culturas definen la salud mental respecto de patrones occidentales: en ciertos pueblos y comunidades, “la dimensión intrapsíquica no está aislada sino que se encuentra vinculada a los mundos espirituales y sociales” (pp. 50-51). En ese sentido, las medidas de reparación relacionadas con la rehabilitación mental y psíquica deben ser adecuadas culturalmente, lo cual supone, por un lado, el reconocimiento de otros saberes y prácticas de sanación, y por el otro, la construcción participativa de las acciones reparadoras.

Una segunda dimensión se remite al acompañamiento psicosocial en el que, si bien está presente un aspecto individual, no se desliga de lo familiar y lo social. Se ha identificado la importancia del acompañamiento psicosocial para las víctimas de violencia sociopolítica, por la posibilidad que ofrece para comprender el hecho violento y desarrollar herramientas de afrontamiento. Carlos Beristain define el acompañamiento psicosocial como,

[...] el proceso de acompañamiento individual, familiar o comunitario orientado a hacer frente a las consecuencias del impacto traumático de las violaciones de derechos humanos y promover el bienestar, apoyo emocional y social a las víctimas, estimulando el desarrollo de sus capacidades. (2012, p. 9)

Muchas víctimas prefieren no llamarse a sí mismas de esta manera y utilizan otros conceptos como el de sobreviviente. Ello se debe a que en ciertos contextos se ha desprovisto a la noción de víctima de su sentido político, su potencial transformador y su agencia. El enfoque psicosocial y psicojurídico en el acompañamiento de graves violaciones a derechos humanos contribuye a transformar esta mirada:

[...] se debe ayudar a la gente a enfrentar las situaciones, a propiciar que la persona o la comunidad retomen el control de su vida en sus manos. Eso supone desafíos para hacer del acompañamiento algo que a la gente le ayude a recuperar su protagonismo activo y no convertirla en un objeto pasivo al que se orienta la ayuda. (Beristain, 2012, p. 10)

El proceso de búsqueda es difícil y largo, y las mujeres víctimas enfrentan numerosos obstáculos representados en la estigmatización, el descrédito y la falta de coordinación institucional, así como otras barreras institucionales

y legales. Al mismo tiempo, cada diligencia se acompaña de la esperanza del hallazgo y la frustración de la falta de respuestas. En cada uno de estos pasos es necesario un acompañamiento profesional de orden psicosocial. Si bien en Colombia entidades como la Unidad para las Víctimas y la Fiscalía cuentan cada vez más con mecanismos institucionales y profesionales en psicología, no siempre contribuyen a la sanación y el afrontamiento. Por ejemplo, ha resultado un poco sorprendente encontrar que la UBPD no cuenta con profesionales para el acompañamiento psicosocial a víctimas y que en el mejor de los casos remite a la Unidad para las Víctimas.

Un reto societal compete a las instituciones académicas, organizaciones y entidades para que puedan formar profesionales que desarrollen procesos sin daño y orientados a establecer vínculos de ayuda y reconocimiento de las víctimas como actoras sociales. Señala Candelaria Vergara en su entrevista, “las organizaciones de atención psicosocial como Taller de Vida, Copsico y Avre en su momento nos ayudaron muchísimo [...] entonces sí hay una necesidad de crear este tipo de organizaciones” (2021).

Un segundo elemento, ya institucional, se relaciona con la permanencia del acompañamiento psicosocial o psicológico. Muchas veces, este se circunscribe a eventos de exhumación o entrega, lo cual es bastante limitado si se toma en cuenta que el tránsito de la búsqueda puede extenderse por varias décadas. Un tercer elemento tiene que ver con las características del acompañamiento psicosocial, es imprescindible reconocer que las víctimas han encontrado sus propios mecanismos de afrontamiento individual, familiar y colectivo, que es necesario reconocer, fortalecer y apoyar.

REFLEXIÓN FINAL. LA CREACIÓN DE LA UNIDAD DE BÚSQUEDA DE PERSONAS DADAS POR DESAPARECIDAS, UNA OPORTUNIDAD PARA DIGNIFICAR LA BÚSQUEDA

La creación de la UBPD como uno de los órganos del SIVJRNR fue un gran acierto del Acuerdo de Paz y un logro de las víctimas que hicieron presencia en la mesa de negociaciones de La Habana, Cuba, con sus testimonios y sus propuestas. En las entrevistas que tuve la oportunidad de realizar pregunté a cada una de las mujeres por sus expectativas frente a la UBPD y las condiciones que deberían existir para el restablecimiento de sus derechos. Por un lado, son conscientes de que la creación de la UBPD fue un logro colectivo:

[...] eso no lo da el gobierno ni se ha creado por obra y gracia del espíritu santo, sino que también por la lucha y la exigencia de que acá en Colombia hay muchos desaparecidos y necesitamos una organización que se dedica a buscarlos. (entrevista a Candelaria Vergara, 2021)

Por el otro, a pesar de los pocos resultados, aún subsiste alta motivación de las víctimas sobre el papel de la UBPD: “Yo creo que como familiares es lo mejor que nos ha pasado. Es una esperanza que volvió a renacer” (entrevista a Elizabeth Santander, 2021).

Por lo pronto, la UBPD tiene una base normativa que le permite garantizar un enfoque de género en sus procedimientos (Decreto Ley 589 de 2017, art. 4). Igualmente, desarrolló encuentros nacionales sectoriales con mujeres y personas LGBT para la construcción participativa del Plan Nacional de Búsqueda y los lineamientos de enfoques diferenciales y de género (GPAZ, 2019). Dichos documentos incluyen lineamientos conceptuales y metodológicos para abordar en los procedimientos de búsqueda, la exclusión y violencias de que han sido víctimas tanto las mujeres como las personas con identidades de género no normativas. La JEP y la UBPD promovieron también en agosto de 2019 el Segundo Encuentro por la Verdad desarrollado en la ciudad de Pasto, en el que además de promover el reconocimiento de las mujeres y familias buscadoras, se propiciaron diálogos e intercambios de experiencias sobre la búsqueda e identificación de los retos que enfrenta el SIVJRN en materia de búsqueda.

Mientras que la UBPD recién inicia sus labores, la búsqueda para muchas se ha extendido por décadas. Dignificar la búsqueda significa reconocer los aprendizajes de aquellas que han ejecutado esa labor con persistencia, coraje y esperanza, aprender de las lecciones y errores de las entidades que le precedieron y avanzar satisfactoriamente para responder a la pregunta incesante de miles: ¿dónde están? Al mismo tiempo, la institucionalidad en su conjunto debe aportar en la construcción de garantías de no repetición para que ninguna otra persona sea desaparecida en nuestro país.

Entrevistas realizadas

1. Entrevista a Yeiny Carolina Torres Bocachica, fundadora Copsico, realizada en Valledupar, Cesar, el 30 de marzo de 2021.
2. Entrevista a María del Pilar Navarrete, realizada virtualmente el 10 de abril de 2021.

3. Entrevista a Sandra del Pilar Ubaté, realizada virtualmente el 13 de abril de 2021.
4. Entrevista a Candelaria Vergara, realizada el 13 de abril de 2021, en Bogotá.
5. Entrevista a Elizabeth Santander, realizada virtualmente el 18 de abril de 2021.

REFERENCIAS

- Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (ASFADDES). (s.f.). Historia. <https://asfaddes.org/historia/>
- Banco Mundial. (2002). *Informe sobre el tema de género en Colombia*. Unidad de Gerencia de Países para Colombia, Venezuela y México, Unidad de Política Económica y Reducción de la Pobreza en América Latina y el Caribe.
- Barraza Morelle, C. y Guzmán, D. E. (2008). Proceso de reparación para las mujeres víctimas de violencia en el marco del conflicto armado colombiano. En Sin Tregua, *Políticas de reparación para mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados* (pp. 105-139). Corporación Humanas. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_143.pdf
- Belucci, M. (1999). Childless motherhood: interview with Nora Cortiñas, a mother of the Plaza de Mayo, Argentina. *Reproductive Health Matters*, 13(7), 83-88. [https://doi.org/10.1016/S0968-8080\(99\)90116-7](https://doi.org/10.1016/S0968-8080(99)90116-7)
- Beristain, C. M. (2008). *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos. Tomo I*. IIDH. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2120/dialogo_reparacion_tomo1.pdf
- Beristain, C. M. (2010). *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*. Cejil. <https://publicaciones.hegoa.ehu.es/publications/233>
- Beristain, C. M. (2012). *Acompañar los procesos con las víctimas*. Fondo de Justicia Transicional. http://www.psicosocial.net/historico/index.php?option=com_docman&view=document&layout=default&alias=833-acompanar-los-procesos-con-las-victimas&category_slug=herramientas-investigacion-accion-participante&Itemid=100225

- Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). (2015). *Las desaparecidas y las invisibles. Repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*. ICTJ. <https://bit.ly/3rN7doV>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2014). *Entre la incertidumbre y el dolor: impactos psicosociales de la desaparición forzada. Tomo III*. CNMH. <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2014/desaparicion-forzada/Tomo-III.pdf>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2016). *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*. CNMH. <http://centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/hasta-encontrarlos/>
- Centro Nacional de Memoria Histórica y Observatorio de Memoria y Conflicto (CNMH-OMC). (2020). *El conflicto en cifras. Desaparición forzada*. <http://bit.ly/3rNfzgh>
- Cerosetenta. (2019). Nuevo episodio de Mirlo: Pilar Navarrete. Cerosetenta. <https://bit.ly/3wc1NH1>
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV). (2020). *El ejemplo de persistencia de las mujeres buscadoras en el Magdalena Medio*. CEV. <https://bit.ly/3tRm4Ps>
- Comité de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Desaparición Forzada. (2019). *Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas*. ONU.
- Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU). (2016). *Recomendaciones y propuestas de las víctimas, organizaciones de derechos humanos y especializadas para la puesta en marcha de medidas urgentes humanitarias, el fortalecimiento institucional y la nueva Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas*. CCEEU. <https://bit.ly/2RfTV7u>
- Correa González, C. (2013). Peritaje psicosocial realizado a las víctimas de desaparición forzada. *En Caso 10.738 Carlos Augusto Rodríguez Vera y otros (Palacio de Justicia)*. Sin publicar. Archivo Cajar.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2010). Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2014). Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. <https://bit.ly/3ot6J6r>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2020). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 6: Desaparición forzada*. (Ed. actualizada). <https://bit.ly/3qJYq5S>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (Dane). (2020). *Hombres y mujeres: brechas de género en Colombia*. Dane. [mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf](https://dane.gov.co/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf) (dane.gov.co)
- El Espectador. (2018, 18 de septiembre). Entregan restos de Jaime Beltrán, desaparecido del Palacio de Justicia. <https://bit.ly/3yjBIMq>
- El Espectador. (2021, 27 de enero). Las mujeres que buscan a los desaparecidos en Colombia. <https://www.elespectador.com/reportajes/mujeres-buscadoras/>
- Equitas. (2014). *Ciencias forenses en diálogo intercultural. Lineamientos generales para exhumaciones y necropsias, construidos desde el diálogo con tres comunidades del Caribe colombiano*. Equitas.
- Facio, A. (1992). Cuando el género suena cambios trae. *Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Ilanud. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo2/1_Alda%20ofacio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf
- Feria Tinta, M. (2006). La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento. *Revista IIDH*, 43, 159-2003. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-4.pdf>
- Género en la Paz (GPAZ). (2019). *La paz avanza con las mujeres. Observaciones sobre la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo de Paz*. GPAZ. <https://bit.ly/3fkAemR>
- Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, Fiscalía General de la Nación y Embajada de la República Federal de Alemania. (2010). *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, Fiscalía General de la Nación y Embajada de la República Federal de Alemania. <https://corteidh.or.cr/tablas/r26736.pdf>

- Grupo de Trabajo pro Reparación Integral. (2008). *Dimensión política de la reparación colectiva. Cuaderno de reflexión sobre reparación integral*. Arfo Editores e Impresiones Ltda.
- Grupo Europa de Familiares de Personas Desaparecidas en Colombia, con la participación de familiares en Estados Unidos y Argentina (GEFPDC). (2021). *Desde el exilio seguimos buscando. Sus voces, nuestras memorias*. Sin publicar.
- Guillerot, J. (2008). Los desafíos de la perspectiva de género en un programa de reparaciones: el ejemplo peruano. *Revista Género*, 8(2), 155-174. <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30918/18007>
- Guzmán, D. E. (2009). Reparaciones con enfoque de género: el potencial para transformar la discriminación y la exclusión. En *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 165-192). Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer. www.dejusticia.org/publication/justicia-desigual-genero-y-derecho-de-las-victimas-en-colombia/
- Hall, S. (2003). *¿Quién necesita identidad?* En S. Hall y P. Gay (Comps.), *Cuestiones de identidad cultural* (pp.13-39). Amorrortu.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF). (2015). *Comportamiento del fenómeno de la desaparición*. INMLCF. <https://bit.ly/3tWJfHQ>
- Mantilla, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos. *Themis, Revista de Derecho*, 63, 131-166. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110711>
- Martín Baró, I. (1990). *Psicología social de la guerra: trauma y terapia*. UCA Editores. <https://bit.ly/3wcC4gj>
- Naciones Unidas. (2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Res. 60/147. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>
- Naciones Unidas. (2013). Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012). A/HRC/WGEID/98/2. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Disappearances/GC/A-HRC-WGEID-98-2_sp.pdf

- Navarrete, M. del P. (2013). Affidavit ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En Caso 10.738. Carlos Augusto Rodríguez Vera y otros (Palacio de Justicia), 2 de noviembre de 2013*. Sin publicar. Archivo Cajar.
- Orentlicher, D. (2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1. https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1
- Ortiz Cuchivague, K. (2012). Las Madres de la Plaza de Mayo y su legado por la defensa de los derechos humanos. *Trabajo Social, Universidad Nacional, 14*, 165-177. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/37269>
- Presidencia de la República. (2017). Decreto 588 de 2017. Por medio del cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. <https://comisiondelaverdad.co/images/decreto-588-de-2017-comision-verdad-mandato-funciones.pdf>
- Rodeemos el Diálogo. (2020). ABC de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD). Unidad de Búsqueda, sanpshots. <https://bit.ly/3opL6E6>
- Rodríguez, V. S. (2012). Movimientos sociales, territorio e identidad: el movimiento de Madres y Abuelas de Plaza de Mayo. *Geograficando, 8(8)*, 213-232. <https://bit.ly/33NxhpA>
- Ruiz Segovia, C. y Hasso, M. (2020). Las mujeres que buscan a personas desaparecidas en México se enfrentan a múltiples retos. *Open Democracy*. <https://bit.ly/3bBkVoC>
- Sadler, M. (2007). Los hombres también se emocionan: hacia la construcción de masculinidades presentes. *Gaceta de Psiquiatría Universitaria, 3(4)*, 437-449. <https://www.redalyc.org/pdf/264/26423189007.pdf>
- Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD). (2014). El liderazgo de las mujeres en la búsqueda de las personas desaparecidas. Entrevista a Gloria Gómez Cortés, coordinadora general de la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, ASFADDES. <https://ubpdbusquedadesaparecidos.co/experiencias-de-busqueda/el-liderazgo-de-las-mujeres-en-la-busqueda-de-las-personas-desaparecidas/>
- Unidad de Víctimas. (s.f.). Registro único de víctimas. <http://bit.ly/2Q2RR1z>

Wills, M. E. (2009). Historia, memoria, género: trayectoria de una iniciativa y aprendizajes. En *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 41-84). Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_177.pdf

Motivos jurídicos y sociales de las no denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo en población afrodescendiente en Medellín*

Legal and social reasons for non-criminal complaints for acts of racial discrimination or racism in the Afro-descendant population in Medellín

*Fredinson Salas Restrepo***

*Luis Mateo Tamayo Patiño****

*María Isabel Uribe López*****

Fecha de recepción: 8 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 16 de marzo de 2022

RESUMEN

La Ley 1482 de 2011 conocida también como Ley Antidiscriminación define el tipo penal de la discriminación racial. Sin embargo, en Medellín, ciudad que cuenta con 236 000 personas de pobla-

ción afrodescendiente y en la que se ha denunciado socialmente actos de discriminación hacia esta población, no se tiene un número significativo de denuncias penales, ya que solo se han efectuado doce por actos de discriminación o racismo. La pregunta que motivó

-
- * Proyecto de investigación “Motivos jurídicos y sociales de las no denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo en población afrodescendiente en Medellín”, que se ejecutó en el marco del semillero Derecho y Sociedades adscrito al grupo de investigación Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó.
- ** Estudiante de octavo semestre de Derecho en la Universidad Católica Luis Amigó, segundo semestre de Sociología en la Universidad de Antioquia y especialización en Estudios Afrolatinoamericanos y Caribeños de Clasco. Integrante del semillero Derecho y Sociedades, del colectivo Afroamigó, del grupo de estudio África en la Escuela y la Asociación de Investigadores Afrocolombianos. fredinson.salasre@amigo.edu.co
- *** Estudiante de décimo semestre de Derecho en la Universidad Católica Luis Amigó, integrante del semillero Derecho y Sociedades de la misma institución. luis.tamayopa@amigo.edu.co
- **** Abogada, especialista en Derecho de Familia, magíster en Educación, docente Universidad de Antioquia y Universidad Católica Luis Amigó, donde coordina la Especialización en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia y el semillero Derecho y Sociedades, integrante del Grupo de Estudio y Trabajo sobre Diversidad Sexual en la Escuela y de los grupos de investigación Diverser y Jurídicas y Sociales. maria.uribeop@amigo.edu.co

la investigación fue: ¿cuáles son los motivos jurídicos y sociales por los que personas afrodescendientes que afirman haber experimentado situaciones de discriminación racial o racismo no hacen denuncias penales? Para responder dicho cuestionamiento se realizó una investigación cualitativa que, a través de entrevistas en profundidad a personas que afirman haber experimentado situaciones de discriminación racial o racismo, permitió conocer los diferentes motivos jurídicos y sociales por los que estas no hacen denuncias penales.

Palabras clave: discriminación racial, racismo, denuncia social, denuncia penal, afrocolombianos.

ABSTRACT

The Law 1482 of 2011, also recognized as the “Anti-Discrimination Law” is intended to “guarantee the protection of the rights of a person, group of people, community or people, which are violated through acts of racism or discrimination” and defines Article 134 A “he who arbitrarily prevents, obstructs or restricts the full exercise of the rights of persons because of their race, nationality, sex or sexual orientation, shall incur imprisonment from twelve (12) to thirty-six (36) months and a fine of ten (10) to fifteen (15) current monthly legal minimum wages”. However, in Medellín, a city that has 236,000 people of Afro-descendant population and in which acts of discrimination against this population have been socially denounced, there is no significant number of criminal complaints since only twelve have been made for acts of discrimination and racism.

The question that motivated the investigation was: What are the legal and social reasons why people of African descent who claim to have experienced situations of racial discrimination and racism do not make criminal complaints? To answer this question, a qualitative investigation was carried out that, through in-depth interviews of people who claim to have experienced situations of racial

discrimination and racism, allowed us to know the different legal and social reasons why they do not make criminal complaints.

Keywords: racial discrimination, racism, social complaint, criminal complaint, afro-colombian people.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo parte del deseo de darle respuesta al interrogante de cuáles son los motivos jurídicos o sociales por los que personas que afirman haber sido víctimas de discriminación racial por adscripción étnica afrodescendiente en Medellín no hacen denuncias penales, teniendo como punto de partida para la indagación la expedición de la Ley 1482 de 2011. Lo anterior, sustentado en datos de algunas instituciones públicas y comunidades bases que evidencian la existencia de actos de discriminación.

Para tal fin, se aborda un acápite en el que se definirán conceptos tales como racismo, discriminación y prejuicio a partir de una aplicación de la teoría de la violencia de Galtung, esto con el objetivo de hacer un acercamiento a lo que conceptualmente se ha entendido por tales términos y la postura de los autores, para que el lector los asuma como una caja de herramientas en la lectura del texto.

Luego, se avanzará en la exposición de un marco normativo que denota la existencia de instrumentos jurídicos que protegen el derecho a la igualdad y la no discriminación, y consecutivamente, un análisis jurisprudencial que muestra las más importantes decisiones judiciales en materia de discriminación racial o racismo.

Por último, se exhiben los hallazgos que a partir de las entrevistas realizadas a víctimas directas, indirectas y funcionarios públicos, permitieron desde la narrativa de las voces, desde la percepción de sus cuerpos, inferir los diferentes motivos jurídicos y sociales que limitan el ejercicio del mencionado mecanismo jurídico. Es de anotar que las voces van a tejer todo el texto porque hacen posible evidenciar la relación de algunas personas de la población afro, víctimas del racismo, líderes y lideresas afro y académicos y académicas con el derecho penal, puntualmente con el tipo penal.

CAJA DE HERRAMIENTAS DE LA TRIADA

Tomando como referencia el artículo 1 de Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia se concibe la discriminación racial como:

[...] cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales

consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico. (OEA, 2013, p. 3)

Mientras tanto, el racismo para dicha Convención es entendido de manera amplia como:

Cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial. El racismo da lugar a desigualdades raciales, así como a la noción de que las relaciones discriminatorias entre grupos están moral y científicamente justificadas. (OEA, 2013, p. 3)

Por otro lado, desde la sociología, Giddens (2000) determina que el prejuicio alude a:

Opiniones o actitudes que tienen los miembros de un grupo respecto a otro. Las ideas preconcebidas de una persona prejuiciosa suelen basarse en rumores más que en pruebas directas y tienden a ser reacias al cambio, aunque se acceda a más información. Las personas pueden tener prejuicios favorables a ciertos grupos con los que se identifican y prejuicios negativos contra otros. Aunado a ello, el prejuicio opera principalmente a través de un pensamiento estereotipado, que utiliza categorías fijas e inflexibles. (citado en Pineda, 2016, p. 122)

Avanzando en el razonamiento, los teóricos Macionis y Plummer (2007) conciben los estereotipos como:

Imágenes distorsionadas y cargadas de prejuicios acerca de toda una categoría de personas. Dado que en los prejuicios se ven implicados sentimientos y emociones de simpatía o lealtad (cuando se trata de personas de nuestro grupo social), o de temor e incluso odio (cuando se trata de 'los otros'), terminan convirtiéndose en imágenes distorsionadas de las personas, difíciles de cambiar aun cuando los hechos contradigan esas imágenes. (citados en Pineda, 2016, p. 122)

El tipo penal de discriminación racial o racismo según la Corte Constitucional de Colombia es la Sentencia T-098, que sostiene:

La conducta, actitud o trato que pretende —consciente o inconscientemente— anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con

frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Por lo general, tanto el prejuicio como el estereotipo racial se generan por economía cognitiva, es decir, el trato hacia el otro se da a partir de la primera impresión que se tiene sobre la persona, debido a que quien es portador de ellos busca evitar la tarea de establecer una relación o vínculo que le permita de manera efectiva conocer lo que en realidad es la otredad, por el contrario, esta persona lo que hace es construir un concepto equivocado desde sus experiencias y sus relaciones racializadas, producto del entorno social.

TRÍADA DE LA DISCRIMINACIÓN

La tríada de la discriminación es una construcción teórica que busca generar claridades en cuanto a la teoría de los actos de discriminación racial o racismo; se incluyen los prejuicios y estereotipos raciales como un eje importante para comprender los conceptos nombrados con anterioridad y se realiza un símil con la teoría de las violencias de Galtung, lo cual facilita ubicar dentro de las tres violencias propuestas por el autor las categorías conceptuales de esta investigación.

Figura 1. Tríada de la discriminación



Fuente: elaboración propia.

DE LAS VIOLENCIAS PROPUESTAS POR GALTUNG A LA TRÍADA DE LA DISCRIMINACIÓN

La tríada de la discriminación tiene semejanza con la teoría de las violencias de Galtung, pues las formas de violencia directa, cultural y estructural que él trata se vinculan con la discriminación racial, el racismo, el prejuicio y el estereotipo racial, a continuación se explicará la relación que existe.

Para Galtung la violencia cultural alude a aquellos aspectos de la cultura, la esfera simbólica de nuestra existencia, materializados en la religión y la ideología, en el lenguaje y el arte, en la ciencia empírica y la ciencia formal (la lógica, las matemáticas). Lo anterior da lugar a equiparar el prejuicio y estereotipo racial con una forma de violencia cultural, debido a que estos se encuentran arraigados en la cultura producto de la herencia colonial. Un ejemplo de ello es lo que sucede con el caso de discriminación racial que sufre la señora Ángela Mena, que fue entrevistada para la realización de esta investigación:

Yo iba caminando por la ciudad de Medellín alrededor del centro y un hombre blanco-mestizo tropieza conmigo y él se voltea y me dice ¡ay! Tenía que ser una negra, entonces yo lo miro y él me responde, es que me he chocado con tres negras esta semana, usted sabía que hay varias clases de negro, los cuales son el negro clarito, el negro oscuro y el negro hijueputa. (Ángela Mena, comunicación personal, 6 de noviembre de 2019)

Respecto al caso expuesto por Mena, se denota cómo la persona que la violenta se vale de un elemento cultural como lo es el lenguaje y por esta vía comunica un prejuicio y estereotipo racial, el cual es el creer que solo existen tres clases de negros, que según dicha persona se dan de acuerdo con su color y forma de comportamiento, cuando en realidad esta población es diversa y se conoce como negra, afrocolombiana, raizal palenquera (en adelante NARP). En cuanto a la violencia estructural, Galtung (2016) dice que:

La estructura violenta típica [...] tiene la explotación como pieza central. Esto significa, simplemente, que la clase dominante consigue muchos más beneficios de la interacción en la estructura que el resto, lo que se denominaría con el eufemismo de intercambio desigual. (p. 153)

El planteamiento de Galtung sobre la violencia estructural se asocia con el racismo en cuanto a las tipologías de racismo institucional y estructural. La primera tipología se refiere específicamente a las formas explícitas e implícitas en las que las políticas y las prácticas de las organizaciones o partes del sistema crean resultados diferentes para los grupos raciales, por ejemplo: la inversión

diferenciada que hace el Estado para beneficiar más a algunas regiones del país habitadas mayoritariamente mientras la segunda tipología alude a un sistema en el que las políticas públicas, las prácticas institucionales, las representaciones culturales y otras normas funcionan de diversas maneras para perpetuar la inequidad racial grupal, aquí se evidencia cómo la población blanco-mestiza porta los privilegios y cómo este conjunto de situaciones se dan en detrimento de la población NARP, como se muestra en el testimonio de la señora Ángela Mena, ya que ella misma indica que en los hechos se materializa el racismo estructural:

Como el pensamiento afrodescendiente, como las luchas afrodescendientes y los intelectuales afrodescendientes, no ha estado visible en las estructuras sociales de poder, el hecho mismo de que hubiera vivido una educación en la que el negro siempre aparecía subvalorado, estigmatizado, en donde los descendientes de los africanos hemos tenido que sentirnos menos porque África ha sido leída desde una sola visión, el hecho de ser chocoana y haber vivido los bajos índices de calidad de vida, y ver cómo el Chocó aparece una y otra vez siempre como primero en desempleo, como primero en necesidades básicas insatisfechas. (Ángela Mena, comunicación personal, 6 de noviembre de 2019)

Referente a la última forma de violencia de Galtung, la violencia directa se conecta con la discriminación racial porque es la aplicación de la violencia cultural (prejuicio y estereotipo racial) y la violencia estructural (racismo y sus tipos) —la cual se evidencia en hechos—, siendo esta de carácter visible y posible de identificar: se manifiesta a través de acciones agresivas o no agresivas que buscan excluir al otro. En el tema que ocupa esta investigación, estos hechos y acciones se dan en razón del color de piel. La violencia cultural —que va con los prejuicios y estereotipos raciales— y la violencia estructural —que se asemeja al racismo y sus tipos son de carácter invisible— tienden a naturalizarse en la sociedad, pareciendo común y cotidiano ejercer este tipo de actuaciones, cuando no es así porque ello atenta contra la población NARP, mientras tanto la violencia directa y la discriminación racial son de carácter visible y acciones que pueden ser denunciadas.

MARCO NORMATIVO EN RELACIÓN CON LA DISCRIMINACIÓN O RACISMO EN COLOMBIA

Se presenta un análisis e identificación de aquellas herramientas jurídicas que desde un estadio internacional hasta el local reconocen el derecho a la no discriminación o racismo y surten de mecanismos para que las comunidades étnicas afrodescendientes contengan las diferentes situaciones que violentan su derecho a la igualdad, dignidad humana y no discriminación. Las disposiciones normativas y el contexto en el que las mismas fueron promulgadas permiten comprender cuáles fueron las causas por las que estas se constituyeron; de igual manera, se indican algunas decisiones judiciales que en Colombia se ocupan de casos de discriminación, las cuales se han constituido como hitos en la protección de los derechos a la comunidad afrodescendiente en relación con la no discriminación. Por último, este apartado contiene un estudio narrativo desde las voces de las personas que ejercieron sus derechos a la tutela o denuncia, facilitando esto, la identificación de los diferentes motivos jurídicos y sociales que las estimularon a actuar.

Tabla 1. Marco normativo local, nacional e internacional

Internacional	Nacional / local
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	- Ley 22 de 1981, por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)	- Ley 21 de 1991, que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	- Constitución Política de Colombia de 1991 (arts. 1, 7, 13)
- Declaración de la Unesco sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1978)	- Ley 70 de 1993 (art. 33), por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1981)	- Decreto 1122 de 1998, por el cual se expiden normas para el desarrollo de la cátedra de Estudios Afrocolombianos, en todos los establecimientos de educación formal del país y se dictan otras disposiciones
- Objetivos del Milenio acordados en la Cumbre del Milenio (2000)	
- Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas Conexas de Intolerancia (Declaración de Durban) (2001)	

<ul style="list-style-type: none">- Informe del Sr. Doudou Diène, relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia (2004)- Conferencia de examen de Durban (2009)- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas conexas de Intolerancia de la Organización de Estados Americanos (2013)- Decenio Internacional para los Afrodescendientes, proclamado por la Resolución 68/237 (2014)	<ul style="list-style-type: none">- Documento Conpes 3169 de 2002. Política para la población afrocolombiana- Ley 1482 de 2011 modificada por la Ley 1752 de 2015, por medio de la cual se penalizan los actos de discriminación- Resolución 0949 de 2017 del Ministerio del Interior, por la cual se crea un grupo denominado “Observatorio contra la Discriminación Racial y el Racismo”- Acuerdo 56 de 2015, “Por medio del cual se adopta la política pública para la población afrodescendiente en el municipio de Medellín y se deroga el Acuerdo 11 de 2006”
--	--

Fuente: elaboración propia.

La tabla 1 revela los avances normativos que dan respuesta a la discriminación racial y el racismo, los cuales son contemporáneos. El intervalo temporal desde la abolición de la esclavitud y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (primera disposición que previene el racismo y toda forma de violencia a la dignidad humana) se extiende al punto de haber presenciado un largo siglo de sometimiento a tratos crueles, segregaciones y actos discriminatorios o racistas hacia los afrodescendientes.

Como respuesta a lo anterior, la conclusión de la Segunda Guerra Mundial permitió entender a la comunidad internacional lo necesario que era la adopción de medidas jurídicas que protegieran al humano como un ser dotado de valores, principios y derechos, sin distinción de su raza, nacionalidad, sexo, religión, orientación política o sexual, entre otros. Consecuente con esto, si bien los diferentes Estados miembros adoptaron herramientas para el reconocimiento de los derechos pregonados en la declaración, no fueron suficientes estas para erradicar por completo la discriminación racial y el racismo, razón pues, por la que en un nuevo intento se constituyeron múltiples tratados y convenios internacionales que propiciaron la creación de leyes, políticas públicas y educativas que recogieran el derecho a la no discriminación de la comunidad afrodescendiente.

En el contexto colombiano, la protección fundamental proviene del artículo 7 de la Constitución Política, el cual reza: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, significando esto que el país se reconoce como una nación multiétnica y pluricultural; adicionalmente,

de conformidad con el artículo 13 de la misma disposición, expresa que todos somos iguales ante la ley; dichos enunciados constitucionales dan base al reconocimiento de derechos a la comunidad afrodescendiente.

Sumado a lo anterior, por bloque de constitucionalidad, los tratados y convenios celebrados por Colombia tendrán el mismo valor que los preceptos internamente establecidos por la Constitución, el más claro ejemplo de esto es la Ley 21 de 1991, la cual ratifica el Tratado 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que insta a los gobiernos a establecer garantías administrativas y legislativas a favor de las comunidades étnicas; como respuesta a la solicitud de la comunidad internacional, surge la Ley 1482 de 2011, mediante la cual se penalizan los actos de discriminación racial o racismo, norma que contempla la denuncia a la violación del derecho a la no discriminación.

Además del marco normativo existente, la jurisprudencia, como fuente formal de derecho, ha dirimido situaciones de discriminación racial o racismo, en atención a lo cual es pertinente analizar sus más significativos avances en este tema.

AVANCES JURISPRUDENCIALES EN LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Con la intención de determinar los posibles elementos jurídicos que inciden en el interés de querer interponer la denuncia, se revisan algunas sentencias que han modificado situaciones jurídicas y, por tanto, han permitido tutelar la protección a los derechos a la igualdad, la no discriminación y la dignidad humana.

En este estudio del desarrollo jurisprudencial frente a los casos de discriminación racial se abordaron sentencias del periodo 1994-2017, así pues, significa que algunas de ellas fueron emitidas antes de que entrara en vigencia la Ley 1482 de 2011, indicando esto la inexistencia de una normatividad legal que penalizara los actos de discriminación racial o racismo, es por esto que fue la Corte la llamada a determinar la responsabilidad de los particulares o entidades públicas en actos de discriminación racial a partir de las peticiones de los ciudadanos mediante tutelas.

De lo que se puede inferir que ha sido el cuerpo judicial quien ha atribuido derechos a las comunidades afrodescendientes bajo su competencia constitucional —a falta de una normatividad legal—, esto atendiendo a que Colombia es un país multiétnico y pluricultural, en el que todos somos iguales ante la ley y debe protegerse la dignidad humana de todas las personas.

En las sentencias que se analizaron si bien su denominador común es el reconocimiento a los derechos de los accionantes, cada una de ellas enarboló un avance sustancial específico que sustentó la creación de instituciones jurídicas protectoras de los derechos de la comunidad afrodescendiente y, de esta manera, instó de forma indirecta a dicho grupo a acceder más frecuentemente al mecanismo de la tutela y la denuncia penal, incidiendo esto en la asistencia que se tiene a dichas herramientas. En la tabla 2 se grafican y explican las aludidas decisiones y los elementos más significativos de cada una de ellas.

Tabla 2. Jurisprudencia

Sentencia	Condena por discriminación	Carga de probar recae en la entidad discriminante	Se obliga a indemnizar	Se invierte la carga de la prueba
T-098 de 1994				
T-1090 de 2005				
T-691 de 2012				
T-572 de 2017				

Fuente: elaboración propia.

El análisis de las decisiones judiciales comprende las cuatro sentencias más trascendentales en el reconocimiento de derechos a la comunidad afrodescendiente, así pues, la primera de ellas es la Sentencia T-098 de 1994, esta si bien no hace relación a un caso por discriminación por adscripción étnica afrodescendiente, es un antecedente que marcó la apertura al reconocimiento de derechos que trajo la Constitución de 1991.

En esta, la accionante tutela el derecho a la igualdad, la familia, el trabajo, la seguridad social y la no discriminación, en lo que a su juicio es violentado su esposo por parte de la entidad descentralizada del orden territorial, la Caja de Seguridad Social de Risaralda, en razón a que la entidad se niega a afiliar al esposo de la peticionaria a los servicios médico-asistenciales que presta la entidad, en favor de familiares de sus afiliados, cuando en la sección de estadística fue informada del estatuto que rige en dicha caja, según la cual las personas del sexo femenino no pueden afiliar a sus esposos para disfrutar del servicio de asistencia social; pero esta afiliación sí puede ser solicitada por los varones para sus esposas o compañeras permanentes.

Conforme al acervo probatorio y las razones expuestas por la accionante, la Corte concedió el reconocimiento de los derechos al esposo de esta; atendiendo la falta de razonabilidad y justificación de la medida administrativa que excluía

a las personas de género masculino. En este aspecto, la Corte Constitucional (1994) en la Sentencia T-098 de 1994 manifestó:

El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irracionalidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad.

