

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Julio-Diciembre de 2022
No. 56

Constitucionalismo iushumano
en América Latina:
Historia y presente

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Julio-Diciembre de 2022
No. 56

Constitucionalismo iushumano en América Latina: Historia y presente



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 56

Título del número: *Constitucionalismo iushumano en América Latina: Historia y presente*
Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y par evaluador
Lugar y fecha: Bogotá, julio-diciembre de 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 (Rector General)
Prof. Dr. Hernando Torres Corredor (Decano de la Facultad)
Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

Instituto UNIJUS

Prof. Dr. Ómar Huertas Díaz (Director)

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)

Comité Científico

Prof. Dra. Esther Sánchez Botero (Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Colombia)
Prof. Dr. Jacques Commaille (Ecole Normale Supérieure de Cachan, Francia)
Prof. Dr. Jane Larson (University of Wisconsin, Estados Unidos)
Prof. Dr. Jean-Charles Froment (Université Pierre Mendès, Francia)
Prof. Dr. José Reinaldo de Lima (Universidad de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca, España)
Prof. Dr. Michele Luminati (Universidad de Lucerna, Suiza)
Prof. Dr. Roberto Gargarella (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
Prof. Dr. Stanley L. Paulson (Washington University in St. Louis, Estados Unidos)

Pares Evaluadores

Sergio Hernando Castillo Galvis (Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia)
Carolina Isaza Zuluaga (Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia)
Guiseppe D'Amato Castillo (Universidad Sergio Arboleda, Colombia)
Carlos Alfredo Pérez Fuentes (Tecnológico de Antioquia, Colombia)
Ricardo Azael Escobar Delgado (Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia)
Rosaura Rojas Monedero (Universidad Autónoma de Nuevo León, México)
Misael Tirado Acero (Universidad Militar Nueva Granada, 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: rpijuridico_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: Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América (Argentina), Buenos Aires, Imprenta de la Independencia 1819.

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

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

Contenido

Introducción

Bernd Marquardt 9

Las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (análisis deconstructivo del Artículo 29)

Limitations on the Exercise of Human Rights in the Political Constitution of the United Mexican States (Deconstructive Analysis of Article 29)

Alberto Herrera Pérez 13

Análisis comparado del concepto de enfermedad laboral. Perspectiva desde la OIT y la legislación en Colombia

Comparative Analysis of the Concept of Occupational Disease. A Perspective from the ILO and the Legislation in Colombia

Elkin Leandro Ramírez Ibáñez 49

Legislación para la ciudadanía de indígenas durante el siglo XIX en Colombia *Laws of Citizenship for Indigenous People during the 19th Century in Colombia*

Andrés Felipe Pabón Lara 63

Algoritmos y democracia: impacto, peligro y propuestas regulatorias

Algorithms and democracy: impact, danger and regulatory proposals

Emily Pedraza Ochoa, Pablo Javier Martínez Acevedo 91

Cultura jurídica, ley y constitución en el proceso penal en Bogotá y Popayán, 1819-1830. Aspectos de la transición jurídica en la República de Colombia

Legal Culture, Law and Constitution in Criminal Proceedings in Bogotá and Popayán, 1819-1830. Aspects of the Legal Transition in the Republic of Colombia

Carlos Alberto Toro Silva 115

<i>Narrativas de la conciliación que se resisten a que el viento se las lleve</i>	
<i>Narratives of Mediation that Resist the Wind to Take them</i>	
<i>Harbey Peña Sandoval.....</i>	<i>149</i>
<i>La violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano: sobre su priorización en la JEP</i>	
<i>Sexual violence in the context of Colombian armed conflict: on its prioritization at JEP</i>	
<i>Mariana Lopera Sara María Roldán Concha.....</i>	<i>183</i>
<i>Instrucciones para los autores de artículos a publicar</i>	<i>229</i>
<i>Instructions for authors</i>	<i>237</i>
<i>Política de Ética Editorial</i>	<i>245</i>
<i>Editorial Ethics Policy</i>	<i>253</i>

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 constitucionalismo iushumano, a través de reflexiones teóricas, conceptuales e históricas, desde un enfoque trans e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir al enriquecimiento del debate y estudio de las diferentes vertientes del derecho y la constitución. 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, Alberto Herrera Pérez (licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México; especialista en Derecho Penal, por la Universidad Panamericana, y especialista en Derecho Constitucional, por la Universidad Nacional Autónoma de México) en su artículo “Las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, problematiza la capacidad del poder estatal de limitar el ejercicio de los derechos humanos, dado que debe existir un marco que los regule y estructure, a la vez que garantice la seguridad del estado de derecho. Para ello, analiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la luz de diferentes teorías —subjetivas y objetivas— sobre los derechos fundamentales y establece una línea temporal que evidencia los antecedentes históricos, la evolución y el estado actual de la regulación y limitación del ejercicio de derechos humanos en el contexto señalado.

En segundo lugar, Elkin Leandro Ramírez Ibáñez (politélogo, por la Universidad Nacional de Colombia, y especialista en Alta Gerencia de la Seguridad y Defensa, por la Universidad Militar Nueva Granada) en su artículo “Análisis comparado del concepto de enfermedad laboral. Perspectiva desde la OIT y la legislación en Colombia” analiza los encuentros y desencuentros entre la legislación en Colombia y la Organización internacional del trabajo (OIT) respecto a la enfermedad laboral. Para ello, el autor realiza un rastreo histórico de las definiciones, acciones y normativas de la legislación colombiana —contemplando no solo las enfermedades, sino también la definición de accidente, así como los cambios en las acciones que estipulan las normativas, y dejando claros sus alcances y limitaciones— con el fin de identificar y definir el panorama de las legislaciones que protegen al trabajador respecto a las recomendaciones de la OIT.

En tercer lugar, se encuentra el artículo de Andrés Felipe Pabón Lara (abogado, de la Universidad Libre; magister en Historia, de la Pontificia Universidad Javeriana, y doctor en Historia, de la Universidad Torcuato Di Tella de Argentina), titulado “Legislación para la ciudadanía de indígenas durante el siglo XIX en Colombia”. En él, el autor coteja fuentes de diferentes disciplinas para analizar los mecanismos estatales con los que inició la incorporación de los pueblos indígenas, como ciudadanos, en el modelo de Estado. En el artículo se enuncia el contexto en el que inició la ciudadanía, teniendo en cuenta los intereses políticos, las disputas por el poder, los proyectos de país y los mecanismos de penetración ideológica bajo los que se buscaba regular legislativamente la nación.

Seguidamente, Emily Pedraza Ochoa y Pablo Javier Martínez Acevedo (estudiantes de Derecho, de la Universidad Nacional de Colombia, e integrantes del semillero de investigación Alan Turing) presentan su artículo “Algoritmos y democracia: impacto, peligro y propuestas regulatorias”, en el que ponen en discusión los impactos del auge de las tecnologías algorítmicas y la ética de su uso, para problematizar su impacto en la democracia. Para ello, los autores enuncian las diferentes aplicaciones de los algoritmos en diferentes contextos y escenarios del desarrollo tecnológico y científico de la humanidad, hasta llegar al punto de que influyen a las personas, ya sea desde el campo del *marketing* o de la opinión pública. Por tal motivo, los autores ponen sobre la mesa la necesidad de establecer marcos de regulación, con el fin de evitar efectos adversos a la democracia, como la radicalización del debate público, los filtros burbuja y la personalización de realidades.

Después, Carlos Alberto Toro Silva (abogado, de la Universidad del Cauca, magíster y doctor en Historia, de la Universidad de los Andes), en su artículo “Cultura jurídica, ley y constitución en el proceso penal en Bogotá y Popayán, 1819-1830”, estudia los procesos penales del siglo XIX, con el fin de analizar el estado, la estructura y las características de la cultura jurídica del momento, la cual, al encontrarse en transición, era de carácter mixto. Esto último permitió que en Bogotá el desarrollo de los procesos penales se diera de diferentes formas a las del desarrollo de Popayán. El autor analiza las diferentes vertientes de la transformación del derecho en dichos territorios, poniendo sobre la mesa la interacción entre la tradición y la innovación en los procesos penales, respecto a la estructura judicial del momento.

A continuación, en su artículo “Narrativas de la conciliación que se resisten a que el viento se las lleve”, Harbey Peña Sandoval problematiza las narrativas de la conciliación, su continuidad y oportunidades de cambio. Para ello, caracteriza la narrativa del derecho, de la ley y de la burocracia, respecto a la conciliación, con el fin de esbozar el escenario actual: la petrificación de dichas narrativas y la crisis por la que están pasando. Igualmente, expone el escenario actual,

marcado por las repercusiones de la pandemia, en el que se debe fortalecer la conciliación como herramienta para resolver problemas jurídicos. Para ello, se propone la crisis como impulsadora de cambios y alternativas que permitan la creación de escenarios y narrativas más óptimas y acordes al momento y contexto que estamos viviendo.

Por último, las autoras Mariana Lopera y Sara María Roldán Concha, en su artículo “La violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano: sobre su priorización en la JEP”, exponen la importancia de que la justicia transicional se dé con perspectiva de género. Para ello, las autoras caracterizan la violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado, encontrando que la diferenciación de roles, el género, la etnia y la filiación política fueron aspectos determinantes para el ejercicio de la violencia, principalmente hacia las mujeres. De igual manera, se identifica que la instrumentalización del cuerpo y la violencia sexual se perpetraron sistemáticamente, por los diferentes actores del conflicto, como herramienta para ejercer control en diversos escenarios, ya fuera interna o externamente. Por lo tanto, las autoras establecen que, dada la intensidad, extensión y duración del conflicto, es necesario priorizar la creación en la JEP de un macrocaso sobre la violencia sexual, con el fin de lograr una verdadera reparación a las víctimas y el reconocimiento de todas las violencias ejercidas durante el conflicto.

BERND MARQUARDT

Director *Revista Pensamiento Jurídico*

Las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (análisis deconstructivo del Artículo 29)

Limitations on the Exercise of Human Rights in the Political Constitution of the United Mexican States (Deconstructive Analysis of Article 29)

*Alberto Herrera Pérez**

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2021

Fecha de aprobación: 16 de julio de 2022

RESUMEN

El ejercicio de los derechos humanos no es absoluto. Puede limitarse bajo ciertos requisitos y condiciones. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su Artículo 29 establece los escenarios para este efecto.

Palabras clave. Derechos humanos, Constitución, limitaciones, restricción, suspensión, decreto de emergencia, tratados internacionales.

ABSTRACT

The exercise of human rights is not absolute and can be limited under certain requirements and conditions. The Political Constitution of the United Mexican States in Article 29 establishes the scenarios for this effect.

Keywords. Human rights, Constitution, limitations, restriction, suspension, emergency decree, international treaties.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Panamericana. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Derecho por la Universidad Marista.

INTRODUCCIÓN

La limitación¹ al ejercicio de los derechos humanos debe suscitar una alta preocupación, dado que constituye un acto del poder estatal que puede generar, eventualmente, acciones arbitrarias o dictatoriales que socaven el estado de derecho². Por consiguiente, es importante establecer su instrumentación y regulación, con específica exactitud, dentro de las estructuras constitucionales o legales.

Se desmontará, en este ensayo, la construcción normativa del Artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, ley fundamental, ley fundacional, carta magna, Constitución). Con este fin, se partirá de conceptos doctrinarios sobre los derechos humanos. Por medio del método histórico, se examinará la evolución de las restricciones previstas en diversos cuerpos constitucionales en el México independiente. Se revisará, con ayuda del método documental, la legislación y la doctrina para conocer el sentido y alcance de estas limitaciones. A través del método deductivo-inductivo, se estudiará la correspondencia entre la CPEUM y los tratados internacionales suscritos por México en materia de derechos humanos. Con ayuda del método analítico, se reflexionará sobre el contenido y alcance del Artículo 29 constitucional. Finalmente se proporcionarán las opiniones conclusivas.

Los Derechos Humanos

En el siglo XIX, inicia la positivización de los derechos fundamentales, basada en las concepciones pactistas que establecen la soberanía como expresión del consenso de los ciudadanos en las Constituciones occidentales. La protección a los derechos humanos exige limitaciones a la potestad estatal y la soberanía, la que no puede ejercerse legítimamente amenazando, perturbando o privando a las personas de sus derechos (Nogueira, 2018, 5).

La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948) en su preámbulo sostiene que:

Considerando 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 miembros de la familia humana;

- 1 El concepto limitaciones, para fines de este ensayo, incluye los conceptos restringir y suspender previstos en el artículo 29 constitucional.
- 2 Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que 'vivir' suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el estado viva en la forma que estiman correcta aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del estado de necesidad política. (Kelsen, 1962, pp. 206 y 207).

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

En el año 2011, ocurren, en México, profundos cambios en la estructura normativa constitucional. Se incorpora, al más alto nivel del orden jurídico, el reconocimiento de los derechos humanos y se establece, como parámetro para su interpretación, la Constitución y los tratados internacionales³. Se confiere rango constitucional al principio *pro homine* y se instituye la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos.

Contenido esencial

La idea del contenido esencial de los derechos humanos permite evitar la excesiva restricción o compresión de estos, que los despojaría de su contenido normativo tutelar.

Teorías

Teoría subjetiva o absoluta de Günter Düring

Incluye el contenido esencial de los derechos como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos. En tal sentido, la dignidad de la persona se afecta cada vez que una persona es tratada como un medio o un objeto. La dignidad de la persona se protege con el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación, en función de las obligaciones sociales (Nogueira, 2018, 177).

Teoría subjetiva de Ekkehart Stein

Sostiene que los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al

3 Desde luego, dentro del plano internacional es importante reconocer la incidencia en estos cambios constitucionales de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Radilla Pacheco y Cabrera García en las cuales se hicieron diversas recomendaciones al Estado mexicano.

impedirse su ejercicio, tal limitación, afecta al contenido esencial y, por tanto, es inconstitucional (Nogueira, 2018, 178).

Teoría subjetiva de Ludwig Schneider

Estima que existe una reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales y que las medidas establecidas por el legislador, que determinan un trato discriminatorio, son contrarias a la Constitución (Nogueira, 2018, 178).

Teoría objetiva de F. Klein

Afirma que el contenido esencial es el núcleo, o círculo interno, del derecho fundamental, mientras que el contenido accidental sería la periferia, o elemento exterior, del derecho fundamental. El contenido esencial otorga identidad al derecho. La garantía institucional, de dicho contenido, lo protege frente a su anulación o destrucción o de una transformación que produzca una desnaturalización sustancial de la institución (Nogueira, 2018, 179).