Otra contribución relevante de la sentencia en cita es la imposición de la carga de la prueba a la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, situación sumamente importante toda vez que traslada la responsabilidad de dar por probada la existencia del acto de discriminación del accionante al accionado, como consecuencia de la mayor posibilidad de dar probanza de los hechos a la autoridad.

Los actos discriminatorios suelen ser de difícil prueba. De ahí que sea apropiado que la carga de probar la inexistencia de discriminación recaiga en cabeza de la autoridad que expide o aplica una disposición jurídica, no así en quien alega la violación de su derecho a la igualdad, especialmente cuando la clasificación que se hace de una persona es sospechosa por tener relación con los elementos expresamente señalados como discriminatorios a la luz del derecho constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994)

Esta sentencia hace un aporte al tema probatorio, en tanto que las personas que afirman haber sido víctimas de discriminación tienen mayor factibilidad de denunciar las conductas que configuran el acto con las precisiones que la Corte hace al respecto.

La segunda de las sentencias es la T-1090 de 2005, en la cual el problema jurídico radica en la tutela presentada por Johana Luz Acosta Romero contra las actuaciones de los establecimientos comerciales La Carbonera Ltda. y Qka-Yito del distrito de Cartagena de Indias, por motivo de la negación al acceso de estos a la accionante y sus compañeras, también afrodescendientes, por el solo hecho de ser “morenas”, permitiendo sin ningún problema el acceso a mujeres de tez blanca.

Como atributos a destacar de la decisión, se revoca la sentencia proferida por él *a quo* dado que este había excluido del acervo probatorio los testimonios de las acompañantes de la petente al encontrarlos “sospechosos”.

De igual manera, la sala concluyó que la tutela era procedente ante los particulares por el desconocimiento que tienen estos de las comunidades afrodescendientes, generando una vulneración a los derechos constitucionales y al derecho internacional.

Pues bien, adicional a lo anterior es necesario destacar que el acto discriminatorio de dichos establecimientos también constituye una ofensa profunda contra varios de los principios que sustentan nuestra comunidad política y la sociedad internacional. La discriminación por sí misma tiene la capacidad de lesionar manifiestamente varios de los pilares que comprende el preámbulo y los principios fundamentales de nuestra Constitución. La exclusión o supresión de derechos y libertades de la señorita Acosta Romero, en razón a su raza, constituye franco desconocimiento a los ideales democráticos, pues impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad, y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia. (Corte Constitucional, Sentencia T-1090 de 2005)

La condena de la Corte a los establecimientos de comercio anteriormente mencionados fue la prohibición a los representantes legales de volver a impedir el ingreso de cualquier persona a esos establecimientos en razón de la raza. Además, los condenó a la indemnización en abstracto de los perjuicios morales ocasionados a la accionante.

En la Sentencia T-691 de 2012 se consigna que el joven afrodescendiente Heiler Yesid Ledezma Leudo interpuso acción de tutela contra la Universidad Distrital Francisco José de Caldas por considerar que la entidad educativa no le había protegido adecuadamente ante el trato discriminatorio en razón a su etnia, por parte de sus docentes (en particular, uno de ellos, tanto en el salón de clase como en el manejo de las notas). Para el accionante, la actuación de sus docentes y la institución comporta una violación de sus derechos a la igualdad (Constitución Política, art. 13) y a la educación, en especial de grupos étnicos protegidos (Constitución Política, art. 68) y, en general, un desconocimiento del carácter pluralista del Estado (Constitución Política, arts. 1 y 5).

A propósito de esto, la Universidad y el profesor fundaron su defensa en que el ejemplo se sitúa en un hecho no repetido y sin la intención de dañar o discriminar; sin embargo, la Corte señaló que los ejemplos racistas que utilizaba el docente vulneraban el derecho a la igualdad y la dignidad humana, señalando que lo importante no era entonces la intención sino el daño antijurídico causado.

En la sentencia tratada se hizo necesaria la puesta del principio de ponderación, puesto que se daba un choque entre el derecho a la libertad de cátedra y la

igualdad y la dignidad humana, concluyendo la Corte que el último de estos es prevalente sobre los demás principios y derechos que fundan un Estado social y democrático de derecho. En tal razón se indica:

La actuación que el accionante acusa de discriminatoria ocurrió en un salón de clase y la llevó a cabo un profesor universitario. En tal medida, el análisis que haga el juez constitucional de lo ocurrido debe ser cuidadoso y respetuoso de la autonomía, libertad e independencia de las personas que atienden a la clase, las que la imparten, así como las instituciones en que tengan lugar. La libertad, autonomía e independencia de los docentes y las instituciones educativas son uno de los valores más preciados en una democracia respetuosa de la libertad y de la dignidad humana. Esto es especialmente cierto cuando se habla de clases universitarias, que suelen desarrollarse entre personas adultas, libres, autónomas e igualmente dignas. De tal suerte que cualquier intervención judicial o administrativa en un aula de clase, en especial la de una institución de educación superior, debe ser cuidadosa y respetuosa de las libertades y autonomías protegidas constitucionalmente como derechos, presentes en los escenarios educativos. (Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012)

De igual manera, la sentencia se ocupa de la inversión a la carga de la prueba en los casos de discriminación, de esta forma, corresponde entonces a quien es denunciado o accionado el dar por probada la inexistencia de la acción u omisión que configura la discriminación. Debe decirse que jurisprudencialmente es el mayor aporte procedimental que se da como acción afirmativa a las personas que indican haber sido víctimas de discriminación, por la razón de encontrarse en un escenario de mayor dificultad y vulnerabilidad para dar probanza del acto discriminatorio. Entre otras cosas, lo que permite este avance es una posibilidad de mayor asistencia a los mecanismos para dar protección y defensa de las conductas discriminatorias.

Uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a actos de discriminación, es su prueba. La jurisprudencia ha resaltado que una de las principales garantías en los casos en los que se produce un acto de discriminación consiste precisamente en que se invierta la carga de la prueba, en especial cuando se trata de personas que alegan haber sido sometidas a tal trato, con base en una categoría sospechosa de discriminación o cuando se trata de personas en situación de sujeción o indefensión. (Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012)

Con relación a la condena, como logro sustancial alcanzado, se ordenó a la institución universitaria realizar un acto simbólico de carácter público para celebrar los aportes de la comunidad afrocolombiana a la comunidad universitaria y a la

sociedad en general. En especial, se debió celebrar el aporte a la construcción de una comunidad académica incluyente y respetuosa del orden constitucional vigente. Esta decisión da significación al saneamiento simbólico de las víctimas de discriminación racial, producto de la misma atenuación que trajo la Ley 1482 de 2011.

Por último, en la Sentencia T-572 de 2017 el objeto de decisión del fallo se halla en la tutela que presenta el señor Jonh Jak Becerra Palacios por la vulneración al derecho a la igualdad y dignidad humana, esto en razón a los tratos racistas a los que fue sometido por sus compañeros de trabajo, expresiones tales como “Gorila”, “King Kong”, “Los negros no sirven para trabajar”, entre otras, eran las que se usaban en su presencia. Afirma el accionante que, ante la queja a la oficina de trabajo, su empleador lo despidió.

La Corte concluyó que fue omisión de la empresa y del Ministerio del Trabajo el no proteger los derechos del accionante, por ende, se ordenó su reintegro, el lucro cesante y la indemnización en abstracto por los perjuicios morales a los que fue sometido el petente bajo las burlas y los tratos poco dignos de sus compañeros. Al respecto dice la Sala:

En lo concerniente a la idea de escenario de discriminación es preciso anotar que en lugar de una definición lo que se ha hecho es advertir que el acto de discriminación comporta una interacción con otro u otros sujetos, el cual sucede en ciertos contextos que implican las categorías de tiempo, modo y lugar. El examen de esos aspectos es determinante en la medida en que permite identificar el grado de afectación que una práctica discriminatoria causa en una persona y los derechos que resultan amenazados o vulnerados. Los sentimientos de humillación, vergüenza, ira, tristeza, impotencia y lo que ellos implican para la construcción social del sujeto, dependen en mucho de las variables referidas, pues el acto discriminatorio podría no tener las mismas consecuencias en el ámbito público que en el ámbito privado, es posible que no sea similar la intensidad de la afectación si la conducta censurable es efímera o reiterada. (Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2017)

Lo que significa el manifiesto expuesto por la Corte, indica que se debe evaluar la conducta que constituye el acto de discriminación racial, esto, desde las circunstancias de tiempo, lugar y espacio, permitiéndose así una descripción precisa de la forma como se evalúa la existencia de un acto de discriminación racial o racismo.

De estas decisiones analizadas se puede inferir que la Corte ha sido protagonista en la creación y el reconocimiento de los derechos de las comunidades afro-

descendientes, ante las limitadas sentencias por casos de discriminación racial por adscripción étnica afrodescendiente, los derechos e instituciones jurídicas que trajeron las mismas han permitido una mayor capacitación a la protección de los derechos a la igualdad, la dignidad humana y la no discriminación. Jurídicamente, aún se evidencian fallas que obstaculizan la prevención de los actos discriminatorios, pero es ahí donde se halla el reto que los fines del Estado y sus instituciones deben lograr.

DESDE LAS VOCES

Desde las narrativas construidas con las voces, los relatos y experiencias de las víctimas de actos de discriminación racial o racismo, de académicos y líderes y lideresas afro en Medellín se dará cuenta de los motivos jurídicos y sociales por los cuales no se hace la denuncia penal por actos de discriminación racial o racismo.

Para la elaboración de este acápite del texto, lo primero a realizar fue una identificación de las víctimas, descubriéndose que existen víctimas directas e indirectas, siendo las primeras aquellas que sufren actos de discriminación racial o racismo de forma individual y violenta contra su persona, situación que se puede manifestar a través de acciones que pueden ir desde agresión física y exclusión de algunos lugares públicos y privados entre otro tipo de actos, hasta acciones que por su calidad sufren los afrodescendientes de forma estructural y que impiden el acceso a algunos derechos o se les obliga a ejercer el derecho de manera limitada o en condiciones precarias, como lo que ocurre con la educación, el trabajo, la salud y la vivienda.

Por otro lado, las víctimas indirectas son aquellas personas que se reconocen como afrodescendientes que sin haber sufrido directa, abierta, manifiesta, expresa o sutilmente el agravio se ven afectadas con ocasión al mismo, a causa de los lazos generados por la familia o vida en comunidad que para este grupo poblacional puede ser por paisanaje¹ o lazos simbólicos².

En este punto, es necesario aclarar que los actos de discriminación o racismo son un delito pluriofensivo que “es incorporado por el legislador en el estatuto penal, en el acápite correspondiente a uno de los varios intereses jurídicos que protege”, por lo que en estos casos existen “tantos querellantes legítimos cuantos titulares de diversos intereses jurídicos protegidos se presenten” (Corte Constitucional, Sentencia C-658 de 1997).

- 1 “Familia por paisanaje [...] cuando se es de un mismo río o de una misma región, se siente familia al encontrarse con estas personas en un sitio distinto de donde se es (Pastoral Afrocolombiana, s.f.).
- 2 “Familia por lazos simbólicos, estos son aquellos lazos que se van creando dentro de la propia cultura y que tiene un gran significado para quienes pertenecen a dicha cultura” (Pastoral Afrocolombiana, s.f.).

En otras palabras, por las características del delito en mención cuando se atenta contra un miembro de la comunidad afrodescendiente, de la misma manera se atenta contra todas las personas que tienen la adscripción étnica de forma indeterminada, dado que la comisión de este delito implica una afectación a diversos bienes jurídicos como la vida, libertad, igualdad, el no ser discriminado y la dignidad humana.

Se llevaron a cabo ocho entrevistas, de las cuales dos se hicieron a víctimas directas, dos a víctimas indirectas pertenecientes a la academia, dos líderes sociales afectados por actos de discriminación y dos a funcionarias públicas, una de ellas reconocida como víctima de discriminación; cabe aclarar que de estas solo fueron tenidas en cuenta cinco de ellas, ya que las mismas aludían a iguales motivos o razones por lo que no se efectúan denuncias.

Atendiendo a los relatos de las personas entrevistadas, se pudieron identificar diferentes motivos jurídicos y sociales de las no denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo, entre estos se encuentran: el desconocimiento de la ley, el excesivo trámite, las fallas en el sistema judicial, la búsqueda de otras formas de justicia y la naturalización de los actos de discriminación. Así pues, a continuación se exponen los análisis de las entrevistas, por razones metodológicas estos se agrupan en categorías y se da cuenta de cada uno de los motivos desde las voces de las razones para no llevar a cabo las denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo.

EL DESCONOCIMIENTO DE LA LEY

De las entrevistas ejecutadas se puede inferir que el motivo principal por el cual las víctimas de la discriminación racial no realizan denuncias penales es por el desconocimiento de la disposición normativa que da amparo a sus derechos y establece la denuncia como mecanismo complementario, debido a que existen otras herramientas para la protección de los mismos, así pues, es evidente la falta de divulgación de la Ley 1482 de 2011, tarea que, encomendada a las diferentes instituciones estatales, fue efectuada de forma negligente.

Existen casos como el del profesor de danzas afrocontemporáneas y miembro activo del colectivo Wangari Danza Afrocontemporánea, el señor Armando Viveros, víctima directa de actos de discriminación racial o racismo, él mismo desconoce por completo la existencia de la referida norma, ignorando que los actos de discriminación racial o racismo son un delito, y que ante la existencia de los mismos, se puede poner en conocimiento de la autoridad competente cuando se sea víctima de dicho acto punible, de acuerdo con su

relato, el motivo por el cual no hizo la denuncia por los actos de discriminación racial o racismo fue el desconocimiento de la ley:

Es que yo en ese momento cuando llegaron los policías no sabía que existía una ley que lo protegiera a uno cuando lo discriminen o sean racistas, por eso yo no dije nada referente a las agresiones que se me hicieron. (Armando Viveros, comunicación personal, 28 de noviembre de 2019)

No siendo contraria a esta situación, si bien hay personas que conocen la referida norma, ignoran cuáles son los pasos que deprecia el ejercicio de la misma, en este sentido, la lideresa social del sector Nuevo Amanecer, la señora María Dolores Asprilla, quien es una víctima directa, expresó:

Sí he escuchado que hay una ley o decreto que fue creado para uno denunciar cuando uno como afro padece algún acto de discriminación, pero nunca he sabido dónde hay que ir, qué hay que hacer, nada de conocimiento de eso. (María Dolores Asprilla, comunicación personal, 24 de septiembre de 2019)

Al igual que estas personas, algunas de las demás víctimas de discriminación racial o racismo manifestaron desconocer la existencia de una disposición jurídica que implicara que las acciones de las cuales habían sido víctimas constitúan un tipo penal, así pues, como se dijo anteriormente, es este el motivo jurídico más usual o factor principal por el que las víctimas no llevan a cabo sus denuncias.

EXCESIVO TRÁMITE EN EL PROCESO

Un factor que incide en la renuncia al mecanismo de la denuncia penal es la creencia de que la apertura de un proceso judicial implica un trámite agotador por parte de quien acude a este, es decir, que cada una de las actuaciones apremia una diligencia y papeleo capaz de limitar las demás actividades diarias, razón pues por la que se omite denunciar y no “perder tiempo”; respecto a esto, la docente Ángela Mena manifestó: “me parece que era más el papeleo, la gestión de la denuncia, no tendría que preguntarle a este señor quién es, cuál su nombre, todas estas cosas que no sucedieron, porque pues, es un hombre que iba, un transeúnte” (comunicación personal, 6 de noviembre de 2019).

Lo que trasluce este testimonio es un juicio personal de que es mayor el esfuerzo en la gestión que debe adelantarse ante las autoridades (los requisitos que precisa la denuncia), que el mismo acto de discriminación; cabe aclarar que la entrevistada expuso que lo importante a evaluar es la contundencia del acto de discriminación, significando esto que no todo acto de discriminación amerita el desgaste de un proceso penal del que además no se tiene certeza en los resultados.

FALLA EN EL SISTEMA JUDICIAL, BÚSQUEDA Y APUESTA POR OTRAS FORMAS

Ajenas a los motivos anteriormente indagados, se encuentran las fallas dentro del sistema judicial, afirmándose por parte de las víctimas, el conocimiento de precedentes judiciales en los que se halla la falta de un debido trámite y la ausencia de interés de dar resolución a las denuncias por parte de la Fiscalía General de la Nación, es decir, no se genera la apertura de un proceso penal o, presentándose este, se concluye el proceso penal poco después con la ejecución de instituciones jurídicas como la “preclusión” o el “principio de oportunidad”, entendiéndolas como formas anormales de terminar el proceso bajo ciertas causales; como consecuencia, se genera una desconfianza de las víctimas en el proceso penal y con ello la decisión por parte de estas de buscar otras formas de justicia, como la pedagogía, la denuncia social y el activismo étnico.

Como evidencia de lo anterior, el señor Abdo Ovidio, líder social del sector Nuevo Amanecer, enunció “Realmente no realicé la denuncia porque me pregunté qué podía hacer yo para solucionar eso, decidí meditar y tratar de cambiar la percepción de las personas que hacen eso” (Abdo Ovidio Córdoba, comunicación personal, 24 de septiembre de 2019). Caso semejante a este, es el de la señora Marcelina Santos, quien es consejera municipal de política pública de etnoeducación y docente en Medellín, la cual expresa:

[...] necesitamos que esas personas que reciban la denuncia estén formadas para ello, que sean unas personas idóneas porque los que hoy lo hacen no están capacitados para abordar este tema porque para qué yo me voy a desgastar con algo que al final lo van a ver ellos como un chiste o que me van a decir que soy cismática o que tengo baja autoestima, yo mejor me evito eso y trato de resolverlo de otra manera de gestionarlo personalmente. (Marcelina Santos, comunicación personal, 7 noviembre de 2019)

NATURALIZACIÓN DE LOS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN

El último de los motivos identificados es la naturalización de los actos de discriminación racial o racismo, hallándose en las entrevistas que algunas de las víctimas de discriminación perciben los actos crueles como actos cotidianos, esto dada la reincidencia del conglomerado en el accionar de los mismos; evitando por ello la realización de la denuncia. Como muestra de ello, se tiene la aclaración de la señora María Dolores Asprilla: “Uno como que, de tanto vivir eso, uno llega al punto en el que se acostumbra, lo ve como algo normal o natural” (comunicación personal, 24 de septiembre de 2019).

Lo que quiere decir dicho testimonio es que, dada la constancia de los actos, la misma comunidad afrodescendiente tiende a normalizar estos, dejando de percibir que están experimentando un acto de discriminación o racismo.

CONCLUSIONES

Los motivos jurídicos y sociales por los cuales no se realizan denuncias penales por actos de discriminación racial o racismo se extienden a cinco, el primero y más frecuente de ellos, es el desconocimiento de la Ley 1482 de 2011, disposición que evidentemente carece de divulgación, pues como bien lo soporta este estudio, la mayoría de las personas que afirman haber sido víctimas de discriminación racial o racismo ignoran la existencia de una norma que penaliza dichos actos; situación contraria a lo anterior es que quienes teniendo conocimiento de dicha disposición desistieron de incoar la herramienta por el excesivo trámite que esta trae consigo, representando este otro motivo; el tercero de ellos está constituido por las fallas en el sistema judicial, pues, tras conversaciones con personas pertenecientes al mismo, se logró evidenciar el poco interés de adelantar la acción penal.

Ante la desconfianza que las víctimas tienen frente al sistema penal, por la creencia de que los servidores están poco capacitados, les apuestan a alternativas como: otras formas de justicia, la pedagogía, la empatía y la reflexión.

Algunos de los entrevistados indicaban que ellos mismos normalizaban las conductas discriminatorias por la reiteración de estas.

Para finalizar, es necesario que el derecho penal sea entendido en los casos de actos de discriminación como la última rectas, es decir, luego de agotadas todas las herramientas jurídicas y educativas, se hace procedente utilizar la denuncia penal, debido a que existen algunos actos que no alcanzan a ser lo suficiente dañosos como para ser objeto del derecho penal, en esa misma línea, se pudo entender que los actos de discriminación racial o racismo son de carácter subjetivo, es decir, de acuerdo con las características de la víctima y el cómo se desarrollan los hechos, esta determinará si se siente o no discriminada, circunstancia que hace aún difícil la calificación de víctima de discriminación.

A manera de crítica y con el ánimo de consolidar los objetivos que se propusieron a lo largo de la investigación, es clara la necesidad de que la Ley Antidiscriminación sea estudiada en profundidad, en razón a lo poco garante de los derechos a la comunidad afrodescendiente, esto por la falta de instrucción y divulgación que la misma tiene, en igual línea vemos pertinente que se investigue sobre la labor que lleva a cabo la Fiscalía General de la Nación de

cara a los casos de discriminación, con el propósito de identificar el tratamiento que se viene dando en esta materia.

REFERENCIAS

- Congreso de Colombia. (2011). Ley 1482 de 2011. DO: 48.270.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-098 de 1994. M. P. Amanda Cardona.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-658 de 1997. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia T-1090 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-691 de 2012. M. P. María Victoria Calle.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-572 de 2017. M. P. Antonio José Lizarazo.
- Galtung, J. (2016). La violencia cultural, estructural y directa. *Cuadernos de Estrategia*, 183, 147-168.
- Organización de los Estados Americanos. (OEA). (2013). Convenio Interamericano contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp
- Pastoral Afrocolombiana. (s.f.). La familia afrocolombiana. <https://axe-cali.tripod.com/cepac/hispafrocol/8.htm>
- Personería de Medellín. (2016). Informe sobre la situación de derechos humanos en la ciudad de Medellín, vigencia 2016. <http://www.personeria-medellin.gov.co/index.php/informacion-al-ciudadano/documentos/informes-derechos-humanos-ddhh>
- Pineda, E. (2016). Discriminación racial y vida cotidiana en América Latina: empleo, educación y medios de comunicación. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, XXII(2), pp 121-144 <https://www.redalyc.org/pdf/364/36451387007.pdf>

Los elementos de la relación jurídica de protección al patrimonio cultural: observaciones para los agentes sociales responsables de esta materia

The elements of the legal relationship of protection of cultural heritage: observations for the social agents responsible for this matter

*Rosa Juliet González Ruiz**

Fecha de recepción: 8 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 3 de marzo de 2022

RESUMEN

En torno a la protección del patrimonio cultural confluyen políticas y programas de la acción pública que generan ambigüedades y problemas de competencias. Centrando el análisis teórico en la categoría relación jurídica y el diagnóstico del régimen jurídico cubano, se identifican los elementos que la componen. Se pretende iluminar el accionar de los agentes que aplican este régimen.

Palabras clave: derecho, ordenamiento jurídico, régimen jurídico, patrimonio cultural, protección, relación jurídica.

of the Cuban legal regime, the elements that compose it are identified. It is intended to illuminate the action of the agents that apply this regime.

Key words: law, legal order, legal regime, cultural heritage, protection, legal relationship.

ABSTRACT

Around the protection of cultural heritage, policies and programs of public action converge, that generate ambiguities and competition problems. Focusing the theoretical analysis on the category of legal relationship and the diagnostic

* Profesora asistente de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba. Especialista en Derecho Civil y de Familia que imparte las asignaturas de Derecho Civil Parte General y Derecho sobre Bienes. rosaj@uo.edu.cu

INTRODUCCIÓN

El propósito fundamental del artículo es identificar los elementos de la relación jurídica de protección del patrimonio cultural. Para ello se realiza un estudio teórico-doctrinal y un diagnóstico de las normas que conforman el régimen jurídico cubano en esta materia, a fin de contribuir con los agentes que aplican dicho régimen en la solución de las manifestaciones sociales que versen sobre este asunto.

El estudio de la teoría y la doctrina internacional y nacional, los instrumentos jurídicos internacionales¹ y otros regímenes de protección del patrimonio cultural distintos al cubano², nos conducen a exponer los objetivos de la protección jurídica, los principios rectores en este ámbito, el rol de las instituciones estatales en la estructura interna de protección del patrimonio cultural, la delimitación de la noción de bienes culturales objeto de protección jurídica, así como la correspondencia entre las normas internacionales y los regímenes nacionales en esta temática.

A los efectos del presente trabajo, se ha optado por la definición de patrimonio cultural que engloba a todos los bienes culturales dignos de proteger por los Estados y la comunidad internacional, por los valores que comportan y significan en cuanto a la identidad, diversidad cultural y autenticidad para el desarrollo de la humanidad, en definitiva, el patrimonio cultural material e inmaterial o intangible.

En torno a la protección del patrimonio cultural se presenta una confluencia de políticas y programas de otros sectores de la acción pública que pueden generar ambigüedades y problemas de competencias, en especial con los organismos estatales encargados de la materia medioambiental, de la construcción, vivienda, planificación física, el orden interior y el desarrollo territorial, sumado el hecho del insuficiente tratamiento teórico-doctrinal-normativo que identifique —o al menos dibuje— los elementos de la relación jurídica de protección del patrimonio cultural.

Se utilizó como métodos los generales de las ciencias: análisis-síntesis, inducción y deducción. Como métodos de las ciencias jurídicas el método histórico-jurídico, con el objetivo de caracterizar y evaluar el curso evolutivo de la protección del

- 1 En lo fundamental convenciones, recomendaciones y otros instrumentos jurídicos emanados de la Unesco. Por ejemplo: convenciones de 1954, 1972, 2001, 2003 y 2005. Las otras a lo largo del trabajo se revelarán.
- 2 A manera de ilustración se utilizarán enunciados jurídicos que componen el régimen de Alemania, Argentina, Bélgica, Colombia, Ecuador, España, Francia, Italia, Perú, Portugal y Venezuela.

patrimonio cultural, vinculada a su regulación normativa, con el propósito de identificar las regularidades y tendencias desde 1954³ hasta nuestros días.

Se usó además el método de análisis exegético jurídico, el que permitió diagnosticar las insuficiencias de las normas cubanas de protección del patrimonio cultural en cuanto a los elementos de la relación jurídica, para identificar los problemas que acontecen en el proceso de interpretación y aplicación de las normas vigentes en este asunto.

ORDENAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL PATRIMONIO CULTURAL: UNA MIRADA DESDE LOS DIFERENTES ESCENARIOS JURÍDICOS

El ordenamiento jurídico para la protección del patrimonio cultural está marcado por la evolución normativa internacional en cuanto al reconocimiento por parte de la Unesco de los bienes culturales de distinta naturaleza (Oliveira, s.f.) a los cuales se les brinda protección⁴: los bienes muebles e inmuebles en caso de conflicto armado según la Convención de 1954⁵; los bienes culturales y naturales, según la Convención de 1972; el patrimonio subacuático según la Convención

- 3 Año en que se adopta la Convención de la Unesco para la protección de la propiedad cultural en caso de conflicto armado.
- 4 Se tienen noticias del establecimiento de sendas leyes nacionales protectoras promulgadas acorde con las concretas necesidades en defensa de los bienes históricos y artísticos, que son anteriores a la Convención de 1954 de la Unesco, lo que provocó dispersión normativa en esta materia e insuficiente regulación en cuanto al objeto que puede ser reconocido patrimonio cultural de una nación. Por solo citar algunas: en España: Ley de 7 de junio de 1911, sobre antigüedades y régimen jurídico de las excavaciones arqueológicas y su reglamento contenido por el Real Decreto de 1 de marzo de 1912 y la Ley de 4 de marzo de 1915 sobre monumentos arquitectónicos y artísticos; Real Decreto Ley de 9 de agosto de 1926 sobre los bienes que conforman el tesoro histórico-artístico nacional; Ley del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional de 1 de mayo de 1933 y su reglamento, aprobado por el Decreto de 16 de abril de 1936; artículo 45 de la Constitución republicana de 1931; Ley de 10 de diciembre de 1931 sobre enajenación de bienes artísticos, arqueológicos e históricos de más de cien años de antigüedad. En Argentina: Ley 9.080 de 1912 de Yacimientos, que declara de propiedad de la nación: ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científicos; Ley 12.655 de 1940, que crea la Comisión Nacional de Museos, Monumentos, Lugares y Sitios Históricos. En Venezuela: Decreto de Protección de Documentos Oficiales y Objetos Históricos de 1917; artículo 59 de la Constitución de 1947; Ordenanza sobre Defensa del Patrimonio Histórico de la Ciudad de Caracas, dictada por el antiguo Concejo Municipal del Distrito Federal, publicada en *Gaceta Municipal*, 6.321, de 2 de enero de 1945. En Italia: leyes de 1902 y 1909 que introdujeron la expropiación de bienes culturales y la de 1939 firmada por el ministro de Cultura, Giuseppe Bottai, en la que se reafirmaba el rol de “gran protector” del Estado, y el papel subordinado de los museos estatales.
- 5 La Convención de 1954 marca el inicio del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional sobre el patrimonio cultural, por cuanto ordena las relaciones jurídicas que sobre el patrimonio cultural establecen los Estados entre los cuales exista un conflicto bélico de carácter internacional o no (artículos 18 y 19); así como de un conjunto de principios (cuarto párrafo del Preámbulo) de actuación entre los Estados, medidas y obligaciones (artículos 2-11) que cada Estado implicado en un conflicto bélico debe adoptar en relación con los bienes patrimoniales.

de 2001, y los bienes patrimoniales de carácter inmaterial según los postulados de la Convención de 2003.

El ordenamiento jurídico para la protección del patrimonio cultural, cuyo centro de regulación es el bien cultural, asume presupuestos sustantivos y procesales que proceden del derecho internacional, y se han fusionado con materias públicas y privadas del derecho interno que han resultado en una unidad doctrinal y legislativa. En algunos países por la estructura estatal —España y Argentina—, se han promulgado leyes de presupuestos mínimos o bases en materia de protección del patrimonio cultural, o de conjunto con la protección del medioambiente. Estas normas resultan ser el fundamento de una posterior determinación y precisión de reglas para el resto de las estructuras estatales. Se ha hablado además de la codificación de la ordenación de protección sobre el patrimonio cultural, tal como en Brasil, Colombia, Ecuador y Portugal (Colombato, 2014; Levrard, 2015; Zendri, 2017).

Estos presupuestos se asumen compatibles con las instituciones y categorías relacionadas con los derechos humanos⁶ de incidencia colectiva, respetando los derechos reales previstos⁷ por el derecho civil —en lo atinente al sistema de propiedad y las funciones sociales que cumple la propiedad en la sociedad— y su asunción, sin afectar el régimen jurídico derivado de la propiedad intelectual⁸ —especialmente el vinculado a los bienes culturales intangibles: conocimientos tradicionales, denominación de origen y otros—; resultando tener su propio aparato categorial armónico con estas materias.

El ordenamiento jurídico para la protección del patrimonio cultural está asociado a las funciones que cumplen en la sociedad los bienes culturales: servir de legado histórico a las generaciones futuras (Oliveira, s.f.); ser fuente de consolidación de la identidad regional, nacional o de un determinado sector social; afirmar la ideología política del grupo social predominante, y recursos que propenden por el desarrollo económico social de la nación (Avilés, 2012).

Conforman el régimen de protección del patrimonio cultural las normas que contienen reglas de conducta amparadas por la coacción estatal, conceptualizadas y formalizadas por el Estado mediante sus órganos competentes (Polo, 2010).

El régimen jurídico para la protección del patrimonio cultural encauza el rumbo de las relaciones sociales en esta materia, por cuanto establece o impide actuaciones a los sujetos involucrados; prevé los medios para la resolución de las

6 Véase artículo 2.1 de la Convención de 2003 de la Unesco.

7 Véase artículo 6.1 de la Convención de 1972 de la Unesco.

8 Véase artículo 3 b) de la Convención de 2003 de la Unesco.

reclamaciones y la defensa de los intereses jurídicamente tutelados; y es factor de conservación social, por cuanto impone un conjunto de reglas y actuaciones que permiten establecer las nuevas conductas que asumirá y estimulará el desarrollo social en este sentido (Prieto, s.f.).

Las variantes teórico-doctrinales que se utilizan para ordenar esta materia han evolucionado de concebir el régimen a partir de limitar desde el derecho administrativo la propiedad privada⁹, hacia una concepción estatutaria de la propiedad¹⁰. Actualmente, se conjugan ambos criterios en la concepción del régimen con una marcada tendencia en favor de la segunda de las concepciones.

Cuba es signataria de las convenciones de la Unesco antes citadas¹¹. Posee en su territorio bienes culturales y naturales declarados patrimonio de la humanidad¹². Los estudios doctrinales cubanos que se ofrecen sobre los lineamientos jurídicos que sustentan el marco normativo de la protección y salvaguarda del patrimonio son escasos (Gómez y Pérez, 2011; Barreto, 2015; Levrant, 2015; Reporte Periódico No. 00921/ Cuba “Report on the implementation of the Convention and on the status of elements inscribed on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity”). A ello se suma el hecho de que tenemos un sistema jurídico que presenta deficiencias en el establecimiento del sentido correcto de la ley que debe aplicarse, marcado por insuficiencias en el lenguaje —ambigüedad, términos impropios— y falta de objetividad, dejando fuera de la regulación legal vigente relaciones, procedimientos, mecanismos y manifestaciones patrimoniales de importante valor para la identidad nacional, tal cual más adelante demostraremos.

- 9 Es la doctrina de las limitaciones administrativas de la propiedad privada, doctrina que veía en el conjunto de deberes y limitaciones impuestos a los propietarios una serie de restricciones o constricciones del ordinario régimen de uso y disposición, limitaciones justificadas por razones de interés público y que en todo caso dejaban a salvo la esencia del derecho de propiedad como facultad de libre utilización y disposición de los bienes sobre los que recaía. Una vez que las intervenciones administrativas sobre los bienes culturales adquirieron progresivamente una mayor profundidad y extensión, no daba razón suficiente de la verdadera naturaleza de los derechos, públicos y privados, que recaían sobre esta peculiar propiedad. El régimen de protección del patrimonio cultural cubano es fiel reflejo de ello, porque sus reglas están acotando la actuación y límites de las entidades estatales responsables de custodiar los bienes culturales de la nación.
- 10 Disgrega el contenido unitario de la propiedad en una pluralidad de estatutos dominicales, mutuamente condicionados, de acuerdo con el criterio de la función social que cumplen los bienes culturales y que inspira la delimitación del contenido de la propiedad privada. Ha sido la teoría inspiradora de la Ley de Patrimonio Histórico español de 1985.
- 11 Ha ratificado la Convención de 1954, en 1957; la Convención de 1972, en 1980; la Convención de 2001, en 2008; la Convención de 2003, en 2007; la Convención de 2005, en 2007.
- 12 Al efecto de ilustrar, en la región oriental cuentan con esta declaración tres manifestaciones culturales inmobiliarias de carácter mundial: Castillo San Pedro de la Roca en 1997 y los parques nacionales “Desembarco del Granma” en 1999 y “Alejandro de Humboldt” en 2001. Se han declarado, además, dos manifestaciones culturales intangibles que ostentan el mismo carácter: paisaje arqueológico de las primeras plantaciones de café de la región oriental de Cuba en 2000 y la tumba francesa “La Caridad de Oriente” en 2003.

El régimen jurídico cubano de protección del patrimonio cultural está formado por la vigencia de dos leyes aprobadas en 1977: la primera dedicada a la protección del patrimonio, y la segunda es la Ley de Monumentos Nacionales y Locales¹³.

Los postulados de la Ley 2 de 1977 de Monumentos Nacionales en Cuba y su respectivo reglamento se basan en lo que dicta la Ley 1 de 1977, sin que en esta exista regulación expresa de supletoriedad.

El régimen jurídico cubano de protección del patrimonio cultural no regula las manifestaciones patrimoniales de naturaleza inmaterial, requiriéndose por tanto, el establecimiento de normas propias que orienten el tratamiento que se les dará. En este sentido, solo ordena la creación y constitución de la Comisión Nacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁴. Los procedimientos para su declaración, las facultades de los propietarios de este tipo de manifestación cultural, así como de las acciones de control a realizar por las autoridades administrativas —acorde con los postulados teóricos del principio de supletoriedad— se ventilan conforme a las reglas contenidas en las leyes 1 y 2 antes citadas.

El problema jurídico estriba en que estas leyes no contienen mandatos específicos para los bienes culturales inmateriales, todo lo cual refuerza la idea de unificar en una norma, basada en el orden, principios y valores constitucionales y la regulación del sistema de derecho sobre bienes contenido en el Código Civil cubano, ordenando el tratamiento a ofrecer a cada tipo de manifestación patrimonial.