Teoría objetiva de Hartmut Jackel

Señala Hartmut que la protección de las posiciones de los derechos fundamentales de las personas se debe concretar a través de las normas jurídicas. Estas establecerán las propias garantías de los derechos fundamentales, las cuales son más adecuadas y efectivas de lo que establece la norma del contenido esencial de los derechos (Nogueira, 2018, 179).

Teoría de Eike Hippel

Apunta que cada norma, que contiene un derecho fundamental, aplicable solo cuando, y en la medida en que, a los intereses de libertad protegidos no le sean contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango (Nogueira, 2018, 180).

Teoría de Peter Lerche

Indica que el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental (Nogueira, 2018, 181).

Teoría de Konrad Hesse

Hesse sostiene que el objeto de protección del derecho fundamental es tanto el derecho subjetivo como la garantía objetiva. En las limitaciones o configuraciones legislativas de los derechos se debe proteger tanto la libertad individual garantizada por el derecho, como la función social de los derechos esenciales (Nogueira, 2018, 181).

De la lectura y comprensión de las diversas teorías, se vislumbra la existencia de un núcleo duro de los derechos humanos, límite absoluto, cuya infracción afecta el contenido esencial de estos, que sería, por tanto, intangible para el legislador.

Antecedentes históricos

En el México posterior a la independencia, las limitaciones a los derechos fundamentales (llamados, en sus orígenes, garantías individuales⁴) se establecieron dentro de las normas constitucionales⁵ para enfrentar situaciones de crisis o emergencia excepcionales o extraordinarias.

Bases Orgánicas de la República Mexicana (1843)

Artículo 198. Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la Nación exigiere en toda la República, o parte de ella, la suspensión de las formalidades prescritas en estas bases, para la aprehensión y detención de los delincuentes, podrá el Congreso decretarla por determinado tiempo (*sic*)⁶.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1857)

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, ó cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grande peligro ó conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la Diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero

- 4 Recordemos que en la contemporánea conceptualización constitucional se establece una diferencia entre derechos humanos y garantías. Estas últimas protegen, aseguran o hacen valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.
- 5 Como el caso de España (art. 53) o la República Federal de Alemania (art. 19).
- 6 Podemos considerar este artículo un antecedente prístino de la suspensión de garantías, si bien referido exclusivamente a la aprehensión o detención de delincuentes respecto de los cuales podían suspenderse las formalidades establecidas por esas Bases (v.gr. las previstas en el artículo 9 fracciones V, VI y VII).

deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión pueda contraerse á determinado individuo. Si la suspensión tuviere lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificare en tiempo de receso, la Diputación permanente convocará sin demora al Congreso para que las acuerde (*sic*).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en **grave**⁷ peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República **Mexicana**, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, de la **Comisión Permanente**, **podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado**, las garantías **que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación**; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se **contraiga** a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estimen necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se **verificase** en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde (*sic*)⁸.

Evolución legislativa

1981⁹

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República Mexicana, de acuerdo con **los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República** y con aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos

7 El uso de letras negritas en la transcripción de textos obedece a la idea de los autores de realzar porciones que consideran relevantes o significativas para los fines de la presente investigación y no se corresponden necesariamente con el texto original.

8 Se precisa que el peligro a enfrentar debe ser grave; el nombre de la República; el espacio físico materia de la suspensión y se agrega una adición de alta importancia al indicar que sólo pueden ser materia de suspensión las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente al estado de excepción o emergencia.

9 Diario Oficial de la Federación del 21 de abril de 1981.

para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación: pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, **pero si** se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde (*sic*)¹⁰.

2007¹¹

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente **de los Estados Unidos Mexicanos**, de acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado¹² y la Procuraduría General de la República y con **la** aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde (*sic*).

2011¹³

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente **cuando aquel no estuviere reunido**, podrá **restringir**¹⁴ o suspender en todo el país o

- 10 Se desagrega el Consejo de Ministros y se sustituye por los secretarios de Estado, los titulares de los departamentos administrativos y el Procurador General de la República como funcionarios del gobierno participantes en el procedimiento para expedir las prevenciones generales del estado de emergencia.
- 11 Diario Oficial de la Federación del 2 de agosto de 2007.
- 12 Se suprimen los departamentos administrativos en la administración pública federal y por tanto se adecua el texto de este numeral.
- 13 Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.
- 14 Se introduce, como novedad, el concepto “restringir” respecto de los derechos humanos. Recordemos que la tradición constitucional consideraba únicamente la acción de suspender (ambos conceptos, por otra parte, acordados con la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo demás, se puntualizan, en esta reforma, aspectos de alta relevancia (que analizaremos más adelante) referidos al núcleo duro e intangible de los derechos humanos; el ejercicio de estos (precisión importante atendiendo a que técnicamente se limita su ejercicio y no el derecho en sí el cual teleológicamente no se puede interrumpir), la fundamentación y motivación del decreto suspensorio, su

en lugar determinado **el ejercicio de los derechos** y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada **persona**¹⁵. Si la **restricción** o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez (*sic*).¹⁶

finalización y la intervención *ex officio* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En términos generales en este numeral se incorporaron prevenciones exigidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

- 15 Relevante precisión, si atendemos a que, dentro del concepto persona, pueden ingresar las personas morales o jurídicas que muy probablemente no se alcanzaban a comprenderse en el anterior concepto “individuo”.
- 16 En el año 2014 se reforma este artículo (Diario Oficial de la Federación del 10 de febrero de 2014) y se suprime el acuerdo con los secretarios de Estado y la intervención del Procurador General de la República. Creemos descabada esta eliminación, si bien entendemos que el Ejecutivo Federal es el titular de la administración pública. Sin embargo, tomar opinión a sus respectivos secretarios para la restricción o suspensión de los derechos humanos y sus garantías se considera una medida adecuada (el Presidente no puede conocer todos los temas). Pensemos en

La suspensión o restricción de los derechos humanos y sus garantías puede ser, en ocasiones, el medio más eficaz y oportuno para atender situaciones de emergencia pública y, así, preservar los derechos, principios, y valores superiores de la sociedad democrática. Por tanto, dicha restricción carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona¹⁷.

Reforma constitucional en materia de derechos humanos

Destaca la realizada en el año 2011 que marca un partearguas a nivel constitucional respecto de estos derechos.

La exposición de motivos, de esta reforma, reconoce a los derechos humanos como una prerrogativa inherente a la dignidad de la persona humana¹⁸. Su vigencia, promoción y respeto es una responsabilidad intrínseca del Estado, no sólo frente a sus ciudadanos sino también ante la comunidad internacional.

El artículo primero de la CPEUM establece que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte. También gozan de las garantías instituidas para su protección.

Se mantiene intacto, en esta reforma, el tema de las limitantes al ejercicio de los derechos humanos, los cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos, y con las condiciones, que la propia Constitución establece.

Limitaciones a los derechos humanos¹⁹

Los derechos humanos no son absolutos, ni carecen de restricciones. Tienen límites en su ejercicio para la viabilidad de los demás derechos fundamentales,

el caso de la pandemia de COVID 19, que actualmente vivimos, o bien en acciones contra la violencia desatada en nuestro país por el crimen organizado (sería prudente y oportuno, en estos casos, recabar la opinión de los secretarios de salud, de la defensa o de la marina o bien de la Fiscalía General de la República para adoptar las medidas conducentes evitando asimismo la concentración o monopolización en la toma de decisiones de tan alta importancia para la nación).

17 Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987 Serie A No 8 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

18 Ver sobre este tema Herrera Pérez, Alberto, *La dignidad humana en la Constitución Federal mexicana* en Revista de la Facultad de Derecho de México; Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 67, No 266 2016; 125-155. [en línea 5 de octubre de 2022] https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-dignidad-humana-en-la-constitucion-federal-mexicana-53335?c=VjjXRM&d=false&q=humanidades&i=1&v=1&t=search_0&as=0

19 El único antecedente de suspensión de garantías en el México contemporáneo es el decreto publicado en el DOF de fecha 2 de junio de 1942 con motivo del ingreso de nuestro país a la Segunda Guerra Mundial.

con el fin de permitir su sano desarrollo entre todas las personas. La limitación a estos se justifica a partir de situaciones donde se requiere la intervención del Estado de forma rápida y eficaz a fin de garantizar la continuidad del orden público, la paz social, la seguridad o la salud de sus habitantes.

Se trata de una figura que evoca la tesis de los “poderes extraordinarios” ante situaciones excepcionales que, en la práctica, suponen una suspensión de la vigencia del derecho –en principio– para salvar al derecho mismo. En los hechos, si nos atenemos a la experiencia comparada, por lo general, el poder ejecutivo adquiere un predominio temporal sobre los otros poderes y obtiene potestades especiales con las que no cuenta en los periodos de normalidad constitucional (Salazar 2013, p. 231).

Respecto a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2007) ha manifestado:

45. Al respecto, la Corte recuerda que, [h]abida cuenta de que el Artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el Artículo 27.1 **dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.**

46. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que para que se justifique un estado de excepción es necesario: **a)** que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; **b)** que ésta afecte a toda la población, y **c)** que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad (Lawless v. Ireland (no. 3), judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 14, párr. 28).²⁰

Nuestra ley fundamental, en 1917, estableció, en su Artículo 1 (mandato vigente en la actualidad), un elemento *sine qua non* para la restricción o suspensión de los derechos humanos: la obligatoria inclusión en su texto²¹. Bajo esta exigencia

20 Corte IDH, Caso Zambrano Pérez y otros Vs. Ecuador, sentencia de 4 de julio de 2007, (fondo reparaciones y costas).

21 **Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, **salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.**

constitucional, es el poder reformador, en principio, quien retiene para sí la facultad de establecer límites a su ejercicio²², en los siguientes términos:

... la suspensión de las garantías individuales se justifica por la necesidad política de que los órganos gubernativos tengan libertad de acción para proceder con rapidez y energía a mantener el orden público mediante la eliminación radical de situaciones y circunstancias de hecho que agreden los intereses sociales (Bazdresch, 1998, p. 38).

La Corte IDH (1987) en su Opinión Consultiva 08 sobre este tema, sostuvo que:

18. [...] Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona **lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio ...**

24. **La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades** que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos.²³

139. Por otro lado, habida cuenta de que el Artículo 27.1 contempla distintas situaciones y que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el Artículo 27.1 dependerá, entonces, **del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas**

22 Bajo esta afirmación causa extrañeza que en el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional de 2011 (DOF del 10 de junio de 2011) se estableciera para el Congreso de la Unión (legislador secundario) la obligación de expedir en el plazo de un año (contado a partir del inicio de vigencia de este decreto que fue el 11 de junio de 2011) la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional en Materia de Suspensión del Ejercicio de los Derechos y Garantías. En efecto, cabe reflexionar si los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana pueden ser limitados o reglados por una ley secundaria o sólo reservarse esta facultad para el poder constituyente constituido.

El artículo primero constitucional enfáticamente establece que la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos humanos sólo podrá realizarse: en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece, siendo que el órgano facultado constitucionalmente para adicionar o reformar la ley fundamental en nuestro país es el constituyente permanente (art. 135) único legitimado para establecer límites al ejercicio de los derechos humanos (atendiendo a la reserva constitucional prevista en el artículo 1) de ahí que resulte altamente cuestionable la obligación legislativa establecida para el parlamento de expedir una ley reglamentaria, más aún si atendemos a que las facultades del constituyente permanente son indelegables. Posiblemente sea esta una de las razones por las que el Congreso de la Unión mexicano no ha expedido esta norma en poco más de diez años.

23 OC-8/87.

adoptadas respecto de ella. La Convención autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello **“en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”**. Las disposiciones que se adopten no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. **La Corte ha señalado que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.** En este sentido, las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y **no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella**²⁴.

Es de notar cómo la Corte IDH comparte la licitud en la restricción o suspensión de los derechos humanos (garantías les llama la Corte) siempre que cumpla con los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y temporalidad necesarios. La Corte precisa que esta limitación corresponde al ejercicio de estos derechos y no a los derechos en sí.

Respecto de las limitaciones a las garantías judiciales se observa:

28. La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales “indispensables” para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.

29. A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del Artículo 27.2, **aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades** a que se refiere dicho artículo **y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud**²⁵.

Bajo esta lógica, la restricción o suspensión de las garantías judiciales no debe comprender los instrumentos judiciales o procesales destinados a la defensa o

24 Corte IDH. Caso “J”. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

25 OC-8/87 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

protección de los derechos humanos²⁶. Éstos deben permanecer con plena eficacia legal aún durante la vigencia del decreto de emergencia²⁷. El propio Artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece de manera expresa la no suspensión de: “... las garantías judiciales indispensables para la protección...” de diversos derechos humanos relacionados en este apartado (vida, integridad personal, prohibición de la esclavitud, etc.).

Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)²⁸

SUSPENSIÓN²⁹ DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones

26 La Corte IDH resolvió: **1.** Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. por unanimidad. **2.** También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos. (opinión consultiva OC-9/87).

27 En el caso del *habeas corpus* la Corte IDH consideró que: Sin embargo, al propio tiempo, la Comisión considera **que ni aún bajo una situación de emergencia el hábeas corpus puede suspenderse o dejarse sin efecto** (párrafo 12 de la OC 8/87).

54. La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables **aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades**, las cuales serán distintas según los derechos afectados. Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. **Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales.** Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrafo 51. En el mismo sentido: Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

28 Ratificada por México el 3 de febrero de 1981 (Convención, CADH).

29 Advirtamos como la Convención hace referencia a los términos restricción y suspensión como sinónimos. No obstante, ambos conceptos pueden comprender aspectos diferentes, restringir significa: reducir a menores límites, constreñir, circunscribir, en tanto suspender se refiere a: privar, detener.

que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, **suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención**, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la **suspensión** de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones³⁰

Las **restricciones** permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren **por razones de interés general** y con el propósito para el cual han sido establecidas³¹.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³²

Artículo 4

1. **En situaciones excepcionales** que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, **suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto**, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

30 Ídem.