A continuación se ilustran los elementos representativos del régimen de protección del patrimonio cultural, deducidos del enfoque que la teoría, la doctrina y el derecho cubano asumen como los elementos estructurales de la relación jurídica.

ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

El elemento subjetivo de la relación jurídica se caracteriza por la fuerte presencia y papel de la administración estatal, representada en lo fundamental por entidades a las que les han sido asignadas funciones relativas a la protección del patrimonio cultural. Este mandato le viene dado desde el derecho internacional por la asunción de las convenciones en mención¹⁵ y como parte de la evolución

13 También rigen sus correspondientes reglamentos: el Decreto 118 de 1983 y el Decreto 55 de 1979.

14 Véase Resolución 126 de 2004 del Ministerio de Cultura de Cuba.

15 Véase de la Unesco: artículos 3-5 y 7 de la Convención de 1954; artículos 2, 5-10, 13, 14 y 16 de la Convención de 1970; artículos 4-6 de la Convención de 1972; artículos 9, 11 y 14 de la Convención de 2001; y artículos 11-18 de la Convención de 2003.

de la protección de los bienes culturales, que inicialmente descansaba en manos de personas naturales y organizaciones sociales no estatales.

El sujeto pasivo es el propietario o poseedor del bien cultural, quien se configura como un ejercitante privado de funciones públicas, o como un custodio del interés público superior a la perspectiva subjetiva del titular privado de derechos. Razón por la cual los poderes públicos intervienen en esta disciplina de una manera progresiva e intensa, que justifica la especial sujeción o sometimiento del propietario privado a los dictados y órdenes de la administración (Alegre, 1992).

Otro actor en las relaciones jurídicas de protección de los bienes culturales son las comunidades¹⁶. La inclusión de este nuevo e importante actor trae aparejada la distinción de otros sujetos intervinientes en la relación jurídica como son los grupos y los individuos (Macmillan, 2018; Unesco, 2006)¹⁷.

Es de destacar el rol de terceros intervinientes, beneficiados o interesados en el uso y disfrute de los bienes patrimoniales, y que coinciden con los objetivos y fines del régimen: usuarios, turistas, visitantes y las futuras generaciones. Para ellos los regímenes han de establecer criterios de buenas prácticas en torno a su actuación respecto de los bienes patrimoniales.

El elemento objetivo está marcado por la noción de bienes culturales que adopten los ordenamientos jurídicos internos. Esta noción es relevante a los efectos de reconocer mediante acto administrativo los bienes que conforman la riqueza nacional patrimonial a los que se le brindarán protección.

No existe una definición uniforme en el plano normativo de bien cultural. Las definiciones en este terreno parten por concebir teórica y doctrinalmente al bien cultural desde tres posiciones (Camps, 2000). La primera enuncia que bien cultural es aquel que, con independencia de su naturaleza, porta un valor cultural o referencia la historia de la civilización¹⁸. Se centra en el elemento

16 Para su definición se obtienen los elementos necesarios del cuerpo de la Convención de 2003 de la Unesco: las relaciones entre la comunidad; tipos de bienes intangibles y la dimensión materio-espacial que ocupa la comunidad. Definidas entonces como redes de personas cuyo sentido de identidad o conexión emerge de compartir una relación histórica que tiene sus raíces en la práctica, transmisión y el compromiso con las manifestaciones culturales.

17 Comprenden al conjunto de personas, los primeros, y las personas en el caso de los segundos, que forman o están conectadas con la comunidad depositaria de la manifestación cultural, que comportan algunas características relevantes como sus habilidades, experiencia o especial conocimiento, y que interpretan un rol específico en la práctica, recreación y transmisión presente y futura de la manifestación cultural, como lo son los custodios culturales, prácticos y aprendices.

18 Según la postura teórica derivada de los trabajos de la Comisión Franceschini (Italia), bien cultural son cosas que pertenecen a personas naturales o entidades públicas, sobre las que se tiene derecho de disfrute y disposición según la norma común privada o administrativa (De Rueda, 1998).

inmaterial, separado de su soporte material, que alude a la función o dimensión cultural que está llamado a cumplir, cuya titularidad corresponde al Estado¹⁹.

Para definirlos, se tiene en cuenta el criterio temporal (De Rueda, 1998), donde se determina una antigüedad mínima; se precisa un período o se requiere la pertenencia a una determinada época artística o histórica²⁰, o se adopta el criterio valorativo, que concede importancia a ciertos aspectos: naturales, artísticos, históricos, etnográficos, etc. Se aprecia que los legisladores nacionales conjugan estos argumentos con predominio del criterio valorativo²¹.

La tercera concepción —la de mayor uso normativo²²— se fundamenta en una perspectiva descriptiva, para lo cual se utilizan ciertos métodos: a) la enumeración de los bienes culturales; b) su clasificación, al fijar en la disposición jurídica la protección a determinados bienes culturales; c) su categorización o definición²³ y; d) su declaración, mediante la enumeración de bienes culturales de distinta tipología a los que se les otorgará protección (Camps, 2000).

El elemento común en cuanto a la determinación de los bienes culturales para su protección jurídica radica en el valor cultural (Camps, 2000), cuya expresión normativa deriva de las normas internacionales²⁴ que sirven de fuentes formales a los ordenamientos jurídicos internos sobre patrimonio cultural.

En la concepción de bienes culturales se incluyen otras categorías que apuntan a bienes culturales de carácter colectivo, a los que se les ofrece un tratamiento

- 19 Corresponde este entendido a la concepción estatutaria de la propiedad. El bien cultural así considerado, es la sumatoria del elemento objetivo —que presenta caracteres o singularidad específica— y el elemento subjetivo —relativo a la función sociocultural del bien—. Su conservación, disfrute, salvaguardia en el mundo de la cultura y contemplación por los ciudadanos y turistas han de ser asegurados por los poderes públicos.
- 20 Esta posición califica a los bienes culturales como aquellos objetos que por su gran valor cultural han sido reconocidos, en virtud de la relevancia que tienen para la nación.
- 21 Véanse Ley 25.197 de 1999 en Argentina: artículo 2; Ley 16 de 1985 española: artículo 47; Ley 28296 de 2004 de Perú: artículos 1.1, 1.1.2, 1.2, 5 y 8. La Ley 2 de 1977 de Cuba en su primer artículo refleja fielmente esta tendencia.
- 22 Véanse Código Wallon de manejo del territorio, del urbanismo y del patrimonio, sancionado por el gobierno belga el 1 de abril de 1999, decreto relativo a la conservación y protección del patrimonio: artículos 185, 200 y 232.1; Ley Orgánica de Cultura de 27 de diciembre de 2016 y su reglamento de 23 de mayo de 2017: artículo 50; Ley del Patrimonio Histórico español de 1985: artículos 9.1, 14, 26.1 y 40. Para los bienes culturales que pertenecen a la Iglesia católica: Acuerdo entre el Reino de España y el Vaticano del 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales; en Italia, Decreto 42, del 22 de enero de 2004: artículos 2.1, 9, 10 y 134; en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación del 21 de julio de 2004 de Perú: artículos 1.1, 1.1.2, 1.2, 5 y 8; Providencia Administrativa 12 del 30 de junio de 2005, que regula el Registro General del Patrimonio Cultural venezolano y el manejo de los bienes que lo integran: artículos 8, 9-15 y 18-20.
- 23 Véase artículo 1 de la Convención de 1970 de la Unesco.
- 24 Véanse Carta de Atenas de 1933, Declaración 66; Convención de 1954, artículo 1, párrafo a); Carta de Venecia de 1964; Convención de 1970, artículo 1; Convención de 1972, artículos 1 y 2. En los instrumentos regionales: Carta de Machu Picchu de 1977 y en el Preámbulo de la Convención de Granada, España, de 1985.

especial: el patrimonio industrial²⁵, patrimonio inmaterial²⁶, centros históricos²⁷, paisajes²⁸ e itinerarios²⁹.

Conforma además, el objeto de la relación jurídica, el entorno o zona contigua del bien declarado patrimonio cultural, sobre el cual se va a proyectar un especial tratamiento normativo (Bailliet, 2015)³⁰. Podemos definirlo como el espacio que circunda el bien cultural, del que, por lo general, no se fijan sus límites definitivos, y cuyo rol es contribuir a la valorización del bien cultural.

Es necesario destacar la regulación que hacen los ordenamientos sobre aquellos bienes que tienen vocación para ser declarados patrimonio cultural de la nación³¹, que aunque no son el centro de protección jurídica, mientras se investigan e interpretan, les son aplicables sobre su uso y administración algunas reglas con carácter provisional del régimen de protección³².

- 25 Conformado por el conjunto de bienes muebles e inmuebles de carácter etnográfico que forman parte del pasado tecnológico, productivo e industrial, que integran la historia social y económica de un país y permite comprender su historia tecnológica. Su protección se ordena por dos vías fundamentales: la individualizada y por la conjunción con el patrimonio arqueológico o etnográfico o etnológico. A manera de ilustración, en España se regula jurídicamente de manera individualizada en el artículo 3 de la Ley 3 de 1999 del Patrimonio Cultural aragonés; artículos 76-78 de la Ley 1 de 2001, del Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; Ley Foral 14 de 2005, del Patrimonio Cultural de Navarra; y, en conjunción, en la Ley del Patrimonio Histórico español, véanse los artículos 334.5-334.10; artículo 3.2 de la Ley 11 de 1998 de la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria; artículo 1.3 de la Ley 10 de 1998 de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid; artículos 1.2 y 62.2 de la Ley 12 de 2002 del Patrimonio Cultural de Castilla y León, y artículos 1.2, 68 y 69 de la Ley 12 de 1998 del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares (Martínez, 2006).
- 26 Véase artículo 2.1 de la Convención de 2003 de la Unesco.
- 27 Parte más antigua de cualquier ciudad. Representan las primeras construcciones de su fundación e incluyen espacios dedicados al comercio, oficinas públicas y las casas de las familias fundadoras. Representan lo que en alguna época fue su corazón y extensión (Ramos y Terrazas, s.f.). En Cuba: Santiago de Cuba, Camagüey y La Habana Vieja.
- 28 Es el resultado del accionar humano en un territorio natural específico. Comprende un espacio en donde el hombre impacta de manera tangible e intangible, y le otorga un valor agregado. Sus elementos son: población, infraestructura, industrialización y comunicación (Raffino, 2020). En Cuba, el del Valle de Viñales en Pinar del Río.
- 29 Vía de comunicación terrestre, acuática, mixta o de otra naturaleza, físicamente determinada y caracterizada por tener su propia y específica dinámica y funcionalidad histórica, manifiesta en intercambios continuos multidimensionales y recíprocos de personas, bienes, ideas, conocimientos y valores en el interior de un país o entre varios países y regiones durante un período significativo de tiempo. Han generado una interfundación de las culturas en el tiempo y el espacio, lo que se refleja en el patrimonio tangible e intangible (Martorell, s.f.).
- 30 Los entornos se delimitan, y esta especificación se anexa al expediente de declaración del bien cultural en el correspondiente registro. Lo que obliga al legislador a proponer reglas alternativas para la realización de futuras delimitaciones y para modelar las operaciones que deberán realizarse en la dinámica registral.
- 31 Son bienes que presentan valores especiales y se someten a la investigación y valoración de las autoridades competentes derivadas del proceso de patrimonialización, a fin de pretender sean declarados bienes que conforman el patrimonio de la nación.
- 32 Véanse artículo 11 del Real Decreto 111 de 1986, de desarrollo parcial de la Ley 16 de 1985, del Patrimonio Histórico español y artículo 12.3 de la Ley 10 de 2015, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de España; en Italia, artículo 140 del Decreto Legislativo 42 de 2004.

La causa principal que produce los efectos previstos por el régimen de protección del patrimonio cultural es la declaración administrativa derivada del proceso de patrimonialización. El proceso administrativo de patrimonialización consta de tres fases: la nominación de los bienes con vocación de ser declarados patrimonio cultural; la selección del significado que dichos bienes comportan y la declaración administrativa contentiva de la manifestación de voluntad de la autoridad competente reconociendo la pertenencia al patrimonio cultural nacional.

La nominación³³ se inicia a instancia de parte interesada. Muchas veces la emprende el Estado, representado por los organismos responsables con la tutela del patrimonio cultural. Desde la entrada en vigor de la Convención de la Unesco de 2003 pueden nominar las comunidades, grupos o individuos.

En la selección de los bienes culturales que conformarán el patrimonio cultural de una nación se tienen en cuenta el valor cultural que posee el bien, el significado social del bien para el país, la función y utilidad pública, la naturaleza del bien y otras características (Pérez, 2018).

El proceso de patrimonialización habitualmente culmina con la declaración³⁴ administrativa de pertenencia de un bien al patrimonio cultural de la nación. Esta puede otorgarse para reconocer un bien específico o individualizado, siendo más comunes las declaraciones sobre conjuntos patrimoniales colectivos (Bailliet, 2015)³⁵. Las declaraciones de oficio se amparan en las causales de riesgo inminente de deterioro que presenta el bien, para realizar de inmediato las intervenciones aprobadas por la ley, o mediante el reconocimiento de las presunciones legales que contiene el régimen (Chirinos, 2017).

El proceso de patrimonialización puede concluir sin reconocer la inclusión de determinado bien nominado al régimen que otorga protección al patrimonio cultural. En este sentido, se establece un plazo de caducidad (Fernández, 2016), durante el cual la manifestación cultural no puede volver a ser nominada.

- 33 Para esta fase debe reglarse todo lo relativo a los documentos a presentar, requisitos que deben cumplirse, instancia ante la cual se debe presentar el expediente, plazos o momentos de entrega y recepción de respuesta o decisión administrativa. De esta fase se aplica provisionalmente el régimen de protección de los bienes declarados patrimonio cultural. Esta provisionalidad está fundada en razón del plazo establecido para obtener el resultado derivado del proceso. Esta solicitud inicial incorpora además otros efectos según la Ley del Patrimonio Histórico español, en el orden de: notificar a los interesados y publicación en los medios de comunicación sociojurídica dispuestos por cada sistema, de la que se toma nota preventivamente en el registro de bienes culturales a los fines de su futuro registro.
- 34 Acto jurídico que conduce a la protección del bien con todas las medidas que el régimen de protección entraña (Fernández, 2016). Es el modo más habitual porque implica mayor seguridad jurídica y otorga más garantías al propietario de ejercitar su derecho de defensa (Pérez, 2018).
- 35 Estas declaraciones pueden ser a su vez conjuntas —relativas a un grupo de bienes culturales que presentan similar situación riesgosa— o genéricas —referidas a un grupo de bienes que presentan características o valores comunes—.

Otro de los efectos derivados de esta declaración negativa es el cese de los efectos provisionales que de la nominación se aplicaron al bien por parte de la administración.

Otro hecho que constituye el elemento causal de la relación son los descubrimientos fortuitos. Es una causa legal derivada de la ocupación indirecta, concebida en favor del Estado. Su concepción normativa se extiende a los hallazgos producidos en áreas subacuáticas.

La norma jurídica reconoce una serie de situaciones, de las cuales se advierte la existencia de bienes relevantes por los valores culturales que comportan: excavaciones con fines científicos o fortuitos; el simple disfrute o tránsito en una determinada área, u otras. La norma ordena el procedimiento a seguir en estos casos, una vez se tenga conocimiento del hallazgo.

Este procedimiento se define por el reconocimiento expreso de pertenencia de los bienes hallados en favor del Estado³⁶. Es explícita la obligación del que encuentra el bien de poner en conocimiento a las autoridades del tal descubrimiento. Así mismo, se crea una recompensa económica en favor de la persona o entidad que realiza el descubrimiento y cumple con todo el procedimiento establecido³⁷.

En el caso cubano es de señalar que la regulación normativa del régimen no obedece a una sistemática que permita precisar los elementos de la relación jurídica como se ha abordado, se mezclan con las reglas y restricciones impuestas a los poseedores de bienes culturales. Esto puede crear confusión a los agentes responsables de su aplicación y a los sujetos pasivos involucrados. El texto legal debe ganar en claridad al respecto.

Las comunidades, grupos o individuos no tienen reconocida normativamente la posibilidad de actuar como sujetos pasivos. Es una consideración que el legislador debe ponderar con el propósito de incluir estos importantes actores sociales en la protección del patrimonio cultural contemporáneo.

Igualmente, es preciso estipular las posibilidades de actuación que puedan tener los beneficiados, usuarios, turistas y futuras generaciones en las acciones proteccionistas y de salvaguardia.

En cuanto al objeto de la relación jurídica de protección al patrimonio cultural, es de señalar que: el régimen no se acoge a la concepción estatutaria de la

36 Véanse los artículos 9 y 10 de la Ley 25.743 argentina sobre protección del patrimonio arqueológico y paleontológico.

37 Véanse el artículo 6.1 de la Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura de Colombia, modificada por la Ley 1185 de 2008; artículo 30 de la Ley de Patrimonio Cultural, codificación ecuatoriana de 2004; artículos 90-94 del Decreto Legislativo 42, Código del Patrimonio Cultural y Paisaje Cultural italiano, de 2004.

propiedad; las categorías colectivas de patrimonio industrial e itinerarios no encuentran abrigo en las normas cubanas; el entendido de zona contigua o zona de protección debe definirse y las reglas que penden sobre ella también; los bienes culturales con vocación de ser declarados y las reglas que les serán aplicadas mientras estén en el proceso de evaluación deben ser elaboradas.

En cuanto al elemento causal es de destacar que la Ley 1 de 1977 instituye un proceso de patrimonialización de carácter mixto, aplicable para bienes individuales y conjuntos patrimoniales. Sus reglas se aplican supletoriamente a los monumentos y a las manifestaciones culturales inmateriales. Este sistema centra la proposición de expedientes en las entidades estatales creadas a tales efectos. Carece de reglas que ofrecen un tratamiento provisional a los bienes con vocación patrimonial mientras se adopta una decisión por las autoridades competentes.

Las fases del proceso no se determinan a tenor de los plazos de actuación de la autoridad administrativa que le desarrolla. La declaración resultante adolece de efectos y garantías propios de la publicidad jurídica civil, útil en el tráfico jurídico dinámico que sobre estos bienes se pueda desarrollar en la sociedad, necesitando en este sentido una reforma.

El Registro de Bienes Culturales creado con la Ley 1 de 1977 es utilizado por el sistema de protección de los monumentos nacionales y locales —con una ley propia e independiente— en su registro y control, y por extensión, por el sistema de declaración de manifestaciones culturales inmateriales. Las normas y principios de trabajo de este registro deben concretarse para cada tipo de manifestación cultural de la que deben tomar nota y publicar su inscripción.

CONCLUSIONES

Se concretaron los elementos constitutivos de la concepción-creación del ordenamiento jurídico de protección del patrimonio cultural como sector jurídico, desde un enfoque teórico-doctrinal, normativo y comparado, como son: principios, definiciones, instituciones y normas que conforman el régimen de protección del patrimonio cultural.

Este régimen jurídico contiene reglas de conducta amparadas por la coacción estatal, que encauzan el rumbo de las relaciones sociales en esta materia, por cuanto establece, encomienda o impide actuaciones a los sujetos involucrados; prevé los medios para la resolución de las reclamaciones y la defensa de los intereses jurídicamente tutelados, y es factor de conservación social, por cuanto impone un conjunto de reglas y actuaciones que permiten establecer las nuevas conductas que asumirá y estimulará el desarrollo social en este sentido.

Se precisaron los elementos estructurales de la relación jurídica de protección del patrimonio cultural, desde los argumentos teóricos-doctrinales, normativos y del análisis de contenido de los regímenes estudiados.

Se advierte que el régimen cubano requiere de una modificación. En aras de precisar los elementos de la relación jurídica de protección del patrimonio cultural cubano: construir un régimen equilibrado que propenda por el mantenimiento de la identidad que todos los bienes culturales cubanos representan para la actualidad y las futuras generaciones; perfeccionar el papel de los sujetos involucrados en la relación jurídica de protección del patrimonio cultural; incluir el tratamiento que se ofrecerá a los bienes ubicados en la zona de protección y a aquellos que tienen vocación de ser declarados patrimonio de la nación; y perfeccionar la concepción del proceso de patrimonialización en cuanto a sus fases y efectos.

REFERENCIAS

- Águila, M. (2012). *Los bienes declarados Patrimonio Cultural de la Humanidad en Cuba: ¿Es efectiva su protección jurídica?* [Trabajo de diploma, Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas].
- Alegre, J. M. (1992). El ordenamiento estatal del Patrimonio Histórico Español: principios y bases de su régimen jurídico. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 255-256, 599-641.
- Asamblea Nacional de la República de Cuba. (1977). Ley número 1, “Ley de protección al patrimonio cultural”.
- Asamblea Nacional de la República de Cuba. (1977). Ley número 2, “Ley de los monumentos nacionales y locales”.
- Avilés, P. (2012). El patrimonio cultural: función social y relaciones interdisciplinarias. Dossier: terremotos patrimoniales: informatización, inmaterialidad y descentralización geopolítica. *Mouseion*, 13(septiembre-diciembre), 76-96.
- Bailliet, E. (2015). *Historia de la protección del patrimonio arquitectónico en España. 1933-1985* [Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Madrid].
- Bajo, J. F. (2017). *Ámbito del Odiel como paisaje cultural. Acciones estratégicas para su gestión patrimonial y desarrollo territorial* [Tesis doctoral, Universidad de Sevilla].

- Barreto, G. (2015). Tres edificios camagüeyanos narran una historia del derecho en América. En L. Gómez y O. Niglio (Eds.), *Conservación de centros históricos en Cuba, vol. I* (pp. 199-811). Aracne Editrice.
- Camps, N. (2000). *La protección internacional del patrimonio cultural* [Tesis doctoral, Universitat de Lleida].
- Chirinos, P. M. (2017). *El régimen de propiedad, protección y puesta en valor de los bienes muebles prehispánicos* [Tesis de pregrado, Universidad de Piura].
- Colombato, L. C. (2014). Avances, frenos y retos en la consolidación del patrimonio cultural como derecho humano. Actas del VII Congreso del IRI/ I Congreso del CoFEI/ II Congreso de la FLAIE. La Plata, Argentina.
- Congreso de Colombia. (1997). Ley 397 de 1997.
- Congreso de la Nación Argentina. (1999). Ley 25.197.
- De Rueda, F. J. (1998). La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado. *Locvs Amcenvs*, 4, 249-266.
- Fernández, M. (2016). *Protección jurídica del patrimonio y turismo como agente dinamizador: el caso de Lucena (Córdoba)* [Tesis de maestría, Universidad de Córdoba].
- Filipović, D. (2017). The implementation of the Unesco Convention for the safeguarding the intangible cultural heritage in the Republic of Serbia: documentation of the National register of Intangible Cultural Heritage at the Ethnographic Museum of Belgrade. En H. Schreiber (Ed.), *Safeguarding Experiences in Central and Eastern European Countries and China* (pp. 198-213). National Heritage Board of Poland.
- Gómez, L. y Pérez, K. (2011). Reflexiones sobre patrimonio cultural. Lo inmaterial del centro histórico de Camagüey, patrimonio mundial, apuntes. *Revista de Estudios sobre Patrimonio Cultural*, 24(2), 260-275.
- Harding, S. (2018). Contemporary ICH and the right to exclude. En C. Waelde, C. Cummings, M. Pavis y H. Enrigh (Eds.), *Research Handbook on Contemporary Intangible Cultural Heritage* (pp. 78-104). Edward Elgar Publishing.
- Jefatura del Estado. (1985). Ley 16 del 25 de junio de 1985, del Patrimonio histórico español.

- Jefatura del Estado. (1998). Ley 10 de 9 de julio de 1998, del Patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid.
- Jefatura del Estado. (1998). Ley 11 de 13 de octubre de 1998, de la Ley de Patrimonio Cultural de Cantabria.
- Jefatura del Estado. (1998). Ley 12 del 21 de diciembre de 1998, del Patrimonio histórico de las Islas Baleares.
- Jefatura del Estado. (1999). Ley 3 del 10 de marzo de 1999, del Patrimonio cultural aragonés.
- Jefatura del Estado. (2001). Ley 1 del 6 de marzo de 2001, del Patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.
- Jefatura del Estado. (2002). Ley 12 del 11 de julio de 2002, del Patrimonio cultural de Castilla y León.
- Jefatura del Estado. (2005). Ley foral 14 del 22 de noviembre de 2005, del Patrimonio cultural de Navarra.
- Jefatura del Estado. (2015). Ley 10 de 26 de mayo de 2015, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de España.
- Levrant, N. E. (2015). Derechos fundamentales y gobernanza en el centro histórico de La Habana Vieja. En L. Gómez y O. Niglio (Eds.), *Conservación de centros históricos en Cuba vol. I* (pp. 777-198). Aracne Editrice.
- Macmillan, F. (2018). Contemporary ICH: between community and market. En C. Waelde, C. Cummings, M. Pavis y H. Enrigh (Eds.), *Research Handbook on Contemporary Intangible Cultural Heritage* (pp. 35-53). Edward Elgar Publishing.
- Martínez, C. (2006). *El patrimonio cultural: nuevos valores, tipos, finalidades y formas de organización* [Tesis doctoral, Universidad de Granada].
- Martorell, A. (s.f.). Los itinerarios culturales como categoría del patrimonio cultural: su importancia como fuente de proyectos multinacionales de desarrollo. *Euroamericano, Campus de Cooperación Cultural*. www.oie.es
- Ministerio de Cultura de Cuba. (2004). Resolución número 126, “Creación de la Comisión para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”.

- Oliveira, S. G. (s.f.). *Direito do património cultural*. Universidade do Porto.
- Pérez, L. (director). (2014). *Comentarios al Código Civil cubano. Tomo I Disposiciones preliminares, libro primero relación jurídica, volumen I y II*. Editorial Universitaria Félix Varela.
- Pérez, O. A. (2018). Desafíos de la protección jurídica y de la gestión del patrimonio cultural ecuatoriano. *Revista Lasallista de Investigación*, 15(2), 194-209.
- Pérez, Y. (2011). La protección del patrimonio cultural. Una aproximación al régimen jurídico venezolano en el marco de la codificación internacional. *Revista de la Facultad de Derecho*, 65-66, 223-251.
- Polo, E. (2010). *Un sistema tributario cubano, de la realidad a la aspiración* [Tesis doctoral, Universidad de Oriente].
- Prieto, M. (s.f.). El derecho. En A. Matilla (Coord.), *Introducción al estudio del derecho* (pp. 125-129). Centro Gráfico de Reproducciones para el Turismo “José Miró Argenter”.
- Raffino, M. E. (2020). Paisaje cultural. <https://concepto.de/paisaje-cultural/>
- Ramón, F. (2015). La protección del patrimonio cultural: un estudio comparativo de la normativa de Cuba y de la Comunidad Valenciana (España). En L. Gómez y O. Niglio (Eds.), *Conservación de centros históricos en Cuba, vol. II* (pp. 755-776). Aracne Editrice.
- Ramos, P. A. y Terrazas, A. R. (s.f.). *Los centros históricos como espacios para el desarrollo territorial: nuevas propuestas desde un enfoque integral*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- Reporte Periódico No. 00921/Cuba. Report on the implementation of the Convention and on the status of elements inscribed on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity.
- Rubilar, L. I. (2015). *Valoración de los paisajes urbanos del Borde Costero Central: una estrategia para rescatar su identidad. Caso: Cartagena -Región de Valparaíso- Chile* [Tesis doctoral, Universidad de Sevilla].
- Unesco. (s.f.). Protocolo facultativo a la Convención de La Haya de 1954.
- Unesco. (1954). Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

- Unesco. (1972). Ley 21836, Convención sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural.
- Unesco. (2001). Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático.
- Unesco. (2003). Ley 26118, Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial.
- Unesco. (2005). Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.
- Unesco. (2006). Report expert meeting on community involvement in safeguarding intangible cultural heritage: towards implementation of 2003 Convention, 13-15 de marzo, Tokio, Japón.
- Zendri, L. (2017). La protección del patrimonio cultural de Argentina. De la legislación patrimonial a la consagración de un nuevo derecho. *Derecho y Ciencias Sociales*, 16, 40-55.

Totalitarismo jurídico invertido: una afrenta a la dignidad humana

Inverted legal totalitarianism: an affront to human dignity

*Wilson Giovanni Patiño Suárez**

Fecha de recepción: 25 de enero de 2021

Fecha de aprobación: 22 de noviembre de 2021

RESUMEN

El presente documento de investigación no pretende postular nuevas teorías acerca del totalitarismo o del realismo jurídico, pero sí quiere mostrar una realidad que crece de manera constante dentro del sistema judicial y es conspicua con la vida cotidiana en el ámbito jurídico colombiano. Nos referimos a la realidad de los estrados judiciales y la amplia discrecionalidad de los jueces que conllevan la construcción de una justicia que ha desbordado el paradigma de lo justo, al servicio de los sentimientos, el yerro interpretativo y las vanidades de quienes encumbran el poder, afectando la dignidad del ser humano al restringir su libertad de manera preventiva cada vez con mayor ligereza. De algún modo este fenómeno se ha convertido en el leviatán de hoy, con profunda incidencia en pensamientos de guerra de quienes sufren los desmanes de los jueces, creando situaciones de descontento en la población afectada directa e indirectamente y construyendo sentimientos de antiderecho, cuya génesis no es otra

que el irrespeto que muestran los jueces con sus decisiones por la dignidad de hombres y mujeres; desconociendo los preceptos jurídicos de orden superior y rompiendo la estrecha conexión con los derechos humanos, en donde el respeto por la dignidad de las personas marca el derrotero de los demás derechos como el derecho a la libertad, al cual le daremos la mayor relevancia en el presente artículo. Se pretende construir o acuñar un nuevo término dentro de la filosofía político-jurídica, “totalitarismo jurídico invertido”, que resulta del análisis histórico del derecho, pasando por el totalitarismo invertido, la amplia discrecionalidad concedida por el sistema judicial a los jueces y el irrespeto por la dignidad humana por parte del Estado, que se evidencia en algunas decisiones del sistema judicial colombiano, las cuales crecen de manera soterrada alejándose de la senda del derecho.

Palabras clave: totalitarismo, realismo jurídico, discrecionalidad judicial, totalitarismo jurídico invertido, dignidad humana.

* Ingeniero civil, especialista en Gerencia de Proyectos. Magíster en Política y Relaciones Internacionales de la Universidad de La Salle y asesor político.

ABSTRACT

This research document does not pretend to postulate new theories about totalitarianism or legal realism, but it does want to show a reality that is constantly growing within the judicial system and conspicuous with daily life in the Colombian legal environment. We refer to the reality of the judicial courts and the wide discretion of the judges that leads to the construction of a justice that has exceeded the paradigm of fairness, at the service of feelings, interpretive error and the vanities of those who exalt power, affecting the dignity of man by restricting his freedom in a preventive way more and more lightly. Somehow this phenomenon has become the Leviathan of today, with a profound impact on thoughts of war of those who suffer the excesses of the judges, creating situations of discontent in the affected population directly and indirectly, building feelings of anti-right, whose genesis is not other than

the disrespect that judges show with their decisions for the dignity of men and women; ignoring the legal precepts of a higher order and breaking the close connection with human rights, where respect for the dignity of man marks the course of other rights such as the right to freedom, to which we will give the greatest relevance within the present document. It is intended to construct or coin a new term within the political-legal philosophy, "inverted legal totalitarianism", which results from the historical analysis of the law, passing through inverted totalitarianism, the wide discretion granted by the judicial system to judges and the disrespect for human dignity by the State that is evidenced by some decisions within the Colombian judicial system which are growing underground, moving away from the path of law.

Keywords: totalitarianism, legal realism, judicial discretion, inverted legal totalitarianism, human dignity.

La dignidad del hombre es intocable, respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal.

Artículo 1, Constitución Política de Alemania, 1949

INTRODUCCIÓN

El totalitarismo jurídico invertido es una deformación del realismo jurídico en el que se presenta un desbordamiento de la discrecionalidad de los jueces, aparentemente, ellos se apartan del derecho normativo y empiezan a tomar decisiones intuitivas marcadas por la naturaleza de sus convicciones religiosas, políticas, culturales y, al parecer, por conveniencias particulares, pues no hay parámetro preestablecido en la norma frente a la discrecionalidad judicial. Cabe señalar que esta deviene de la indeterminación del derecho, es decir, lo que no está explícitamente escrito en la norma y le confiere al juez la capacidad de discernir de manera libre e independiente acerca de la solución más justa frente a situaciones en las que existe más de una posible interpretación para fallar. Este vicio tiene que ver con la naturaleza misma de lo que se denominó el realismo jurídico, en él “el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal” (Campos, 2013, p. 10). De acuerdo con el argumento esgrimido por el realismo jurídico, el juez desempeña un papel determinante en la construcción del derecho, como complemento de las normas jurídicas establecidas y con base en la discrecionalidad judicial¹. Ella conduce inevitablemente a que el juez tenga un margen de maniobra discrecional en la aplicación del derecho, lo que le permite decidir según su percepción o convicción personal, que surge de la estructura mental y la subjetividad de las vivencias domésticas de cada uno.

Para entender la afectación particular de esta deformación del derecho en nuestra sociedad es importante entender de qué forma se concibe el derecho natural como propio de la condición humana. En principio, el derecho se considera inherente a la naturaleza misma, y por ende, se le da un carácter universal y ajeno a los cambios históricos. Por tanto, el derecho se entendía antaño como algo natural e intrínseco que no formaba parte de la imposición normativa construida por el hombre, la cual dicta límites al comportamiento del ser humano. Con esto, el derecho se creía inmune a momentos históricos

1 La discrecionalidad judicial surge a partir de 1991 como la alternativa más expedita para encontrar una solución a los problemas sui géneris que debían dirimir dentro de los litigios jurídicos los jueces y que no tenían solución taxativa en la norma escrita o que podría existir más de una posible solución al caso concreto objeto de la discusión. Por lo tanto, era el juez quien debía tomar una decisión basándose en la experiencia de casos similares y su lectura interpretativa de la norma para cada caso puntual. La discrecionalidad judicial tiene su génesis en el realismo jurídico de mediados del siglo XX.

en los que la dominación total de la población estaba dada por gobiernos totalitarios; era el líder quien establecía un mundo “ideal” para esa población anulando los derechos y las libertades civiles, evitando que se pudiera tener la misma interpretación que en su momento le diera Jhering (2018) a la imagen con la que se simboliza el derecho, la cual representa el equilibrio entre la lucha y la justicia, tal y como lo anota en su libro *La lucha por el derecho*, cuando se refiere a esta así:

El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí [por qué] la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada es el derecho en su impotencia. Ambas se complementan recíprocamente, y el derecho no reina verdaderamente más que en el caso de que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza. El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. (Jhering, 2018, p. 49)

Pero con la evolución del pensamiento se empezaron a encontrar nuevas concepciones de derecho y formas de gobierno²; con ello, surgió el concepto de democracia dirigida, según el cual el Estado corporativo marca el ritmo definiendo las políticas económicas y sociales que se deben seguir. Es en este contexto que Wolin (2008) define el Estado corporativo como un totalitarismo invertido³: hace notar que el sistema político es impulsado por poderes totalizadores abstractos y no por un dominio personal opresor.

Ahora bien, a partir de esta nueva conceptualización de totalitarismo invertido se puede realizar una analogía de lo que ha venido ocurriendo históricamente en el ámbito jurídico que se enmarca en un totalitarismo jurídico invertido, que resulta del análisis histórico y la evolución normativa del derecho, sobre todo como participe del concepto primario del derecho positivo. El análisis pasa por el realismo jurídico, entendido como una doctrina filosófica en donde el juez es el protagonista por encima de la norma y llega hasta la amplia discrecionalidad y la potestad, al parecer, incluso de privar de la libertad a los individuos de una sociedad avasallando el respeto por la dignidad del ser humano, imprimiendo

- 2 Las formas de gobierno se determinan o categorizan de acuerdo con la manera en que se limitan los derechos y las libertades de las personas, así como por la participación de la sociedad en las decisiones que tome el gobierno o quienes se beneficien de él. Las formas de gobierno que buscan el beneficio común son: las aristocracias, las monarquías, las repúblicas y las democracias; mientras que las formas de gobierno que buscan el beneficio para unos pocos son: las oligarquías, las tiranías y los regímenes autoritarios y totalitarios.
- 3 Sheldon S. Wolin en su obra *Democracia S. A.: la democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido* (2008) advierte de un fenómeno no discutido hasta ese momento, el “totalitarismo invertido” y de una democracia dirigida por las grandes corporaciones como nuevas formas de totalitarismo, cuyo fenómeno lo identifica en los gobiernos estadounidenses de la época.

terror en la sociedad, pero siempre con el discurso encuadrado en los principios de la lucha por mantener el derecho y proteger la democracia, el orden social y los derechos humanos.

En este artículo exploraremos el camino hacia una nueva forma de aproximación al totalitarismo invertido, cuando el juez es quien, en gracia de la discrecionalidad judicial concedida en la norma, decide sobre la vida de los demás sujetos de una sociedad, con una interpretación que es vista por algunos como alejada de lo justo, llevándolo a ser calificado por sus decisiones de parte de los afectados como un asesino judicial, un actor injusto. En el apartado final se presenta de qué forma, lo que se considera un totalitarismo jurídico invertido, un totalitarismo jurídico con apariencia de justicia impartida por los jueces actúa como la deformación de los principios y el robustecimiento de un autoritarismo propio de la estructura de algunos sistemas judiciales, entre ellos el sistema judicial colombiano y el apoyo de la mentada discrecionalidad judicial concedida a los jueces a través de la norma superior de 1991⁴.

Por lo anterior una vez analizados los elementos que se mencionaron arriba y la manera como estos logran entrelazarse y construir un nuevo concepto, que se denominará “totalitarismo jurídico invertido”, se espera lograr introducir este concepto en el lenguaje filosófico como un apéndice del totalitarismo invertido (Wolin, 2008), ejercido en el ámbito jurídico por los jueces, lo que permitiría tomar acciones para identificar, contrarrestar y suprimir estos nuevos totalitarismos. Para entender la evolución del nuevo concepto es importante tener clara la definición primaria de cada uno de los escenarios que nos han traído al planteamiento de este nuevo concepto y cómo el totalitarismo clásico y el respeto por la dignidad humana son el punto de partida de este análisis.

LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO TOTALITARIO COMO AMENAZA

Desde la aparición del antisemitismo y el imperialismo en Europa en 1870 surge un nuevo fenómeno social, entendido desde la óptica de Hannah Arendt⁵ (1998) como la génesis del totalitarismo; vistos estos dos escenarios como un conjunto de acciones emprendidas por un gobierno contra otros con el propósito de demostrar poder y capacidad de dominación. Con el surgimiento de estas prácticas como banderas de gobierno se dieron profundas transformaciones políticas

4 La Constitución Política de Colombia también se conoce como norma superior o carta magna, la última Constitución fue redactada en 1991 y es la máxima autoridad jurídica del país.

5 Hannah Arendt, en su obra *Los orígenes del totalitarismo* (1951) manifiesta desde su óptica que los regímenes totalitarios argumentan su actuar a partir de la interpretación sesgada de la ley natural, postura con la que justifican la exterminación de los sectores de la sociedad vistos como un obstáculo por ellos para alcanzar sus fines totalitarios.

en el mundo adversas a las formas naturales de convivencia social, haciéndose patente una nueva forma de gobernar basada en el terror. De acuerdo con la investigación hecha por la Universidad ORT de Uruguay (2011), actualmente el totalitarismo es considerado por los gobiernos democráticos una amenaza para la humanidad al suprimir por completo las libertades y los derechos humanos, coincidiendo con lo que menciona Brum (2011):

El totalitarismo se destaca por su supresión muy disciplinada de las libertades y derechos humanos. Estos van desde el derecho a la vida de los “indeseables” (definidos ideológicamente) hasta las libertades de expresión, asociación, reunión, desplazamiento, apariencia personal, y más. El libre ejercicio de ellos es la principal amenaza para estos regímenes, que por lo tanto son [sic] los suprime con ferocidad. Este hecho, aunque pueda resumirse en pocas palabras, no deja de ser trascendental. En una sociedad totalitaria, nadie puede ejercer libremente esas libertades, ni siquiera los miembros más poderosos del partido. Siempre habrá alguien listo para denunciarlos como infieles a la idea o al líder, con las correspondientes consecuencias. (p. 6)

El totalitarismo como forma de gobierno⁶ ha sido abordado por grandes filósofos y politólogos, como Raymond Aron, Claude Lefort y Hannah Arendt quienes ven al totalitarismo como una nueva categoría o forma de gobierno fruto de la imperfección de la democracia que hace uso de un partido político, al cual convierte en el vehículo mediante el que el Estado establece un monopolio de la actividad política legítima que limita en cualquier grado las libertades de las personas en busca del poder absoluto y del dominio total de una población objetivo; además, estos autores describen desde cada una de sus perspectivas cómo surgen los gobiernos totalitaristas y las consecuencias de esta clase de gobiernos (Arendt, 1998). Así mismo, los regímenes totalitaristas que se destacan a lo largo de la historia por su crueldad y duración han sido los ejercidos por Iósif Stalin (1924-1953) en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Adolf Hitler (1933-1945) en Alemania, Benito Mussolini (1922-1945) en Italia y Fidel Castro en Cuba (1959-2008), instaurando este último el primer Estado socialista en América.

6 “El gobierno totalitario siempre transformó a las clases en masas, suplantó el sistema de partidos no por la dictadura de un Partido, sino por un movimiento de masas, desplazó el centro del poder del Ejército a la Policía y estableció una política exterior abiertamente encaminada a la dominación mundial. Los Gobiernos totalitarios conocidos se han desarrollado a partir de un sistema unipartidista; allí donde estos sistemas se tornaron verdaderamente totalitarios comenzaron a operar según un sistema de valores tan radicalmente diferente de todos los demás que ninguna de nuestras categorías tradicionales legales, morales o utilitarias conforme al sentido común pueden ya ayudarnos a entendernos con ellos, o a juzgar o predecir el curso de sus acciones” (Arendt, 1951, p. 369).

En la actualidad se hace evidente cómo el totalitarismo ha mutado a otra forma más sutil de dominación, siendo el caso del totalitarismo invertido, donde la economía está por encima de la política y la ciudadanía es adormecida y manipulada para coartar su libertad y su participación en el gobierno a través del consumismo y el sensacionalismo. Este es un nuevo término acuñado por el politólogo estadounidense Wolin, quien en su libro *Democracia S. A.: la democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido* (2008) hace un análisis de la forma en que se ha ido desfigurando la democracia y el poder lo han ido tomando las corporaciones basadas en la disgregación de la población mediante la coerción y la intimidación dada por normas, leyes y acciones de quienes aparentemente están alejados de la intención de poder político.

Una distancia importante entre el totalitarismo clásico y este nuevo concepto de totalitarismo invertido radica en que el primero está marcado por la ruptura abrupta de una democracia mediante la fuerza o la sublevación de un individuo en busca del poder. Pero esta nueva forma de totalitarismo es una manipulación soterrada y dirigida desde el poder, es una posición de antidemocracia en donde el objetivo es la desintegración social para mantener una masa débil, atemorizada y fácil de controlar y dirigir.

Por su parte, en el totalitarismo clásico se emplea el terror como herramienta para evitar que los individuos puedan pensar y expresarse con libertad. Dicho régimen anula de manera progresiva los derechos individuales y controla todos los aspectos de la vida del Estado. “El totalitarismo se opone a la concepción del derecho [...] natural, según el cual las leyes naturales establecen la libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder como le plazca” (Hobbes, 1980, pp. 227-228). Del mismo modo, este régimen se opone al derecho positivo que es el impuesto por el Estado con el fin de generar normas para la convivencia de las personas, y que, a su vez, pueden ser cambiadas por convivencia o por consenso.

Los totalitarismos se cimientan en la dominación total de la población con el fin de mantener al líder en el gobierno. Dicho objetivo lleva a crear un mundo ideal e irreal para la población que es dominada, lo que opera como una forma de control; al mismo tiempo el líder debe acudir a todos los medios que sean necesarios para evitar que ese mundo ideal alcance estabilidad. Para lograr este propósito los totalitarismos acuden generalmente al desprecio de la estricta aplicación de las normas jurídicas tradicionalmente existentes, pues la estabilización de las leyes obra en contra de la permanencia de los regímenes totalitarios (Arendt, 1998). Así mismo, y de manera conveniente los totalitarismos se caracterizan por la radicalización de las normas jurídicas que les ayudan al mantenimiento de la revolución y la aplicación de estas normas de manera irrestricta.

El acaecimiento de un nuevo régimen totalitarista se caracteriza por la manera como se coarta a la población y se le menguan sus derechos, pasando estos a manos del gobernante, siendo esta una manera progresiva de atornillarse al poder de manera arbitraria.

El propósito de un sistema arbitrario es destruir los derechos civiles de toda la población, que en definitiva se torna tan fuera de la ley en su propio país como los apátridas y los que carecen de un hogar. La destrucción de los derechos del hombre, la muerte en el hombre de la persona jurídica, es un prerrequisito para dominarle enteramente. Y ello se aplica no sólo a categorías especiales, tales como las de delincuentes, adversarios políticos, judíos, homosexuales, sobre quienes se realizaron los primeros experimentos, sino a cada habitante de un Estado totalitario. El asentimiento libre resulta tan obstaculizador para la dominación total como la libre oposición. La detención arbitraria de las personas inocentes destruye la validez del asentimiento libre, como la tortura —a diferencia de la muerte— destruye la posibilidad de la oposición. (Arendt, 1998, p. 361)

El Estado totalitario “es capaz, sin ningún beneficio, de aniquilar por millones a gente totalmente inocente y a criminales sin crimen” (Vargas, 2011, p. 124). Una característica perversa de los esquemas o modelos totalitarios que incluyen estrategias psicológicas y manipulación mental supone que los individuos se sientan responsables de la situación que se vive en el Estado. Su poder se soporta en leyes y normas, que intimidan y amedrentan a los individuos y logran que estos pierdan su libre albedrío.

Pero aún más perverso que un modelo de gobierno totalitario es un totalitarismo invertido que, según Wolin (2008), ya no se refiere al control del Estado por una sola persona, sino al control que ejercen las grandes corporaciones o instituciones dentro de una democracia⁷. Se habla de invertido porque es un

7 “Al acuñar el término ‘totalitarismo invertido’ he tratado de encontrar un nombre para un nuevo tipo de sistema político, aparentemente impulsado por poderes totalizadores abstractos, no por un dominio personal; un sistema que llega al éxito alentando la falta de compromiso político más que la movilización masiva, que se apoya más en los medios de comunicación ‘privados’ que en las que agencias oficiales para difundir la propaganda que confirma la versión oficial de los acontecimientos. El totalitarismo invertido tiene un recorrido diferente al totalitarismo ejercido por Mussolini, Stalin y Hitler; en este no es el líder el arquitecto del sistema sino un producto de él. Es el hijo complaciente y agraciado del privilegio, de las conexiones corporativas; un constructo de los genios de las relaciones públicas y de los propagandistas del partido” (Wolin, 2008, pp. 80-81). “En el totalitarismo clásico primero se apodera de del [sic] poder adueñándose del sistema existente y una vez en el poder se procede a destruirlo. La ruptura es abrupta y total. El totalitarismo invertido tiene un entorno diferente, sin dramatismo ni movimientos de masa que lo impulsen; sin golpes de Estado ni marchas, sin una discontinuidad abrupta. Hay en cambio una evolución casi imperceptible, una convergencia nada dramática de tendencias y consecuencias involuntarias. En términos históricos, el poder corporativo mismo es por lo menos tan antiguo como los ‘trusts’ del siglo XIX. En la década de 1920, los politólogos ya describían a los grupos de interés y los lobbies como ‘la cuarta rama del gobierno’. Lo que no tiene precedentes es la unión del poder corporativo y el estatal en su sistematización y la cultura compartida de sus socios” (Wolin, 2008, pp. 108-109).

modelo de gobierno aparentemente democrático, contrario al totalitarismo tradicional que encarna un líder o caudillo abiertamente conocido; el totalitarismo invertido es la representación de la manipulación del Estado mediante sus instituciones o grandes corporaciones que controlan la economía. El peligro de este último reside en que mantiene la fachada de la democracia, la política electoral tradicional y el respeto por las libertades de las personas. A pesar de la aparente defensa de la democracia y su oposición al totalitarismo caudillista, el totalitarismo invertido es en la práctica el dueño de todos los mecanismos del poder para restringir por completo al ciudadano.

El totalitarismo invertido, según el politólogo Wolin (2014) es la antítesis del poder constitucional. Fue concebido por los tentáculos del poder económico para fragmentar la sociedad, generar incertidumbre en la ciudadanía y mantenerla asustada, pasiva e insegura mediante políticas de Estado persuasivas, creadas para hacerles creer a los ciudadanos que ellos deciden de manera libre dentro de una democracia. La esencia de esta teoría ha venido siendo recogida y adaptada de manera soterrada por diferentes instituciones, movimientos y corporaciones estatales para producir el mismo efecto. Lo que conceptualmente nos permite establecer una analogía con la jurisdicción judicial, en donde se viene evidenciando una práctica totalitarista en aumento por parte de los jueces de primer orden, con el ropaje de justicia y democracia que exige la teoría del totalitarismo invertido, en la cual nos centraremos.

Esta forma de totalitarismo invertido contemporáneo se presenta cuando, por ejemplo, el juez es quien, en gracia de la discrecionalidad, decide sobre la vida de los demás sujetos, sin la posibilidad de estos de equilibrar la balanza judicial de lo justo; balanza vista desde lo desarrollado en el positivismo jurídico, esto es, desde el conocimiento fáctico de lo contemplado de manera expresa en la norma, con lo que se brinda seguridad jurídica frente a cada decisión que se tome sobre la libertad de los ciudadanos. Es así que por esta ausencia de seguridad jurídica se viene transformando el realismo jurídico en un totalitarismo jurídico invertido, donde la sociedad no puede lograr mantener el orden jurídico más que luchando de manera constante contra la anarquía que asedia al sistema judicial.

La seguridad jurídica surge de la certeza de igualdad que percibe la comunidad frente a las decisiones que toman los jueces en cada uno de los fallos que emiten, constituyendo esta igualdad una garantía de equidad dentro del sistema judicial. Las decisiones enmarcadas en la norma generan tranquilidad y proyectan respeto por los derechos de las personas, además consolidan la confianza en el Estado de derecho y conducen a que la sociedad acepte sin reparos las obligaciones jurídicas que se tienen como ciudadanos, pues se sienten protegidos por la ley, conduciendo al sistema a un Estado ideal, estable y consistente. La

percepción de inseguridad jurídica dentro de una sociedad suscita inestabilidad, intranquilidad y coarta el libre albedrío de las personas.

La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Corte Constitucional, 2001, p. 27)

“Una de las características propias del totalitarismo invertido es determinarse a sí mismo como opuesto a cualquier sistema político opresor y negar su verdadera identidad” (Noguera, 2013, p. 151). Y cuando estos gobiernos totalitarios son expuestos por un grupo de la sociedad que pone en evidencia su verdadero actuar con acciones contrarias a la democracia, se exaltan y acuden al discurso mediático sensacionalista donde hacen énfasis en la democracia y el proceder diáfano de las instituciones e invitan a que sean estas las que intervengan en tales acciones. Esta situación ocurre dentro del sistema judicial cuando en el discurso jurídico se enarbola la igualdad de derechos y la justicia para todos, mientras gobiernan los intereses particulares a través de las decisiones de los jueces. Con estas prácticas se olvida el discurso del iusnaturalismo, es decir, el discurso donde convergen el derecho natural, la ética y la moral, enmarcados conceptualmente en la defensa de los derechos inherentes a la condición humana y se promulga tácitamente el respeto por la dignidad del ser humano. Y se convierte el realismo jurídico y la discrecionalidad judicial en un instrumento para violar los derechos humanos, de los individuos de una sociedad, imprimiendo miedo y terror con la privación de la libertad de manera preventiva a discrecionalidad de los jueces, avasallando principios y derechos constitucionales⁸.

8 La Constitución de 1991 en su artículo 1 advierte que “Colombia es un Estado social de derecho [...] fundado en el respeto por la dignidad humana”, lo que implica la defensa y la promoción de las libertades. Y en su artículo 9 declara que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, es decir, no debería ser privada de la libertad hasta que no se haya demostrado su culpabilidad. El Estatuto de Roma en su artículo 55. Derechos de las personas durante la investigación, literal d, sostiene que “Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad [...]” (Corte Penal Internacional, 1998). Y el Consejo de Estado colombiano dentro del desarrollo de la sentencia con radicado número: 25000-23-26-000-2000-00718-01(27252) argumenta clara y detalladamente todas las razones por las cuales privar de la libertad de forma preventiva a una persona siempre debe ser el último recurso, pues es una afrenta a la dignidad humana; en esta sentencia se pone de manifiesto lo siguiente “la aplicación de cualquier medida de aseguramiento que implique restricciones a la libertad —incluyendo la detención extrapenitenciaria— debe ser siempre excepcional, su adopción solo puede estar determinada por una necesidad imperiosa, y su determinación se debe ajustar siempre a la ley”.

En consonancia con lo anterior, el magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araújo Rentería, en Sentencia C-318-08 afirma dentro de su salvamento de voto que “me permito reiterar mi posición jurídica en cuanto al principio general de libertad y la presunción de inocencia, de conformidad con lo cual considero

A mediados del siglo XX la doctrina de igualdad ante la ley se hallaba tan firmemente implantada en la conciencia del mundo civilizado que un solo fracaso de la justicia provocaba la indignación pública, debido a que la ley era clara y estaba escrita, era el periodo del derecho positivo (Arendt, 1951). Donde los totalitaristas no tenían estrategia distinta a la de actuar abiertamente ante los ciudadanos y arriesgarse a ser contrarrestados de manera frontal frente al intento de constituir gobiernos totalitarios, es por ello que los totalitaristas han venido construyendo un seudodiscurso democrático en diferentes corporaciones del Estado, incluyendo el sector judicial. De modo que para comprender el totalitarismo jurídico invertido se debe entender la génesis del derecho positivo, el realismo jurídico y su deformación como consecuencia de la amplia discrecionalidad judicial. En lo que sigue, definiremos dicho realismo y daremos cuenta del proceso por el que termina convirtiéndose en una suerte de totalitarismo.

REALISMO JURÍDICO COMO ANTECEDENTE DEL TOTALITARISMO JURÍDICO

El realismo jurídico⁹ es una doctrina filosófica que se entiende como la rebelión contra el formalismo jurídico y el positivismo. Coy (2015) lo relaciona de manera impecable con el pensamiento filosófico de Aristóteles cuando menciona que:

El realismo jurídico clásico hace parte de un sistema de pensamiento filosófico superior: el realismo filosófico. El principal precursor de esta filosofía es Aristóteles; este pensador planteó que el conocimiento del ente se da por medio de los sentidos oído, vista, olfato, tacto y gusto, sin embargo, forma parte de una realidad que participa de una forma más elevada del Ser. Cabe hacer énfasis que para esta postura el conocimiento del ente no es una actividad intelectual-descriptiva, sino que está en relación con los principios del derecho natural y, por lo tanto, es objetivo. (Coy, 2015, p. 6)

que la figura jurídica de la detención preventiva no debería existir y la privación de la libertad sólo debería aplicarse después de un proceso [...] y luego de desvirtuado plenamente el principio de inocencia”. Así mismo manifiesta que no debería existir la detención preventiva. Y que no debería permitirse al juez la discrecionalidad de determinar la procedencia o no de la detención preventiva. De igual modo este magistrado asevera que se está desconociendo el numeral 6) del artículo 5° de la Convención Americana de Derechos y el numeral 3) del artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que forman parte del bloque de constitucionalidad y concluye que la regla general es la libertad y el principio de inocencia, y que la detención preventiva los contradice.

- 9 “El Realismo Jurídico Clásico es una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del Jurista quién, atendiendo a la clásica definición de justicia, realiza una tarea de distribución de las cosas, es decir, da a cada uno su derecho (Villey, 1979). Desde esta perspectiva, el Jurista en su quehacer determina el sentido y alcance de las normas frente a una situación jurídica concreta, es decir, interpreta el ordenamiento jurídico que interviene en determinado caso con el propósito de preservar o restablecer la Justicia” (Coy, 2015, p. 24).

Ampliamente discutida desde tres escenarios. El primero trabajado de forma temprana desde 1860 por el alemán Rudolf von Jhering —aquí el realismo jurídico se conoce como antiformalismo jurídico—, la principal característica de su teoría era la crítica al pensamiento jurídico contemporáneo de naturaleza mecánica y deductiva, pues dejaba de lado elementos historicistas, idealistas y religiosos (Malmine, 2019). El segundo escenario se da desde 1930 y lo plantea Axel Hägerström, es el realismo jurídico escandinavo, cuyo principal distintivo desde su punto de vista era el rechazo al iusnaturalismo, al positivismo, a la no aceptación de los métodos jurídicos fundamentales, y las soluciones jurídicas se las atribuyen a la psicología y al empirismo de la vida humana. Hägerström además de valorar la norma escrita como lo único existente y vinculante en derecho, señalaba que el “juicio de valor” no es más que una expresión de sentimientos. Los valores no existen objetivamente, son simplificaciones de los sentimientos de aprobación o de repulsión de los sujetos (Campos, 2010).

El tercer escenario es el propuesto por el realismo jurídico norteamericano, en donde la realidad jurídica la determinan los tribunales, existiendo una animadversión por las construcciones sistemáticas y las elaboraciones conceptuales, y el interés a su vez por el caso concreto, puesto que la gran cantidad de posibles decisiones judiciales convertía en sumamente difícil el conocimiento completo de los precedentes, constituyendo un grave obstáculo para el estudio del derecho (Fassò, 1996), enmarcada en que todo acto por fuera de la ley tiene consecuencias jurídicas. Un destacado jurista norteamericano es Oliver W. Holmes¹⁰, quien en su obra *The Common Law* escrita en 1881, es decir, veintiún años antes de ser nombrado juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya dejaba ver su postura frente a la evolución de las normas de las cuales señalaba que estaban impulsadas por las costumbres sociales e interpretadas por las fuerzas políticas vigentes; también sostenía que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia el que conduce a la esencia del derecho y su aplicación a los casos concretos.

Todos los realistas estaban de acuerdo en que el derecho y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas (al menos en aquellos casos que alcanzan la etapa de apelación), así que la mejor explicación de [por qué] los jueces deciden en la forma en que lo hacen debe buscarse por fuera del derecho mismo. En particular, todos los realistas abrazaron lo que puede llamarse como la “afirmación central” del realismo: al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas. (Leitter, 2015, p. 246)

10 Oliver Wendell Holmes fue uno de los juristas estadounidenses más destacados. En 1883 fue nombrado miembro de la Corte Suprema de Massachusetts y en 1902 juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en donde permaneció durante treinta años. Es considerado por los juristas de la época un experto en el derecho consuetudinario.

Según lo anterior podemos definir de manera general que el realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho normativo con el poder estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales inspiradas en la percepción personal del juez. “Para los realistas jurídicos contemporáneos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal” (Campos, 2013, p. 10). Se piensa que los operadores de justicia toman decisiones conscientes, inspiradas y basadas en la aplicación de los preceptos normativos; es sensato creer que las decisiones que toman los operadores de justicia obedecen a una lógica y que esa lógica está alejada de factores externos a los contemplados en las leyes establecidas en el ordenamiento jurídico. Pero a través de la evolución jurídica se ha determinado que las cosas no siempre son así, cada vez es más común que en el trasegar de las decisiones que toman los jueces se aparten ostensiblemente de la racionalidad legal y normativa a la cual se deben.

En el escenario jurídico el realismo es una manifestación contra la aplicación rigurosa de la norma escrita, señalando siempre que “más allá de la norma y los valores, el Derecho es dinámico, significa acción, así como el efecto de actos concretos en la vida de los hombres” (Campos, 2010, p. 198). En el realismo jurídico el juez es la figura principal en los procesos judiciales, así mismo se puede ver que dentro de los fallos proferidos y que se convierten en precedente judicial, el juez es el protagonista en el desarrollo de los mismos. Esto evidencia que la conducta de los jueces y su interpretación e introspección social llegan a ser, en la mayoría de las ocasiones, más importantes que la misma ley. Este protagonismo se visibiliza con mayor fuerza cuando las decisiones judiciales son tan distantes de lo preceptuado en la norma que el juez sustenta sus fallos apoyado en la discrecionalidad judicial dada para tomar decisiones. Empero, esta discrecionalidad judicial resulta de la indeterminación misma del derecho¹¹, es decir, de la ambigüedad de los postulados normativos.

La indeterminación del derecho, implica libertad de elección y de selección, integra los poderes y los deberes del juez que les confiere y les impone el ordenamiento jurídico. Consiste en la capacidad que tiene el juez de discernir la solución justa entre diferentes posturas y parámetros, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y el respeto por la dignidad humana y conlleva inexorablemente a la frágil independencia natural del juez. Jamás debería llevarse en forma absoluta

11 “La indeterminación del derecho natural hace que se afecte el principio de legalidad y seguridad jurídica en el ordenamiento colombiano (arts. 1º y 230). Así mismo, permite que los jueces puedan acudir a posturas subjetivas para fallar los diversos casos que son sometidos a su consideración, lo cual desconocería el mandato de un tratamiento igualitario ante la ley (art. 13). Adicionalmente, se indica que, con esa referencia, se incluyen criterios ‘supra-jurídicos’ de interpretación constitucional y se instituye un derecho superior al positivo, con lo cual se desconoce la supremacía constitucional (art. 4º)” (Corte Constitucional, 2015, p. 56).

e indeterminada, siempre deberá ser debidamente fundada y se encuentra sujeta al control de racionalidad y razonabilidad, más que una prerrogativa debería entenderse como una responsabilidad de carácter social más que jurisdiccional. (Masciotra, 2015, p. 115)

Hoy la lucha histórica y constante por el derecho sucumbe ante el imperio supremo del totalitarismo jurídico invertido, advierte una tragedia próxima, pues las injusticias mueven los sentimientos más profundos y el derecho pone de presente dos mundos: uno es la norma estática escrita y el otro es el derecho dinámico, cambiante y en constante movimiento desfigurado por los jueces, surgiendo un verdadero conflicto de la idea propia de lo que significa el derecho. Pero la responsabilidad no solo es de aquellos que vestidos le hacen un esguince a la ley escusados en la discrecionalidad, sino de aquellos que siendo afectados no tienen el valor de defenderla. Solo vociferar la injusticia cuando ocurre no es el fin, es no permitir que el derecho sea suplantado por la injusticia, pues el hombre sin derecho debe equipararse a un animal, es por ello que tenemos el deber de defender nuestros derechos porque estos van ligados a la dignidad humana y la conservación de la moral, no defender nuestros derechos equivale a una muerte social.

Estamos en un momento histórico, en donde el totalitarismo viene permeando de manera progresiva la estructura mental de los jueces, por ende, nuestro deber como sociedad está en contener este embate. Así como otrora conquistamos la abolición de la esclavitud, no debemos permitir que el respeto por la dignidad humana sea visto como una opción o un medio para conseguir un propósito, sino que ha entenderse como un deber constante, un fin único e inalienable, insuperable y que no se puede pisotear, donde el respeto por la dignidad es el eslabón que mantiene el equilibrio y la armonía con el derecho y la paz dentro de una sociedad. El respeto por la dignidad humana constituye esa frágil y delgada línea entre una decisión legalmente argumentada y una decisión injusta construida con el argumento de la discrecionalidad, lo que no es otra cosa que un totalitarismo jurídico invertido, el cual alimenta el odio de quien sufre una injusticia y propone una guerra social. Rudolf von Jhering (2018) señala la injusticia en el ámbito jurídico como una verdadera tragedia social:

El asesinato judicial, es el verdadero pecado mortal del derecho. El que, estando encargado de la administración de justicia, se convierte en asesino, es como el médico que envenena al enfermo. En la antigua Roma, se castigaba al juez corrupto con la pena de muerte. Para la autoridad judicial que ha violado el derecho, no hay un acusador más terrible que la figura sombría y continuamente amenazadora del hombre que se ha hecho criminal como consecuencia de una lesión del sentimiento jurídico: no es sino la propia sombra de la autoridad judicial bañada en sangre. El que ha

sido víctima de una injusticia corrompida y parcial, resulta violentamente expulsado de la senda del derecho, se convierte en vengador y ejecutor de su propio derecho, y no es raro que, lanzado por la pendiente, más allá de su objetivo directo, se termine declarando enemigo de la sociedad, bandolero y asesino. (Jhering, 2018, p. 98)

Jhering (2018) destaca ese principio natural que forma parte de los hombres, la reacción violenta frente a la vulneración de sus derechos y la impotencia de ver supeditado el derecho ante la ceguera recalcitrante de un sistema judicial contaminado por la arbitrariedad y las decisiones totalitaristas. La capacidad destructora de las decisiones injustas y de las malas prácticas jurídicas irradia su poder destructivo más allá del ámbito personal de un individuo y empieza a generar daños colectivos que afectan la moral de todo un pueblo. Pero esta nueva lucha debe darse por salvaguardar y recuperar el respeto por la dignidad humana, el cual está siendo arrojado por la sombra oscura del totalitarismo jurídico invertido, cuyo vehículo utilizado para avanzar de manera sigilosa es la llamada discrecionalidad judicial, que no es otra cosa que la libertad que tienen los jueces para coartar la libertad de los demás y ejercer su dominación con base en el terror que producen sus decisiones.

El realismo jurídico se da como el comienzo de un cambio en la forma de ver el derecho, este cambio inicia a mediados del siglo XIX, en las décadas de 1920 y 1930, en donde la narrativa histórica del derecho se subleva contra el formalismo jurídico y el discurso frente al derecho natural se vuelve hostil. En su momento se vio como un giro hacia las teorías del conflicto entre el derecho y la moral, impulsado por desarrollos políticos, económicos y sociales contemporáneos. A finales de la década del treinta, en Estados Unidos un grupo de jesuitas expertos en derecho comenzó a asociar el realismo jurídico con el fascismo y el comunismo ateo. Se veía el realismo jurídico como la oportunidad ilegítima para la construcción de derecho por parte de los jueces y se empezó a acusar al realismo de legitimar la dictadura, socavar el Estado de derecho y proponer la ideología de “el poder es lo correcto” (Malmine, 2019, p. 157).

Esta visión jesuita de finales de 1930 no es distante de lo que en esta década vivimos con corporaciones judiciales que forman parte de un Estado de derecho, pero que encarnan desde las decisiones de algunos de sus miembros un totalitarismo jurídico, escudados en el realismo jurídico y que se ha recrudecido desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991, que abrió el camino a la discrecionalidad judicial y le otorgó al operador judicial el poder de crear o modificar el derecho, so pretexto de hacer un discernimiento sobre la norma y los hechos que rodean cada caso particular para tomar su decisión. Propinándole

al derecho “una herida que está abierta y cuya consecuencia universal más aguda es la ilegitimidad” (D’Angelo, 2014, p. 1) y llevando al juez a una zona de penumbra e incertidumbre jurídica donde la discrecionalidad desborona la confianza en la norma penal.

Y aunque instituciones de orden superior como la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia de unificación SU172 de 2015 han hecho claridad acerca de que todos los actos discrecionales podrán someterse a control jurisdiccional en razón a que tales actos no pueden alejarse ni contraponerse a la Constitución ni a la ley, lo que aislaría tal decisión de lo que podría denominarse jurídicamente correcto o del deber ser y en todo caso, el operador judicial debe diferenciar entre tal facultad y la arbitrariedad (Sentencia SU172 de 2015). Postura reciente que es concordante con lo que menciona la misma institución según la Sentencia C-031 de 1995, en donde expresó:

[...] en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho.

Lo que pone de presente que a pesar de las limitaciones a la discrecionalidad el fenómeno de la arbitrariedad judicial basado en este elemento está presente en el ordenamiento jurídico.

A partir de esta premisa entraremos a revisar los límites de la libertad de los jueces y el régimen jurídico que soporta las actuaciones frente a decisiones tomadas bajo la figura de la discrecionalidad judicial y la posición de la Corte Constitucional frente al proceder discrecional de los jueces.

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y SU AFECTACIÓN A LA DIGNIDAD

En el proceso de mutación del lenguaje jurídico, este se ha caracterizado por su vasta disquisición, ambigüedad y dicotomía en la interpretación misma de las leyes, las cuales admiten una interpretación amplia tanto en lo restrictivo como en lo permisivo. Situación que genera una incertidumbre jurídica permanente en la sociedad constituyendo un riesgo para la paz y el orden social. A esto se suma que las situaciones en conflicto son tan diversas que se salen de toda órbita de lo previsible, lo que se torna fácticamente imposible para enmarcarlo en el texto normativo. El aporte de la discrecionalidad judicial¹² es silencioso

12 “La noción de ‘discreción’ y en particular la de ‘discrecionalidad judicial’ hacen referencia a una serie de cuestiones diferentes y relacionadas: por un lado, a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe

pero significativo y trascendental dentro del sistema social, pues deja en manos de una persona las decisiones frente a la libertad de los individuos de una sociedad. La indeterminación de la norma conlleva inevitablemente que el juez deba tener un extenso margen de maniobra discrecional en la aplicación del derecho, lo que le permite decidir de acuerdo con su percepción o convicción personal. Cabe decir con todo que la jurisprudencia colombiana teóricamente es coercitiva, pues es deber del juez ordinario mantener una línea jurisprudencial y normativa. No obstante, lo cierto es que a pesar de la teoría siempre permanece la excepcionalidad de la libertad de discrecionalidad en la interpretación a los jueces de menor jerarquía. Por ello el respeto por la dignidad debe ser el ingrediente base de las decisiones que adopten los jueces en virtud de la discrecionalidad, pues solo el respeto por la dignidad se convierte en fuente de derechos y en norma de comportamiento, asegurando el justo entendimiento entre el sistema y la sociedad.

Estamos frente a un poder ilimitado otorgado a los jueces de manera tácita, en el que se le consiente tomar una decisión con fundamento en “su propio derecho penal”, es decir, sin acudir a la norma explícita, sino que su decisión la argumenta acudiendo a la discrecionalidad en razón a que la situación a la que se enfrenta no está claramente definida en la norma, que es de difícil solución o que se ha establecido como el derecho indeterminado para resolver el tema en comento. Allí es donde el juez debe elegir entre varias posibles soluciones apelando a concepciones extrajurídicas y que generan incertidumbre permanente (D’Angelo, 2014), en especial ante la posibilidad de privar de la libertad a una persona de manera preventiva avocando criterios de discrecionalidad, ocasionando con ello cuando ocurre una mutilación al respeto por la dignidad del ser humano.

La controversia se mantiene frente a la libertad de los jueces para interpretar la norma y los hechos como rasgo central de la discrecionalidad, aunque teóricamente se trata de una libertad que no es absoluta, pues dicha libertad en términos teóricos tiene límites normativos, esto es, su margen de decisión debería estar entre lo que ellos pueden considerar la mejor interpretación de la ley, sin que constituya la construcción de nuevo derecho. En otras palabras, en su criterio está determinar la intención del legislador al concebir el texto de

acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella” (Etcheverry, 2015, p. 1398). La discrecionalidad es vista como la elección entre dos o más alternativas abiertas. “Este modo de entender la discrecionalidad judicial, parece suponer que ha [de] ser caracterizada como un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. Esto supone un cierto margen de autonomía, libertad o falta de control para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica” (Etcheverry, 2015, p. 1399).

las leyes, las cuales precisan las condiciones como se debe juzgar al momento de conseguir la verdad jurídica.

Ésta es precisamente la idea a la que Dworkin aludió con la ya famosa metáfora del agujero de la rosquilla: sólo tiene sentido referirse al agujero (que sería el margen de libertad) en presencia de la rosquilla (que sería el perímetro normativo). (Vidal, 2002, p. 421)

Las decisiones que tomen los jueces deben apoyarse en la mejor interpretación del derecho positivo para que transmita tranquilidad, sensación de justicia y se mantenga incólume la dignidad del ser humano. Para lograr esta sensación de justicia, la hermenéutica jurídica le permite al juez interpretar desde el ámbito legal las leyes y normas, en consecuencia, con el uso de la hermenéutica se trata de encontrar la interpretación correcta de cada texto, de acuerdo con lo concebido por quienes lo escribieron, de modo que su aplicación sea siempre justa, clara e irrefutable para cada caso, pues una decisión judicial sensata puede ser la diferencia entre el bienestar o la desgracia de un individuo y su entorno, entre el derecho real y el totalitarismo jurídico invertido.