31 Establece la Convención de manera expresa la permisión de restricciones para el derecho de reunión (art. 15) y libertad de asociación (art. 16),

32 Adhesión de México el 24 de marzo de 1981, decreto promulgatorio publicado en el DOF el 20 de mayo de 1981.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6, 7, y 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

Opiniones de órganos internacionales sobre la suspensión

Corte Interamericana de Derechos Humanos³³

En la Opinión consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, la Corte IDH señaló que:

18. El Artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es “Suspensión de Garantías”; el párrafo primero habla de “suspend(er) las obligaciones contraídas; el párrafo segundo de “suspensión de los derechos”; y el párrafo tercero de “derecho de suspensión”. Cuando la palabra “garantías” se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las “garantías judiciales indispensables”. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que **no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos”** ya que siendo éstos consustanciales con la persona **lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio**. La Corte estima útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sobre los cuales responde la presente consulta, sin perjuicio de las cuales la Corte utilizará la expresión empleada por la Convención de “suspensión de garantías”

En la opinión consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6 respecto del Artículo 30 de la Convención la Corte IDH resolvió:

14. El Artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), **es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas**, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados. [...]

33 El 16 de diciembre de 1998 México aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

17. No obstante lo anterior, los criterios del Artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, **la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos.** El Artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, **lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.**

18. Al leer el Artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. **Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;** b. **Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”.** Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. **Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.**

Hipótesis limitativas (restricción o suspensión)

El Artículo 29 párrafo primero de la CPEUM establece que las medidas restrictivas, o suspensorias, del ejercicio de los derechos humanos y sus garantías deben realizarse mediante prevenciones generales (desde 1857 se prevé esta regla), ¿pero a que se refiere la Constitución cuando hace referencia a este término?

De acuerdo con la Real Academia Española en su Diccionario de la Lengua Española (RAE) 2021), prevención, significa: “acción y efecto de prevenir; preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo”. Adicionalmente, prevenir representa: “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin” (RAE, 2021).

Como antecedente histórico legislativo, existe la Ley de Prevenciones Generales Relativa a la Suspensión de Garantías establecida por Decreto del 1º de junio de 1942 (publicada en el DOF del 13 de junio de ese año), expedida con motivo del ingreso de nuestro país a la Segunda Guerra Mundial. En esta Ley, se fijan las restricciones a las garantías individuales, las autoridades encargadas de la observancia de esta ley, y los alcances de los medios de control constitucional respecto de la legislación de emergencia.

Bajo este escenario, debemos entender por prevenciones las normas de cumplimiento obligatorio que regulan, de manera general, abstracta, e impersonal (ley o decreto), las situaciones de quienes se encuentran en el supuesto normativo, o hipótesis legal, previsto en estas. Dichas normas no se contraen a un caso concreto o determinado ni se aplican, en específico, a persona alguna en particular.

Para la declaratoria del estado de excepción, el artículo mencionado, en su párrafo primero, encierra diversos supuestos de hecho³⁴:

- Invasión;
- Perturbación grave de la paz pública, o
- Cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

La hipótesis de invasión se refiere al ingreso o irrupción violenta, y sin derecho a cualquier parte del territorio nacional, por parte de algún sujeto de derecho internacional público.

La perturbación grave de la paz u orden públicos puede comprender el acaecimiento de acciones o hechos violentos que tiendan a impedir el orden constitucional, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, o cambiar la estructura social, política o económica del país (guerra civil, revuelta interna, cuartelazo, motín, revolución, estallidos sociales violentos, etc.).

La hipótesis final se refiere a circunstancias excepcionales de tal gravedad que sitúen en estado de peligro³⁵ los intereses vitales de la población. Estos pueden ser: catástrofes naturales, terremotos, inundaciones, hambruna, pandemias,

34 Observemos que, con excepción del primer supuesto (invasión), la configuración de las restantes hipótesis es totalmente subjetiva y discrecional. No existen parámetros constitucionales o legales que establezcan el significado y alcance de estas. De ahí que la intervención colegiada de diversos órganos en la declaratoria restrictiva o suspensoria del ejercicio de los derechos humanos y garantías constituya una sana y prudente medida para evitar actos arbitrarios o abusivos.

35 Probabilidad de ocurrencia de un agente perturbador potencialmente dañino de cierta intensidad durante un cierto período y en un sitio determinado.

epidemias, limitación de los servicios públicos esenciales para la comunidad, desabasto prolongado de productos o servicios de primera necesidad o similares, e inclusive acciones de la delincuencia organizada o terroristas.

Ámbito de validez del decreto de emergencia

Personal

Por disposición constitucional, no puede contraerse a determinada persona o grupo de individuos.

Espacial

Puede comprender todo el territorio nacional o bien una porción de este (verbi-gracia, uno, o varios, estados federados, municipios o alcaldías).

Temporal

Debe ser por un tiempo limitado (comprender únicamente el lapso necesario para hacer frente al estado de emergencia y mientras este persista³⁶).

Material

Debe señalar expresamente el derecho o derechos humanos y las garantías sujetas a restricción o suspensión.

Núcleo fijo e inmutable

Existen, en la Constitución, elevados principios del orden de valores que deben permanecer intactos. A estos, se les ha denominado núcleo duro de los dere-

36 Creemos que aun y cuando la Constitución no lo establece expresamente, la pluralidad permisiva a la potestad legislativa para autorizar prevista en el artículo 29 párrafo primero permite afirmar que es posible la existencia de prórrogas a los decretos o nuevas autorizaciones al Presidente en este sentido (... el Congreso concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación).

chos humanos. Constituyen un límite infranqueable al poder del Estado al no permitirse su limitación³⁷.

La doctrina ha reconocido que los derechos humanos³⁸ no son absolutos. Pueden ser materia de limitaciones, cuando estas son indispensables para rechazar un peligro grave para un bien de la comunidad, la protección del interés público, la interacción armónica de estos derechos, o el logro de un fin social contemplado en el orden de valores de la norma fundamental.

... el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contraponen a la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana. **Reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.** (Tórtora, 2010, p. 168)

El párrafo segundo del Artículo 29 constitucional señala:

En los decretos que se expidan, **no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos** a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

- 37 1. Resulta claro que ningún derecho reconocido por la Convención puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1. Además, aun cuando estas condiciones sean satisfechas, el artículo 27.2 dispone que cierta categoría de derechos no se puede suspender en ningún caso. Por consiguiente, lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, **en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia.** OC-8/87 Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 38 El sistema de valores de los derechos fundamentales parte de la dignidad y la libertad del ser humano individual como persona natural. Los derechos fundamentales deben proteger, ante todo, la esfera de la libertad de los individuos frente a las intervenciones del poder estatal. Ver sobre este tema Herrera Pérez, Alberto, *El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional; Número 35, Julio-Diciembre 2016 [en línea, 5 de octubre de 2022] https://repositorio.unam.mx/contenidos/el-control-de-convencionalidad-en-materia-de-derechos-humanos-y-la-regularidad-constitucional-comentarios-a-la-juris-14678?c=VjXRM&d=false&q=herrera_p%C3%A9rez_alberto&i=1&v=1&t=search_0&as=0

El artículo y párrafo en consulta tutelan este núcleo inderogable e intangible, no susceptible de limitación. Se ordena que, en los decretos de emergencia, debe permanecer intacto el ejercicio de los derechos que ahí se precisan³⁹.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos humanos no implica su inexistencia o la del Estado de Derecho, o que el gobierno se invista de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional esté autorizada. Aún bajo la vigencia del decreto de emergencia, es necesario verificar la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de las acciones adoptadas por los órganos de poder.

Fundamentación y motivación

El párrafo tercero del Artículo 29 constitucional⁴⁰ establece que la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos humanos y garantías debe estar fundada y motivada.

Al ser el decreto de emergencia un acto de autoridad que puede causar molestias a los gobernados. En consecuencia, deben conocer las causas particulares o razones inmediatas, así como el sustento legal que originan la interrupción del goce y disfrute de sus derechos constitucionales.

Sobre este tema existen los criterios siguientes:

47. Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. **Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada** y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria⁴¹.

39 Núcleo de derechos convencionales no susceptibles de limitación alguna en ninguna circunstancia retomados en su literalidad del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

40 La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías **debe estar fundada y motivada** en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, y observar, en todo momento, los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en criterio jurisprudencial, determinó:

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 203143, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materias(s): Común, Tesis: VI.20. J/43, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Marzo de 1996, página 769, Tipo: Jurisprudencia

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

La debida fundamentación y motivación legal deben entenderse, por lo primero, la **cita del precepto legal aplicable al caso**, y por lo segundo, las **razones, motivos o circunstancias especiales** que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.

Bajo este razonamiento jurisprudencial, se entiende por fundar: expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por motivar, señalar las circunstancias especiales, razones particulares, o causas inmediatas tenidas en cuenta para la emisión del acto de autoridad (decreto o legislación de emergencia).

El precepto legal (fundamentación) aplicable al decreto de emergencia será, en principio, el Artículo 29 constitucional. La motivación deberá desarrollar y explicar no solo las causas (invasión, perturbación grave de la paz pública o la situación de peligro grave o conflicto que se busca enfrentar), sino los motivos que originan la expedición del decreto o ley. Debe existir adecuación entre estos y las normas aplicables. Dicho de otro modo, en el caso concreto se deben configurar las hipótesis normativas respectivas.

Resulta altamente recomendable que en la motivación se explique con detalle el ámbito de validez del decreto⁴². Con lo anterior, se hace referencia a el territorio físico donde tendrá aplicación (el país en su totalidad o una determinada región), el tiempo de vigencia, los derechos humanos sujetos a restricción o suspensión, las facultades que, en su caso, se otorgarán al Ejecutivo Federal, los límites al ejercicio del poder público y, en términos generales, el porqué de la expedición del decreto o ley. Lo anteriormente dicho tiene como fin orientar los criterios para la aprobación y pronunciamiento respecto del decreto, que realizarán tanto el Congreso de la Unión (o, en su caso, la Comisión Permanente), como la Suprema

42 El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que un estado de emergencia debe cumplir con los requisitos de duración, ámbito geográfico y alcance material. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrafo 48.

Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de su obligación constitucional respecto de la declaratoria del estado de excepción.

Proporcionalidad del decreto de emergencia

En el párrafo en comento (tercero), se establece que el decreto de emergencia debe ser proporcional al peligro que se hace frente. Se deben observar en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad, y no discriminación⁴³.

El principio de proporcionalidad deriva directamente del principio del Estado de Derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales. Estos son la expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado y solo pueden ser limitados por el poder público en la medida que sea indispensable para la protección del interés colectivo⁴⁴.

La Constitución focaliza la proporcionalidad con relación al peligro a que se hace frente. De esta forma, se permite un amplio margen de subjetividad y discrecionalidad en la declaración del estado de excepción, ante la inexistencia de parámetros legales relativos al concepto peligro⁴⁵. Debe advertirse que la proporcionalidad se refiere a un estado dañoso que, eventualmente, puede producirse. Dicho de otro modo, éste puede verificarse o no. Lo anterior explica que las consideraciones sobre este tema sean del todo subjetivas y puedan dar margen a abusos y actos arbitrarios⁴⁶.

Desde esta idea central, el principio de proporcionalidad puede ofrecer las directrices mediante los cuales se pueden limitar los derechos fundamentales.

43 22. Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “ las exigencias de la situación “, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, **así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella**. OC-8/87 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

44 El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución (Bernal, 2007, p. 81).

45 Semánticamente peligro significa: riesgo o contingencia de que suceda algún mal; lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño.

46 Posiblemente en lugar de peligro debió hablarse de una emergencia al ser esta un evento, presente, actual, que requiere acciones inmediatas (... y ser proporcional a la emergencia a que se hace frente...).

Así lo resolvió nuestro más Alto Tribunal:

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 170740, Instancia: Pleno, Novena Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: P./J. 130/2007, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Diciembre de 2007, página 8, Tipo: Jurisprudencia

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: **a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales.** Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

Perseguir una finalidad constitucionalmente legítima

La finalidad será tutelar bienes jurídicos de igual o mayor valía a los que son materia de la comprensión normativa, así como preservar el orden público, la estabilidad y la paz social, supervivencia del Estado y sus instituciones (Schmitt, 1982, p. 79).

Ser adecuada, idónea, apta, y susceptible de alcanzar el fin perseguido

La respuesta constitucional debe ser adecuada, idónea, y apta para enfrentar con rapidez y facilidad los estados de emergencia a través de la expedición de un decreto o legislación de emergencia (prevenciones generales), en los términos y con las condiciones previstas por la ley fundamental.

Ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado

Las medidas deben atender a las mayores o menores dimensiones del peligro. También, deben identificar los derechos humanos y garantías que serán materia de limitación o compresión para enfrentar éste. Así, los órganos que intervienen en la expedición, autorización, y pronunciamiento del decreto o legislación de emergencia deben ponderar su idoneidad (identificar si, por este medio, se puede alcanzar el fin pretendido), necesidad (establecer si la medida de emergencia por la cual se pretende intervenir los derechos humanos y sus garantías es estrictamente indispensable para satisfacer el fin pretendido); y finalmente su proporcionalidad (buscar una justa relación entre dos bienes jurídicos cuya satisfacción es opuesta⁴⁷). Con este fin, se atenderá, principalmente, a la no afectación o mínima lesión de los derechos humanos (debe obtenerse un beneficio mayor al perjuicio que se ocasiona en aquellos derechos), a los principios constitucionales y garantías, y, principalmente, a la vigencia armónica de estos.

La restricción del ejercicio de derechos y garantías por disposición constitucional debe observar, en todo momento, los principios de legalidad (existencia de normas que la regulen y de los consiguientes medios de control); racionalidad (adoptar la mejor decisión); proclamación (dar a conocer a través de una declaración oficial la restricción o suspensión⁴⁸); publicidad (que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la medida de emergencia), y no discriminación (implica la imposibilidad de emplear criterios arbitrarios o segregacionista en el establecimiento y aplicación de la restricción y suspensión del ejercicio de los derechos humanos).

47 Establecer si el beneficio obtenido con la expedición del decreto o legislación de emergencia justifica la intensidad en que se menoscaba el ejercicio de los derechos humanos y las garantías

48 El artículo 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como obligación: **3.** Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión **deberá informar inmediatamente** a los demás Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, **de los motivos que hayan suscitado la suspensión** y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

70. La Corte considera que la obligación internacional que tienen los Estados Parte en la Convención Americana bajo el artículo 27.3 **constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva** subyacente a este tratado, cuyo objeto y fin es la protección del ser humano. Asimismo, **constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados Parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención.** Por ende, la falta de este deber de información implica el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 27.3. Aun en este último supuesto, el Estado no queda eximido de justificar la existencia de la situación de emergencia y la conformidad de las medidas dispuestas al respecto, en los términos señalados anteriormente [...]. Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Órganos intervinientes en el procedimiento de restricción o suspensión del ejercicio de derechos o garantías ⁴⁹

Presidente de los Estados Unidos Mexicanos

Le corresponde de manera indelegable solicitar la aprobación, por parte del Congreso, de la restricción o suspensión de los derechos humanos y de las garantías.