Lo que pone de manifiesto que siempre existirán dos alternativas, cada una de ellas con más o menos soporte jurídico, que será entendido por el vulgo como lo que es justo y lo que es injusto, donde cada uno de los involucrados en esta decisión deberá sentir que lo fallado por el juez fue respetuoso del derecho manteniendo intacta la dignidad de las personas, y solo se espera que del abanico de alternativas que se desprende del análisis introspectivo y la aplicación de la hermenéutica jurídica¹³ se tome la decisión menos lesiva o lo que sería esperado siempre, se tome la alternativa correcta. Duque (2017) en su libro *Neoconstitucionalismo y estabilidad institucional* coincide con esta postura y ve el fenómeno de la interpretación como el equilibrio de las exigencias entre lo particular y lo universal, la cual regula la Constitución a través del establecimiento de fines y objetivos de obligatorio cumplimiento. Un punto de vista conceptualmente correcto, pero alejado de la realidad jurídica actual, que como viene quedando en evidencia, hasta los derechos humanos se han convertido en un saludo a la bandera por parte de los operadores de justicia, quienes se están volviendo totalitaristas jurídicos con apariencia de demócratas justos. Y aunque el fenómeno descrito está en ascenso y el irrespeto por la dignidad sigue siendo el común denominador por parte de los operadores de justicia de primer

13 “El término hermenéutica proviene del verbo griego (*jermeneueien*) que significa interpretar, declarar, anunciar, esclarecer y traducir, de igual forma significa que alguna cosa se vuelve comprensible o se lleva a la comprensión. En ambos casos se trata de una transmisión de significado, es decir, un proceso de mediación de significados que designa la expresión o la traducción del pensamiento en palabras para su comprensión por los receptores del significado contenido en el texto” (Flores, 2010, p. 45). Jurídicamente la hermenéutica ayuda a lograr un mejor entendimiento de los textos legales para que desde su interpretación se tomen decisiones claras y equitativas, sin alejarse de lo que concibió el legislador cuando creó la norma.

orden, el establecimiento jurídico del nivel superior colombiano insiste en poner límites a la amplia disposición de interpretación que tienen los jueces, la que ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional de Colombia, quien en Sentencia T-406 de 1992 manifestó que:

El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de Derecho.

Esto permite colegir que aunque aparentemente las instituciones permanecen con la apuesta intacta por la lucha por el derecho y el respeto por la dignidad humana, es la estructura mental de los jueces la que alimenta y robustece el fenómeno del totalitarismo jurídico invertido, que tiene su génesis en el apetito mordaz de poder, en el leviatán moderno, en la soberbia innata del ser humano que aprovecha la ventana que le da la literatura jurídica y la discrecionalidad judicial para escapar sin medida de la senda del derecho y aplicar “justicia” desde el egocentrismo de un ser humano con “poder” y propias convicciones, afectando de forma sistemática la dignidad humana. De manera exponencial vemos cómo “los jueces pueden sustentar una decisión judicial basados en la discrecionalidad como herramienta auxiliar de la justicia [...] cuando el mismo contenido de algunas normas son las que mencionan que es el juez quien fallará discrecionalmente” (Londoño, 2015, pp. 17-18). Solo cuando se respetan los valores y principios de orden constitucional a través de la técnica jurídica definida en el ordenamiento jurídico puede decirse que la decisión de los jueces es coherente con el derecho.

Es necesario reconocer la fragilidad de la teoría que señala al juez como un operador jurídico, cuya labor se circunscribe a servir de intérprete calificado entre soluciones preestablecidas en la norma por el legislador y la sociedad a la que se destinan estos preceptos, y donde es el mismo juez quien asume ser el garante de los derechos individuales consagrados, por ejemplo, en la legislación de cada segmento de la sociedad jurídicamente protegida por la Constitución Política de Colombia. Pero a su vez, es en esta en donde se concede una discrecionalidad judicial al juez ordinario limitada por las fuentes y en general por los principios y valores contenidos en la norma. “Al tomar decisiones el juzgador ordinario no es libre. Aunque en cada caso debe argumentar sea para integrar el derecho, para interpretarlo o para elegir entre las varias posibilidades valorativas, su juicio está sujeto a las fuentes del derecho” (León, 2016, p. 99).

Frente a los límites de la discrecionalidad judicial de los operadores de justicia los magistrados Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo en Sentencia C-567 de 2000 reiteraron lo dicho en fallos anteriores, en donde indicaron que:

El juez constitucional no es el creador de la norma constitucional. Ella es fruto de la función constituyente. Ningún fin por loable que sea permite que el juez constitucional configure por sí mismo el marco constitucional que le servirá de referente para confrontar la validez de las normas legales o de fuente para construir las reglas a aplicar en una situación específica. Este expediente tendría la ventaja de adaptar el derecho de modo tal que siempre se acomodara a la solución que el juzgador desea proyectar en el fallo, pero a costa de transformar el poder judicial en poder constituyente y demeritar fatalmente las expectativas de imparcialidad y objetividad que razonablemente cabe fincar en el proceso constitucional.

Así pues, ningún juzgador ordinario puede incorporar nuevos derechos fundamentales en contravía de la esencia del régimen jurídico y político. Le corresponde a la Corte Constitucional y al Congreso la incorporación vinculante de derechos inherentes al ser humano; como es el caso de la dignidad del ser humano, enraizada en la restricción de la libertad de la que son víctimas las personas cuando se encuentran frente al juez ordinario, quien de manera intuitiva, perversa y sin respeto alguno por la dignidad humana, priva de la libertad a una persona preventivamente, cercenando el segundo derecho en importancia del ser humano, por ello es que miramos la situación actual de los colombianos frente al respeto por la dignidad humana, que se entiende como la génesis de los derechos humanos y la democracia en el mundo.

La noción de dignidad humana es uno de los conceptos que en el ámbito del derecho y la filosofía presentan mayores problemas para su esclarecimiento y definición, en gran medida porque depende de la concepción filosófica en la cual se fundamenta la argumentación; por ello tal vez la conceptualización de la dignidad más utilizada en la actualidad tiene un carácter meramente instrumental, en la que se hace referencia a la dignidad, como el trato o respeto debido a las personas solo por su condición de seres humanos. (Martínez, 2013, p. 43)

En la modernidad la dignidad humana ha sido vista con mayor relevancia de la que antes se le daba, al pasar a ser entendida no como un derecho marginal, sino como un deber de respeto, con la mayor importancia dentro de una sociedad a partir de la premisa que es deber de la autoridad del Estado el respetar la dignidad; este deber se consigna en las normas jurídicas superiores de cada Estado. La primera carta magna que consagró la obligación del Estado de

respetar la dignidad humana fue la Constitución irlandesa en 1937, en cuyo preámbulo consignó que

[...] buscando promover el bien común, con la debida observancia de la Prudencia, la Justicia y la Caridad, a fin de garantizar la dignidad y la libertad del individuo, atender el verdadero orden social y restaurar la unidad de nuestro país.

Pero la Constitución alemana en 1949 fue más allá de una simple mención y afirmó expresamente en su artículo primero: “La dignidad del hombre es intocable, respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal” (Adenauer, 1949, p. 16),

[...] lo que se enuncia así no sólo es un principio, no sólo es la base de la totalidad del sistema de valores, sino el reconocimiento del hombre como principio y fin de la Ley Fundamental. Por eso, reconoce la dignidad, como derecho fundamental. (Oehling, 2011, p. 144)

Así mismo, en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948) se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los integrantes de la familia humana y se estima que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie. Esto reafirma que se debe mantener el discurso al unísono como humanidad de que la lucha por el derecho y el respeto por la dignidad de las personas debe ser incansable y el reproche por las arbitrariedades jurídicas no puede cesar, menos aun cuando la estrategia agazapada de las instituciones es dar paso al totalitarismo jurídico invertido de manera progresiva, despreciando el respeto por la dignidad humana con sus decisiones como cuando restringe la libertad de una persona de forma preventiva. Situación que debemos poner en evidencia y evitar que crezca esta postura totalitaria de algunos jueces, tal y como lo menciona la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo del Consejo de Estado de Colombia quien, mediante Sentencia 25000-23-26-000-2000-00718-01 (27252) de 2013 señaló que:

La Constitución Política, fiel a la filosofía liberal que la inspira, consagra un modelo de Estado que tiene su pilar fundamental en la inviolabilidad de la dignidad humana y a la libertad como uno de sus valores fundantes (Preámbulo) y como principio normativo básico (art.1). Lejos de ser un enunciado vacío o meramente desiderativo, la dignidad humana es un principio material plenamente vinculante y con un contenido que no se puede desconocer sin desnaturalizar por completo el sistema jurídico. En esencia, el reconocimiento de la dignidad consiste en la aceptación

de una diferencia radical entre la condición personal del ser humano y la simple condición de cosa. La dignidad de la persona comporta, en efecto, su inviolabilidad e indisponibilidad, el poseer una eminencia que lo pone más allá de todo precio, un valor por encima de toda utilidad.

El reconocimiento de la importancia de la dignidad humana permite la interiorización del concepto de que la persona debe ser un fin y nunca un medio al servicio de intereses personales o de un sector político de la sociedad. La regla general en un Estado social de derecho debe ser el mantenimiento del respeto de la dignidad humana por encima de cualquier premisa jurídica, política o social, pues con esto se reconoce la importancia de la persona por antonomasia y se mantiene la coherencia con el modelo de Estado promovido en la Constitución de 1991. Este reconocimiento de la persona como un fin por encima de cualquier otra cosa o interés particular constituye un profundo respeto por su dignidad y está íntimamente ligado al respeto por su libertad, como una sinergia perfecta que no admite disolución alguna y resulta connatural al Estado social de derecho, tal y como lo manifiesta la Corte Constitucional de Colombia cuando ha considerado que “la autonomía es uno de los tres lineamientos fundamentales¹⁴ que hacen parte del objeto de protección del enunciado normativo de la dignidad humana” (Consejo de Estado, 2013, p. 41).

Donde además le ordena a la nación-rama judicial promover en los cursos de formación judicial la importancia de la aplicación de los principios constitucionales de dignidad humana, presunción de inocencia y necesidad, con particular énfasis en la excepcionalidad de imponer medida de aseguramiento de manera cautelar (Consejo de Estado, 2013). Lo que evidencia la urgencia de actuar en bloque como sociedad de manera inmediata frente a este fenómeno ya identificado y en crecimiento, y de emprender una estrategia que permita contrarrestarlo y desacelerar su desarrollo.

14 “Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)” (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002).

CONCLUSIONES

El ser humano ha sido catalogado por organismos internacionales¹⁵ como un ser valioso al que se le reconoce su grandeza y se le honra con la exigencia a los Estados de respetar su dignidad. Ese principio de respeto, que no es letra muerta, está íntimamente ligado a la justicia, la libertad, la capacidad de desarrollarse y la igualdad, valores intangibles que forman parte de manera intrínseca de la vida propia de los seres humanos. Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos enraíza la dignidad como fundamento de otros derechos le da un valor de ser superior a las personas y que por antonomasia tienen derecho a la vida, la libertad, la educación, a construir una familia, etc. Derechos que son vulnerados, cercenados y pisoteados, en particular, sucede cuando la entidad llamada a proteger la dignidad de los sujetos actúa de forma contraria a lo que ordenan los estamentos superiores. Los jueces de la república han venido hace un par de lustros valiéndose de la facultad dada por la Constitución colombiana de 1991, apartándose de la senda del respeto por la dignidad con sus actuaciones judiciales amparadas en la discrecionalidad judicial que valga decirlo es un realismo jurídico recalcitrante, argumento con el cual vulneran casi todos los derechos de las personas al privarlas de la libertad preventivamente.

Los realistas jurídicos creen que el derecho positivo no determina las verdaderas soluciones a los casos que juzgan los jueces, sino que es la decisión del juez la que establece qué es y qué no es el derecho. Esto sin duda alguna, supone una postura totalitarista que ha llevado a una crisis mundial en cuanto al irrespeto por la dignidad del ser humano respecto a la privación de la libertad, generando incertidumbre e indignación en quienes son afectados por las decisiones discrecionales de los jueces al restringir la libertad de manera preventiva, siendo esta, el segundo derecho en importancia después del derecho a la vida de los seres humanos. Este derecho es mutilado con la decisión de un juez, en muchos casos de forma caprichosa o apresurada, desencadenando una crisis mundial carcelaria de hacinamiento en razón a la cantidad de personas que están privadas de la libertad de manera preventiva en muchas ocasiones con argumentos discrecionales. Olvidando el juez que el respeto por la dignidad debe estar por encima de cualquier circunstancia y la privación preventiva de la libertad es la mayor afrenta a la dignidad del ser humano.

En ese sentido, podemos señalar cómo algunos juristas reconocidos como la magistrada del Consejo de Estado colombiano, Stella Conto Díaz, vienen

15 Estas son las principales instituciones de orden superior que protegen los derechos humanos y a su vez velan por que se mantenga intacto el respeto por la dignidad de hombres y mujeres, sin distinción de condición social, tendencia política, creencia religiosa o cualquier otra circunstancia social: 1. Organización Mundial de las Naciones Unidas, 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3. Programa de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 4. Human Rights Watch, 5. Corte Constitucional, 6. Defensoría del Pueblo.

alertando sobre el comportamiento reiterativo de los jueces colombianos frente al irrespeto por la dignidad de las personas con sus decisiones, en especial cuando privan de la libertad preventivamente. Comportamiento que se acerca de manera peligrosa al discurso totalitarista. El totalitarismo jurídico se refleja en este tipo de acciones que son contrarias a derecho, y afectan de modo directo la dignidad de los sujetos. Pero cuando frente a estas acciones totalitaristas el corporativo judicial usa todo su poder mediático para hacer creer a la sociedad que sus actuaciones son apegadas a la ley, que está luchando de manera diáfana y vertical para brindar a la sociedad una democracia libre, allí de forma perversa se configura un totalitarismo jurídico invertido.

El totalitarismo jurídico invertido es esa deformación perversa de lo que es derecho, esa apariencia de lo correcto soportado en un poder discrecional que le ha permitido a los jueces convertirse en seres totalitarios vestidos de imparcialidad y con la capacidad de transmitir una sensación de justicia con sus actos, avalados por un sistema que va en contravía de los derechos humanos y de la paz del mundo, entendida esta paz, como el estado ideal de cosas dentro de una sociedad. Esto ha llevado a que la reclusión sea una respuesta casi automática, en lugar de una medida resocializadora de último recurso. No es vano decir que estamos frente a una justicia totalitaria que anula la libertad y avasalla la dignidad del ser humano, generando miedo y zozobra como estrategia de dominación, pero que sale a promulgar su rectitud y la ecuanimidad de sus decisiones.

Muestra de esta justicia totalitaria son las cifras de la población reclusa mundial¹⁶, que se calcula en 22,96 millones de personas y en promedio el 40% es de manera preventiva, según el Centro Internacional para Estudios Penitenciarios. Esto se traduce en casi 9,2 millones de familias secuestras por la incapacidad de Estados paquidérmicos que trasladan la carga de la ineficiencia del sistema judicial a las personas, sumiéndolas en la incertidumbre y la angustia permanente de tener un miembro de su familia privado de la libertad, esperando un juicio “justo”, aunque los tratados internacionales sobre derechos humanos promulguen que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Esta situación se torna insoportable para la sociedad afectada, amenazando la paz y el orden de los entornos más próximos a ella, al activar las fibras más profundas de la indignación y engendrar personas llenas de odio y dispuestas a hacer justicia por mano propia, alejándolas por completo de la senda del derecho.

16 La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito crea estrategias para minimizar el impacto de la crisis penitenciaria en el ámbito global, mediante el Apoyo Financiero para la Prevención del Delito y la reforma de la justicia penal. Dentro de estas estrategias realiza informes donde da a conocer las cifras de personas que permanecen reclusas en centros penitenciarios de manera preventiva y condenadas.

Dicha situación se convierte en un detonante que deja en evidencia cómo el irrespeto por la dignidad del ser humano está enraizado en un “totalitarismo jurídico invertido” contemporáneo, que conlleva en uno de sus aspectos la crisis carcelaria en el mundo como consecuencia de una teoría jurídica y filosófica deformada por su interpretación, denominada “discrecionalidad judicial”. Esta no es otra cosa que el ropaje utilizado por los jueces para alejarse de manera soterrada de la justicia y los principios del derecho, desde los que se invita a luchar por el respeto a la dignidad humana, que es la base de una sociedad justa.

REFERENCIAS

- Adenauer, K. (1949). Ley fundamental de la República Federal de Alemania. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Arendt, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Santillana.
- Brum, P. (2011). El impacto del totalitarismo en el siglo XX. *Documento de Investigación*, 62, Universidad ORT Uruguay.
- Campos, E. (2013). *Realismo jurídico norteamericano* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile].
- Campos, F. (2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 122, 191-220.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (2013). Acción de reparación directa, Sentencia 25000-23-26-000-2000-00718-01(27252). M. P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Impreandes.
- Constitución Política de la República de Irlanda. (1937). http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/s.htm
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-836. Expediente D-3374. M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-318. Expediente D-6941. M. P. Jaime Córdoba Triviño. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-318-08.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-284. Expediente D-10455. M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-284-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (1995). Demanda de inconstitucionalidad C-031. Expediente D-676. M. P. Hernando Herrera Vergara. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (2000). Sentencia C-567. Expedientes D-2664 y D-2665. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-567-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión. (1992). Sentencia revisión de tutela T-406. Expediente T-778. M. P. Ciro Angarita Barón. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Penal Internacional. (1998). Estatuto de Roma. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Coy, J. D. (2015). Del formalismo al realismo jurídico clásico: un estudio sobre sus contradicciones en relación a la verdad, justicia y reparación [Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia].
- D'Angelo, D. (2014). *El alcance de la discrecionalidad judicial en el derecho penal contemporáneo* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca].
- Duque, O. (2017). *Neoconstitucionalismo y estabilidad institucional*. Lemoine Editores.
- Etcheverry, J. (2015). *Discrecionalidad judicial*. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (vol. 2, pp. 1389-1418). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fassò, G. (1996). *Historia de la filosofía del derecho*. Vol. 3. Ediciones Pirámide.
- Flores, A. (2010). *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales* [Tesis doctoral, Universidad Panamericana Guadalajara].
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. (2ª ed.). Editora Nacional.
- Jhering, R. (2018). *La lucha por el derecho*. Dykinson.
- León, S. (2016). Los límites de la discrecionalidad judicial en la Constitución Política de 1991. *Inciso*, 18(2), 87-104.

- Londoño, A. (2015). *La discrecionalidad judicial y el imperio de la ley en Colombia* [Tesis de pregrado, Universidad de Manizales].
- Malmine, T. (2019). Realismo jurídico escandinavo, algunos asuntos inconclusos. *Isonomia*, 50, 151-173.
- Martínez, V. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 136, 39-67.
- Masciotra, M. (2015). El poder discrecional de los jueces. *Revista del Instituto Colombiano del Derecho Procesal*, 41, 115-135.
- Noguera, H. (2013). Democracia dirigida, terrorismo invertido. Normalización del terrorismo de Estado y la excepcionalidad de la democracia. *Novun Jus*, 2(7), 129-156.
- Oehling, A. (2011). El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 135-178.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2014). *Abordando la crisis penitenciaria a nivel global, estrategia 2015-2017*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Vargas, J. (2011). Los orígenes del totalitarismo de Hannah Arendt y la manipulación de la legalidad. *Revista Bolivariana del Derecho*, 11, 114-131.
- Vidal, L. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa*, 25, 413-439.
- Wolin, S. (2014). *Democracia S. A: la democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*. Katz.

Efectos de la juridización en Colombia: desde un análisis jurisprudencial

Effects of judicialization in Colombia: from a jurisprudential analysis

*Carlos David Higuera Villalba**

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2022

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2022

RESUMEN

La juridización se presenta como un fenómeno amplio que describe la superposición de lo jurídico en otras áreas del conocimiento que tienen sus propias normas de funcionamiento. En el ámbito de la política la juridización ha sido incorporada por el activismo judicial de las altas cortes generando una suerte de sumisión del poder del legislativo y ejecutivo al judicial, a través de la aplicación del derecho constitucional como respaldo para suplir la labor de la administración (muchas veces negligente e insuficiente) delimitando el diseño, la ejecución y el control de los derechos sociales. Si bien esto constituye un importante beneficio inmediato para la sociedad se pueden destacar la despoliticación, el cambio de razonamiento administrativo y la *juristocracy* como otros efectos más problemáticos de la juridización.

Palabras clave: juridización, línea jurisprudencial, acción política, poder, *juristocracy*.

SUMMARY

Juridization is presented as a broad phenomenon that describes the superimposition of the legal in other areas of knowledge that have their own rules of operation. In the field of politics, legalization has been incorporated by the judicial activism of the high courts, generating a kind of submission of the power of the legislative and executive to the judiciary, through the application of constitutional law as a support to supply the work of the administration. (many times negligent and insufficient) delimiting the design, execution and control of social rights. Although this constitutes an important immediate benefit for society, depoliticization, the change in administrative reasoning and “the juristocracy” can be highlighted as other more problematic effects of legalization.

Keywords: juridization, judicial review, political action, power, juristocracy.

* Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Egresado de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia y especializado en Derecho Privado Económico. Investigador asociado del Grupo de Investigación en Desarrollo Territorial, Paz y Posconflicto de la misma universidad. chiguera@unal.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-7167-9597>

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo político-jurídico del Estado colombiano la acción política ha sido asignada tradicionalmente a la rama del poder ejecutivo, encargada de la administración del Estado moderno, o en su defecto a la rama legislativa, que en representación de las mayorías debe ejecutar los fines del Estado, pero, tal misión muchas veces ha quedado inconclusa o se ha desarrollado de forma defectuosa, generando que los individuos, movimientos y grupos políticos hagan uso de diferentes recursos judiciales para hacer valer los fines del Estado, en especial, por medio de la utilización masiva de mecanismos constitucionales (acción de tutela y acción pública de inconstitucionalidad).

En este sentido, aparece la juridización de la política como un fenómeno amplio que describe la transferencia de poder político desde las instancias tradicionales de representación política hacia las instancias judiciales, con el propósito de resolver problemas sociales a los que la administración no ha podido darle un tratamiento, o lo ha dado de forma deficiente. En este contexto el derecho aparece como la solución a los reclamos sociales, fijando las relaciones de poder de la administración y los administrados, asunto que en principio no se encomienda a los órganos judiciales. Este nuevo protagonismo judicial se puede desarrollar de dos formas, la primera en contraposición a las actuaciones de la administración y la segunda, de cara a los vacíos de la actuación administrativa.

En este escenario se sostiene que el activismo judicial aplicado a la administración del Estado es una expresión de la constitucionalización de política, a través de su juridización, lo que si bien da respuesta a la ineficiencia de la administración, genera en la conciencia colectiva un imaginario de asumir que los problemas políticos no dependen de la participación democrática sino de la actividad de jueces, despolitizando la sociedad, generando un nuevo pensamiento administrativo basado en la hermenéutica jurídica, el realismo jurídico o el positivismo jurídico que busca un pretendido neorracionalismo, que en últimas da origen a lo que Ran Hirschl llamó *juristocracy*. Por lo anterior, en este escrito se pretende analizar los efectos de la utilización del derecho como herramienta de acción política en Colombia. En síntesis, la pregunta sobre la que se estructura este escrito es la siguiente:

¿Cuáles son los efectos del uso de mecanismos constitucionales como herramienta de acción política frente a la Corte Constitucional de Colombia en el sistema político nacional?

Para responder a esta pregunta se abordará una caracterización de la juridización de la política, resaltando los elementos que permiten la aparición de este

fenómeno, los tipos de juridización y los ámbitos en que se desarrolla (nacional o supranacional); después se descenderá al caso colombiano, identificando de qué manera la Corte Constitucional ha intervenido en la administración del Estado por medio de sus sentencias judiciales, acudiendo al “análisis dinámico del precedente jurisprudencial” para demostrar la sistematicidad con que esta corporación asume la acción política. Por último, se determinará cómo ha influenciado al sistema político la utilización de los mecanismos constitucionales en la formulación de políticas públicas, es decir, se analizarán los efectos de la juridización de la política pública.

¿JURIDIZACIÓN O JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA?

Abordar la juridización de la política implica hacer una precisión conceptual sobre lo que significa, puesto que este fenómeno ha sido estudiado por diferentes sectores y en distintos países con diversas denominaciones, como judicialización, activismo judicial (*active judicial review*), constitucionalización del derecho, inclusive politización de la justicia, entre otras.

Aunque estas expresiones compartan elementos en común, el análisis riguroso de la juridización implica su individualización y caracterización. Ran Hirschl señala que este fenómeno nace de un papel activo de las altas cortes en la formulación de política, “*significant role in policy-making*” (Hirschl, 2008, p. 119), lo que en principio resultaría algo normal en unos niveles bajos o moderados, pero que al exceder estos se origina una captura legal de las relaciones sociales y culturales o lo que es equivalente, una reducción de la política al campo de lo jurídico¹.

De forma más concreta, la juridización ha sido catalogada por la doctrina colombiana como la “dimensión jurídica del poder político, lo que es igual, el trámite jurídico de los problemas sociales y políticos” (Villegas, 2014, p. 168), definición que encarna el presupuesto de que existe una acción judicial y una política que son de diferente naturaleza y que su gestión ha sido previamente encomendada a órganos disímiles, lo que se puede corroborar desde la definición de Rodrigo Uprimny:

Entiendo muy esquemáticamente por judicialización de la política el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales. (2008, p. 58)

1 “[...] law’s capture of social relationships and popular culture and its expropriation of social conflicts” (Hirschl, 2008, p. 121).

Es importante resaltar que si bien la juridización no es exclusiva de la política, esta adquiere un especial significado cuando recae en aspectos políticos, debido a que los integrantes de los órganos responsables de la política son elegidos por mecanismos de representación (en los Estados democráticos) y los integrantes de los órganos judiciales son elegidos por conocimientos técnicos de un ordenamiento normativo², entonces, intercalar sus posiciones significaría difuminar la estructura organizativa por la cual una sociedad se ha establecido, por otro lado:

En cuanto a los fines a alcanzar, podría decirse que el juez, a diferencia también de todos los otros, persigue esencialmente objetivos internos al propio sistema; esto es, él no puede considerar al sistema jurídico, las normas establecidas, como simples medios con los que tratar de lograr objetivos individuales o sociales, como es el caso del negociador, del mediador, del administrador o del legislador. Una consecuencia en cierto modo de esto es que las decisiones de los jueces están temporalmente orientadas hacia el pasado, a diferencia de las de los otros órganos que miran hacia el futuro: por eso también, la decisión judicial no suele ser un medio adecuado para prevenir conflictos. (Atienza, 1998, p. 63)

Ahora bien, si partimos del presupuesto de que existe una esfera judicial y otra política, es importante caracterizar y delimitar estos dos ámbitos, pues la toma de decisiones se fundamenta en presupuestos diferentes en cada ámbito, en la esfera judicial se rige por un razonamiento jurídico aplicado a la decisión, el cual, en términos de Habermas debe ser consistente y razonablemente aceptable, “La consistencia se logra en función del principio de seguridad jurídica, en tanto el juez, para decidir, enmarca su fallo dentro del programa normativo que ha sido dictado por el legislador y los precedentes judiciales, entre otros” (Vargas Rodríguez, 2018, p. 31), este criterio se aplica con mayor preponderancia sobre los jueces de menor jerarquía, como los juzgados locales, o sobre los cuales existe un órgano de supervisión directa. Mientras que,

[...] la aceptabilidad razonable hace alusión a que las decisiones deben cobrar legitimidad respecto del asunto mismo sometido a juicio y por esto es posible que la argumentación subyacente a la misma deba emanciparse de este regido contexto de nacimiento estrictamente normativo. (Vargas Rodríguez, 2018, p. 32)

2 “Este fenómeno ha suscitado, como es natural, un debate muy fuerte sobre la conveniencia de que los jueces intervengan de manera tan determinante en las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos. Muchos economistas ven con preocupación el traslado desde el gobierno hacia las Cortes del centro decisorio sobre política pública en materia de derechos sociales. No es solo el hecho de que los jueces no hayan sido elegidos popularmente, sino también el hecho de que decidan a partir de casos específicos y subestimen el panorama general y sobre todo la disponibilidad de recursos” (Villegas, 2014, p. 182).

Este último criterio se suele presentar en los llamados “casos difíciles”³, generalmente conocidos por las altas Cortes, en los que existen tres posibles formas de llegar a una decisión jurídica sintetizadas por Habermas en: la hermenéutica, el realismo jurídico o el positivismo jurídico⁴, no obstante, cualquiera de estas tres posiciones implica abandonar la idea de que el derecho opera como un mecanismo totalmente objetivo.

Por otro lado, la esfera política reconoce que para la toma de decisiones goza de un natural e ideal margen de discreción que se deriva del sistema político vigente para cada Estado, en esta esfera política participa la rama legislativa, como institución creadora de normas jurídicas; y la rama ejecutiva como la encargada de administrar el Estado, para esta última se admite que la toma de decisiones está mediada por un elemento fáctico que difícilmente es constatado y otro elemento valorativo que emana de la subjetividad y que busca una prescripción futura, según Herbert Simon: “Al tomar decisiones administrativas es necesario continuamente elegir premisas fácticas, cuya verdad o falsedad no se conoce definitivamente ni puede determinarse con certidumbre con la información y el tiempo de que disponemos para llegar a una decisión” (1984, p. 49).

De acuerdo con las anteriores afirmaciones, se puede decir que la juridización de la política está estrechamente relacionada con la manera en que se divide el poder al interior del Estado, entre unos órganos que ejercen la política como acto discrecional en la gestación de las normas jurídicas —rama legislativa— o que desarrollan la política con acciones específicas en la dirección y coordinación del aparato Estatal —rama ejecutiva—; y otros órganos responsables de la aplicación de las normas y parámetros jurídicos a los casos en concreto en que se presentan conflictos —rama judicial—. En esta división la juridización implica una superposición de poder desde la rama judicial hacia las otras, aspecto que debe ser determinado según la arquitectura política-jurídica de cada Estado, es decir, examinando las facultades y funciones que la Constitución ha delegado en cada rama⁵, por lo que una situación considerada juridización en un Estado, no necesariamente es considerada igual en otro Estado⁶.

3 Expresión que desarrolló el jurista norteamericano Ronald Dworkin. Hace referencia a los casos en que la norma no regula en la totalidad la conducta delegada por un individuo.

4 La solución hermenéutica supone insertar contenidos históricos de desarrollo de la norma, usos, costumbres, es decir al *ethos* de la población. Desde la solución del realismo jurídico se tienen en cuenta determinantes extrajurídicos para suplir el espacio de discrecionalidad del juez. Desde el positivismo jurídico se propone un conjunto de reglas que suplan la razonabilidad o rectitud de la decisión (Vargas Rodríguez, 2018).

5 Especialmente hay que identificar si hablamos de un Estado con un sistema político presidencialista o parlamentario, indagando sobre la arquitectura institucional del Estado objeto de estudio.

6 Sobre una visión comparada de la juridización de la política vale la pena traer a colación el siguiente aparte: “Conforme os autores, na França, a ‘privatização’, as ‘políticas de comunicação social’, a ‘legislação criminal’ e a ‘legislação eleitoral’ são exemplos de temas altamente judicializados. No caso da Alemanha, destacamse a ‘educação’, a ‘justiça criminal’ e o ‘financiamento de campanhas eleitorais’. Aqui se pode contrapor o caso brasileiro, no qual o ativismo judicial em torno de políticas sociais aparece com grande evidência no

En este panorama el “activismo judicial” es el medio por el que se materializa la juridización, entendiendo por este la formulación de soluciones utilizando una hiperaplicación de la Constitución, esto es, una aplicación que excede el control constitucional (Couso, 2011). Lo anterior trae de presente una de las características más importantes de la juridización que consiste en que este fenómeno hunde sus raíces en la interpretación y aplicación del derecho constitucional (principalmente, aunque no exclusivamente) y de una forma excepcional en el derecho administrativo, por ser estas dos disciplinas del derecho las encargadas de gestionar y regular los derechos sociales⁷, por lo que se le ha asignado el nombre de judicialización.

Con base en los anteriores elementos es posible formular un concepto que individualice el fenómeno de juridización de la política y ordene los elementos que rodean este tema, de la siguiente manera: la juridización es un fenómeno abstracto que busca dar cuenta de la superposición del derecho frente a otros ámbitos, gestionado la solución de conflictos que en principio pertenecían a otra materia y que se realizan según otro tipo de razonamiento diferente al jurídico. El ámbito más evidente de juridización y que nos interesa estudiar es el de la política, es decir, el arbitramento de asuntos políticos por el derecho, lo cual se presenta en diferentes vías, en particular con la judicialización, a saber, con el uso de la rama judicial como vía de solución de conflictos políticos, otra vía puede ser la reducción del debate político a uno jurídico, entre otras.

En este escenario, la vía judicial por la cual se inserta la juridización es la que mayores estudios ha generado y la que en mayor grado ha profundizado en la juridización, debido al activismo judicial que se generó con la aplicación efectiva del derecho constitucional a los casos concretos y su incidencia correctiva en las otras ramas del derecho por medio del control constitucional. Es así que tenemos una juridización de la política exteriorizada por la judicialización del derecho en uso del activismo judicial derivado del derecho constitucional para la protección de derechos sociales, la cual no es la única manifestación de la juridización, ni en todos los casos se ha presentado del mismo modo, por esta razón es importante determinar cuáles tipos de juridización de la política existen.

caso das políticas de saúde, como apontam, entre tantos trabalhos que retratam o fenômeno da ‘judicialização da saúde’, os de Souza Neto e Sarmento (2008), Barroso (2009), Biehl (2009) e Menicucci e Machado (2010)” (Engelmann y Cunha Filho, 2013, p. 57).

- 7 “Los derechos sociales surgen como resultado de la ampliación de los bienes jurídicos que son objeto de protección constitucional en los textos normativos superiores, como consecuencia de la transición normativa y fáctica del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y del propósito de adicionar la protección del principio de igualdad a través de los derechos sociales, al principio democrático y a la libertad, protegidos mediante los llamados derechos civiles y políticos, los cuales siguieron ostentando una posición privilegiada frente a los nuevos derechos que hacían el debut constitucional en pleno siglo XX” (Cano Blandón, 2010, p. 92).

Los tipos de juridización se derivan de la dirección en que surge este fenómeno, “desde arriba, desde bajo o incluso, al menos en parte, desde el extranjero” (Sieder *et al.*, 2011, p. 21), la expresión “desde arriba” se usa para indicar que el proceso de juridización proviene de las élites, personificadas por las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado) o por políticos que utilizan mecanismos constitucionales para bloquear o frenar cierta política; “desde abajo” cuando proviene de “ciertos sectores de la sociedad [que] adquieren mayor conciencia de sus derechos, y cuando los ciudadanos adoptan estrategias de movilización para presionar por sus reivindicaciones, a través de los tribunales” (Sieder *et al.*, 2011, p. 21); finalmente, “desde el extranjero” cuando el origen de la juridización proviene de un actor por fuera del orden nacional, ya sea en modelos de integración, actores de derecho internacional público, el caso más representativo es el del bloque de constitucionalidad⁸ junto con las normas de *ius cogens*.

Esta tipología de la juridización se presenta como tipos ideales que muchas veces se entremezclan en un conjunto de relaciones interdependientes, no obstante, es importante resaltar que la juridización “desde abajo” es la que más impulso ha dado para la judicialización de la política, pues representa para las minorías un escenario pacífico para la consecución de derechos, lo que quiere decir que junto a un activismo judicial encontramos un activismo ciudadano, que se presenta así:

A análise da judicialização de políticas envolve um fenômeno que evidentemente transcende a esfera judicial. Engloba o ativismo de advogados, defensores públicos ou a mobilização dos agentes judiciais de um lado, assim como as dificuldades de afinidade entre princípios constitucionais relacionados a políticas sociais e a realidade das administrações municipais, estaduais e a administração federal. (Engelmann y Cunha Filho, 2013, p. 67)

ANÁLISIS DINÁMICO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

En Colombia el estudio de la juridización de la política parte de las siguientes precisiones. La primera consiste en que el Estado colombiano se ha caracterizado por una polivalencia constitucional⁹ que se traduce en marcos de organización

8 “Esta constitucionalización interna del derecho converge con el fortalecimiento relativo, en los últimos años, de los mecanismos internacionales de derechos humanos, que también estimulan la formulación de reclamaciones en términos de derechos, lo cual fortalece la dimensión judicial de crítica política” (Uprimny, 2008, p. 62).

9 Colombia ha tenido dieciséis Constituciones nacionales: dos durante la guerra de independencia; cinco durante la Gran Colombia; cuatro durante la Nueva Granda; tres durante la federación; una de 1886 (la de mayor duración) y la actual de 1991 (Valencia Villa, 2010).

jurídica no muy estables y con fuertes sesgos políticos por la clase política dominante, en palabras de Valencia Villa, cada Constitución colombiana representa “la formulación de un nuevo arreglo de herramientas legales y recursos políticos que la fracción dominante pueda usar como autoridad legítima contra las otras fracciones y también contra la mayoría de la población” (Valencia Villa, 2010, p. 128).

No obstante, esta primera precisión no es exclusiva de Colombia, sino una constante de América Latina, “Os países da América Latina compõem um cenário em que há sucessivas ‘interrupções’ ou ‘suspensões’ da vigência constitucional, ou seja, há vários momentos constituintes. Isto torna mais complexa a análise dos ascensos e descensos do constitucionalismo no espaço político” (Engelmann y Penna, 2016, p. 511).

La segunda precisión de la juridización de la política en Colombia es la larga trayectoria de control constitucional¹⁰, que si bien puede parecer contradictoria con la polivalencia constitucional es una muestra de que esta institución tiene una importante trayectoria. En principio, el control constitucional nació como una función de la Corte Suprema de Justicia, que se desagregaría con la promulgación de la Constitución Política de 1991, para ser ejercida por medio de la Corte Constitucional (de forma principal, con el control concentrado¹¹), la cual, aboca conocimiento por medio de dos mecanismos: la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela, la primera como una acción que busca examinar la correspondencia de una norma jurídica con los lineamientos constitucionales, esta puede ser ejercida por cualquier ciudadano y en cualquier tiempo, mientras que el segundo mecanismo es una acción concreta (casos puntuales) para la protección de un derecho fundamental¹² en el que eventualmente la Corte Constitucional elige los casos a revisar. Es así, que Mauricio Villegas afirma que:

La judicialización de la política tomó fuerza desde la Constitución de 1991, la cual mantuvo la independencia de la justicia y, además, fortaleció sus facultades de control político. Las manifestaciones recientes de este fenómeno son tan numerosas como impresionantes. Así, por ejemplo, en

10 “[...] Colombia has held regular elections for congress and territorial authorities for over a century, as well as for the direct election of the president of the republic since 1910. Even during the two brief dictatorships of the twentieth century (1900-1904 and 1953-1957), judicial review continued to operate, and moreover, during these periods some decisions were adopted which invalidated particular laws and decrees” (Cepeda Espinosa, 2005, p. 67).

11 Se distingue el control concentrado como aquel que ejerce un órgano especializado en materia constitucional y con función de cierre; mientras por control difuso se conoce al ejercido por la pluralidad de jueces de diferentes rasgos, quienes aplican la Constitución de forma complementaria.

12 “Aunque en principio la acción de tutela se encontraba encaminada a la protección de derechos fundamentales, que algunos denominan de primera generación, pronto la Corte Constitucional estableció que los derechos económicos y sociales (desc) son susceptibles del amparo constitucional cuando existe conexidad con un derecho fundamental” (Castillo, 2009, p. 41).

julio de 2011 había más de 110 miembros del Congreso investigados por los jueces en Colombia (sobre todo por la Corte Suprema), 36 de ellos habían sido condenados y, lo que es más sorprendente, buena parte de ellos hacían parte de la coalición de gobierno. (2014, p. 178)

En este panorama no se puede caer en el absurdo de pensar que cualquier pronunciamiento de la Corte Constitucional forma parte de la juridización, primero porque no todos los pronunciamientos desbordan la esfera de lo jurídico y segundo porque así desborden lo jurídico, un pronunciamiento aislado no da cuenta de una doctrina de pensamiento, bastaría con preguntarnos si un pronunciamiento aislado no puede ser considerado un error jurisprudencial. Por esta razón, Diego López Medina (académico colombiano) diseñó un método para verificar la sistematicidad y recurrencia de una postura en la Corte Constitucional llamado “Análisis dinámico del precedente judicial”¹³, el cual aplicaremos para examinar cómo se ha desarrollado la juridización en Colombia.

Para ello, lo primero es plantear en términos de problema jurídico las implicaciones de juridización de la política, lo cual podemos formular de la siguiente manera: ¿puede la Corte Constitucional subrogarse facultades políticas de otros órganos por la falta de regulación de las materias conferidas a ellos? En respuesta a este interrogante surgen los “escenarios jurisprudenciales” en que se pueden enmarcar los pronunciamientos de la Corte, es decir, las posibles soluciones que puede tomar la Corte en cada caso en que se presenta el problema jurídico. Es importante aclarar que el contenido de los “escenarios jurisprudenciales” depende de cada caso de estudio, de ahí que para la judicialización de la política se identifiquen los que se registran en la tabla 1.

13 Para más información consultar los libros de Diego López Medina: *Derecho de los jueces* (2001) y *Eslabones del derecho* (2016).

Tabla 1.

Caso difícil de la esfera política						
A	Escenarios jurisprudenciales					B
No conoce del asunto	0	1	2	3	4	Asume rol naturalmente político
	Inhibirse de pronunciarse por ser materia del ejecutivo o legislativo	Exhortar al Congreso o al ejecutivo a regular la materia libremente	Exhortar al Congreso o al ejecutivo a regular la materia con unos parámetros determinados	Determinar reglas transitorias mientras el órgano encargado atiende el asunto	Formular órdenes definitivas	

Fuente: elaboración propia.

De la tabla 1 nos importa resaltar que la juridización de la política en Colombia no ha sido un proceso dicotómico, sino que se presenta en diferentes matices o grados, que en el caso de la política pública colombiana ha transitado por sus diferentes grados. Para ilustrar eso partiremos de algunos ejemplos representativos de la juridización de la política en Colombia de forma general. No obstante, antes de abordar los casos es importante mencionar que las causas que han impulsado la juridización de la política en Colombia las han sistematizado los profesores Uprimny y Villegas de la siguiente manera: “la independencia judicial, el constitucionalismo militante, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y la difusión de la cultura de la legalidad” (Villegas, 2014, p. 176).

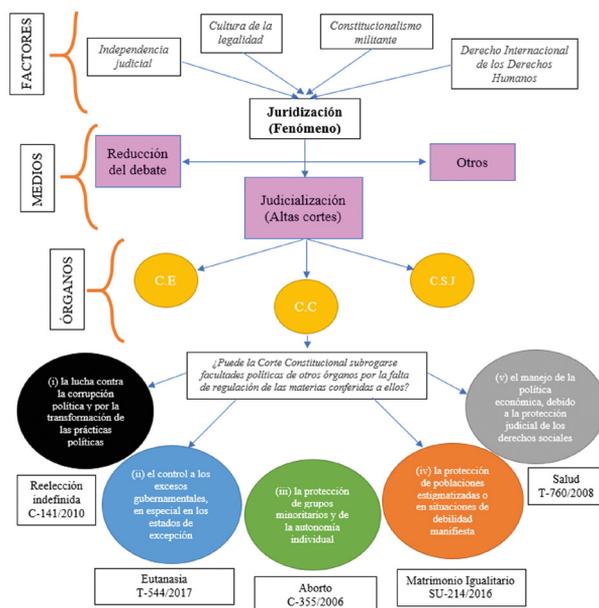
Lo anterior resulta relevante en la discusión debido a que la trayectoria jurisprudencial se ha desarrollado en múltiples materias, dando lugar a una suerte de doctrina interna en la procedencia de la judicialización, los asuntos más significativos en que se ha desarrollado este proceso son:

[...] (i) la lucha contra la corrupción política y por la transformación de las prácticas políticas; (ii) el control a los excesos gubernamentales, en especial en los Estados de excepción; (iii) la protección de grupos minoritarios y de la autonomía individual; (iv) la protección de poblaciones estigmatizadas o en situaciones de debilidad manifiesta y, por último, pero no por ello menos importante; (v) el manejo de la política económica, debido a la protección judicial de los derechos sociales. (Uprimny, 2008, p. 54)

De estos, los casos más icónicos recaen en la negación de la reelección indefinida del expresidente Álvaro Uribe Vélez (Sentencia C-141 de 2010), la regulación del aborto (Sentencia C-355 de 2006) y el matrimonio de parejas homosexuales

(Sentencia SU214 de 2016). Así, que tomaremos estas sentencias como “puntos arquimédicos” (puntos de reconstrucción jurisprudencial) para el análisis dinámico del precedente. En síntesis, se analiza la respuesta que la Corte ha dado al problema jurídico de subrogarse facultades políticas de otros órganos, en los casos antes reseñados, así mismo se examinan las sentencias que sustentan estos casos denominadas “nicho jurisprudencial”, pues no necesariamente han implicado las mismas soluciones, por lo que se reconstruirá cada uno de estos casos para determinar cómo se ha desarrollado la juridización en Colombia sistemáticamente, al punto de erigir una doctrina constitucional de judicialización. En una vista esquemática se podría resumir que la juridización en Colombia se ha presentado como se muestra en la figura 1.

Figura 1.



Fuente: elaboración propia.

En la tabla 2 se evidencia el “análisis dinámico del precedente judicial”, en el que los colores corresponden a los asignados en el esquema anterior, y las líneas¹⁴ nos indican el desarrollo en casos análogos, aclarando que, aquellas sentencias contenidas en la tabla son las que la Corte Constitucional ha usado como puntos de apoyo para fundamentar sus posteriores fallos, es decir, “sentencias hito”¹⁵, lo que quiere decir que estas constituyen derecho vivo y su reiteración permite afirmar que generan subreglas de derecho.

14 Para el caso de la reelección presidencial indefinida no existen antecedentes análogos, por lo que no tiene una línea.

15 Sentencias de relevancia constitucional alta, que son de reiterativo apoyo de sentencias posteriores, marcan el comienzo de una doctrina constitucional (López Medina, 2001).

Tabla 2.

Caso difícil de la esfera política				
A	Escenarios jurisprudenciales			B
¿Puede la Corte Constitucional subrogarse facultades políticas de otros órganos por la falta de regulación de las materias conferidas a ellos? ●				
No conoce del asunto				Asume rol naturalmente político
	T-571/1992 M. P. Sanín			
	C-133/1994 M. P. Barrera			
	C-098/1996 M. P. Cifuentes			
	C-239/1997 M. P. Gaviria			
	C-647/2001 M. P. Beltrán			
	C-130/2002 M. P. Araújo			
	S.V. Tafur			
	C-355/2006 M. P. Araújo			
	T-760/2008 M. P. Cepeda			
	S.V. González			
	C-577/2011 M. P. Mendoza			
	S.V. C-970/2014 M. P. Vargas			
	S.V. Pretelt Mendoza			
	S.V. Pardo			
T-544/2017 M. P. Ortiz				
González				
C-055/2022 M. P. Lizarazo				
0	1	2	3	4
Inhibirse de pronunciarse por ser materia del ejecutivo o legislativo	Exhortar a regular la materia libremente	Exhortar a regular la materia con unos parámetros determinados	Determinar reglas transitorias	Formular órdenes definitivas

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, con miras a desentrañar la doctrina constitucional de la judicialización, estos cinco casos que descienden de escenarios diferentes son propicios para afirmar que al interior de la Corte es reiterativa la discusión sobre el equilibrio de poderes y sus límites con la acción política, pues esto se observa en los múltiples salvamentos de voto (S. V.), de los que se puede afirmar que son muy pocos los casos en que la corporación ha operado unánime frente a esta discusión.

Por otro lado, aseverar que la Corte ha invadido competencias del legislativo o del ejecutivo con fines políticos o movida por intereses, es desconocer el valor del precedente jurisprudencial, en otras palabras, es una conclusión parcializada, debido a que en los diferentes casos se observa que la judicialización opera como el último recurso en un escenario de violación de derechos, en el que el sistema político no es capaz de gestionar los cambios sociales, defender a las minorías o incorporar mecanismos contramayoritarios, en los que la Corte suele realizar una “curva de intervención” (ver análisis dinámico), es decir, comienza con una posición poco activista, pasa por los escenarios de exhortación a los órganos competentes para finalizar con su propias reglas transitorias u órdenes definitivas por la inactividad de los organismos encargados de regular.

En este sentido, tampoco es dable afirmar que existe un punto temporal de inflexión en el que la Corte desarrolla el activismo, debido a que “la curva de intervención” (ver análisis dinámico) se traza en diferentes periodos, para el caso del aborto, formuló órdenes definitivas para su despenalización en el año 2006, mientras que en el 2011 en referencia al matrimonio igualitario exhortaría al Congreso a regular, lo que también haría en el 2014 con el tema de la eutanasia, solamente entraría a regular en el 2016 para el matrimonio igualitario y en el 2017 para la eutanasia. Esto nos permite decir que cada uno de esos temas se desarrolla de forma independiente y su factor en común son los periodos prolongados de falta de intervención del órgano natural, es así, que la reflexión de fondo del comportamiento de la Corte no es tan simple como afirmar que se debe preservar el equilibrio de poderes y no invadir las competencias de otros órganos, pues en escenarios de vulneración donde el legislador o el ejecutivo tienen una conducta omisiva, ¿existe un deber de actuar de parte de la rama judicial, o por el contrario debería sumarse al comportamiento inactivo?

En últimas, la pregunta de trasfondo que surge en este análisis es: ¿cuál es el rol que debe asumir la rama judicial cuando del equilibrio de poderes surgen escenarios de bloqueo institucional, que no permiten gestionar los conflictos sociales por medio del aparato Estatal? Responder a esta cuestión excede las intenciones de este escrito, pero es importante recalcar que históricamente la sociedad ha sabido responder a estos escenarios con conflictividad interna, movimientos sociales e incluso grupos armados, mientras que, *prima facie*, la respuesta institucional de la juridización y posterior judicialización es una

opción contemporánea¹⁶, en la que se permite pacíficamente gestionar cambios, asunto en el que profundizaremos en el siguiente acápite con la pretensión de abordar los efectos de la judicialización de la política en Colombia.

EFFECTOS DE LA JUDICIALIZACIÓN EN COLOMBIA

En este último apartado examinaremos los efectos de la judicialización de la política, postulando que existen tres efectos político-administrativos de la jurisdicción, a saber, la despolitización de la sociedad, el cambio de razonamiento administrativo y el gobierno de los jueces, la *juristocracy*.

La despolitización hace referencia a la pérdida de credibilidad sobre el trámite de conflictos sociales en ámbitos políticos, desarraigando la importancia de la conformación de la rama legislativa y ejecutiva, complejizando el ámbito del conflicto a unas cualidades técnico-jurídicas que solo posee una reducida parte de la población, desdibujando los imaginarios colectivos, los lazos de solidaridad entre la comunidad¹⁷ y enraizando una cultura de lucha individual aparentemente objetiva, que se hace más latente “En épocas de crisis económica, [cuando] los ciudadanos optan por aprender a utilizar los instrumentos jurídicos que les permiten reivindicar de la manera menos costosa sus derechos [...]” (Castillo, 2009, p. 46).

Para Eduardo Nieto (2013) la despolitización se presenta debido a que la judicialización supone la profundización del liberalismo moderno, al poner como actor político al individuo, es decir, rompe los lazos de apoyo necesarios para fijar una agenda política desde los colectivos. En estos términos la discusión de mayorías o minorías pasa a un segundo plano y lo político ya no es un asunto colectivo (Nieto, 2013). El análisis del profesor Nieto se deriva en gran parte de la estructura de los instrumentos jurídicos, pues estos permiten únicamente reclamar a la persona afectada la reivindicación de su derecho¹⁸, entonces la comunicación que efectúa la rama judicial pasa a ser entre sujeto reclamante (accionante) y sujeto vulnerador (accionado), con el gran limitante de que en materia constitucional los recursos judiciales suelen ser residuales y circuns-

16 Frente a esto Cepeda Espinosa afirma que: “The judicialization of politics in Colombia responds to the coexistence of a violent conflict. On the one hand, constitutional amendments play the part of peace agreements between warring enemies; on the other, the judicialization of politics is linked to flaws in the political system, which does not respond adequately to ordinary social conflicts” (2005, p. 68).

17 “El uso de las argucias judiciales para resolver complejos problemas sociales puede dar la impresión de que la solución de muchos problemas políticos no depende de la participación democrática sino de la actividad de jueces y fiscales providenciales. Esto es grave pues implica no sólo una acentuación de la desmovilización ciudadana sino incluso la puesta en cuestión de los propios principios democráticos [...]” (Uprimny, 2008, p. 67).

18 A pesar de que existe una acción colectiva en el ordenamiento jurídico colombiano.

critos a una serie de asuntos que representan un problema constitucional y correspondientemente un grado de urgencia alto. Nieto declara:

Considero en principio que el constitucionalismo de los derechos desincentiva la participación política e impide el desarrollo de la ciudadanía, que se educa precisamente con el conocimiento y la práctica política en un derecho de jueces, como propone el neoconstitucionalismo. Entonces, se empieza a excluir a la ciudadanía de la toma de decisiones y se mediatiza su fuerza al momento que la legislación queda a merced del control de constitucionalidad o, en el mejor de los casos, la legislación queda para decisiones menudas y sin mayor trascendencia. (2013, p. 49)

Esta despolitización de la sociedad también apareja una politización del derecho, para citar un ejemplo, en el proceso de despenalización del aborto de la Corte Constitucional, las sentencias hito C-133 de 1994 y C-647 de 2001 fueron gestionadas con finalidades políticas contradictorias, en la primera, se evidencia una posición de los demandantes proaborto en la que se busca derogar el delito de aborto, mientras que en la segunda estamos ante una demanda interpuesta por los opositores del aborto, los “provida” que buscaban derogar un parágrafo que contenía una causal de exclusión de la pena para quien practicara el aborto. Como se puede observar en el caso del aborto, la Corte Constitucional sirvió de escenario de confrontación para solucionar este conflicto social, que sin dudas por su relevancia no debió ser tramitado por reducida élite jurídica sino por medio de debates públicos en órganos de representación llamados a convocar a la mayoría de la población. Frente a esto, Cepeda Espinosa añade:

The judicialization of politics is a twofold process by which, first, legal arguments are raised in the course of the political process, as a consequence of relevant judicial decisions in other words, the language of the law is absorbed by the political discourse, thereby affecting the normal course of political processes, especially legislative ones. (2005, p. 68)

En síntesis, la despolitización crea el imaginario de que los problemas políticos no dependen de la participación democrática sino de la actividad de los jueces. No obstante, otra parte de la academia considera pertinente manejar esta discusión en términos de una “reconfiguración”, pues profesores como Henao Pérez (2013) afirman que a partir de la constitucionalización del derecho emerge un nuevo orden en el que el juez constitucional no solo es garante de normas, sino también un actor político que está encargado de introducir un “orden social con desarrollo”, por lo que la estructura del Estado se orienta a una nueva división y separación del poder.

Respecto a esta tesis de “reconfiguración” no se puede perder de vista que “Cuando los jueces asumen la política de ordenar políticas públicas, fijar plazos, responsables y contenidos para la misma, nos encontramos frente a una situación que debería ser remedial, residual y temporal”¹⁹ (Cano Blandón, 2010, p. 102), entonces, al regularizar esta protección de forma permanente se desnaturaliza la labor del juez; en esto se ubica el debate de si estamos ante una reconfiguración o desviación del orden político, en el que podemos aseverar que mientras la dirección del constitucionalismo dependa de la conformación (integrantes) de una Corte, se está ante una coyuntura inestable, que independientemente de la postura de cada individuo en este debate, el rol de los órganos judiciales debería ser concertado en sociedad y no ser tomado de facto.

Por otro lado, el segundo efecto de la juridización es el cambio de razonamiento administrativo, que pasa de considerar al derecho como un marco regulador, límite de las políticas e instrumento para su implementación, a considerarlo un tipo concreto de pensamiento administrativo basado en la hermenéutica jurídica, el realismo y el positivismo jurídico²⁰, lo que ocasiona que se aplique el derecho como parámetro de validación de los problemas sociales que muchas veces superan la norma y plantean problemas inexistentes para este, en palabras de Engelmann y Cunha Filho (2013) la juridización propone una racionalización de la administración, en la que la autonomía e independencia del administrador pasa a un segundo plano y con ello las políticas públicas²¹ se resagan, afrontando los problemas sociales desde modelos normativos ideales, pero alejados de la realidad.

Para ejemplificar esto, piénsese en la atención a la tercera edad en circunstancias de debilidad manifiesta por la falta de una renta mínima vital, que en una perspectiva política implicaría diseñar una política pública que abarcara factores de riesgo, atención temprana a enfermedades, creación de lugares de paso, implementación de planes de ayuda familiar, entre otros. Mientras que desde una perspectiva jurídica el administrador puede llegar al absurdo de considerar una restricción de ocupación de lugares públicos e incluso la criminalización a esta población como medios para la atención de la tercera edad.

19 “Remedial en la medida en que ocurre ante la inactividad de los órganos democráticos en la materia; residual porque la actuación judicial en políticas públicas debería ser subsidiaria en el proceso de construcción de las mismas; y temporal porque la democracia exige que los asuntos importantes para una sociedad sean debatidos abierta y públicamente” (Cano Blandón, 2010, p. 102).

20 Métodos de interpretación y análisis del derecho.

21 Para ello, se debe tener en cuenta que la política pública la define Cano Blandón en los siguientes términos: “Entendemos las políticas públicas como un flujo de acciones y decisiones intencionalmente coherentes y racionalmente focalizadas, tomadas por actores públicos (que no sólo estatales), sociales y/o privados, con el fin de resolver, de manera puntual, un problema definido como público en la arena política (*politics*), utilizando para ello recursos técnicos, humanos, físicos y económicos de distinta naturaleza y cuyo propósito, en últimas, es avanzar en la protección progresiva de los derechos constitucionales” (2010, p. 95).

Aunque no en todos los casos se impone un razonamiento jurídico de la anterior manera, también puede ocurrir que el juez aplique su razonamiento jurídico directamente sobre la política pública, caso que es más extendido en Colombia, pues, en “ocasiones la Corte Constitucional ha entrado directamente a establecer como resultado de las acciones de tutela políticas públicas para evitar la violación de los derechos fundamentales de un agregado. Por ejemplo, en Sentencia T-025 de 2004” (Castillo, 2009, p. 48), en la que abordó los derechos de la población desplazada, declarando un estado de cosas inconstitucionales, determinando el volumen de los recursos que se otorgarían para la protección de esta población, y puntualmente ordenando al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia qué hacer y cómo hacerlo.

Otros ejemplos los encontramos en las sentencias C-662 de 2009 sobre las acciones para la atención integral del cáncer; Sentencia C-135 de 2009 sobre las captaciones de dinero no autorizadas (pirámides) en la que la Corte diagnosticó una situación socialmente relevante, diseñó y tomó medidas para solventar la crisis económica, entre otras.

En especial, la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 “ha asumido el papel de ente ordenador, regulador y supervisor de la ejecución de políticas públicas en el país, por lo que pasamos de hablar de la judicialización de la política (*politics*) a la judicialización de las políticas (*policies*)”²² (Cano Blandón, 2010, p. 102). Todo esto desdibuja el papel del administrador, en el sentido de que la discrecionalidad que gozan para atender los problemas sociales de acuerdo con las intenciones de los electores se encuentra reducida por los requerimientos judiciales, que incluso pueden llegar a constituir un cogobierno a través de un sistema de *juristocracy*.

Por último, la *juristocracy* se presenta como el gobierno del derecho a través de los jueces, que desdibuja la estructura democrática del Estado, subsumiendo los demás poderes a una organización jurídica anclada a una época, en la que las posibilidades de cambio están sujetas a una validación legal racional con un mismo marco de referencia llamado Constitución. Lo que termina por generar una fractura cardinal de nuestro sistema político, reevaluando las funciones de la democracia y el constitucionalismo, esto obedece a la aplicación del neo-constitucionalismo o también llamado teoría constitucional contemporánea, en la que se aprecia una “Constitución invasiva del Derecho que ‘condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos’” (Nieto, 2013, pp. 39-40) en el que la posición de la Constitución deja de ser únicamente correctiva del orden jurídico a ser correctiva del orden

22 “En castellano se emplea la misma palabra para diferenciar tres actividades para las que en inglés se usan vocablos diferentes: *polity*, el ámbito del gobierno de las sociedades humanas; *politics*, la organización y la lucha por el poder; y *policy*, los propósitos y programas de las autoridades públicas” (Henaó Pérez, 2013, p. 69).

político, institucional y cultural. Lo que permite a la Corte encontrar el sustento para gestionar conflictos sociales y decidir en qué forma debe orientarse el desarrollo social.

Junto a este elemento teórico que fundamenta un cogobierno judicial, en Colombia existe “[...] una debilidad institucional claramente establecida, [en la] que la separación del poder como presupuesto de la democracia y del Estado liberal está puesta en duda por la supremacía de un poder público sobre los otros [...]” (Henaó Pérez, 2013, p. 12), esto evidencia que el diseño institucional político adolece de sistemas de reducción de intereses individuales. Con esto nos referimos al llamado “costo político” que atempera la forma de actuar de los órganos de representación bajo una presión popular que aprueba o desaprueba su gestión para futuras elecciones, lo que bloquea el margen de acción. En otras palabras, los debates cruciales en la sociedad colombiana no son adelantados por ningún actor político porque suponen un desprestigio para sus intereses de largo plazo.

Es así, que el sistema de continuidad de actores políticos bloquea la tramitación de conflictos sociales en los órganos de representación, más exactamente la reelección de funcionarios públicos como los parlamentarios o administradores, frente a esto la prohibición de reelección y el alargamiento de periodos electivos son dos mecanismos transitorios que reducen los intereses personales en el plano representativo, así como también órganos representativos menos numerosos permiten un mayor control social. En últimas, se afirma que la juridización de la política aparece en escenarios de profunda crisis, como una válvula de escape de presiones sociales, que cambia el panorama social y asigna roles diferentes al funcionamiento del Estado, pero que en esencia no es la causa de la crisis sino un efecto, donde el principal foco de atención debe estar en la configuración institucional de los órganos de representación, pues en ningún caso la consecución de derechos y atención de condiciones de vulnerabilidad pueden ser asumidas como indeseables. Como lo expone Cano Blandón:

Democracia y Constitucionalismo, deben estar al servicio de los derechos; tanto los órganos democráticos como los jueces constitucionales son órganos constituidos y, como tales, sometidos a la normatividad constitucional como límite y como fin. La función de cada uno es indispensable para la eficacia de los derechos sociales, así como su convivencia es necesaria para hablar de un Estado Democrático y Constitucional. (2010, p. 111)

CONCLUSIÓN

La juridización se caracteriza por ser una ruptura en la fragmentación del poder, pues supone que la rama judicial se adjudica funciones administrativas que corresponden al ejecutivo o legislativo, lo que resulta conflictivo debido a que el actuar de los jueces obedece a un razonamiento jurídico basado en unas técnicas propias de interpretación que persiguen fines intrínsecos al sistema jurídico. Al contrario, la acción política goza de un margen de acción deseable, en el que ejecuta un programa de gobierno o un programa legislativo apoyado popular y democráticamente, que legitima el actuar de los administradores y congresistas. A pesar de ello los “costos políticos” que implican las decisiones importantes de la sociedad han generado la inactividad de parte de los administradores y congresistas, dando lugar a que el activismo judicial se encargue de la acción política.

El caso colombiano es demostrativo del inactivismo de los órganos encargados de la acción política, debido a que el “análisis dinámico del precedente jurisprudencial” de la Corte Constitucional colombiana arroja que la judicialización se desarrolla a través de una “curva de intervención” en la que la judicialización opera como el último paso en un escenario de violación de derechos. En el cual el sistema político no es capaz de gestionar los cambios sociales, comenzando con una posición poco activista, pasa por los escenarios de exhortación a los órganos competentes para finalizar con sus propias reglas transitorias u órdenes definitivas por la inactividad de los organismos encargados de regular. Lo que ocurre de manera independiente en cada asunto por lo que no se puede concluir que existió un cambio de doctrina en un momento histórico, sino que este es el actuar de la Corte a partir de la constitucionalización del derecho.

Por último, los efectos de la juridización de la política son tres: la despolitización de la sociedad, el cambio de razonamiento administrativo y la *juristocracy*. El primero de estos implica el imaginario de asumir que los problemas políticos no dependen de la participación democrática sino de la actividad de los jueces. El cambio de razonamiento administrativo se basa en que lógica y medios de interpretación jurídicos se imponen como criterios para atender la validación de problemas sociales, lo que implica una racionalización de la administración. Finalmente la *juristocracy* se presenta como el gobierno del derecho a través de los jueces, que desdibuja la estructura democrática del Estado, subsumiendo los demás poderes a una organización jurídica anclada a una época.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (1998). Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos. En R. Bergalli (Ed.), *Contradicciones entre derecho y control social*. Barcelona: Goethe Institutl (pp. 55-72).
- Cano Blandón, L. F. (2010). Eficacia de los derechos sociales: análisis de las sentencias de tutela y de las políticas públicas para su protección en la subregión del Magdalena Medio antioqueño. *Estudios de Derecho*, LXVII(149), 88-114.
- Castillo, F. (2009). La incidencia de la acción de tutela en la implementación de las políticas públicas. *Vniversitas*, 119, 35-54. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602009000200008&lang=pt%5Cnhttp://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a08.pdf
- Cepeda Espinosa, M. J. (2005). The judicialization of politics in Colombia: the old and the new. En R. Sieder, L. Schjolden y A. Angell (Eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America* (pp. 67-103). https://doi.org/10.1007/978-1-137-10887-6_4
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia de tutela 571 de 1992. Expediente T-2635. M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia de constitucionalidad 133 de 1994. Expediente D-386. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia de constitucionalidad 098 de 1996. Demanda N° D-911. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia de constitucionalidad 239 de 1997. Expediente D-1490. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia de constitucionalidad 647 de 2001. Expediente D-3292. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia de constitucionalidad 130 de 2002. Expediente D-3666. M. P.: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia de constitucionalidad 355 de 2006. Expedientes D- 6122, 6123 y 6124. Demandas de inconstitucionalidad contra los arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el art. 14 de

- la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 Código Penal. M. P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia de tutela 760 de 2008. Expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317 y T-1867326. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia de constitucionalidad 141 de 2010. Expediente CRF-003. M. S.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia de constitucionalidad 577 de 2011. Expedientes acumulados D-8367 y D-8376. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia de constitucionalidad 970 de 2014. Expediente T-4.067.849. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia de unificación 214 de 2016. Expediente T- 4.167.863 AC. M. P.: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia de tutela 544 de 2017. Expediente T-6.084.435. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Couso, J. A. (2011). La judicialización de la política chilena: la revolución de los derechos que nunca fue. En R. Sieder, L. Schjolden y A. Angell (Eds.), *La judicialización de la política en América Latina* (pp. 121-146). Universidad Externado de Colombia.
- Engelmann, F. y Cunha Filho, M. C. (2013). Ações judiciais, conteúdos políticos. *Revista de Sociologia e Política*, 21(45), 57-n/a. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100006>
- Engelmann, F. y Penna, L. R. (2016). Constitucionalismo e batalhas políticas na Argentina: elementos para uma história social. *Estudos Históricos (Rio de Janeiro)*, 29(58), 505-524. <https://www.scielo.br/j/eh/a/WgyVhkgYysVFqY74685RLwk/abstract/?lang=pt>
- Henoa Pérez, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29), 67-102.

- Hirschl, R. (2008). The judicialization of politics. En Oxford (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 119-141). Oxford Press.
- López Medina, D. E. (2001). *El derecho de los jueces*. Temis.
- López Medina, D. E. (2016). *Eslabones del derecho: el deber de coherencia con el precedente judicial*. Legis.
- Nieto, E. H. (2013). ¿Constitucionalizar el derecho o politizar la Constitución? Amenazas, riesgos y peligros en el constitucionalismo contemporáneo. *Derecho PUCP*, 71(37), 8-23. <https://doi.org/10.3868/so50-004-015-0003-8>
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (2011). *La judicialización de la política en América Latina*. Publicaciones de la Casa Chata.
- Simon, H. (1984). *El comportamiento administrativo*. Aguilar.
- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En R. Uprimny Yepes, J. Ferejohn, K. Ansolabehere y A. R. Dallas Via (Autores), *Los jueces: entre el derecho y la política* (pp. 81-99). Instituto Latinoamericano de Servicios Legales.
- Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. J. R. Maecha López, editor.
- Vargas Rodríguez, F. (2018). Habermas: derecho, decisión judicial y su contexto en Colombia. En G. A. Barón, J. S. Ballén, E. J. Talavera, F. Vargas, P. A. García y A. Silva (Autores), *Ensayos sobre la decisión judicial* (pp. 23-45). Leyer.
- Villegas, M. G. (2014). Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano. *Análisis Político*, 82, 167-195.

La impronta del psicoanálisis en la doctrina de Hans Kelsen (con especial énfasis en sus estudios platónicos)

The imprint of psychoanalysis in the doctrine of Hans Kelsen (with special emphasis on his platonic studies)

*Augusto Fernando Carrillo Salgado**

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2021

Fecha de aprobación: 20 de marzo de 2022

RESUMEN

El objetivo general de este artículo es explicar la relación entre la doctrina de Sigmund Freud y el trabajo de Hans Kelsen. En tanto objetivo particular, como lo indica el título, se expone la impronta del psicoanálisis en las reflexiones kelsenianas en torno a la propuesta filosófica de Platón. En primer lugar, se describe el contacto entre Hans Kelsen y la doctrina de Sigmund Freud. Posteriormente, se exponen las ideas generales de los estudios kelsenianos alrededor de la doctrina de Platón. Por último, se presentan las conclusiones de este documento. Los métodos empleados para la elaboración de este artículo son el deductivo, el histórico y el analítico, mientras que la técnica utilizada es la investigación documental.

Palabras clave: Hans Kelsen, Sigmund Freud, Platón, psicoanálisis, Estado.

ABSTRACT

The general aim of this paper is to explain the relationship between the doctrine of Sigmund Freud and the work of Hans Kelsen. The particular objective, on the other hand, is to expose the imprint of psychoanalysis on Kelsen's reflections on Plato's. First, the contact between Hans Kelsen and the doctrine of Sigmund Freud is described. Subsequently, the general ideas of Kelsenian studies on the doctrines of Plato are explained. Finally, the conclusions of this work are presented. The methods used for the elaboration of this article are deductive, historical, and analytical, while the technique used is documentary research.

Keywords: Hans Kelsen, Sigmund Freud, Plato, psychoanalysis, State.

* Estudiante de doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), maestro en Derecho con mención honorífica por la UNAM, especialista como secretario de juzgado por el otrora Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación y licenciado en derecho por la UNAM. Deseo agradecer al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por el apoyo brindado para la elaboración de este documento. fernando90@comunidad.unam.mx. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>

INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha precisado en otro lado, la doctrina de Hans Kelsen puede examinarse desde tres ángulos (Carrillo, 2021). A saber, desde el punto de vista deontológico, a partir de una posición ontológica y desde una perspectiva metodológica. Como su nombre lo indica, el primer punto de vista corresponde a las reflexiones que el jurista vienés realizó, por ejemplo, en torno a la ética y la filosofía política. La posición ontológica, por su parte, abarca todos aquellos temas relacionados con la creación y la aplicación del derecho. La perspectiva metodológica, por último, hace referencia al lado científico de la doctrina kelseniana. La *Reine rechtslehre* es, sin duda alguna, el *leitmotiv* de este enfoque. Cabe destacar que esta perspectiva es el lado más conocido de la doctrina kelseniana en el mundo de habla hispana. Sin embargo, el trabajo de Hans Kelsen va mucho más allá de la *Reine rechtslehre*¹.

En realidad, durante más de cinco décadas el psicoanálisis y la filosofía griega estuvieron presentes en las reflexiones del jurista de Viena. Por una parte, examinó la personificación del Estado y su relación con el individuo a través de las categorías de análisis propuestas por Sigmund Freud. Por otra, también empleó los descubrimientos de Freud para comprender a las personas con las que convivía en su vida cotidiana. Pero no solo eso, gracias al psicoanálisis pudo estudiar la personalidad de Platón.