Congreso de la Unión o Comisión Permanente⁵⁰

Se le asigna la facultad de aprobar (ambas cámaras) la medida restrictiva o suspensoria solicitada por el Ejecutivo Federal.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

En la reforma constitucional de 2011, en el Artículo 29, párrafo final, se estableció como obligación de la SCJN revisar *ex officio* los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal durante el estado de emergencia. Esto se debe realizar de manera inmediata, seguido por un pronunciamiento, con la mayor prontitud, sobre su constitucionalidad o validez⁵¹.

Fin de la vigencia del decreto de emergencia

El párrafo cuarto del Artículo 29 constitucional dice:

Quando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el

- 49 La naturaleza de estos órganos, si bien de carácter federal, al momento de intervenir en el procedimiento de restricción o suspensión del ejercicio de los derechos humanos o garantías lo hacen bajo facultades expresas previstas en la Constitución (cuya finalidad es preservar el orden constitucional interno y los fines del Estado), de ahí la obligatoriedad de sus actuaciones para todos los órdenes de gobierno y jurídicos del Estado mexicano.
- 50 Esta última en caso de no encontrarse en ejercicio de funciones el Congreso de la Unión. las facultades legislativas extraordinarias al Ejecutivo Federal sólo pueden ser concedidas por el Congreso según desprendemos de la hipótesis normativa final del párrafo primero del artículo 29 constitucional.
- 51 Se considera que debió darse intervención a la Corte de manera *ex ante* a la expedición de los decretos del Ejecutivo Federal (como el caso del Consejo Constitucional francés -art. 61 de su Constitución-). La intervención jurisdiccional *ex post* podría ocasionar que las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia de la legislación de emergencia, al ser consideradas por la Corte inconstitucionales y por lo tanto inválidas, generen escenarios más graves o dañosos que el propio estado de emergencia que se pretende enfrentar.

Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Las hipótesis conclusivas del decreto de emergencia son:

- Finalización del plazo de vigencia;
- Por disposición del Congreso de la Unión⁵².

Señala el párrafo en estudio que, al cesar la vigencia del decreto todas las medidas legales y administrativas realizadas durante su vigencia, quedan sin efecto de forma inmediata:

Sobre este tema leemos:

El primer efecto que se produce luego de cesar la emergencia es regresar a la vigencia de los derechos humanos o garantías en los términos anteriores a la suspensión. La legislación de emergencia debe desaparecer toda vez que igualmente han desaparecido las causas que la motivaron (UNAM-IIJ, 1994, p. 148).

Es de advertirse que dejar sin efecto las medidas adoptadas por la legislación de emergencia no conlleva, necesariamente, a suprimir las consecuencias o situaciones creadas o derivadas de la observancia o aplicación de aquella⁵³.

De otro modo, el poder reformador ordena que, al cesar el decreto de emergencia las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia, queden sin efecto de manera inmediata. Sin embargo, esto no significa que las consecuencias derivadas de la observancia de este necesariamente queden sin efecto. Debe entenderse que, bajo su vigencia, pudieron generarse derechos u obligaciones que necesariamente deben trascender la permanencia de éste⁵⁴.

52 Para este efecto la Constitución no confiere facultades a la Comisión Permanente. Posiblemente faltó incluir como hipótesis de finalización del decreto o legislación de emergencia los casos en que la SCJN se pronuncie sobre la inconstitucionalidad o invalidez, respecto de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal en uso de facultades legislativas extraordinarias.

53 Pensemos en el caso de un decreto que exime del pago de impuestos durante la vigencia del estado de excepción. Al finalizar este, no podría la autoridad reclamar el pago de los tributos no cubiertos en ese lapso bajo el argumento que quedaron sin efecto todas las medidas adoptadas en la emergencia.

54 Es el caso del llamado decreto de congelación de rentas (DOF del 24 de julio de 1942) por el cual las rentas de las casas, departamentos, viviendas y cuarto de alquiler no podrían ser aumentadas en ningún caso y por ningún motivo mientras persistiera la suspensión de garantías individuales establecida el 1 de julio de 1942 (DOF 2 de junio de 1942). Este decreto debió extinguir sus efectos al momento de abrogarse el decreto de suspensión

No se confieren facultades al Ejecutivo Federal para hacer observaciones al decreto por el cual el Congreso revoca la restricción o suspensión de los derechos humanos o las garantías al ser tanto la aprobación de este como su revocación un acto soberano del Poder Legislativo Federal. El Artículo 72 inciso f constitucional dice que, en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación. En consecuencia, al ser el Congreso el órgano que aprobó el decreto de excepción debe ser este mismo en uso de facultades soberanas quien derogue la observancia de la ley de emergencia⁵⁵.

Finalmente, el párrafo quinto del Artículo 29 establece que:

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Recordemos que este artículo encierra dos hipótesis normativas: (i) la restricción o suspensión de derechos humanos y garantías; y (ii) la concesión de facultades extraordinarias para legislar al Poder Ejecutivo⁵⁶. En el primero de los casos, ingresa como parte dentro del procedimiento de emergencia el Congreso de la Unión para aprobar o negar esta medida⁵⁷. No obstante, en el segundo, no se aprecia que la participación parlamentaria sea un requisito de validez para los decretos

de garantías (DOF 1 de octubre de 1945). Sin embargo, continuó vigente conforme lo estableció este último (artículo 7). De lo anterior, advertimos que no necesariamente al momento de decretarse el levantamiento del estado de emergencia los efectos de la legislación dictada para ese momento deben desaparecer o cesar.

55 Misma que para su expedición observó la totalidad del proceso legislativo previsto en la Constitución ante las dos cámaras parlamentarias (art. 72).

56 La facultad legislativa conferida al Ejecutivo Federal para legislar en materia de restricción o suspensión de los derechos humanos y sus respectivas garantías debe considerarse un acto extraordinario y excepcional al principio de división de poderes. El artículo 49 de la CPEUM consagra este principio conforme al cual la producción de normas legales, ejecución de actos políticos administrativos y resolución de controversias se atribuyen respectivamente a órganos de poder específicos y distintos entre sí estableciendo que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo.

Dentro de esta arquitectura constitucional, la función legislativa permite, como única excepción, para ejercer esta los casos de facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo de la Unión de acuerdo con lo previsto por el artículo 29 de la Constitución Federal (también como caso único se prevé en el segundo párrafo del artículo 131 el otorgamiento de facultades en materia de comercio exterior y economía para el presidente de la República).

57 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 359753, Instancia: Tercera Sala, Quinta Época, Materias(s): Constitucional, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLV, página 4740, Tipo: Aislada: GARANTIAS INDIVIDUALES, SUSPENSION DE LAS. Dentro de nuestros preceptos constitucionales, existen las garantías que otorgan los artículos 14, 17 y 29, en relación con la retroactividad de la ley, la expedición de los tribunales para administrar justicia, y de que las garantías individuales sólo pueden suspenderse por el Congreso de la Unión, mediante la petición del presidente de la República, de acuerdo con el consejo de ministros, en los casos de invasión y perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en grave peligro o conflicto; así, entre tanto no se acuerde la suspensión de garantías correspondientes, en la forma indicada, ni el Poder Legislativo de la Federación, ni los Poderes legislativos de los Estados, pueden expedir leyes que tengan como consecuencia la transgresión de las garantías individuales.

expedidos por el Ejecutivo, cuando hace uso de sus facultades extraordinarias para legislar⁵⁸. Por tanto, es entendible la concesión de facultades a la SCJN para revisar la constitucionalidad y validez de estos decretos ante la inexistencia de un contrapeso para el Presidente de la República, debido a la ausencia del Congreso.

La Corte Suprema, en términos del Artículo 29 constitucional, interviene exclusivamente con respecto a los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal, en uso de facultades legislativas extraordinarias. Esto no sucede en el caso de los decretos de restricción o suspensión del ejercicio de derechos humanos, y sus garantías, aprobados por el Congreso de la Unión. En otras palabras, los decretos de emergencia, expedidos por el Ejecutivo Federal en uso de facultades legislativas extraordinarias durante el estado de excepción, son los únicos que pueden someterse a la facultad *ex officio* de la SCJN para pronunciarse sobre su constitucionalidad y validez.

Por otra parte, se considera que nada impide la interposición de un medio de control constitucional (*v.gr.* juicio de amparo) en contra del decreto congressional⁵⁹ que ordena, o levanta, la restricción, o suspensión, de los derechos humanos o las garantías, en los casos que, en éste, existan vicios de forma o fondo que lo hagan inconstitucional.

Aspectos generales

Tratados internacionales (vigencia)

La expedición del decreto o legislación de emergencia no interrumpe *per se* la vigencia de los tratados internacionales relativos a derechos humanos o garantías, en los que el Estado mexicano es parte. Para este efecto, deben cumplirse las directrices previstas por los lineamientos internacionales correspondientes⁶⁰.

58 En este caso, la intervención del Congreso de la Unión se reduce exclusivamente a conceder facultades extraordinarias al Ejecutivo Federal para legislar (actualizando los supuestos de los artículos 29, 49 y 131 constitucionales) sin intervenir en los decretos que posteriormente el Presidente expida bajo el amparo de la autorización parlamentaria otorgada (ver a manera de ejemplo el decreto por el cual el Congreso concede facultades extraordinarias al Ejecutivo para legislar en materia de ingresos -DOF del 30 de diciembre de 1932-).

59 No así en contra de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal como analizaremos más adelante.

60 **51. Confirmando** que cualquier suspensión de las obligaciones relativas a los derechos humanos durante un estado de excepción **debe ceñirse estrictamente a los límites previstos en el derecho internacional**, que algunos derechos no se pueden suspender nunca y que el derecho humanitario no admite suspensiones debido a una situación excepcional.

Confirmando además que **las medidas por las que se suspenden esas obligaciones deben adoptarse respetando estrictamente los requisitos de procedimiento establecidos en esos instrumentos** [...] Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrafo 51. En el mismo sentido: Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25

La restricción, o suspensión, de la vigencia de los tratados internacionales debe seguir el correspondiente procedimiento de suspensión, o de imposibilidad de cumplimiento. En este supuesto, deben atenderse los estándares normativos previstos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶¹. En caso contrario, continuarán con plena vigencia para nuestro país⁶².

No olvidemos que el artículo primero constitucional establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia. Además, se favorecerá, en todo momento, a las personas, con la protección más amplia. De acuerdo con lo anterior, en el caso de una suspensión o restricción de los derechos humanos y sus garantías, ante la falta de vigencia de uno de los instrumentos normativos establecidos para su interpretación —al quedar suspensa la observancia de la Constitución respecto de los derechos humanos y garantías previstos por el decreto o legislación de emergencia— ésta se realizará conforme a los tratados internacionales, que continúan vigentes hasta en tanto no se cumpla con los procedimientos relativos⁶³. Dado lo anterior, es importante suspenderlos, de manera oportuna, en la forma prevista por la normatividad correspondiente⁶⁴.

Medios de control constitucional

El Artículo 29 constitucional —el cual es materia de la presente exégesis— en su párrafo final establece que:

Los **decretos expedidos por el Ejecutivo** durante la restricción o suspensión **serán revisados de oficio e inmediatamente** por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su **constitucionalidad y validez**⁶⁵.

y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9 Corte IDH.

- 61 México firmó la Convención de Viena el 23 de mayo de 1969, siendo aprobada por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1972 y publicada en el DOF el 14 de febrero de 1975.
- 62 Recordemos que el artículo 42. 2 de esta Convención establece: **2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.**
- 63 Sin olvidar la observancia del principio *pro homine*.
- 64 La interpretación de los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención con respecto a la posibilidad de suspender el hábeas corpus en los estados de excepción, frente a lo dispuesto en el artículo 27.2 [suspensión de garantías], **debe hacerse utilizando las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema.** Opinión consultiva OC-8/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 30 de enero de 1987.
- 65 No olvidemos que este numeral encierra dos supuestos: la suspensión o restricción del ejercicio de los derechos humanos y sus garantías y el facultamiento al Ejecutivo Federal para legislar de manera extraordinaria.

Al ejercer esta facultad, nuestro más alto tribunal impide la interposición de algún medio de defensa en contra de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal, mediante el uso de facultades legislativas extraordinarias.

En efecto, los medios de control constitucional⁶⁶ —los cuales constituirían las herramientas idóneas para la posible impugnación de este acto de autoridad— son:

- Controversia constitucional
- Acción de inconstitucionalidad
- Juicio de amparo
- Juicio de Revisión Constitucional Electoral
- Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano, y
- Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Los primeros dos son competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El juicio de amparo compete al Poder Judicial de la Federación: SCJN (como órgano jurisdiccional terminal), Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, y Juzgados de Distrito, respecto de los dos siguientes son facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁶⁷. Con respecto a las recomendaciones, éstas son competencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (art. 102 apartado B constitucional).

Ya comentamos que el multicitado Artículo 29 establece, como atribución de la SCJN, la revisión *ex officio* de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal⁶⁸. En este contexto, podemos afirmar la improcedencia de cualquier medio de control en contra de estos decretos, después de la declaración de validez y constitucionalidad por la SCJN.

En el caso de las controversias constitucionales la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que:

66 Mecanismos jurídicos preponderantemente de naturaleza procesal dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido violado o desconocido por los propios órganos de poder. (Ferrer, 2010, pp. 273 y 313).

67 Órgano jurisdiccional integrante del Poder Judicial de la Federación.

68 En uso de facultades extraordinarias para legislar en términos del artículo 29 en relación con el 49 y 131 de la Constitución.

Artículo 19. Las controversias constitucionales son improcedentes:
Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Para las acciones de inconstitucionalidad esta misma norma, prevé que:

Artículo 65. En las acciones de inconstitucionalidad, el ministro instructor de acuerdo con el Artículo 25, podrá aplicar las causales de improcedencia establecidas en el Artículo 19 de esta ley, con excepción de su fracción II respecto de leyes electorales, así como las causales de sobreseimiento a que se refieren las fracciones II y III del Artículo 20.

Respecto del juicio de amparo la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que:

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:
Contra actos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

En referencia a los medios de protección de los derechos político-electorales, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral dispone que:

Artículo 10.

1. Los medios de impugnación previstos en esta ley serán improcedentes en los siguientes casos:

f) Cuando en el medio de impugnación se solicite, en forma exclusiva, la no aplicación de una norma general en materia electoral, **cuya validez haya sido declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, en los términos de la fracción II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y

Finalmente, la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos establece que:

Artículo 7º. La Comisión Nacional no podrá conocer de los asuntos relativos a:
Resoluciones de carácter jurisdiccional⁶⁹.