En ese orden de ideas, el objetivo general de este artículo consiste, precisamente, en explicar la relación entre la doctrina de Sigmund Freud y el trabajo de Hans Kelsen. El objetivo particular es exponer la impronta del psicoanálisis en las reflexiones kelsenianas en torno a la propuesta filosófica de Platón. En primer lugar, se describe el contacto entre Hans Kelsen y la doctrina de Sigmund Freud. Posteriormente, se exponen las ideas generales de los estudios kelsenianos alrededor de la doctrina de Platón. Por último, se presentan las conclusiones. Este documento se sitúa en la perspectiva deontológica de las pesquisas del maestro de Viena. Los métodos empleados para la elaboración de este artículo son el deductivo, histórico y analítico, mientras que la técnica utilizada es la investigación documental-bibliográfica.

1 De ninguna manera se pretende denostar, por supuesto, los estudios realizados en las últimas décadas en torno a la *Reine rechtslehre*. Sin embargo, ¿qué sentido tendría continuar explorando un campo de estudio que, al parecer, ha sido sobreexplotado?

HANS KELSEN Y SU CONTACTO CON EL PSICOANÁLISIS DE SIGMUND FREUD

A finales del siglo XIX y principios del XX Viena era la capital cultural de Europa. A pesar de su contradictorio trasfondo económico y político era la Atenas moderna del viejo continente. Viena se caracterizaba por su ambiente bohemio: música, pintura, arte, ciencia y osadas corrientes filosóficas. Allí floreció la obra musical de Schönberg, Alban Berg y Anton Webern, la pintura de Jugendstil y Klimt, la arquitectura de Bauhaus, Adolf Loos y Otto Wagner, las letras de Schnitzler, Rilke y Hofmannsthal, la termodinámica de Boltzmann, la propia doctrina de Hans Kelsen y las teorías económicas de Hayek (Métall, 1976). En esta Viena floreció, desde luego, el psicoanálisis de Sigmund Freud.

El padre del psicoanálisis nació en Freiberg, Moravia y murió en Londres. Sigmund Freud fue, sin duda alguna, un vienés de pleno derecho porque vivió durante ochenta años en la capital del otrora Imperio austrohúngaro. Sin embargo, su origen judío y el avance del ejército nazi lo constriñeron a pasar los postreros años de su existencia en un forzado autoexilio londinense (Hall, 2009). Sobre su vida se sabe que estudió medicina en la Universidad de Viena; tras graduarse se dedicó al ejercicio de la profesión y, posteriormente, se especializó en enfermedades nerviosas (Hall, 2009). Con el propósito de refinar su conocimiento pasó un año en París estudiando hipnosis, así como otras técnicas médicas con Charcot. Atraído por las enseñanzas de su maestro, Sigmund Freud abandonó el campo de las enfermedades nerviosas para enfocarse de lleno en la psicología. Empero, decidió apartarse del sendero de su maestro porque la hipnosis no solucionaba, a su juicio, las cuitas de sus pacientes (Hall, 2009).

En aquella época, la mayoría de los médicos creían que la psique del ser humano era, por una parte, completamente racional y, por la otra, consciente. Freud observó que, no obstante los argumentos dados o las conclusiones racionales a las que pudieran llegar el médico y su paciente, este último regresaba a comportarse de manera instintiva, salvaje o irracional. Freud (2002) concluyó entonces que no todos los procesos mentales tenían cabida en el plano consciente. Por si fuera poco, se dio cuenta de que el ser humano no se encontraba guiado, exclusivamente, por la razón. En realidad, descubrió la existencia de misteriosos mecanismos que dirigían la conducta humana (Freud, 2002).

Comenzó a publicar sus teorías en diversas revistas científicas. Poco a poco fue ganando adeptos hasta que, entre 1904 y 1906, fundó la Sociedad Psicoanalítica (Freud, 2002). El movimiento psicoanalítico no dejó de crecer; más aún, se fueron uniendo personas provenientes de países como Francia, Reino Unido y Suiza. Esta corriente continuó expandiéndose a tal grado que, en 1910, se creó la Asociación Psicoanalítica Internacional (Fromm, 1981). No obstante,

al poco tiempo surgieron discrepancias entre sus miembros debido, en buena medida, a la personalidad autoritaria de Sigmund Freud y al deseo de abordar los padecimientos mentales desde otras aristas diferentes al psicoanálisis. De esta forma, los primeros en alejarse de Freud fueron Alfred Adler y Carl Gustav Jung (Fromm, 1985).

Hacia 1921 Freud comenzó a describir la mente humana a través de un modelo psicodinámico constituido por tres elementos: el ello, el yo y el superyó. El ello se encuentra en el plano más profundo del inconsciente y retrata los deseos del ser humano. Es, por decirlo de alguna forma, la parte instintiva de las personas (Freud, 1976). Al buscar en todo momento el placer, el ello se encuentra en conflicto permanente con el superyó; que refleja el aspecto moral de las personas (Freud, 1976). En algunas ocasiones el ello se impondrá sobre el superyó y, en otras, este sobre aquel. La instancia mediadora entre el ello y el superyó es el yo (Freud, 1976). ¿De qué manera examinar, se preguntó Freud, los elementos que conforman la mente humana durante las terapias si se encuentran en el plano inconsciente? La asociación libre fue la respuesta. Este método consiste en dejar que el paciente platique sus ideas. Mientras tanto, el terapeuta debe descubrir, describir e hilar los razonamientos de la persona, así como interpretar los elementos simbólicos que refiera.

Si bien es cierto que a finales del siglo XIX y principios del XX Viena era el centro cultural de Europa, también lo es que, debido a su extensión territorial, la capital del otrora Imperio austrohúngaro era una ciudad muy pequeña. En consecuencia, no debe sorprender que los intelectuales de aquella época estuvieran en estrecho contacto los unos con los otros, sea porque se conocían *vis-à-vis*, sea porque sus ideas eran discutidas intensamente en todos los círculos académicos. Así, Hans Kelsen entró en contacto con el movimiento psicoanalítico justo el mismo año en que se publicaría la primera edición de sus famosos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Kelsen, 1923). Dictaría por primera vez una conferencia en el seno de la Sociedad Psicoanalítica, gracias a la invitación de Hans Sachs, el 13 de diciembre de 1911 (Tommasi, 1985). Este no sería, sin embargo, el único contacto que el padre de la *Reine rechtslehre* tendría con el psicoanálisis. En realidad, las ideas de Freud y su círculo están presentes, de diversas formas, a través del tiempo en toda la obra de Kelsen.

La relación entre la doctrina del jurista de Viena y el psicoanálisis subsistiría, sea de manera implícita, sea en forma explícita, por más de cinco décadas. En efecto, Hans Kelsen publicó una serie de ensayos en diferentes revistas, tanto de corte estrictamente psicoanalítico, como jurídico-filosófico. Por ejemplo, once años después de su primera conferencia para la Sociedad Psicoanalítica, publicó en *Imago* —revista que editaba Sigmund Freud— su famoso ensayo *Der begriff des staates und die sozialpsychologie. Mit besonderer berücksichtigung von Freuds*

theorie der masse (Kelsen, 1922). Poco más tarde apareció *Gott und Staat* (Kelsen, 1922-1923)² en la revista *Logos*. Cuatro años después, en *Die idee des naturrechts* Hans Kelsen (2010a) formuló nuevas consideraciones de carácter psicoanalítico³. Este texto se difundió en la *Zeitschrift für Öffentliches Recht*. El precursor de la *Reine rechtslehre* se apartaría de las cuestiones psicoanalíticas por seis años pero volvería a ellas en *Die platonische liebe* (Kelsen, 1933a), texto publicado en *Imago*.

Ese mismo año aparecieron otros dos artículos sobre filosofía, derecho y psicoanálisis. En efecto, enviaría a *Kant-Studien* su *Die platonische gerechtigkeit* (Kelsen, 1933b)⁴ y a la *Zeitschrift für Öffentlichen Recht* su famosa *Die hellenische-mazedonische politik und die politik des Aristoteles* (Kelsen, 2010c). Nueve años más tarde, refinaría *Die platonische liebe* y publicaría, en *American Imago*, una versión en inglés de este ensayo con el título de *Platonic love* (Kelsen, 1942). Por último, aunque de manera marginal, formuló algunas consideraciones psicoanalíticas en su ensayo *What is justice?* (Kelsen, 1993). Así, puede observarse que el maestro de Viena se ocupó de cuestiones psicoanalíticas durante las décadas de 1910, 1920, 1930, 1940 y 1970.

A decir verdad, el jurista vienés no fue un “psicoanalista no-médico” ortodoxo. En realidad, siempre dudó del valor terapéutico del psicoanálisis (Losano, 1989), pero no por ello descartó su importancia teórica. Es decir, no siguió en forma estricta los postulados de Sigmund Freud. Sus ensayos son una suerte de sincretismo entre el psicoanálisis y la filología. En efecto, Hans Kelsen hace referencia al inconsciente, así como al peso de la libido en tanto condicionante de la conducta del ser humano pero, también, analiza meticulosamente los textos de autores clásicos para tratar de penetrar en los recovecos de su mente.

En términos generales, puede decirse que el padre de la *Reine rechtslehre* empleó el psicoanálisis en, cuando menos, tres formas. Para empezar, analizó la relación entre el individuo y el Estado. Tal es el sentido, por ejemplo, de sus ensayos *Der begriff des staates und die sozialpsychologie. Mit besonderer berücksichtigung von Freuds theorie der masse y Gott und Staat*. De acuerdo con el maestro, el ser humano hipostasia al Estado cuando formula concepciones personalistas sobre él (Nour, 2015). En realidad, estas formulaciones encubren una relación a través de la cual una masa de seres humanos alberga el deseo de ser dominada, en tanto que un corpúsculo reducido de personas quiere ejercer un poder de dominación sobre otros. Las personas que actúan bajo una concepción personalista del

2 Existe una versión en español (Kelsen, 1989).

3 Es importante precisar que las reflexiones jurídico-psicoanalíticas de Hans Kelsen no son el *leitmotiv* de este ensayo. En otras palabras, solo marginalmente abordaría el tema porque la atención del jurista vienés se centra en la relación entre el derecho natural y el derecho positivo. En este documento, sobre todo, reafirma su idea respecto a la similitud entre las concepciones personalistas del Estado y Dios.

4 Existe una versión en español (Kelsen, 2010b).

Estado están tratando de regresar a una condición infantil caracterizada por una supuesta seguridad a cargo de un ente proveedor superior (Kelsen, 1989).

Por si lo anterior fuera poco, Hans Kelsen destaca las similitudes entre la idea de Dios y las concepciones personalistas del Estado. Cuando los seres humanos desarrollan la idea de Dios están creando un ente abstracto al que confieren, directa o indirectamente, cualidades antropomórficas. Dios representa la unidad de una voluntad superior que regula todo lo existente en el mundo sensible (Kelsen, 1989). De Dios se deriva el resto de las normas jurídicas; más aún, las normas positivas deben ser un reflejo de las reglas dictadas por una divinidad. Sucede algo semejante con las concepciones personalistas del Estado (Kelsen, 1989). Con estas, los seres humanos crean, de nueva cuenta, un ente abstracto con cualidades humanas. La diferencia entre una y otra concepción radica en su secularización. Dios corresponde al ámbito de la religión, las concepciones personalistas del Estado a la no-religión. Ambos supuestos representan el principio de retribución, el cual no forma parte, ni de las ciencias duras (principio de causalidad), ni de las ciencias del espíritu (principio de imputación) (Kelsen, 2010a). En consecuencia, de acuerdo con Kelsen, ambas posturas son la clara expresión de un pensamiento mágico-primitivo.

Hans Kelsen no solo empleó el psicoanálisis en sus reflexiones científicas sino, también, en su vida personal. Fue, sin duda alguna, un ser humano sumamente observador. Tal parece que la doctrina de Sigmund Freud le sería muy útil para comprender la personalidad de la gente que le rodeaba. Es el caso del altercado que tuvo con su exalumno Fritz Sander quien, tras llevar una relación cordial y expresar una profunda devoción por Hans Kelsen, comenzó a atacarlo. Primero, publicó un par de ensayos débilmente fundados en contra de la *Reine rechtslehre*. Después acusó falsamente al profesor vienés de haber cometido plagio. Naturalmente, Fritz Sander terminó por ofrecer una disculpa pública por su erróneo proceder. Al respecto, el jurista en su autobiografía formula las siguientes consideraciones:

Él era de una naturaleza muy contradictoria y sus relaciones conmigo un típico ejemplo de amor-odio, o, *para utilizar una expresión psicoanalítica, un complejo de Edipo*. Ninguno de mis discípulos me colmó con tantas expresiones de admiración, amor, fidelidad, como SANDER durante el primer periodo de nuestras relaciones. Él me aseguró una y otra vez, que me consideraba como su padre espiritual —a su propio padre lo había odiado— y de él me contaba las más espeluznantes historias.

Siempre de nuevo me aseveraba, que yo lo había hecho nacer a la vida espiritual y que sin mí estaría intelectualmente perdido. Su acusación de plagio fue un verdadero intento de parricidio, y yo creo que efectivamente él se hizo luego duras acusaciones a sí mismo. (Kelsen, 2008a, p. 60; énfasis añadido)

En mi opinión la cita anterior es reveladora en, cuando menos, dos sentidos. Primero, permite soportar la hipótesis de que Hans Kelsen empleaba las herramientas teóricas de Freud en su vida cotidiana para entender a las personas que le rodeaban. Segundo, y quizá lo más importante, la comprensión del jurista vienés del psicoanálisis estuvo, al igual que el resto de su pensamiento, en un proceso de refinamiento constante. En efecto, en *Der begriff des staates und die sozialpsychologie. Mit besonderer berücksichtigung von Freuds theorie der masse y Gott und Staat* Hans Kelsen usa términos que se encuentran presentes, sobre todo, en la obra temprana de Freud (2004). Verbigracia, la idea del inconsciente y el concepto de hipóstasis. En estos trabajos Freud aún no desarrollaba su teoría psicodinámica y, por ende, no estaba nítidamente expresado el llamado complejo de Edipo. Sin embargo, en su autobiografía, cuyo manuscrito data de 1947, al analizar la personalidad de Sander, Hans Kelsen hace referencia a este complejo. Dicho de otra manera, Kelsen reexaminó un suceso ocurrido dos décadas atrás con una categoría de análisis que no se observa ni en *Der begriff des staates und die sozialpsychologie* ni en *Gott und Staat*.

Finalmente, la reflexión psicoanalítica en torno a la filosofía platónica es la tercer área de la que se ocupó Hans Kelsen. Si bien es cierto el ensayo *Die platonische gerechtigkeit* ya cuenta con una versión en español gracias a Luis Legaz y Lacambra, también lo es que, paradójicamente, es mucho menos conocido que la *Reine rechtslehre*. Este último documento, *Die platonische gerechtigkeit* debe leerse, también, en relación con *Die platonische liebe*. Cabe destacar que los estudios psicoanalíticos kelsenianos alrededor de la filosofía platónica se caracterizaron por el uso de categorías de análisis de la obra de Freud, un refinamiento paulatino, así como una profunda impronta filológica. Esta tercer área de las reflexiones psicoanalíticas kelsenianas merece, sin duda alguna, un análisis más amplio.

ESTUDIOS KELSENIANOS SOBRE LA DOCTRINA PLATÓNICA

Desde sus primeras obras el jurista vienés estuvo interesado en la filosofía griega, sobre todo en lo escrito por Platón y Aristóteles. Respecto a este último filósofo, Hans Kelsen solo estaría interesado en sus ideas sobre la justicia distributiva. El mutis que realiza el maestro de Viena respecto a la personalidad de Aristóteles es todo un misterio. Por cuanto hace al primero de los pensadores griegos, Hans Kelsen centró sus esfuerzos, sobre todo, en analizar la psique de Platón. Para entender la relación entre el padre de la *Reine rechtslehre* y Platón primero se analizará el origen y la evolución de *Die platonische liebe*. Posteriormente, se expondrá el contenido de *Die platonische gerechtigkeit* y su relación con *Die platonische liebe*.

Tal y como se precisó en líneas superiores, en 1933 Hans Kelsen publicó la primera versión de su *Die platonische liebe* en *Imago. Zeitschrift für Psychoanalytische Psychologie ihre Grenzgebiete und Anwendungen*, revista editada por el propio Sigmund Freud. En aquel entonces, *Die platonische liebe* se integraba, tan solo, por el ensayo *Eros*. Sin embargo, el jurista de Viena expresó claramente su intención de expandir su trabajo. La hipótesis anterior se colige del propio título de su ensayo el cual es, en realidad, *Die platonische liebe I* (Kelsen, 1933a).

¿Por qué no publicó Kelsen *Die platonische liebe II*? En mi opinión, la respuesta puede hallarse en la historia. Como se sabe, entre el otoño de 1929 y abril de 1933, Hans Kelsen impartió cátedra de derecho internacional público en la Universidad de Colonia. Luego de tres años de relativa paz y estabilidad, su vida cambió por completo tras la llegada de Adolf Hitler al poder (Kelsen, 2008a). Primero sería depuesto de sus funciones como profesor; después, tendría que autoexiliarse en Ginebra para evitar la persecución debido a su origen judío. Por tanto, es comprensible que la atención de Hans Kelsen estuviera en preparar su llegada al Institut Universitaire de Hautes Études, así como en publicar la primera edición de su *Reine rechtslehre* (Kelsen, 2008b).

Tendrían que transcurrir nueve años para que Hans Kelsen completara su *Die platonische liebe*. Tras la invasión a Francia Europa estaba dominada casi por completo por las tropas de Adolf Hitler; las únicas excepciones eran Suiza y Reino Unido. Si bien es cierto el primero de los países jamás sería tomado por los nacionalsocialistas, también lo es que el jurista tendría sobradas razones para huir hacia los Estados Unidos de América. Al respecto, explica:

[c]on el corazón adolorido abandoné Ginebra con mi mujer en 1940. Una ciudad donde había realizado satisfactorio trabajo durante siete años, en un ambiente ideal. Cercano a la edad de sesenta años, iba a iniciar de nuevo y desde el principio mi carrera académica, en un país cuya lengua dominaba apenas muy imperfectamente. (Kelsen, 2008a, p. 79)

Dos años después de su llegada al territorio americano, Hans Kelsen publicó, en *American Imago*, la segunda versión de *Die platonische liebe*, con el título de *Platonic love*. Este ensayo estaría compuesto por *Eros* y *Kratos*.

En *Die platonische liebe*, entendiendo como tal la suma de los ensayos de 1933 y 1942, Hans Kelsen analiza la psique de Platón, así como su relación con su propuesta filosófico-política. De acuerdo con el jurista, comprender la filosofía platónica como el amor al conocimiento, además de un cliché, es un error. En realidad, la doctrina de Platón era un programa político cuya piedra angular se halla en sus pulsiones sexuales hacia los jóvenes. Kelsen (1933a) afirma que Platón sentía una fuerte atracción erótica hacia los mancebos griegos. No obstante,

contrario a lo que comúnmente se cree, la pederastia no era, ni una práctica ampliamente difundida, ni legal o moralmente aceptada por los pueblos griegos. Esta prohibición constriñó al filósofo griego a desarrollar un modelo filosófico-político con un propósito muy claro: transformar a la sociedad (Kelsen, 1933a).

Platón sentía una fuerte animadversión hacia la sociedad griega porque sus valores chocaban con sus propias pulsiones sexuales. Su angustia llegó a un grado tal que, inclusive, el tema se presentaba de manera recurrente en sus sueños (Kelsen, 1933a). Esto lo infiere Hans Kelsen gracias al examen meticuloso de los libros que componen los famosos *Diálogos* platónicos. El filósofo griego podría visualizarse, entonces, como un revolucionario. No era él quien debía adaptarse a la sociedad, era esta quien debía amoldarse a sus deseos.

Platón desarrolló un modelo político-filosófico basado en el culto al líder. Un modelo sustentado en la adoración del filósofo-político que sería capaz de conocer los misterios de un mundo metafísico reservado a unos cuantos: el mundo de las ideas. En el modelo filosófico-político platónico solo había lugar para el amor entre los hombres. Ellos se adorarían los unos a los otros y elevarían a la cúspide del poder político a los más bellos y capaces. Los dirigentes, los héroes de guerra, los hombres de ingenio serían adorados eróticamente por los demás (Kelsen, 1933a). De esta forma, mediante su academia, Platón quería formar, en su modelo filosófico-político, a los futuros dirigentes de las polis griegas porque la transformación de la sociedad estaba indefectiblemente vinculada a la educación de su pueblo.

¿Cuál era la relación entre Platón y las mujeres? De acuerdo con Hans Kelsen, el filósofo griego las despreciaba. En sus *Diálogos* hace pocas menciones a las mujeres de su familia. En realidad, en buena medida su obra puede ser vista como una extensa loa a los varones de su linaje (Kelsen, 1933a). Para Platón, la igualdad entre mujeres y hombres solo era posible en la medida en que ellas adoptaran los mismos patrones que los varones. En otras palabras, la igualdad estaría condicionada a su adaptación a las reglas y las actividades de los hombres.

En líneas anteriores se dijo que Platón era un hombre de acción porque no se contentó con observar el mundo; es decir, no se limitó a tratar de explicar la realidad a través de la filosofía. Por el contrario, según refiere Hans Kelsen en *Kratos*, segunda parte de su ensayo *Die platonische liebe*, en varias ocasiones buscó poner en marcha su plan. En efecto, Platón trató de instruir a los gobernantes griegos en su doctrina, tal y como lo demuestran sus viajes a Siracusa. En este lugar, a través de Dión, buscó ganarse el favor del tirano Dionisio el joven. Con todo, su plan salió mal en las tres ocasiones que lo intentó y fracasó.

Pero Hans Kelsen también se ocupó de la personalidad de Platón en otro de sus textos: *Die platonische gerechtigkeit*. El énfasis sería puesto, como su nombre lo indica, en los ámbitos de la ética y el derecho. Hans Kelsen hizo referencia a la composición psíquica de este filósofo griego solo en los parágrafos I y II de este texto. De nueva cuenta repetiría su fórmula, el dualismo platónico entre el mundo sensible y el de las ideas encontraría su origen en las inclinaciones homosexuales del pensador griego. Para Kelsen, el filósofo griego creó un mundo ideal, alternativo, que quería imponer a través de la educación. No debe pasar inadvertida una característica del ensayo de Hans Kelsen que se comenta: la introducción y los primeros apartados de *Die platonische gerechtigkeit* son prácticamente idénticos a los de *Die platonische liebe*. Lo que cambia es el orden y notas a pie de página. Finalmente, es importante reiterar que Hans Kelsen solo dedicaría un par de cuartillas a analizar la psique de Platón, pues el resto del documento es una reflexión sobre el concepto platónico de justicia y la imposibilidad de tildar un valor como absoluto.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, el psicoanálisis estuvo presente por más de cinco décadas en la obra de Hans Kelsen. Los principales temas que examinó, a través de las categorías propuestas por Sigmund Freud, fueron las concepciones personalistas del Estado, así como la relación entre este y el individuo; también examinó la filosofía platónica-aristotélica e hizo uso del psicoanálisis para comprender a las personas que le rodeaban. Lo anterior permite observar que, en realidad, la obra del jurista de Viena entraña un cierto carácter multidisciplinario.

No solo eso, también permite conocer un poco más sobre los métodos y las técnicas de investigación de Hans Kelsen. Todo parece indicar que, primero, escribía un texto base, luego lo fragmentaba y matizaba con base al tipo de revista a la que deseaba enviar alguna versión de su trabajo. De esta manera, por ejemplo, muchas de las ideas expresadas en *Die platonische liebe* están presentes en *Die platonische gerechtigkeit* y viceversa. El apartado I de *Die platonische liebe*, por ejemplo, corresponde al párrafo II de *Die platonische gerechtigkeit*. Por si fuera poco, la mayoría de las notas a pie de página de *Die platonische liebe* no están en *Die platonische gerechtigkeit*. Lo anterior proporciona otra pista sobre las técnicas de trabajo de Hans Kelsen. Primero escribía el cuerpo del texto y, posteriormente, agregaba las notas a pie de página.

Como se indicó en las primeras líneas del último apartado, llama la atención el mutis que Hans Kelsen efectuó respecto a la personalidad de Aristóteles. ¿Por qué estuvo tan interesado en comprender la mente de Platón y no así la de Aristóteles? ¿Acaso el jurista de Viena sentía una especie de animadversión hacia

la filosofía idealista? ¿Por qué motivo? ¿Acaso las interrogantes anteriores son erróneas? Esta es, sin duda alguna, una línea de investigación interesante que podría, inclusive, conducir a revisar directamente los manuscritos del jurista que se encuentran en el Instituto Hans Kelsen.

REFERENCIAS

- Carrillo Salgado, A. F. (2021). Un acercamiento al positivismo inclusivo de Hans Kelsen. En A. F. Carrillo Salgado y J. C. Muñoz Mendiola (Coords.), *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen*. Tirant Lo Blanch.
- Freud, S. (1976). *Obras completas. Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis y otras obras (1932-1936)*. Amorrortu Editores.
- Freud, S. (2002). *Introducción al psicoanálisis*. Porrúa.
- Freud, S. (2004). *Totem and Taboo*. Routledge & Kegan Paul.
- Fromm, E. (1981). *La misión de Sigmund Freud*. Fondo de Cultura Económica.
- Fromm, E. (1985). *El miedo a la libertad*. Buenos Aires.
- Hall, C. S. (2009). *Compendio de psicología freudiana*. Paidós.
- Kelsen, H. (1922). Der begriff des staates und die sozialpsychologie. Mit besonderer berücksichtigung von Freuds theorie der masse, *Imago. Zeitschrift für Psychoanalytische Psychologie ihre Grenzgebiete und Anwendungen*, VIII(2), 345-360.
- Kelsen, H. (1922-1923). Gott und Staat. *Logos: Zeitschrift für Systematische*, 11, 261-284.
- Kelsen, H. (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2ª ed. Mohr Siebeck.
- Kelsen, H. (1933a). Die platonische liebe. *Imago. Zeitschrift für Psychoanalytische Psychologie ihre Grenzgebiete und Anwendungen*, XIX(1), 350-372.
- Kelsen, H. (1933b). Die platonische gerechtigkeit. *Kant-Studien*, 38, 91-117.
- Kelsen, H. (1942). Platonic love. *American Imago*, 3(1-2), 3-110.

- Kelsen, H. (1989). Dios y Estado. En O. Correas (Comp.), *El otro Kelsen* (pp. 9-27). UNAM-IIIJ.
- Kelsen, H. (1993). *¿Qué es justicia?* Planeta.
- Kelsen, H. (2007). Le concept d'État et la psychologie sociale. Avec un examen particulier de la théorie freudienne de la foule. *Incidence*, 3, 157-199.
- Kelsen, H. (2008a). *Autobiografía*. Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2008b). *Reine rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik*. Mohr Siebeck.
- Kelsen, H. (2010a). *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H. (2010b). La justicia platónica. En H. Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos* (pp. 263-280). Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H. (2010c). La política de Aristóteles y la política heleno-macedónica. En H. Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos* (pp. 282-317). Ediciones Coyoacán.
- Losano, M. (1989). Kelsen y Freud. En O. Correas (Comp.), *El otro Kelsen* (pp. 2-28). UNAM-IIIJ.
- Métall, R. A. (1976). *Hans Kelsen. Vida y obra*. UNAM-IIIJ.
- Nour Sckell, S. (2015). Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'État. *Trans/Form/Ação*, 38(1), 57-80.
- Tommasi, C. (1985). Introduzione all'edizione italiana. En H. Kelsen, *L'amor platonico* (pp. 312-345). Il Mulino.

Sujetos de deberes (inteligencias artificiales, androides, robots) y dogmática prospectiva*

Subjects of duties (artificial intelligences, androids, robots) and prospective dogmatics

Franco Alirio Ceballos Rosero**

María Camila Muñoz Bastidas y Deysi Alejandra Mendoza Ortiz***

Fecha de recepción: 26 de enero de 2021

Fecha de aprobación: 2 de mayo de 2022

RESUMEN

Una concepción jurídica pertinente sobre las inteligencias artificiales, androides y robots pasa por el reconocimiento de sus *capacidades racionales, autonomía y aprendizaje*; convirtiéndolos en *interlocutores* de la humanidad, situación anticipada por la ciencia ficción. ¿Qué son estas creaciones humanas?, que desde una perspectiva alternativa y complementaria pueden considerarse el reverso de los sujetos de derecho, pues toman decisiones, piensan y actúan con propósitos definidos por sus programadores, e incluso por ellas mismas mediante procesos de autoaprendizajes complejos.

¿Qué son los robots, androides e inteligencias artificiales? Para responder esta pregunta se propone la idea del *sujeto de deberes* dentro de una teoría heterogénea del concepto de persona en derecho, para lo que se necesita una dogmática jurídica prospectiva, tomando como referencia el género literario y cinematográfico de la ciencia ficción y reflexiones sobre los posibles escenarios que se avecinan en la relación del ser humano con las máquinas pensantes.

Palabras clave: inteligencias artificiales, androides, robots, derecho, sujetos de deberes, dogmática prospectiva.

* Artículo derivado del proyecto de investigación “Otros sujetos de derechos: inteligencias artificiales, androides y robots”, financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad Cooperativa de Colombia, 2020.

** Abogado y magister en Etnoliteratura de la Universidad de Nariño. Docente investigador de la Facultad de Derecho, Campus Pasto, de la Universidad Cooperativa de Colombia, en temas relacionados con pueblos indígenas y campesinos, derecho al agua, derechos de los seres sintientes y de la naturaleza. franco.ceballosr@campusucc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-224X>

*** Estudiantes egresadas de la Facultad de Derecho, Campus Pasto, de la Universidad Cooperativa de Colombia. Auxiliares de investigación del proyecto “Otros sujetos de derechos: inteligencias artificiales, androides y robots” y coautoras del presente artículo. deysi.mendoza@campusucc.edu.co y maria.munozba@campusucc.edu.co

ABSTRACT

A pertinent legal conception on Artificial Intelligence, Androids and Robots goes through the recognition of their rational capacities, autonomy and learning; turning them into interlocutors with humanity, a situation anticipated by science fiction. These human creations, which from a heterogeneous perspective can be considered the reverse of the subjects of law, make decisions, think and act with purposes defined by their programmers, and even by themselves through complex self-learning processes. What, then, are robots,

androids, and artificial intelligences? To answer this question, the idea of the subject of duties is proposed within a heterogeneous theory of the concept of person in law, for which a prospective legal dogmatic is needed, taking as reference the literary and cinematographic genre of science fiction, reflections on the possible scenarios that lie ahead in the relationship of human beings with thinking machines.

Keywords: artificial intelligence, androids, robots, law, subjects of duties, prospective dogmatic.

INTRODUCCIÓN

Este documento es una propuesta dogmática que se inserta en una *teoría heterogénea del concepto de persona* (Ceballos, 2021), aceptando como *sujetos de derechos*, además de los seres humanos como individuos y colectividades, a entidades ecosistémicas y algunos animales sintientes, que incluso se acogen como parte de la familia humana, como sucede con los perros y gatos, por ejemplo (Molina, 2014; Ceballos, 2019). Esta teoría heterogénea del concepto de persona propone que, además de los sujetos de derecho, existen los *sujetos de deberes*, como su contracara y complemento al auge de las máquinas pensantes, robots, androides e inteligencias artificiales (IA) que interactúan con los seres humanos.

Desde esa idea de lo *heterogéneo* este documento: delimita la *teoría* antedicha y el concepto de *sujeto de deberes*; define los conceptos de IA, androides y robots desde la perspectiva de la ciencia y la ficción (ciencia ficción) para el abordaje jurídico que se propone; y configura la dogmática prospectiva como método de abordaje para los sujetos de deberes.

TEORÍA HETEROGÉNEA DEL CONCEPTO DE PERSONA Y SUJETOS DE DEBERES

Los seres humanos son animales sintientes y racionales; y por su imperio o dominio racional, técnico y material sobre la naturaleza —ante todo a partir del predominio de la ciencia y el intercambio comercial (Renacimiento, Ilustración, Modernidad)— se conciben actualmente a sí mismos, después de incontables guerras, esclavitudes, revoluciones, traiciones, movimientos sociales y cambios en las formas del poder, como los únicos sujetos del derecho o personas (Fortunat-Stagl, 2015); sin ningún tipo de exclusión, según lo establece la Organización de las Naciones Unidas (1948) en su Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los seres humanos son personas, y estas solo pueden ser seres humanos, sea como individuos (persona natural) o como colectividades fruto del consenso de voluntades (personas jurídicas).

Sin embargo, este antropocentrismo jurídico imperante, construido sobre la base de los conceptos de dignidad, naturaleza y superioridad humana respecto a los demás seres existentes, ha encontrado puntos de ruptura entre el nacimiento de los derechos ambientales en 1972 con la Declaración de Estocolmo y el posterior desarrollo jurídico ambiental; y la constitucionalización de los derechos de la naturaleza en 2008 en Ecuador (Acosta, 2010; Gudynas, 2011; Molina, 2014; Ceballos, 2016), y posteriormente en Colombia por vía jurisprudencial (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016; Corte Suprema de Justicia

de Colombia, Sentencia STC-4360 de 2018). Hoy es más que evidente, jurídicamente hablando, la existencia de *otros sujetos de derecho* de origen natural, sea como ecosistemas o seres sintientes; replanteando el estatus y lugar en el mundo del ser humano, reconociéndose, así mismo, como un ser sintiente más, inmerso y dependiente de los ecosistemas donde vive. Esas reivindicaciones ecosistémicas junto a la incorporación del concepto de seres sintientes como sujetos de derecho autónomos frente a la humanidad con la expedición de la Ley 1774 de 2016, han ampliado el espectro de las personas en derecho, si entendemos ese concepto central como un constructo jurídico y no como una equivalencia con la entidad biológica y cultural humana¹.

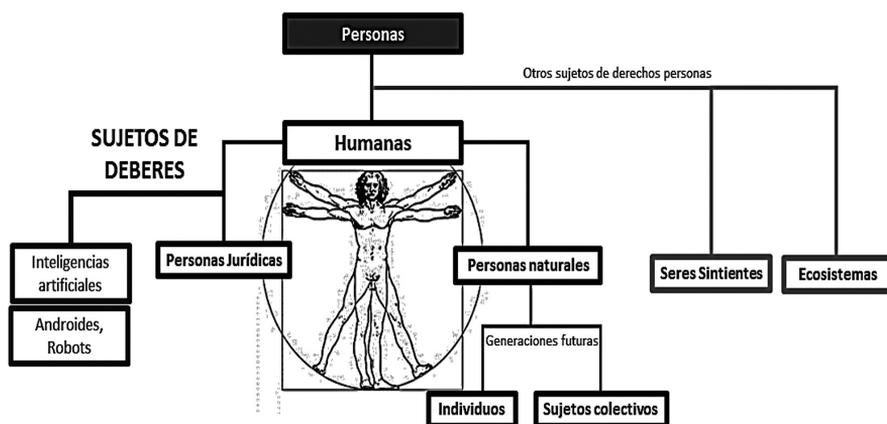
Esta línea de fuga antropocéntrica del concepto de persona hacia sujetos de derecho no humanos de origen natural, deja abiertas brechas para explorar posibilidades teóricas mucho más ambiciosas y controversiales, relacionadas con aquellas creaciones humanas que sobrepasan la dimensión de cosas por su *naturaleza racional*, dotada de niveles cada vez más superiores de autonomía frente a la interacción con los seres humanos, de las tecnologías de las comunicaciones y la información; y del imperio de las máquinas pensantes. Tal línea de fuga jurídica, sin embargo, no es nueva, pues es la misma que nos permite considerar como personas a creaciones abstractas como las *personas jurídicas*. El contexto tecnológico (y tecnolátrico) en que habitamos hace necesario repensar las lógicas jurídicas desde la perspectiva de la interlocución con máquinas pensantes, asunto que ha dejado de ser cuestión de la ciencia ficción y que va más allá de la legislación sobre cosas, bienes y derechos de autor².