En las apuntadas consideraciones, el *sui generis* “*paraprocedimiento*” —mediante el cual la SCJN declara la validez y constitucionalidad *ex officio* de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal (en uso de facultades legislativas extraordinarias)— hace improcedente la interposición de cualquier medio de control constitucional en su contra. Lo anterior tiene como consecuencia: ausencia de controles procesales, legales o jurídicos para este alto tribunal al momento de emitir su opinión, inexistencia de un procedimiento reglado, falta de recursos,

69 Entendida la actividad jurisdiccional en su sentido material esto es, como todo acto con independencia de su autor por el cual una autoridad procede a una verificación de la legalidad o validez de un acto jurídico o material.

etc. En otras palabras, no existe un debido proceso⁷⁰ en contra de un acto que eventualmente puede lesionar derechos humanos⁷¹.

La determinación de la Corte Suprema blindada al decreto de emergencia contra cualquier medio de defensa. Además, debe considerarse que el pronunciamiento del alto tribunal no emana de un procedimiento, proceso, o juicio sino de un pronunciamiento autocrático de la Corte⁷². Posiblemente la única vía para combatir el decreto del Ejecutivo sea el control convencional (por violaciones a tratados internacionales) ante la inexistencia en el orden jurídico mexicano de un medio para este efecto.

70 **124.** Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” **a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.**

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, **siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.** Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. **127.** Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. **Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.** Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

71 **21.** Del artículo 27.1, además, se deriva la necesidad genérica de que **en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella.**

25. Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad. Pero, igualmente, debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia - cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno- **no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.**

26. Por consiguiente, **es violatoria de la Convención** toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías. Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 99.

100. [...] Sin embargo, la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción. En este sentido, las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que **en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten,** a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella. Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319. En el mismo sentido: Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 120. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 99 de la Corte IDH.

72 Si bien, permitido por la Constitución.

Sobre este tema nuestro Tribunal Constitucional resolvió:

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2024830, Instancia: Primera Sala Undécima Época, Materias(s): Común, Tesis: 1a./J. 84/2022 (11a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Junio de 2022, Tomo V, página 4076, Tipo: Jurisprudencia. **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. METODOLOGÍA PARA REALIZARLO.**

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que las personas juzgadoras deben seguir la siguiente metodología para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio de las normas que deben aplicar, la cual se compone de los pasos que a continuación se explican: 1) Identificación. Identificar el derecho humano que considere podría verse vulnerado, en atención a las circunstancias fácticas del caso, mismas que se desprenden de la narración del titular del derecho o del caudal probatorio que obre en el expediente; 2) Fuente del derecho humano. Determinar la fuente de ese derecho humano, es decir, si éste se encuentra reconocido en sede constitucional y/o convencional y fijar su contenido esencial, es decir, explicar en qué consiste, a la luz tanto de su fuente primigenia como de la jurisprudencia desarrollada por el tribunal encargado de la interpretación final de la fuente; 3) Estudio de constitucionalidad y convencionalidad. Análisis de la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconvencionalidad a la luz del contenido esencial del derecho humano y determinar si éste es contravenido; y, 4) Determinación. Decisión sobre la constitucionalidad y/o convencionalidad de la norma, es decir, determinar si la norma es constitucional o inconstitucional, o bien, convencional o inconvencional; la forma en cómo debe interpretarse y, en su caso, si ésta debe inaplicarse para el caso concreto.

Justificación: El anterior criterio parte de la obligación que tienen todas las personas juzgadoras (aun cuando no sean Jueces de control de constitucionalidad y no haya una petición expresa para realizar este tipo de control) **de realizar control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio de las normas que deben aplicar** (en términos del Artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), a fin de garantizar los derechos humanos tanto de fuente constitucional **como convencional** y a efecto de que lo realicen en los términos que ha dispuesto el Pleno de este Máximo Tribunal; dando con esta metodología una operatividad práctica a esta obligación constitucional.

Conclusiones

Primera. En el Estado mexicano, las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos y las garantías para su cumplimiento alcanzan rango constitucional.

Segunda. En las recientes reformas al Artículo 29 de la ley fundamental, se atendieron los criterios del derecho internacional de los derechos humanos esencialmente lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tercera. En México, el poder reformador de la Constitución es el único órgano facultado actualmente para establecer limitaciones en materia de restricción o suspensión de los derechos humanos.

Cuarta. Existe un núcleo duro de los derechos humanos que debe permanecer intacto para el legislador.

Quinta. Es recomendable que, al inicio del procedimiento de limitación de los derechos fundamentales, se siga de manera paralela el diverso para suspender la vigencia de los tratados internacionales que pudieran evitar o interferir en la observancia del decreto de emergencia.

Sexta. La facultad *ex officio* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de pronunciarse sobre la constitucionalidad y validez del decreto de emergencia únicamente aplica respecto de los expedidos por el Ejecutivo federal en uso de facultades extraordinarias para legislar. Una vez ejercida esta facultad, no resulta procedente la interposición de ningún medio de control constitucional.

Referencias

- Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales*, 5ª edición, Editorial Trillas, México, 1998.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.
- Diario Oficial de la Federación.
- García Ramírez, Sergio, *El Derecho en México: dos siglos (1810-2010)*, tomo I, Derecho Constitucional. Editorial Porrúa, México, 2010.
- Herrera Pérez, Alberto, *La dignidad humana en la Constitución Federal mexicana* en Revista de la Facultad de Derecho de México; Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 67, No 266 2016; 125-155.
- Herrera Pérez, Alberto, *El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional; Número 35, Julio-Diciembre 2016.
- Kelsen Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1962.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
- Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2018.

Salazar Ugarte, Pedro, *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Alianza, Madrid, 1982.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.

Tórtora Aravena, Hugo, *Las limitaciones a los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Revista Estudios Constitucionales, Vol. 8, No. 2, Santiago de Chile, 2010.

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política Mexicana Comentada*, México, 1994.

E quindi uscimmo a riveder le stelle

Dante

Ciudad de México, Alcaldía Tláhuac, otoño 2021 (era de la COVID 19).

Análisis comparado del concepto de enfermedad laboral. Perspectiva desde la OIT y la legislación en Colombia

Comparative Analysis of the Concept of Occupational Disease. A Perspective from the ILO and the Legislation in Colombia

*Elkin Leandro Ramírez Ibáñez**

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2022

RESUMEN

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la Recomendación 169 de 2009, define el concepto de enfermedad laboral de la siguiente manera: “Todo Miembro debería, en condiciones prescritas, considerar como enfermedades profesionales las que se sabe provienen de la exposición a sustancias o condiciones peligrosas inherentes a ciertos procesos, oficios u ocupaciones.” Por otro lado, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia define la enfermedad laboral como la exposición riesgosa del trabajador debido a su actividad laboral o el medio en que se ha visto obligado a trabajar.

Como se puede notar, la concepción que se tiene en Colombia sobre enfermedad laboral coincide con la recomendación de la OIT. Sin embargo, el presente trabajo compara la legislación nacional con la normatividad internacional, específicamente la de la OIT, para determinar si, en Colombia, se siguen las recomendaciones y acuerdos internacionales en materia de

enfermedad laboral dentro del marco de la seguridad y salud en el trabajo.

Palabras clave: Enfermedad laboral, Organización Internacional del Trabajo, legislación internacional, legislación colombiana, análisis comparativo.

ABSTRACT

The International Labor Organization (ILO), in Recommendation 169 of 2009 defines the concept of occupational disease as follows: “Every Member should, under prescribed conditions, consider as occupational diseases those known to come from exposure to dangerous substances or conditions. inherent in certain processes, trades, or occupations.” On the other hand, the Ministry of Health and Social Protection of Colombia considers occupational disease as the risky exposure of the worker due to his work activity or the environment in which he has been forced to work.

* Politólogo, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Alta Gerencia de la Seguridad y Defensa, Universidad Militar Nueva Granada. Consultor en Seguridad Privada, autorizado por la Supervigilancia. Investigador y Docente. Articulista y Conferencista. Correo electrónico: elramirezi@unal.edu.co

As can be seen, the conception of occupational disease in Colombia is in accordance with the ILO recommendation. However, this paper makes a comparison between the national legislation and the international regulations, namely that of ILO, to find out if, in Colombia, the recommendations and international

agreements are followed regarding occupational disease within the framework of security and health at work.

Keywords: Occupational disease, International Labor Organization, international legislation, Colombian legislation, comparative analysis.

MARCO METODOLÓGICO

Para el desarrollo de la presente investigación, se realizó la búsqueda bibliográfica de la doctrina en relación al tema de la Enfermedad Laboral en Colombia: ensayos, investigaciones, tesis, etc. También se recopiló información sobre la normatividad nacional e internacional relevante que regula el tema de investigación. Con respecto a la normatividad internacional, se tomaron, como referencia, los acuerdos y recomendaciones expedidas por la OIT.

Después de la recopilación bibliográfica y normativa, se realizó el estudio comparado entre las dos legislaciones para determinar si la normativa colombiana se orienta bajo las recomendaciones y acuerdos internacionales de la OIT, organización de la cual Colombia es miembro vigente y activo.

INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo, desde su creación en 1919, ha tendido a proteger al trabajador en un sentido universalista. Adicionalmente, ha intentado generar espacios de regulación del escenario laboral en las relaciones privadas y públicas entre empresario y Estado.

En el contexto de la Seguridad y Salud en el trabajo, la OIT, con su orientación supranacional, ha impulsado una serie de recomendaciones y resoluciones. Con ellas, busca lograr garantías para el trabajador y resguardarlo de peligros y afecciones que puedan deteriorar o acabar con su salud y su vida. Por medio de lo anterior, la OIT ha generado normativas en el tema de las Enfermedades Laborales, las ha definido, y ha promovido acuerdos que deben ser acogidos por los Estados miembros dentro de su marco legal nacional.

Colombia, por ser miembro de la OIT, ha acoplado a su cuerpo legal dichos acuerdos. De esta manera, busca regular el tema de la enfermedad laboral, la cual está sujeta a las interacciones entre los distintos actores que hacen parte de este ámbito social.

Al rastrear históricamente el tema de riesgos laborales en Colombia, se encuentra que su tratamiento legal inicia con la expedición de la Ley 57 de 1915. En dicho instrumento, se determinó la protección al trabajador por medio del pago de las prestaciones. Éstas se derivarían en caso de presentarse accidentes de trabajo. Además, se fijó la responsabilidad con la que contaba el empleador en tal caso. (Gaitán *et al* 2014).

En 1950, entró en vigor el Código Sustantivo del Trabajo. En él, se regulan, por primera vez, los accidentes laborales y las enfermedades profesionales. En 1965, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), asumió la responsabilidad de garantizar las prestaciones de los trabajadores que se accidentaran debido a su labor. Lo anterior se conoció como ATEP —Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales—. En 1975, el ICSS creó el Departamento Nacional de Salud Ocupacional, subdividido a su vez en la Oficina de Trabajo e Higiene y Seguridad Industrial. No obstante, no fue sino hasta el año 1993, con la formulación y puesta en marcha de la Ley 100, que, en Colombia, se implementó el Sistema General de Riesgos Profesionales SGRP. (*Ibid.* 2014)

Aunque no está directamente relacionado con las enfermedades laborales, es prudente considerar la concepción que la ley tiene sobre el accidente de trabajo. Al respecto, se encuentra, como principal referente normativo, el Código Sustantivo de Trabajo. En el artículo 199 de este compendio normativo se determinó:

DEFINICIÓN DE ACCIDENTE. Se entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca al trabajador una lesión orgánica o perturbación funcional permanente o pasajera, y que no haya sido provocado deliberadamente o por culpa de la víctima.

Por otro lado, el Registro y Notificación de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de 1996 de la OIT, define lo siguiente:

Accidente de trabajo: suceso ocurrido en el curso del trabajo o en relación con el trabajo, que causa:

- a) lesiones profesionales mortales
- b) lesiones profesionales no mortales.

Aunque las definiciones sean anacrónicas entre sí, conservan la misma noción. Consideran al accidente de trabajo dentro del espacio configurado del desarrollo del trabajo. En la definición de la OIT, a diferencia de la del Código Sustantivo

del Trabajo, no se determina si el accidente de trabajo es imprevisto o repentino. Simplemente, éste se considera como un suceso en un espacio de tiempo laboral.

En relación con lo anterior, la Ley 100 de 1993, en su Libro III, contempla la pensión de invalidez del trabajador a causa de accidente laboral o enfermedad profesional, siempre y cuando se haya afiliado a una compañía de seguros. Sin embargo, en la práctica, es difícil que al trabajador se le reconozca la pensión de invalidez por accidente laboral o enfermedad profesional. La mayoría de las veces, las aseguradoras suelen culpar al trabajador por causar un accidente. También, argumentan que el empleador cumplió con los protocolos de seguridad la enfermedad laboral y ésta se contrajo por fuera de las actividades laborales.

Son conocidos los casos en los que las empresas despiden a los trabajadores después de cierto tiempo a causa del desgaste en la salud del empleado. Con estas terminaciones contractuales, buscan librarse de dichas pensiones. Estos casos se pueden encontrar recurrentemente en empresas dedicadas al cultivo de flores, servicios de aseo y, en general, en aquellos casos en los que el empleado se ve expuesto a actividades rutinarias que deterioren su fuerza vital, física y orgánica. También ocurre en los casos en los que los trabajadores están expuestos a sustancias químicas que afectan seriamente su salud.

En el escenario jurídico, existe un principio conocido como indemnidad. En él, se establece una compensación al trabajador cuando el empleador es culpable por accidente o enfermedad laboral, de acuerdo con el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo (Goyes *et al* 2013). Aunque en la práctica este principio no se aplique, cabe resaltar que, dentro de la normatividad colombiana, existen espacios de defensa al trabajador.

Otro punto por observar, en los casos expuestos anteriormente, es la exclusión de otro escenario: el del trabajador independiente. Es evidente que esta norma hace énfasis en el trabajador formal, vinculado bajo un contrato de trabajo. La noción del contrato por prestación de servicios, e inclusive la informalidad, no se contempló. Lo anterior puede deberse a intereses particulares o porque, para la época, estas actividades no se manifestaban tanto como en la actualidad.

Bajo la Ley 1562 del 2012, este escenario se transformó. Esta norma dictamina, en su artículo 2, la obligación de todos los trabajadores a afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales, ya sean independientes, por prestación de servicios, precooperativas y cooperativas de trabajo asociado, entre otros. (Díaz *et al* 2014).

En esta misma ley, en el artículo 4, se encuentra, también, una definición sobre enfermedad laboral. Ésta es muy parecida a la que se puede hallar en las

recomendaciones de la OIT, aunque añade una apreciación más: la facultad que tiene el Gobierno Nacional de determinar cuáles son las enfermedades que se deben considerar como laborales. De acuerdo con dicha disposición, éstas se deben integrar a la tabla de enfermedades laborales para ser registradas, y encontrar las que no se consideran como tales.

En la legislación laboral española, existe una figura que, en Colombia, no se tiene en cuenta. En ese país, se considera a las enfermedades intercurrentes, siempre y cuando se demuestre el hecho (Monerri, 2016). Tal es el caso de los accidentes de trabajo. Sin embargo, muchas veces, se le da la razón al empleado. Dichas enfermedades, bajo la óptica legal española, son aquellas causadas por una enfermedad que se generó a raíz de un accidente de trabajo. A manera de ejemplo, puede exponerse el caso de una persona que sufrió un accidente de trabajo y perdió una oreja, y, debido a su tratamiento e impacto psicológico, desarrolló problemas cardíacos.

Al respecto, la OIT en su Conferencia Internacional del Trabajo de 2002, determinó lo siguiente:

La línea fronteriza que separa las enfermedades profesionales y las relacionadas con el trabajo es muy estrecha, y la distinción entre ellas siempre ha suscitado discusiones. A medida que se adquieren mayores conocimientos respecto a las repercusiones de las nuevas tecnologías, así como a los factores físicos, biológicos y químicos sobre la salud, lo mismo ocurre con nuestra comprensión de sus consecuencias profesionales.

Aunque la posición de la OIT, con respecto al tema de las enfermedades intercurrentes, no es tan marcada, sí genera incertidumbre. Por consiguiente, la interpretación de dichas enfermedades, en el contexto laboral, quedaría a criterio de cada país. La línea fronteriza de la que habla la OIT es tal vez la argumentación que España ha incorporado a su Bloque Constitucional. No obstante, en Colombia, esta línea delgada se vuelve cada vez más ancha, dada la ausencia de normatividad que determine a las enfermedades intercurrentes como afecciones que son causadas en el momento de la actividad laboral y posterior a ella.

Con respecto a este tema, en Colombia, lo más cercano al tratamiento de este tema, aunque fue tocado tangencialmente, fue proferido por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-033 de 2016. En dicha providencia, la Corte afirma que:

El sistema distingue dos tipos de accidentes o enfermedades, según el riesgo al cual se expone una persona, esto es, el riesgo laboral frente a los

denominados riesgos comunes. En el primero se agrupan los accidentes o enfermedades que sobrevienen por causa o con ocasión del trabajo, o como resultado de la exposición a factores de riesgos inherentes a la actividad laboral o al medio en el que trabajador se vio obligado a prestar sus servicios. Por su parte, en el segundo, se compendian los accidentes o enfermedades que provienen de la realización de cualquier actividad cotidiana excluida del ámbito laboral. Desde este punto de vista, mientras que los primeros son objeto de protección por parte del Sistema General de Riesgos laborales (SGRL), al tener como finalidad el amparo del trabajador y de sus beneficiarios; los segundos se apoyan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en el Sistema General de Pensiones, al resguardar las contingencias que puedan afectar a todos los habitantes cuando se trata de circunstancias no relacionadas con actividades laborales.

Aunque el Decreto 1477 de 2014, en el artículo 3, determina la relación de causalidad de las enfermedades no incluidas en el listado de enfermedades laborales. Éstas se deben considerar, mediante comprobación, como enfermedades laborales, pero no como derivadas de una enfermedad laboral inicial. Lo anterior debe ser, pronto, objeto de debate, para admitir la existencia de enfermedades que se derivan de accidentes o enfermedades laborales que ponen en riesgo la vida del trabajador, su pleno desarrollo e impiden la ejecución de su vida laboral.

NORMATIVIDAD Y ENFERMEDAD LABORAL

A continuación, se realiza el análisis comparado del marco normativo que la enfermedad laboral. Primero, se presenta la normatividad colombiana y sus hitos. También se aborda la doctrina jurídica que, según el autor, demarca de manera más sobresaliente el tema de la enfermedad laboral. Seguidamente, se realiza el análisis desde la perspectiva de la OIT.

La normatividad colombiana y la enfermedad laboral

La Sentencia T-417 de 2017, Corte Constitucional, considera la salud como un derecho fundamental estipulado en la Constitución Política y, por ende, una persona que siendo empleado ha desarrollado enfermedad laboral a causa de su actividad y que no se le reconozca por parte del empleador o la ARL como un derecho fundamental en su esencia, está entrando en detrimento de lo que contempla la Constitución Política. En dicha providencia, sostiene la Corte que:

[...] La función de las administradoras de riesgos laborales (ARL) se ejecuta de manera coordinada con las entidades promotoras de salud. La actividad

que deben prestar las ARL se desarrolla a través de servicios asistenciales para trabajadores que sufran un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

[...] el derecho a la salud es un derecho fundamental, así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional.

Para ilustrar los eventos en que no es discutible la tutela de este derecho, se expusieron tres vías argumentativas que la Corte ha establecido para su amparo; en primer lugar: “(...) Estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana”; en segundo lugar: “reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado”; y, en tercer lugar: “afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”.

Por otro lado, la seguridad social es una conquista del trabajador a lo largo de la historia. En este contexto, ésta se entiende como un espacio en donde, al empleado, se le resguarda para evitar que su vida y, por ende, su salud se vea afectadas en distintos ámbitos. Como ejemplo de escenarios, en donde se cumplen dicha función, tenemos: asistencia médica, odontológica, alimentaria, de seguridad y salud, de esparcimiento, remuneración, entre otras. La Sentencia T-555 de 2006 de la Corte Constitucional, determina, dentro la doctrina jurídica algo interesante, en concordancia con la concepción de la seguridad social:

La teoría de la seguridad social reconoce en ella nueve ramas básicas: asistencia sanitaria, vejez, prestaciones por enfermedad, desempleo, accidentes de trabajo, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, muerte y supervivencia y, además, lo que modernamente se denomina servicios sociales.

En consecuencia, los riesgos profesionales, por hacer parte de la seguridad social, están amparados constitucionalmente y si su afectación viola por conexión un derecho fundamental, cabe la protección tutelar.

Como puede observarse, la Corte Constitucional vuelve a considerar a la enfermedad laboral como un elemento esencial. No obstante, esta vez, la incluye en el amplio conjunto de la seguridad social. Adicionalmente, advierte de la

violación (por parte de empleador o entidad encargada de la administración en salud) de la intención protectora de la Constitución Política derecho fundamental a la salud del trabajador, el cual, por tener esa tipificación económica, no deja de ser persona sujeta a derecho fundamental; y también, menciona el mecanismo de protección del ciudadano por medio de la acción de tutela. Lo anterior resulta interesante, pues se ciñe a la orientación del Estado Social de Derecho de Colombia.

En el plano doctrinario, existen dos tipos de responsabilidades al momento de generarse accidentes y enfermedades laborales. Entre ellas, se encuentran dos concepciones: una objetiva y otra subjetiva. La primera estipula que la persona que desarrolle algún tipo de actividad laboral siempre va a estar en riesgo de cualquier índole. Esto genera una presunción de responsabilidad que recae sobre quien lidera la actividad o se beneficia de ella. (Ponce, 2019)

En el caso de los empleados públicos, existen ciertas excepciones que no entrarían a ser amparadas bajo el SGRP. Tal es el caso de los miembros de la fuerza pública, magisterio y otros. Lo anterior entraría en el escenario de lo Contencioso Administrativo. Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado para administrar justicia en este ámbito. Si bien dicho órgano reconoce lo que la Ley 100, por medio del artículo 279, determina como excepciones del SGRP, también manifiesta que, según apreciaciones de la Corte Constitucional, esto sería una vulneración al derecho a la seguridad social, de la cual debe gozar todo empleado sin importar su figura contractual. En relación con lo anterior, la Sentencia 009 de 2018 del Consejo de Estado expresa lo siguiente:

Resulta imperativo señalar que, frente a la enfermedad profesional, el legislador previó un conjunto de prestaciones e indemnizaciones destinadas al amparo del trabajador frente a su estado de discapacidad, permitiéndole acceder a una pensión de invalidez o a una indemnización a causa de tal patología, y que están inspiradas en la relación laboral.

Además, en dicha providencia, dicho órgano judicial manifiesta que:

Cierto es que en tratándose de riesgos profesionales de los empleados públicos, en principio, solo existe una clase responsabilidad derivada de la relación laboral, la cual es de tipo objetivo [...] reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva

prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.

De nuevo, es evidente la noción que tiene el Estado de proteger y garantizar la salud del empleador y reconocer la enfermedad o enfermedades laborales que haya contraído en el curso de su actividad laboral.

Normatividad Internacional de la OIT y la normatividad colombiana

El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia determina la incorporación y aplicación de los Tratados Internacionales ratificados por el país, siempre y cuando traten temas de derechos humanos y no contemplen su transgresión. En el caso de los acuerdos de la OIT, estos entrarían en esta categoría de derechos humanos que consagra la Constitución Política, dado que versan sobre el tema de los derechos del trabajador.

La norma más relevante, sobre enfermedades laborales en Colombia, se encuentra en el Decreto 1477 de 2014. En dicha disposición, se expide la tabla de enfermedades laborales en el país, que deben estar en concordancia con los convenios y las recomendaciones promulgadas por la OIT.

La recomendación 194 de 2010 de la OIT promulgó la lista de las enfermedades laborales, y su clasificación con base en los distintos agentes que las generan. En dicho instrumento, se recomienda a los Estados miembros de la OIT, actualizar, verificar, y comprobar legalmente el listado de las enfermedades laborales que detecten. De todo ello, debe darse notificación a la Oficina Internacional del Trabajo para su reexamen y convalidación.

En el punto número 2 de esta Recomendación, se indica que todo Estado miembro debe generar la indemnización pertinente si se detecta una enfermedad que esté dentro del listado. El Decreto 1477/14, artículo 4, estipula las prestaciones económicas y asistenciales que se le deben dar a un trabajador al momento de ser diagnosticado con alguna enfermedad del listado. Lo anterior muestra que el mencionado decreto cumple con la Recomendación de la OIT.

El Convenio C 155 de 1981 de la OIT, en la parte II, refiere a la creación de una política nacional de Seguridad y Salud y medio ambiente de trabajo. En dicho documento, se determina que cada gobierno debe implementar, por medio de esta política, una serie de medidas de prevención y mitigación de accidentes,

enfermedades laborales y demás afecciones a la seguridad y salud del trabajador. Además, debe integrar de manera conjunta a todos los actores de este sector, tanto en la esfera privada como en la pública, su deberes, obligaciones y derechos.

La política nacional en Colombia, que se asemeja a la propuesta de la OIT, se puede encontrar en la Resolución 1111 del 2017 y la Resolución 0312 del 2019 del Ministerio de Trabajo. En dichas normas, se dictan los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo para empleadores y contratistas. Igualmente, se determina, sobre todo, la obligación por parte del empleador de asegurar a una ARL al trabajador para que sea parte del Sistema General de Riesgos Laborales.

Los artículos 2 y 3 del Protocolo P 155 de 2002 de la OIT fijan los sistemas de registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades laborales. De acuerdo con dicho protocolo, todo miembro de la Organización debe, por medio de su autoridad competente, su marco legal y demás disposiciones, llevar el registro y control de las enfermedades laborales y accidentes de trabajo, factores de riesgo, entre otros requerimientos. También resaltan las responsabilidades que tiene el empleador, para con el empleado, respecto al seguimiento, control, registro de enfermedades laborales y accidentes de trabajo. No obstante, la OIT resalta un especial cuidado al trabajador con lo que respecta al blindaje ético de éste. Con ello, busca salvaguardarlo ante una posible represalia por parte del empleador, en el proceso de reporte de enfermedad laboral y accidente por parte del trabajador.

A lo largo de esta investigación, es constante encontrar que la OIT recomienda la actualización y, por ende, modificación de la tabla de enfermedades laborales en los países miembros. Respecto a este tema, resulta interesante la postura que, en su revista, expone Fasecolda en un artículo publicado:

Las modificaciones de la tabla pueden tener repercusiones que podrían trascender sobre la productividad del país, en la medida en que generaría incentivos nocivos para que parte de la población en edad productiva se convierta en una población inválida, al reconocer como origen laboral enfermedades o patologías de las cuales no hay evidencia clara. (Gaviria 2013)

Es interesante, en esta afirmación, el determinismo con el que se asegura la afectación a la productividad del país. La relativización de este argumento hace pensar en una orientación macroeconómica de la noción de cuidado y protección del sector trabajador del país. Por consiguiente, se olvida su esencia social, dado que la población joven no está exenta de sufrir alguna enfermedad laboral y determinar dichas enfermedades. En esta población laboral, no se indica, de forma fehaciente, que la improductividad del país se deba a la detección de enfermedades para ser modificada la tabla.

Igualmente, Gaviria argumenta lo siguiente: “La incorporación de factores sicosociales como parte de las enfermedades de origen laboral puede ser muy casuística y difícil de estandarizar” (*Ibidem*, 2013). El presunto rechazo que genera este autor, respecto a los factores psicosociales como agente de enfermedad laboral, va en contra vía de las recomendaciones de la OIT y del mismo Decreto 1477 del 2014. En estas disposiciones se determinan los factores psicológicos y sociales como causantes de enfermedades laborales. Por otro lado, el sentido casuístico al que se refiere Gaviria no es tan indeterminado o difícil de comprobar. En la actualidad, se sabe que gran parte de las enfermedades laborales contemporáneas tienen en su desarrollo un gran componente psicológico influenciado por la realidad inmediata o el contexto social en el que se desarrolla la actividad laboral del empleado. Negar esta posibilidad, es, prácticamente, despojar de su esencia humanista a la medicina, la legislación y la política nacional e internacional, que buscan garantizar los derechos de los trabajadores.

La OIT, en el Preámbulo del Convenio C 187 de 2006, determina de la siguiente manera la protección a los trabajadores: “Recordando que la protección de los trabajadores contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo es uno de los objetivos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo establecidos en su Constitución.” Resalta el énfasis que da la OIT a la concepción de enfermedad laboral: no importa su origen, merece ser protegido el trabajador de no contraer enfermedad alguna. No se observa que la OIT determine que una parte de la población esté exenta o no deba considerarse dentro de la población que pueda contraer enfermedades laborales. Más adelante, en el cuerpo de este Convenio se pueden encontrar, entre los artículos 3 al 5, las estipulaciones a las que un país miembro de la Organización debe ceñirse: 1. Creación de una política nacional de seguridad y salud en el trabajo 2. Desarrollar un sistema nacional de SST y 3. Elaborar y ejecutar un programa de SST. Todo ello se enmarca en la protección, prevención y asistencia de los trabajadores en el contexto de enfermedades laborales, accidentes de trabajo, ambientes sanos y demás elementos necesarios para la garantía de la plena salud del empleado.

La Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT, se sostiene lo siguiente: “Cuando está claro que existe una relación causal entre una exposición ocupacional y una enfermedad específica, esa enfermedad generalmente se considera tanto médica como legalmente como ocupacional y puede definirse como tal.” (OIT 2011). Si enlaza lo anterior con el concepto de enfermedades intercurrentes, expuesto en líneas anteriores, esta aseveración de la OIT vuelve a dejar ese espacio de consideración de enfermedades que se derivan de otra enfermedad laboral. De esta manera, las enfermedades psicosociales que se generan en un medio laboral entrarían a ser parte del listado de enfermedades laborales. En consecuencia, el desconocimiento de los agentes psicosociales, por

parte de Fasecolda, iría en contravía de los convenios ratificados por Colombia, incorporados al cuerpo legal del país.

CONCLUSIONES

Colombia ha propugnado por incorporar a su legislación los convenios y acuerdos que ha ratificado con la OIT. El cuidado y protección al trabajador se reflejan en las distintas normas desarrolladas por el país. Considerar al trabajador como un sujeto de derechos fundamentales ha sido un derrotero que ha guiado dichas normas.

La enfermedad laboral es un tema que se ha desarrollado en doctrinas, artículos, exposiciones y demás escritos académicos. La incorporación de la enfermedad laboral al SGRP se considera como un avance en la materia. Sin embargo, aún falta más cobertura, voluntad política y mayor campo de acción.

El listado desarrollado por la OIT está en concordancia, en su gran mayoría, con el listado de Colombia. Normas como el Decreto 1477 del 2014 manifiestan la voluntad del Estado para regular al espectro de las enfermedades profesionales.

Dentro de la legislación del país, aún sigue una tarea pendiente: definir la línea que separa a la enfermedad laboral de la enfermedad no laboral. Aunque la OIT ya se ha manifestado al respecto y países como España ya han regulado sobre este tema; en Colombia, aún no se ha podido encontrar un consenso que permita encontrar una regulación justa y equitativa que contenga en una misma norma a los dos tipos de enfermedades.

REFERENCIAS

- Díaz Hernández, Lina María; Rendón Orozco, Leidy Estefanía. *Un enfoque legal de los conceptos de accidente y enfermedad laboral en la jurisdicción legal colombiana*. Universidad de San Buenaventura. Cali. 2014.
- Gaitán, J., Aristizábal, J. C., & Ponce, G. (2016). Evolución del modelo de aseguramiento en Riesgos Laborales. *Revista Fasecolda*, (164), 52-57. Recuperado a partir de <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/230>.
- Gaviria, Ricardo. *Tabla de enfermedades laborales en Colombia: el futuro de los riesgos para los trabajadores*. Revista FASECOLDA. Bogotá. 2013.
- Goyes Moreno, Isabel; Hidalgo Oviedo, Mónica. *Principios jurisprudenciales de los riesgos laborales en Colombia*. Revista Pensamiento Jurídico No 36. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2013.
- Monerri Guillén, Concepción. *El concepto de enfermedad laboral*. Recuperado el 29 de octubre de 2020 de www.noticias.juridicas.com
- Ponce Bravo, Germán Ernesto, La responsabilidad plena de perjuicios y el sistema general de riesgos laborales. Precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia 2019, 50 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 177-205 (2019). Revista FASECOLDA.

Jurisprudencia

Internacional OIT

- Convenio C 155 Sobre seguridad y salud en los trabajadores. OIT. 22 de junio de 1981.
- Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1996
- Protocolo P 155. Relativo al convenio sobre seguridad y salud en los trabajadores 1981. OIT. 20 de junio 2002.

Recomendación R 194. Sobre la lista de enfermedades laborales. OIT. 20 de junio de 2009.

Convenio C 185. Sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. OIT. 15 de junio de 2006.

Nacional

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. Diario Oficial No. 41.148.

Ley 1562 de 2012. Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional. 11 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.488.

Código Sustantivo del Trabajo [CST]. 7 de junio de 1951. (Colombia).

Decreto 1477 de 2014 [Ministerio del Trabajo] Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades Laborales. 05 de agosto de 2014.

Resolución 1111 de 2017 [Ministerio del Trabajo] Por la cual se definen los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión y Seguridad y Salud en el Trabajo para empleadores y contratantes. 27 de marzo de 2017.

Resolución 0319 de 2019 [Ministerio del Trabajo] Por la cual se definen los Estándares Mínimos del Sistema de Gestión y Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST. 13 de febrero de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia T 555/06. M.P. Sierra Porto, Humberto Antonio. 18 de julio de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia T 033/16. M.P. Guerrero Pérez, Luis Guillermo. 08 de febrero de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T 417/17. M.P. Pardo Schlesinger, Cristina. 29 de julio de 2017.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia 009/18 C.P. Ibarra Vélez, Sandra Lisset. 08 de febrero de 2018.

Legislación para la ciudadanía de indígenas durante el siglo XIX en Colombia

Laws of Citizenship for Indigenous People during the 19th Century in Colombia

*Andrés Felipe Pabón Lara**

Fecha de recepción: 28 de diciembre de 2021

Fecha de aprobación: 13 de mayo de 2022

RESUMEN

Este artículo analiza la legislación que se emitió durante el siglo XIX, en Colombia, en torno a los pueblos indígenas. Con ello, se asume que dicha legislación constituyó un relevante mecanismo estatal de incorporación de tales poblaciones dentro del modelo estatal nacional, que buscaba su integración nominal como ciudadanos. La revisión del conjunto de normas mencionadas se contrasta con otras fuentes de información referidas principalmente al desarrollo de las misiones religiosas en Colombia durante el periodo estudiado, y al proceso de regulación de la propiedad agraria. Se propone un aporte al estudio tradicional de la temática indígena al interpretarla dentro del proceso de construcción del Estado nacional a nivel general. Con este fin, no solo se reconocen los aspectos culturales de dicho proceso, sino las disputas políticas, y los intereses económicos que le fueron característicos. Se evidencia la articulación entre distintos sectores de la dirigencia política, las tensiones económicas propias del modelo de agroexportación y los valores de la tradición religiosa como pilares de la incorporación de indígenas al Estado en Colombia.

De igual forma, se observa la utilización de la legitimidad legal como garantía del modelo de orden social, entendido como un proceso generador de un lugar subordinado para los indígenas.

Palabras clave: Construcción del Estado, legislación, ciudadanía, pueblos indígenas, discriminación.

ABSTRACT

This article analyzes Colombian legislation issued during the 19th century concerning especially indigenous peoples. Such legislation meant a mechanism for state incorporation to turn indigenous people into so-called citizens. The study reviews a set of legal norms that are contrasted with some other sources of information referring mainly to religious missions in Colombia, as well as land ownership, during the 19th century. The article contributes to the traditional study of indigenous issues by including it as part of the overall state-building process. Not only cultural aspects of this process are recognized, but also political disputes as well as economic issues. The article shows the articulation between

* Abogado de la Universidad Libre, Magister en Historia de la Pontificia Universidad Javeriana y Doctor en Historia de la Universidad Torcuato Di Tella de Argentina. Correo electrónico: andresfelipe.pabon@gmail.com

different political leaders, the economic tensions inherent to the agro-export model, and the religious tradition as relevant factors in the incorporation of indigenous people into the State. The use of the law as a way to guarantee the legitimacy of the social order is also evi-

denced. All this is understood as a way of maintaining the subordination of the indigenous peoples.

Keywords: State-building process, law, citizenship, indigenous people, discrimination.

INTRODUCCIÓN

La historia decimonónica del Estado colombiano está enmarcada, entre otros aspectos, por las luchas de los distintos sectores de la elite por modelar bajo sus intereses la construcción del nuevo orden republicano. Esa puja, al interior de la elite, se fue definiendo en la consolidación de dos bandos partidarios que se alternaron en la cúspide del poder ejecutivo durante muchos años. Más allá de las similitudes que, a la postre, evidenciaron los dos bandos en puja, dicha alternancia, se desarrolló mediante arduas luchas, llevadas incluso a través de las armas. La inestabilidad político-jurídica propia del periodo fue resultado de estas luchas por el poder, que generaron lo que algunos identifican como fragilidad del “proyecto” estatal o inacabada consolidación de la unidad nacional¹.

Sin embargo, al parecer, dichas disputas de poder se desarrollaron en paralelo a la elaboración de un modelo de ordenamiento que articulaba a las elites en torno a su necesidad común de mantener ciertos dispositivos de dominación, de herencia colonial. Tales resultaban indispensables para la satisfacción de sus intereses. La centralización y legitimación de la autoridad estatal no dejaba a la suerte el posicionamiento de las elites en los lugares de dirección del orden político. Julio Arias sintetiza lo anterior del siguiente modo: “los proyectos de unificación, de construir una unidad abstracta y abarcadora, deben pensarse como formas de dar sentido y justificar, o más bien hacer incuestionables, el ejercicio de dominación de un territorio y de una población, que reclaman como suyo las elites asociadas a la formación del Estado moderno”². De esta manera, como parte sustancial del proceso de formación estatal, se evidencia la simultaneidad entre la producción de homogeneidad y la reformulación de los esquemas de jerarquización social que auspiciaban la diferencia como una preocupación constante de las elites, necesaria para asegurar su privilegiado lugar político, económico y cultural. La formación del Estado, además de la armonización de las diferencias dentro de la elite, implicó una intervención sobre amplias regiones y distintos sectores sociales. Tal no estaba encaminada a lograr la superación del esquema de jerarquización social. Al

1 Múnera, Alfonso, *El fracaso de la nación. Región, clase y raza en el Caribe colombiano 1717-1821*, Bogotá, El Ancora, 1998, pp. 13-28.

2 Arias Vanegas, Julio, *Nación y diferencia en el siglo XIX colombiano: orden nacional, racialismo y taxonomías poblacionales*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, p. 3.

contrario, buscaba generar un tipo social homogéneo, reconocible y controlable, que funcionara como agente subordinado del orden estatal, pretendidamente novedoso. Esta aspiración confrontó, directamente, las formas tradicionales de existencia de no pocas comunidades nativas, en especial, aquellas que no habían resultado subordinadas al modelo estatal dentro del antiguo orden colonial.

La construcción de ese “nuevo” orden, si bien conservó varias de sus características estructurales tradicionales, se cobijó por el novedoso manto de legitimidad, comprendido por las ideas republicanas de igualdad para el conjunto de la población (sin distinción étnica), la positivización del orden jurídico que respaldaba esa igualdad legal, y la representatividad de los supuestos ciudadanos igualitarios en las instancias de gobierno. En relación con los pueblos indígenas, se desarrollaron procesos que han sido generalmente interpretados como la incorporación de dichos pueblos dentro de los marcos regulatorios del Estado. Por incorporación podemos entender: el desarrollo de procesos a través de los cuales los pueblos indígenas resultan integrados coactivamente a sistemas de ordenamiento modernos. Lo anterior implica, esencialmente, la pérdida de su autonomía política. Esto alcanza, en no pocos casos, la destrucción de su unidad étnica o su carácter comunitario³. Como parte de tales procesos, entendemos la dinámica de ciudadanización de los indígenas.

Si se vincula el proceso de formación estatal en Colombia con la definición legal de la situación de los pueblos indígenas, se puede concluir que la ampliación del poder centralizador del Estado moderno requería de un aumento del margen de legitimidad que sustentaba su accionar. Lo anterior tenía, como fin, desestimular y deslegitimar la resistencia. El discurso asentado en formas de ordenamiento jurídico se convirtió en el depositario de dicha legitimidad y en el instrumento por excelencia para el uso del poder estatal⁴. Con ello, la homogeneización, que propone el orden jurídico, resultaba un elemento esencial del control y el orden. De este modo, se esperaban regular tanto la individualidad como el accionar colectivo, y trazar un parámetro claramente identificable para invalidar los intereses que resulten opuestos al modelo dominante. El carácter nacional del proyecto estatal suponía, en su proceso de formación, esa unidad que legitimara el poder, en un sentido vertical, en los distintos sectores sociales; y, en una escala horizontal, dentro de la vasta extensión territorial y las particularidades de cada región. Para tal fin, los distintos estamentos de la dirigencia estatal reforzaron los dispositivos legales que permitían potenciar la penetración estatal en los territorios indígenas. Dicho accionar tuvo, como punto cumbre, la expedición de la ley 89 de 1890, así como otras, previas y posteriores, dirigidas a lograr

3 Colombes, Adolfo, *La colonización cultural de la América indígena*, Buenos Aires, Del Sol, 2019, p. 50.

4 Colmenares, Germán, “La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Número 22, Volumen XXVII, 1990, pp. 3-19.

lo que por aquel entonces se reconocía oficialmente como “civilización de los indios”. Estas normas solo pueden entenderse como parte de un proceso de desarrollo legal que, a lo largo de todo el siglo XIX, constituyó un mecanismo de penetración y control estatal frente a las distintas comunidades indígenas asentadas en el territorio. Tales comunidades deseaban apropiarse del modelo de organización nacional. Entendemos, en este contexto, a la ley como mecanismo de penetración ideológica, dada su capacidad de “crear y difundir valores, conocimientos y símbolos reforzadores de sentimientos de nacionalidad que tendían a legitimar el sistema de dominación establecido”⁵. Tal penetración resultó esencial para avanzar en la formación estatal, al armonizar, tras un fin común, a las elites en conflicto.

1. Reconstrucción del orden legal en la primera mitad del siglo XIX

La coyuntura de la independencia habilitó transformaciones. Tales fueron desencadenadas por el abandono de la subordinación ante la figura monárquica y la reformulación del principio de soberanía. No obstante, no resulta verosímil entender que todo fue radicalmente transformado en tal periodo. Por el contrario, el mantenimiento de la jerarquización social, como sustento de un patrón organizativo, se mantuvo y se afinó para garantizar el sistema de privilegios de quienes, en ese momento, aspiraban a asumir la dirigencia política, económica y cultural del nascente Estado. La construcción republicana en Colombia fluctuó entre la proyección idealizada del cambio y la necesidad de ciertas continuidades. Como parte de esa necesidad de restablecer el orden (jerarquizado), los delegados del Congreso de Cúcuta, que confeccionarían la primera Constitución en 1821, se encontraron con la disyuntiva sobre el papel que debía otorgársele a la Iglesia católica en esta nueva etapa. La primera salida fue omitir cualquier mención a la religión en el texto constitucional. Esto ocurrió gracias a sectores anticlericales, que deseaban terminar con los fueros especiales del clero, su protagonismo en la educación y sus fuentes de riqueza. Recuérdese que hasta hace poco tiempo atrás la Iglesia católica defendía y era parte de los intereses realistas. Por esta razón, algunos personajes influyentes no dudaron en caracterizar la vida monástica como “obsoleta y parasitaria”⁶. Este tipo de cuestionamientos afectaba el papel que las distintas órdenes habían jugado, hasta entonces, frente al control de las

5 Oszlak, Oscar, *La formación del Estado argentino: orden, progreso y organización nacional*, Buenos Aires, Emecé, 2009, p. 120.

6 Rausch, Jane, “Fronteras en crisis: la desintegración de las misiones en el extremo norte de México y en la Nueva Granada, 1821-1849”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Vol. 33 Núm. 41, 1996, [s.n.]

comunidades indígenas. No se trataba, sin embargo, de un ataque a los dogmas o valores del catolicismo, sino a la estructura y poder de la Iglesia en aquel momento.

De la misma actitud anticlerical, ya había hecho gala el propio Simón Bolívar, confeso católico y presidente de la llamada Gran Colombia entre 1819 y 1830. En 1820, él firmó un decreto mediante el cual se ordenaba la devolución a los indígenas, en calidad de propietarios legítimos, de todas las tierras de los resguardos. Más allá de los alcances de su implementación, este decreto constituyó, según algunos autores, un golpe al poder eclesiástico como estamento ordenador de la territorialidad indígena⁷. Mediante el mismo decreto, se prohibían, además, los servicios personales o el uso del trabajo no remunerado de los indígenas, así como el cobro de derechos extraordinarios de parroquia. El decreto sentenciaba que:

Cesarán absolutamente desde este momento (como escandalosos y contrarios al espíritu de la religión, a la disciplina y a todas las leyes), las costumbres de no administrar los sacramentos a los feligreses, mientras no hayan pagado los derechos de cofradía y congrua; la de obligarles a que hagan fiestas a los santos; y la de exigirles derechos parroquiales que están exentos los naturales por el estipendio que da el Estado a los curas. Los curas que contravinieren este artículo continuando los mismos abusos, sufrirán el rigor de las leyes en un juicio severo, y al efecto los jueces políticos velarán la conducta de los curas, para dar cuenta al Gobierno de la menor falta que noten⁸.

Otro golpe a esa estructura de poder eclesial había sido dado por el vicepresidente (fungiendo como presidente encargado), Francisco de Paula Santander. En el mismo año, 1820, dicho dirigente había ordenado que las haciendas manejadas por misioneros fueran, en adelante, administradas por civiles. En 1824, en medio de fuertes objeciones de la jerarquía católica, el gobierno adoptó la ley de patronato. Con ella, se reservó la autoridad para nombrar a los principales dignatarios eclesiásticos de la nación. Más adelante, en 1826, una ley determinaba que todos los novicios debían tener, por lo menos, 25 años antes de hacer los votos religiosos. Con dicha norma, se mermaba el potencial convocante de la vida sacerdotal⁹.

No obstante, no puede estimarse que el anticlericalismo de la época significara una postura contraria a los valores religiosos tradicionales. Tampoco implica una renuncia a los dispositivos de penetración a las sociedades indígenas, que fueron desplegados tras las prácticas de la evangelización. Se trataba, por el contrario,

7 Villegas, Jorge y Restrepo, Antonio, *Resguardo de indígenas y reducción de salvajes. 1820-1890*, Medellín, Centro de Investigaciones Económicas-Universidad de Antioquia, 1977, p. 6.

8 Decreto de 5 de julio de 1820, en Triana Antorveza, Adolfo, *Legislación indígena nacional. Leyes, decretos, resoluciones, jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, Editorial América Latina, 1980, p. 75.

9 Rausch, "Fronteras en crisis", *op. cit.*, [s.n.]

de una disputa de poder entre sus nuevos detentadores y quienes se sostenían en los viejos resortes del clero regular. Prueba de ello fue el desarrollo paralelo, y aparentemente contradictorio, de medidas que otorgaban importantes tareas al llamado clero secular. Éste obedecía a la jerarquía eclesiástica local, y que ampliaba su influencia. Uno de los ejemplos más dicentes, sobre el rol social que seguía conservando el catolicismo, está relacionado con su función en la estructura del sistema educativo¹⁰.

De forma paralela al mencionado anticlericalismo, se desarrolló un cuerpo normativo que suponía legitimar ese nuevo orden frente a los indígenas. Mediante ley del 11 de octubre de 1821 se decretaba la “recuperación” de todos los derechos indígenas, que habían sido “vejados y oprimidos” por el gobierno colonial. Se estimaba que esta recuperación igualaría los derechos. Al respecto, los legisladores se pronunciaban “convencidos de que los principios más sanos de la política, de razón y de justicia exigen imperiosamente que los indígenas, esta parte considerable de la población colombiana que fue tan vejada y oprimida por el gobierno español, recupere en todos sus derechos, igualándose a los demás ciudadanos”¹¹. Aunque se reconocía que el régimen colonial había generado un estado de miseria y degradación en la población indígena. Se suponía que este daño se podría resarcir con la mera excepción, por cinco años, del pago de derechos parroquiales para las tierras poseídas en forma comunal. Otras manifestaciones, de esta igualación de los indígenas, implicaban la abolición de los nombres étnicos y del calificativo “indio”. Además, se autorizó que, en los poblados, pudiera establecerse cualquier ciudadano no indígena (situación que ya venía sucediendo de hecho).

Resulta muy dicente de la política de igualación el hecho de plantear, también, el gradual repartimiento individual de las tierras de resguardo comunal. Con ello, sobresale el carácter liberal que descansaba en la defensa de la propiedad privada y las libertades individuales como pilares del orden. El reconocimiento y la ciudadanía igualitaria no se generaban a partir del indígena en su especificidad, sino que se pensaba como una igualación legal abstracta. Tal se asentaba sobre parámetros ajenos a las costumbres de las comunidades. Para el modelo liberal republicano, resultaba crucial avanzar en la legitimación del poder soberano de sus instituciones. Dicha legitimación debía realizarse bajo el reconocimiento de la igualdad jurídica entre los ciudadanos que, en correspondencia a ese reconocimiento legal, se entendían como habilitados para delegar la soberanía en tales instituciones. Esta política republicana, en efecto,

10 Los maestros de escuela eran nombrados en aquel entonces por una autoridad civil “en acuerdo con el cura del pueblo”. Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 16.

11 *Ley de 11 de octubre de 1821 sobre extinción de tributos de los indígenas, distribución de los resguardos y exenciones que se les conceden*, en Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 81.

implicaba un reconocimiento legal en perspectiva individual. Sin embargo, al mismo tiempo, llevaba a un desconocimiento de lo específico y particular de la idiosincrasia comunitaria de los pueblos indígenas o, mejor, una acometida frente a lo comunitario, entendido como expresión política de colectividad. De cierta forma, ser ciudadano implicaba dejar de ser indígena.

Luego de la “ciudadanización” de los indígenas, establecida en 1821, el mismo Santander, que había ordenado el reemplazo de los sacerdotes por civiles a cargo de las haciendas, se pronunciaba, tres años más tarde (1823). Ahora, estaba en favor de que los franciscanos, dominicos y recoletos de Bogotá llenaran las plazas abandonadas en las misiones de los llanos orientales del país. “En ese mismo año, el Congreso había sido agitado por un informe del secretario de Estado, José Manuel Restrepo, en el cual se decía que había por lo menos 200.000 indígenas viviendo en las regiones inexploradas de la Gran Colombia, algunas tan remotas que ni siquiera se conocían sus nombres tribales”¹². La respuesta a esa preocupación llegó con la ley de 30 de julio de 1824, “sobre reducción de indígenas salvajes”. En los considerandos de esta norma se expresaba:

Que es uno de sus deberes [del Congreso de la República] proteger la propagación de la fe de Jesucristo, y promover la civilización de las tribus indígenas [...]. Que por las consecuencias de la guerra de independencia no les ha sido posible fomentar las misiones que estaban fundadas, ni promover los medios suficientes para fundar otras. [Y] que siendo dirigidas las misiones conforme al Evangelio, proporcionarán a las tribus que aún viven en gentilismo, el conocimiento y práctica de la religión y las ventajas que reportan las sociedades bien establecidas con el comercio y la civilización¹³.

De esa forma, se delineaba jurídicamente una “nueva” estrategia de penetración estatal sobre el conjunto de las comunidades indígenas. Modelada bajo las formas modernas del republicanismo, pero implementada en seguimiento de los viejos principios de la “tarea misional civilizadora” que había amparado la colonización europea de América. Más allá del evidente llamamiento a la religión, como base del orden social, resulta interesante reconocer que, de la citada ley, se desprende una preocupación por generar un mayor grado de control y centralizar las decisiones en torno al desempeño de las misiones. Se proponía el novedoso establecimiento de una “junta político-eclesiástica” para este fin. Esta se integraría por delegados de las más altas instancias del poder ejecutivo y de la Iglesia católica. A esta junta se le atribuía “la facultad de dirigir las misiones, acordando los medios de catequizar y de instruir a los indígenas en los ramos del resorte de ambas autoridades”. Se trataba de una injerencia directa del poder civil sobre el desarrollo misional. En

12 Rausch, “Fronteras en crisis”, *op. cit.*, [s.n.]

13 *Ley de 30 de julio de 1824*, en Triana, *Legislación indígena*, *op. cit.*, p. 83.

correspondencia, se establecía que sería “obligación de los misioneros instruir a los indígenas, no solamente en el catecismo eclesiástico, sino también en los principios políticos conforme a la constitución y las leyes”, e igualmente, “propenderán a la instrucción del idioma castellano entre los indígenas”. Con lo anterior, se procuró por el establecimiento de escuelas de primeras letras. Más que una contradicción, el llamado republicano a retomar las misiones religiosas se daba en el marco de una actualización moderna de dispositivos tradicionales.

Constituye otra novedad relevante, propia de una nueva visión de época, la autorización dada para que algunos “jóvenes instruidos en física o en historia natural” participaran como “socios” en las misiones, con el fin de perfeccionar sus conocimientos y con la obligación de elevar informes científicos a los museos o autoridades correspondientes. De esta manera, los pueblos nativos se transformaron en objeto de estudio para las ciencias modernas de base nacional. Complementariamente, con ese carácter científico que se vinculaba a la obra misional, los legisladores se sintieron llamados a manifestar expresamente que, para las misiones, “el gobierno establecerá (...) medios suaves y persuasivos de la conveniencia de la sociedad, sin permitir que se usen de medidas violentas y arbitrarias”¹⁴. No es inverosímil pensar que esta explicitada prohibición partía de entender como un hecho cierto o posible que, en las misiones, se usaran métodos distintos a los suaves y persuasivos. Por lo tanto, las misiones de la república encarnaban la dualidad de sostener continuidades dentro de escenarios novedosos, como esencia del proceso de construcción estatal.

En la misma fecha, 30 de julio de 1824, se promulgó otra ley con relación a los indígenas. Ésta llevaba por título “Ley de auxilio a los indígenas”. Consideraba expresamente estar dirigida a aquellas comunidades que desearan “abandonar su vida errante” o “entrar en sociedad”¹⁵. Por medio de ella, se comprometía el Estado a distribuir tierras baldías y asignar ayudas económicas a esas poblaciones. Con esto, se evidencia la prefiguración de una visión política que marcaría las medidas de penetración o intervención estatal de cara a las comunidades nativas. Dicha visión consistía en la distinción entre indígenas que se someten voluntariamente a la disciplina estatal, e indígenas que debían ser encausados, a ese mismo fin, a través del dispositivo misional.

Para adelantar estas tareas, era imprescindible conocer el número y las características de los pueblos indígenas que habitaban el territorio del naciente Estado. Mediante decreto firmado por Santander, el mismo año de 1824, se compelió a las autoridades regionales y locales a realizar relevamientos en sus jurisdicciones. También, se les ordenaba elevar informes que dieran cuenta de cantidades, caracte-

14 *Ibid.*, p. 85.

15 *Ley de Auxilio a los Indígenas de 30 de julio de 1824*, en *Ibid.*, p. 88.

terísticas, usos y costumbres y, en fin, de “los medios más eficaces que podrían adoptarse para reducirles a que, abandonando su vida errante, se sujetasen a poblado, para irles civilizando de a poco”¹⁶.

En dicho decreto, también, se reglamentaba la distribución de tierras aprobada en las leyes de julio. Se establecía un máximo de 200 fanegadas por familia, y se señalaba, claramente, que la extensión podía ser menor. Asimismo, se estipulaba, cuando la región fuera adecuada, la entrega de un hatillo de 25 reses. Otro decreto, de octubre del mismo año, ordenaba la inclusión de los indígenas, “con toda la exactitud posible” en los censos poblacionales que se efectuaren¹⁷. En 1825, se decretaba que correspondía a los jefes políticos y militares la vigilancia y control sobre los resguardos indígenas y sobre la instrucción que estos recibían¹⁸. De esa manera, el Estado proyectaba su interés en “incorporar” a los indígenas sobre la base de su integración a las formas productivas reconocidas por el mismo Estado y bajo subordinación a sus autoridades. Esto se reiteraba en 1826, cuando Santander, vicepresidente encargado del poder ejecutivo, decretaba:

Para promover eficazmente la civilización de los indígenas, se irán estableciendo en el territorio en que vagan, nuevas poblaciones a las que por medios suaves se reduzcan a vivir, cuidando de dedicarles al cultivo de la tierra, a la cría de ganado, según parezca más ventajoso en los diferentes terrenos [...]. A cada una de las nuevas parroquias se señalará una extensión proporcionada de tierras baldías, que no bajará de diez mil fanegadas, las que progresivamente se irán distribuyendo en toda propiedad a los indígenas que vayan civilizándose o dedicándose a la agricultura y a la ganadería, dando a cada familia desde diez hasta cien fanegadas según la calidad del terreno¹⁹.

Un año después de su regreso a la capital, era el propio