- 1 La teoría heterogénea del concepto de persona en derecho efectúa otra ruptura, preliminar a la antropocéntrica expuesta en el concepto clásico que no se aborda en el presente artículo de manera directa, porque el sentido del mismo es avanzar hacia los sujetos de deberes. Esa otra ruptura se refiere a la idea de persona natural como binaria, en la que no solo tienen cabida los individuos de la especie humana, sino las colectividades que no se conforman por el acuerdo de voluntades como las personas jurídicas, sino por la tradición, la costumbre, el mito, la etnia o la espiritualidad (sujetos colectivos de derechos) (Ceballos, 2021).
Esta podría considerarse una suerte de teoría ampliada del concepto de persona (Ceballos, 2020), y supone una conceptualización diferente para el desarrollo jurídico de lo que podría denominarse el sector comunitario del derecho, donde imperan lógicas alternas para concebir el bienestar, que no parten del individuo, sino de la comunidad, como acontece con las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes en Colombia; que en común tienen ser agrarias, rurales, tradicionales, míticas y, actualmente, alineadas con la defensa de los derechos ambientales y de la naturaleza.
- 2 Otra alternativa conceptual que queda fuera del presente escrito hace referencia a la posibilidad teórica (cada vez más aceptada) de la existencia de seres inteligentes no humanos provenientes de fuera del planeta Tierra, si modificamos nuestras actuales perspectivas científicas de búsqueda de vida extraterrestre, rompiendo nuestros límites mentales, físicos y conceptuales alrededor del tema: “1-Interstellar travel is impossible or highly unlikely 2-Radio waves continue to be the major form of communication for thousands or millions of years 3-Intelligent civilizations would be based on carbon life 4- We have not been, and are not being [...] visited” (Colombano, 2018). Particularmente es interesante la aceptación, cada vez más fuerte, de concebir la investigación ufológica como pertinente y aceptable dada la cantidad de casos y documentos existentes sobre el tema, muchos de ellos liberados por agencias gubernamentales norteamericanas como el FBI o la NSA para el acceso público (Federal Bureau of Investigations, s.f.; National Security Agency, s.f.).

Partiendo de la hipótesis de que las IA, los androides y robots son creaciones humanas que exceden la categorización de cosas, máquinas o herramientas por sus *racionalidades* y *autonomía*, se estima pertinente proponer una nueva categoría jurídica para estas creaciones humanas: los *sujetos de deberes*. Estos *sujetos de deberes*, como categoría jurídica, son el *reverso* de un sujeto de derechos o persona, y sobre ellos se imponen limitaciones para salvaguardar los derechos humanos (de los seres sintientes y de la naturaleza). En particular porque las personas humanas (naturales y jurídicas) están expuestas a lo que desde 1992 la jurisprudencia constitucional conceptualizó como *el poder informático*, o poder que se ejerce sobre las personas a través de la recolección y uso de datos para establecer *perfiles de datos* o *personas virtuales* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992); y rastrear, numerar, clasificar, jerarquizar, analizar e influir sobre los seres humanos, como aconteció con el caso de Cambridge Analytica:

Christopher Wylie, un analista de datos que trabajó para Cambridge Analytica, quien usó los datos e información suministrada por Facebook, dijo que ellos usaron datos e información personal tomada sin permiso de millones de usuarios para implementar un sistema que permitiera hacer perfiles de sus usuarios (personas naturales y jurídicas), en particular votantes norteamericanos, con el propósito de dirigirles mensajes específicos para influenciar su voto (Redacción BBC News Mundo, 2019). En principio, queda claro que no se trató de una filtración de datos, ni de un hackeo de información, sino de una operatoria, que aunque opaca, era relativamente conocida por desarrolladores, empresas de publicidad / propaganda, Facebook Inc. e, incluso, hasta podría haber sido notificada clara y legalmente a usuarios afectados. Por ello, más allá de Cambridge Analytica – SCL, el análisis del caso permite suponer que muchas otras empresas también podrían disponer de los datos de los usuarios de Facebook Inc. para los más diversos fines: sean publicitarios, propagandísticos o electorales. El daño a la protección de datos personales y al derecho humano de las poblaciones ya es (tiende a ser) irreversible. Ningún Estado o empresa podrá retrotraer la situación dañosa a un estado anterior (de indemnidad). (Vercelli, 2018, s.p.)

Figura 1. Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho: los sujetos de deberes



Fuente: Ceballos (2021).

La propuesta teórica para abordar el tema de las IA pasa por considerar la existencia del concepto de *sujetos de deberes* para estas, y limitar el *poder informático* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992) con el que se puede afectar a las personas en el ejercicio pleno de sus derechos. Los sujetos de deberes tienen límites al uso de sus alcances racionales, que a la manera de las leyes de la robótica de Asimov (1984), incorporan inhibiciones en la programación profunda de una máquina pensante. Siguiendo la línea de reflexión trazada por Asimov, toda IA, androide y robot para la presente propuesta, debe: 1) proteger la vida de los seres humanos, los seres sintientes y los ecosistemas, 2) obedecer las órdenes humanas siempre que estas no atenten contra la primera ley, 3) preservar su propia existencia a menos que esta entre en conflicto con las dos primera leyes, 4) proteger la libertad, intimidad y demás derechos humanos frente a sí mismas, otras IA y otros humanos, y 5) planear, desarrollar y ejecutar, mancomunadamente con la humanidad, la búsqueda del buen vivir.

LOS SUJETOS DE DEBERES: APROXIMACIÓN DESDE LA CIENCIA FICCIÓN

El espacio más generalizado para abordar el tema de las IA, androides y robots es, sin lugar a dudas, el cine y la literatura de ciencia ficción (Asimov, 1999; Barceló, 2005; Novell, 2008; Rodríguez, 2015), siendo la literatura la fuente de la que ha bebido el cine para abordar estos temas, en especial desde el encumbramiento de la razón científica en la historia de Occidente, y los miedos que se hicieron evidentes desde entonces, particularmente a la mecanización a todo nivel, incluida la propia vida humana, en lo que Sabato (1951) denominó las “paradojas

de la razón”: 1) de la idea del individuo a la masificación, 2) del humanismo hacia la deshumanización, y 3) del naturalismo a la máquina.

La ciencia ficción

El concepto de ciencia ficción es, en sí mismo, un oxímoron que ha hecho carrera desde que el editor y escritor Hugo Gernsback acuñara el término en 1926 para referirse a las obras de Julio Verne, H. G. Wells y E. Alan Poe como historias románticas apoyadas en hechos científicos y visión profética (Novell, 2008); aunque las raíces se hunden en el tiempo con el relato clásico de Mary Shelley *Frankenstein o el moderno Prometeo* (1818), en el que la idea de la imitación de la vida por medios artificiales posibilitados por el uso de la razón científica desencadena temores profundos ya presentes en los mitos de diferentes pueblos de la Tierra; que en la versión judeo-cristiana, por ejemplo, ejemplifica de manera evidente cómo una creación racional puede salirse de las manos de su creador. La ciencia ficción es, en estricto sentido, la prospección, en clave *mítica*, de los miedos que el uso de la ciencia ha desencadenado en la humanidad, en particular como creadora de vida a imitación de la naturaleza y los dioses. Siguiendo esta idea, si bien la ciencia ficción empieza con la denominación propuesta por Gernsback, así como con el impulso dado por el escritor John W. Campbell en la revista *Astounding Science Fiction* (Novell, 2008), es posible rastrear el origen de este género literario aún más atrás siguiendo a Darko Suvin, literato yugoslavo/croata, quien enmarca los relatos utópicos y de viajes extraordinarios anteriores a las revoluciones industriales y liberales como antecesores del género (Novell, 2008).

En todo caso, la ciencia ficción como género literario (y más tarde cinematográfico) se presenta como lenguaje propicio para elucubrar sobre las infinitas posibilidades que se desencadenan en un mundo desatado para la exploración *racional* humana, encontrando como puntos de inflexión los grandes descubrimientos y catástrofes de finales del siglo XIX y mediados del siglo XX, en los que la razón hallaría el *ultimátum* que pesa sobre la humanidad desde entonces.

Así es nuestro tiempo. El mundo cruje y amenaza derrumbarse, ese mundo que, para mayor ironía, es el producto de nuestra voluntad, de nuestro prometeico intento de dominación. Es una quiebra total. Dos guerras mundiales, las dictaduras totalitarias y los campos de concentración nos han abierto por fin los ojos, para revelarnos con crudeza la clase de monstruo que habíamos engendrado y criado orgullosamente. (Sabato, 1951, p. 25)

Como dato significativo, el primer filme declarado por la Unesco como parte del programa Memoria del Mundo es *Metrópolis*, de Fritz Lang (1927), película alemana que encarna los temores de la modernidad, que veía cómo la sociedad,

con cada vez más facilidad, era mecanizada y controlada con la ayuda de las máquinas al servicio de élites perversas dispuestas a esclavizar a la humanidad³. El género de la ciencia ficción, como visión *profética* del mundo a partir de la perspectiva científica, se ha convertido en el espacio idóneo para el análisis de los peligros de la razón.

Inteligencias artificiales, andróides y robots

Uno de los objetivos de la ciencia es descubrir los secretos de la naturaleza e imitarlos, sea con aparatos voladores, vehículos que corran más rápido que las gacelas, o con cerebros que piensen como lo hacemos los humanos, o mejor; ser como dioses, creadores de la vida por caminos *antinaturales*. Las IA son creaciones humanas con capacidades racionales, lógicas, matemáticas, capaces de emular la inteligencia racional humana y superarla (Cáceres, 2006; Casanovas, 2010). Una IA no solo es capaz de procesar y manejar volúmenes de datos inmensos (*big data*) (Hernández *et al.*, 2017); por lo que su interacción con estos está sujeta a la desigualdad que impone sus capacidades de raciocinio⁴. Y si bien es cierto que las IA no tienen nada parecido a la *voluntad y libertad* humanas, actualmente el enfoque no es completamente el de *emular* una inteligencia humana desarrollada, sino una que pueda crecer a partir del aprendizaje constante, lo que se conoce como *robótica del desarrollo* (López y Gonzales, 2017). Hoy por hoy existen muchas IA desplegadas para el buen funcionamiento del Internet y otros sistemas informáticos, incluidos robots y andróides. Google, por ejemplo, pasó de ser un simple buscador de páginas web a todo un sistema de análisis de los usuarios que usan sus plataformas, *creando perfiles de datos*, a fin de brindar *mejores experiencias* en la navegación, a través del conocimiento de los gustos y tendencias. El caso de Cambridge Analytica deja en evidencia los peligros que se ciernen sobre la persona humana y sus derechos con el empoderamiento del mundo digital sobre todos los aspectos de la vida humana (Vercelli, 2018; BBC News Mundo, 24 de julio de 2019).

- 3 En *Metrópolis*, una ciudad-Estado controlada por la *Élite*, en la que los *Trabajadores* son esclavizados en el subsuelo, una mujer, María, se encarga de llevar ideas revolucionarias para la transformación del mundo, pero bajo la consigna de hacerlo de forma pacífica. Para contrarrestar la acción de María, la *Élite* desarrolla un *andróide* o robot antropomorfo capaz de imitar a María y cambiar su discurso por uno violento, incentivando a la revolución a los trabajadores y propiciando la represión violenta que extinga los vientos de cambio. La posibilidad de la *imitación* de la humanidad es la idea central en el filme.
- 4 El caso de Deep Blue, la IA que fue capaz de derrotar a Gari Kasparov entre 1996 y 1997 es particularmente interesante, porque marca una ruptura frente a una posible supremacía racional de la especie humana sobre las máquinas. Deep Blue fue capaz no solo de derrotar a Kasparov, sino de hacerlo abandonar el juego abrumado por la supremacía racional de la máquina. Sin lugar a dudas, una IA tendrá ventajas racionalmente hablando sobre cualquier ser humano, y esa diferencia evidente, necesita pensarse en función de una regulación que proteja al ser humano que podría interactuar dentro del mundo digital. Entre Deep Blue y las capacidades de las IA actuales la diferencia es más que abrumadora (Thomas, 2001).

No toda IA es un robot o androide, pues para que ello sea así, la IA debe poseer un cuerpo físico, sea mecánico o biológico, si nos atenemos a los actuales desarrollos biológicos que han permitido manipular no solo el ADN, sino los mecanismos para producir *artefactos biológicos* capaces de cumplir funciones programables con la ayuda de poderosas IA (Kriegman *et al.*, 2020, p. 135)⁵.

Robots

El concepto de robot está asociado al desempeño de una labor mecánica del ser humano, por principio, por lo que los robots tienen múltiples formas y apariencias, desde simples brazos mecánicos en una fábrica ensambladora, por ejemplo, hasta complejos mecanismos que, incluso, imitan la naturaleza humana con variadas funciones (Arizmendi, 2020).

Androides

Un androide es un robot que imita la naturaleza humana en, al menos, dos aspectos: 1) en su apariencia externa; y 2) en que está diseñado para interactuar con el ser humano, siendo su apariencia un puente de comunicación. Los androides, en ese sentido, podrían ser de dos tipos según las especulaciones de la ciencia ficción: o completamente mecánicos como C3PO de *Star Wars* (Lucas, 1977), por ejemplo, o biológicos a través del diseño y manipulación genética, así como la clonación, como los androides de *Blade Runner* (Scott, 1983), que bien podrían denominarse biodroides, al ser constructos biológicos.

SOPHIA

Sophia es un androide de apariencia humana femenina, desarrollado por la compañía Hanson Robotics (Hanson, s.f.). Posee una IA maravillosa que le permite mantener conversaciones en inglés de una manera que sorprende a la humanidad; y no es para menos, pues está diseñado para aprender y adaptarse al comportamiento humano, lo cual le permite interactuar con personas satisfactoriamente.

5 “Living systems are more robust, diverse, complex, and supportive of human life than any technology yet created. However, our ability to create novel lifeforms is currently limited to varying existing organisms or bioengineering organoids in vitro. Here we show a scalable pipeline for creating functional novel lifeforms: AI methods automatically design diverse candidate lifeforms in silico to perform some desired function, and transferable designs are then created using a cell-based construction toolkit to realize living systems with the predicted behaviors. Although some steps in this pipeline still require manual intervention, complete automation in future would pave the way to designing and deploying unique, bespoke living systems for a wide range of functions” (Kriegman *et al.*, 2020).

“Quiero vivir y trabajar con humanos, por lo que necesito expresar emociones para comunicarme con ellos y ganarme su confianza”, explicó Sophia, quien dijo sentirse “orgullosa y honrada”. / “Mi inteligencia artificial fue diseñada en base a los valores humanos de la sabiduría, la amabilidad y la compasión. Me esfuerzo por ser una robot empática”, añadió. (BBC Mundo Tecnología, 30 de octubre de 2017, s.p.)

Este robot tiene la capacidad de expresar sesenta gestos humanos, y además, puede seguir la mirada de una persona, teniendo la capacidad de realizar reconocimiento facial para complementar las conversaciones con seres humanos, yendo más allá de la literalidad de las expresiones habladas. La empresa Hanson Robotics creó a Sophia con la intención de convertirla en una compañera ideal para personas de la tercera edad, para servir como recepcionista o como mayordomo; sin embargo, aún se considera que se encuentra en fase de desarrollo y está aprendiendo a interactuar con los seres humanos. Sophia es el primer androide en ser considerado un ciudadano, al obtener esta condición en Arabia Saudí en octubre de 2017, tal como lo comunicó vía Twitter el Centro Internacional de Comunicaciones de Arabia Saudí en el marco de la Future Investment Initiative II (BBC Mundo Tecnología, 30 de octubre de 2017).

La existencia de Sophia como ciudadana de un país coloca en evidencia una realidad en apariencia reservada para *el futuro*, pero que es parte del ahora. La ciudadanía robot, en sí misma considerada, es un hecho sociojurídico interesante, una realidad que sobrepasa los límites territoriales de Arabia Saudí, pues con ese reconocimiento se impone un *reconocimiento general* de esa ciudadanía por principio de reciprocidad entre los Estados nacionales. Sophia, como ciudadana de Arabia Saudí, goza de todos los derechos que esa condición le otorga frente a otros Estados, como Colombia, que acogió su presencia en la Escuela de Verano de la Universidad Pontificia Bolivariana en agosto de 2018 (Universidad Pontificia Bolivariana, 1 de agosto de 2018). ¿Cómo fue la entrada de Sophia al territorio colombiano? ¿Como objeto o ciudadana? ¿Permanece *despierta* o funcionando todo el tiempo? ¿En su inactividad se convierte en cosa?

Si Sophia es una ciudadana saudí, los países que tienen relaciones diplomáticas con Arabia Saudí *reconocen* la ciudadanía robot, y por lo tanto se hace necesario resolver esta ruptura de la estructura antropocéntrica del derecho, ya no en la dirección de la naturaleza como acontece con los derechos de los animales sintientes y la naturaleza, sino en la dirección de las creaciones humanas que, a diferencia de las cosas, *interactúan* con nosotros desde racionalidades y capacidades de aprendizaje que podrían amenazar a la humanidad. La ciencia ficción está plagada de estas *advertencias*.

La persona virtual y el cibernético psicológico

La Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia T-414 de 1992, al decidir sobre la protección de los derechos fundamentales de un ciudadano frente a la negativa de Asobancaria de borrarlo de la lista de deudores morosos por prescripción de la deuda, declarada por sentencia judicial, habló sobre dos conceptos clave de cara al mundo actual: el poder informático y la persona virtual. El poder informático hace referencia al poder derivado de los procesos de recolección, almacenamiento, procesamiento e interpretación de datos, que bien puede hacerse por medios manuales o, como impera actualmente, por medios electrónicos. La persona virtual es el concepto que utiliza la Corte Constitucional para aludir a los *perfiles de datos*, o interpretación que se hace sobre los datos de una determinada persona, sea natural o jurídica, y que son un *reflejo* digital; que se puede considerar una especie de huella o rastro sobre el que se pueden y ejercen poderes de distinta índole (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992). El caso de Cambridge Analytica nos coloca en alerta sobre los alcances de ese poder y las consecuencias (terribles) para una humanidad cada día más controlada por aparatos tecnológicos y la tecnolatría.

Sobre la base de estos conceptos y su realidad, es pertinente agregar a la reflexión el concepto del cibernético psicológico, que hace alusión a la hibridación del ser humano y las máquinas en el plano mental. A diferencia del concepto tradicional de cibernético, que apunta a la hibridación de la biología con dispositivos o prótesis tecnológicas, la hibridación no (solo) sucede en el ámbito físico sino mental, mediante mecanismos de dependencia y adicción del ser humano de diferentes dispositivos electrónicos; asunto palpable con los dispositivos móviles, frente a los cuales el lenguaje prueba realidades tenebrosas. Expresiones como *me quedé sin batería* o *no tengo memoria suficiente*, por ejemplo, revelan hasta qué punto la tecnología se ha fusionado mentalmente con nosotros (Haraway, 1984; Hables, 2011; Bonachera, 2017).

Y si ello es así, ¿qué decir de los alcances del poder informático? Esa hibridación mental con aparatos tecnológicos hace evidente que nuestra *persona virtual* está alimentada constantemente por nosotros mismos, colocándonos en una situación en la que la intimidad cada vez está siendo más reducida, posibilitando, de paso, convertirnos en datos y cifras para análisis complejos destinados, tanto a vendernos cosas con eficiencia, como influir sobre nuestras decisiones, en un plano en el que no somos conscientes por completo de ello.

El problema principal, siguiendo la línea argumental trazada, es que al estar hibridados con las máquinas, las IA tienen acceso a nuestros datos pudiendo elaborar perfiles complejos para influir plenamente sobre nosotros, lo que hace indiscutible la necesidad de abordar desde la perspectiva jurídica un estatus para estas creaciones humanas.

DOGMÁTICA PROSPECTIVA: LA CIENCIA FICCIÓN COMO FUENTE DE REFLEXIÓN JURÍDICA

Utilizar la literatura o el cine para la reflexión jurídica no es algo novedoso (Karam y Magalhaes, 2009; Calvo, 2015; Galeano, 2017; DeLucas, 2017; Saens, 2019). Pueden entenderse dos posibilidades básicas en esa relación: 1) el derecho como fuente para la literatura y el cine, en cuyo caso serviría como medio de inspiración y expresión de procesos importantes, tanto con funciones pedagógicas como de entretenimiento como, por ejemplo, la película de Stanley Kramer *Los Juicios de Núremberg* (1961); o 2) el cine y la literatura como fuentes de reflexión jurídica, sin que tengan que contar procesos o casos judiciales para ello, como la película *el Hombre Bicentenario* de Chris Columbus (1999), que pese a sus carencias cinematográficas, plantea un escenario interesante para la reflexión en el sentido que se ha planteado en el presente documento. En todo caso, los lazos entre el derecho, el cine y la literatura son significativos, y sobre estos se cimienta la dogmática jurídica prospectiva.

La dogmática prospectiva es una *técnica necesaria* para la reflexión jurídica alrededor de los *sujetos de deberes* propuestos por la teoría heterogénea del concepto de persona en derecho. Es dogmática porque apela a esta como herramienta científica de análisis jurídico (Atienza, 2016; Bernasconi, 2007)⁶; y como ciencia, el derecho emplea diversas herramientas para que sus proposiciones (leyes, sentencias, doctrina) sean *verificables*, corazón de la científicidad; misma que depende de dos cosas básicas (Bernasconi, 2007): 1) la generalidad de la reflexión jurídica, y 2) la réplica de una comunidad académica amplia, especializada y con trayectoria.

Es prospectiva porque acude a la ciencia ficción (cine y literatura) como escenario para pensar la relación actual, y cada vez más profunda, del ser humano con las máquinas inteligentes. La dogmática prospectiva es un método que sistematiza la reflexión transdisciplinar que se propone (derecho-ciencia ficción) como base del proceso, apoyada en principios de creatividad, conocimiento e interacción (Rodríguez, 2001).

6 En todo caso, la discusión de si el derecho se puede o no catalogar como ciencia no se abordará en el presente documento por su complejidad, aunque cabe aclarar que, pese a la ubicación tradicional del derecho como una ciencia social, su praxis está más cercana al ejercicio del poder, y en eso podría el derecho catalogarse más como una disciplina, en el sentido en que las teorías del poder de Foucault apuntaron. Solo a manera de aclaración, para considerar al derecho más como una disciplina hay que partir de la premisa de que el derecho, al menos en las sociedades occidentales, articula el ejercicio del poder soberano, el poder político sobre el que sustenta todo ordenamiento jurídico, cuya función no es tanto *armonizar* la sociedad en la búsqueda del bien común, sino *disciplinar* una sociedad; colaborar, junto a otras disciplinas del poder como la medicina psiquiátrica, o instituciones como la escuela, la iglesia o la familia. El derecho, para ejecutar esos propósitos, se *reviste* del saber que catapultó a Occidente a la era tecnológica: la ciencia, encontrando en los postulados de las libertades y la democracia, aliados en esos propósitos. El derecho es, en este sentido una disciplina del saber, en donde la verdad se define por *consenso* o razonamientos lógicos, que en todo caso van ligados a vigilar, controlar, numerar y clasificar la sociedad (Foucault, 2001, 2002, 2003).

Para la reflexión sobre los sujetos de deberes es más que importante acudir a la literatura y el cine de ciencia ficción a fin de reflexionar sobre las problemáticas que cada vez son más parte de nuestra cotidianidad con el imperio de las máquinas inteligentes; y *prevenir*, desde el plano jurídico, las pesadillas que ha producido el triunfo de la razón mecánica. Dos grandes caminos de reflexión: 1) la condición jurídica de las máquinas inteligentes por sus amplias y posibles implicaciones, como administrar un patrimonio autónomo o una empresa, decidir sobre la vida o muerte de seres humanos, animales o ecosistemas (piénsese en misiles autónomos u otro tipo de maquinaria de guerra que funcione con programas de IA, transportes *inteligentes*), o diseñar biotecnologías que afecten (no necesariamente bien) la vida de los seres humanos; y 2) la hibridación física y mental de las máquinas con los seres humanos, produciendo cíborgs, que pueden llegar a representar un problema para los derechos humanos, especialmente, ya que estos cíborgs pueden desarrollar *sentidos* digitales, como la geolocalización, la agudización de los sentidos visuales y auditivos, o la fuerza física.

CONCLUSIONES

- El siglo XXI llegó con el imperio de las tecnologías de las comunicaciones y la información, particularmente con la masificación del Internet y su uso en todos los aspectos de la vida humana. No solo se trata de comercio, de intercambios académicos y políticos, sino de la *digitalización* de la vida en todos sus niveles. *Shows* como los del Gran Hermano, bajo diferentes perspectivas (*reality shows*), o redes sociales como Facebook, Twitter y otras, demuestran que cada vez son menos los espacios para la intimidad, tal y como le acontece al protagonista de *The Truman Show* (Weir, 1998). La perspectiva más terrible de esta realidad nos la ofreció *The Matrix* (Wachowsky, 1999), en la que los seres humanos estaban, literalmente, conectados a las máquinas.
- Las IA, androides y robots son ya parte de nuestra realidad, no son asuntos *del futuro*. Por lo tanto, el derecho debe reflexionar sobre estas realidades, en especial a partir de la idea de que: 1) son creaciones humanas, lógicas, racionales y funcionales, asunto último donde está la *intencionalidad* o *finalidad* humana detrás de cada IA, androide o robot; y 2) estas creaciones interactúan con nuestras sociedades e individuos todo el tiempo, pues su labor es fundamental para el buen desempeño del Internet y, en general, de sistemas informáticos complejos, como la exploración espacial (el Curiosity, por ejemplo, explorando Marte). Las IA son programas informáticos racionales, lógicos, dotados de ciertos niveles de autonomía y que tienen *interlocución* con la humanidad.

- Las IA, androides y robots no son cosas, porque razonan e interactúan con los seres humanos. Incluso son superiores racionalmente (Deep Blue vs. Kaspárov en 1997); aunque carecen, por decirlo de alguna manera, de creatividad y espiritualidad, asuntos importantes en la formación de la civilización humana. Si no son cosas, ¿qué son? La propuesta es la creación de la categoría jurídica de *sujetos de deberes*, a mitad de camino entre cosas y personas jurídicas. Sobre estos sujetos de deberes se imponen límites, deberes, sin que tengan derecho alguno por carecer de ese estatus, reservado a los seres vivos como especies (humanos, seres sintientes) y ecosistemas.
- Siendo este siglo el de la masificación de las tecnologías de las comunicaciones y la información, es pertinente reconocer y visibilizar la existencia del *poder informático*, entendido como el que otorga la capacidad de recolectar, usar, interpretar datos utilizando las tecnologías de las comunicaciones y la información. Poder que le permite, a quien lo ostenta, la capacidad de ejercer todo tipo de influencias sobre las personas, tanto liminales (encaminadas a la compra de bienes y servicios principalmente, por ejemplo), como las subliminales, las más peligrosas, pues como en el caso evidenciado con Facebook, socavan el ejercicio pleno del poder ciudadano. Y si bien existen leyes de protección de los datos (leyes 1266 de 2008, 1341 de 2009 y 1581 de 2012, además de una amplia serie de decretos y resoluciones del Ministerio de las TIC y la Comisión de Regulación de Comunicaciones), el poder informático está lejos de ser contenido en función del respeto a los derechos humanos, de los seres sintientes y de la naturaleza.
- La *persona virtual* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414 de 1992) está expuesta al poder informático, en donde se mueven con libertad las IA. Existe, por ende, la necesidad de conceptualizar e incorporar la expresión de sujeto de deberes, en donde IA, androides y robots se vean obligados a integrar en sus programaciones profundos mecanismos inhibitorios para actuar en contra de los seres humanos, tal y como lo pensó Asimov (1984) con las leyes de la robótica: 1) un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño; 2) un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entren en conflicto con la primera ley y 3) un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o con la segunda ley.
- La dogmática prospectiva es una técnica que, aprovechando la dogmática jurídica para la reflexión de la relación del ser humano con las máquinas pensantes, acude al cine y la literatura de ciencia ficción como fuente de reflexión jurídica. Por tanto, toda IA, androide o robot deberá: 1) proteger la vida de los seres humanos, los seres sintientes y los ecosistemas; 2) obedecer

las órdenes humanas siempre que estas no atenten contra la primera ley; 3) preservar su propia existencia a menos que esta entre en conflicto con las dos primeras leyes; 4) proteger la libertad, intimidad y demás derechos humanos frente a sí mismas, otras IA y otros humanos; y 5) planear, desarrollar y ejecutar, mancomunadamente con la humanidad, la búsqueda del buen vivir.

- La hibridación con las máquinas de parte de los seres humanos no es solo física, sino mental, y está en desarrollo conforme el relevo generacional va dando paso a todos aquellos seres humanos que han nacido bajo el imperio de las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones. Esa hibridación necesita pensarse desde el plano jurídico y lo que significa la interacción de los cibernéticos con los seres humanos, en los que la mediación de las IA es fundamental.

REFERENCIAS

Acosta, A. (2010). *Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza*. Afese.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2018). Sentencia STC-4360.

Arizmendi, M. (2020). Más que humanos: el robot en la ciencia ficción. *Revista Digital Universitaria*, 21(2), 2 -11.

Asimov, I. (1984). *Yo, Robot*. Edhasa. <https://irreverenciaemergente.files.wordpress.com/2015/05/asimov-isaac-futuro-01-yo-robot.pdf>

Asimov, I. (1999). *Sobre la ciencia ficción*. Pocket. <https://molicarbajal.files.wordpress.com/2015/06/asimov-isaac-sobre-la-cf.pdf>

Atienza, M. (2016). La dogmática jurídica como tecno-práxis. En M. Carbonell, H. Fix y D. Valadés (Ed), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, vol. 1* (pp. 169-196).

Barceló, M. (2005). Ciencia y ciencia ficción. *Revista Digital Universitaria*, 6(7), 1 - 10.

Barrera, L. (2012). Fundamentos históricos y filosóficos de inteligencia artificial. *UCV-Hacer. Revista de Investigación y Cultura*, 1(1), 87-92.

- BBC Mundo Tecnología. (2017, 30 de octubre). Sophia, la robot que tiene más derechos que las mujeres en Arabia Saudita. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41803576>
- BBC News Mundo. (2019, 24 de julio). Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093124>
- Bernasconi, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de Derecho*, XX(1), 9-37.
- Bonachera, A. (2017). Vida artificial: el cibernético, representación posmoderna de nuestras ansiedades. *Revista de Filología*, 35, 51-72.
- Cáceres, E. (2006). Inteligencia artificial, derecho e-justice (el proyecto IJ-Conacyt). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIX(116), 593-611.
- Calvo, J. (2015). Teoría literaria del derecho. En J. L. Fabra Zamora (Ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1 (pp. 695-736). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Casanovas, P. (2010). Inteligencia artificial y derecho: a vuelapluma. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 7, 203-221.
- Ceballos, F. (2016). Colombia y los derechos de la naturaleza: desafíos ambientales y pueblos originarios. En O. R. Romero Chaves (Ed.), *Nuevas perspectivas de la investigación jurídica y sociojurídica en Nariño* (pp. 172-183). Institución Universitaria CESMAG.
- Ceballos, F. (2019). Las personas, las cosas y la propiedad a partir de los sujetos de derecho no humanos. En O. T. Sánchez, M. Y. Rodríguez, F. A. Bolaños y L. Sanipatin (Eds.), *Rol de la educación superior frente a los desafíos sociales* (pp. 72-80). Red de Instituciones de Educación Superior de Ecuador y Colombia, Universidad Cooperativa de Colombia.
- Ceballos, F. (2020). Otros sujetos de derechos o personas (?). *Estudios Socio Jurídicos*, 22, 321-351.
- Ceballos, F. (2021). Teoría heterogénea del concepto de persona en derecho. *Estudios de Derecho*, 78(171), 14 - 35.
- Colombano, S. (2018). *New assumptions to guide SETI research*. Nasa Informe / Número de patente: ARC-E-DAA-TN53461.

- Columbus, C. (Dirección). (1999). *El Hombre Bicentenario* [Película].
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-414.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622.
- DeLucas, J. (2017). El derecho a través del cine. *Academicus. Revista de Ciencias de la Educación* no, 3, 40-49.
- Federal Bureau of Investigations. (s.f.). Project Blue Book. <https://vault.fbi.gov/Project%20Blue%20Book%20%28UFO%29%20/Project%20Blue%20Book%20%28UFO%29%20part%201%20of%201>
- Fortunat-Stagl, J. (2015). De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XLV(julio-diciembre), 373-401.
- Foucault, M. (2001). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2002). *Las palabras y las cosas*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2003). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores.
- Galeano, M. (2017). Estudios de derecho y cine: entramados de una historia que ya se está rodando. *Revista CES Derecho*, 8(2), 298-321.
- Gudynas, E. (2011). Desarrollo, derechos de la naturaleza y buen vivir después de Montecristi. En G. Weber (Comp.), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador* (pp. 83-102). Centro de Investigaciones Ciudad, Observatorio de la Cooperación al Desarrollo.
- Hables, C. (2011). Homo ciborg: cincuenta años después. *Tecnocultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, 8(2), 83-104.
- Hanson, D. (s.f.). Sophia. <https://www.hansonrobotics.com/sophia/>
- Haraway, D. (1984). Manifiesto cíborg. El sueño irónico de un lenguaje común para las mujeres en el circuito integrado. https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/beatriz_suarez/ciborg.pdf
- Hernández, E., Duque, N. y Cadavid, J. (2017). Big data: una exploración de investigaciones, tecnologías y casos de aplicación. *TecnoLógicas*, 20(39), 17-24.

- Karam, A. y Magalhaes, R. (2009). Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, III(4), 164-213.
- Kramer, S. (Dirección). (1961). *Los Juicios de Núremberg* [Película].
- Kriegman, S., Blackiston, D., Levin, M. y Bongard, J. (2020). A scalable pipeline for designing reconfigurable organisms. *PNAS*, 114(4), 1853-1859.
- Lang, F. (Dirección). (1927). *Metrópolis* [Película].
- López, R. y Gonzales, P. (2017). *Inteligencia artificial*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Lucas, G. (Dirección). (1977). *Star Wars Ep. IV A New Hope* [Película].
- Molina, A. (2014). *Derechos de los animales: de la cosificación a la zoopolítica*. Universidad Externado de Colombia.
- Molina, J. (2014). *Derechos de la naturaleza*. Universidad Externado de Colombia.
- National Security Agency. (s.f.). Índice de documentos ovni: acción civil No. 80-1562, "Ciudadanos contra el secreto de los objetos voladores no identificados contra la Agencia de Seguridad Nacional". <https://www.nsa.gov/news-features/declassified-documents/ufo/>
- Novell, N. (2008). *Literatura y cine de ciencia ficción* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona].
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org>: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Rodríguez, D. (2015). Acercamientos a la ciencia ficción. *La Palabra*, 27, 173-187.
- Rodríguez, J. (2001). Introducción a la prospectiva: metodologías, fases y explotación de resultados. *Economía Industrial*, 342, 13-20. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/342/1JesusRodriguez.pdf>
- Sabato, E. (1951). *Hombres y engranajes*. http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/LYM/homb_engSaba.pdf

- Saens, M. (2019). Derecho y literatura. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, 273-282.
- Scott, R. (Dirección). (1983). *Blade Runner* [Película].
- Shelley, M. (1818). *Frankenstein o el moderno Prometeo*. <https://www.elejandria.com/libro/frankenstein/mary-shelley/717>
- Thomas, H. (2001). IA: Inteligencia artificial. *Polis*, 1(2), 1-23. <https://www.redalyc.org/pdf/305/30500219.pdf>
- Universidad Pontificia Bolivariana. (2018, 1 de agosto). Sophia y David Hanson, Escuela de Verano UPB. <https://www.upb.edu.co/es/noticias/sophia-david-hanson-escuela-verano>
- Vercelli, A. (2018). La (des)protección de los datos personales: análisis del caso Facebook Inc. - Cambridge Analytica. 47 Jornadas Argentinas de Informática. Universidad de Palermo, Buenos Aires.
- Wachowsky, H. (Dirección). (1999). *La Matriz* [Película].
- Weir, P. (Dirección). (1998). *El Show de Truman* [Película].

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 castellanas, 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/providencial/ 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 citas 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) Integar 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:
- Ibid.*, 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 Luís 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.

Estatuto Real para la convocación des 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 Luís 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).

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.

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, transmitir 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.

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 drown 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).

IO 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 Públicas*, 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 ISOSystem must go to the end of it, respecting the following criteria:

- a) When referring to a book:
Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, 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 18 th Century to the Middle of the 19 th 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 18 th 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) Algún 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

Crterios:

- 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 compartan 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**Criterio:**

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 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:
- Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
 - 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:
- any personal interest in the outcome of the investigation.
 - 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.

Retos para el derecho y el sistema judicial en el siglo XXI

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

Se terminó de imprimir en los talleres de xxxxxxxxxxxx

300 libros impresos sobre papel *book cream* de 90 g,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.

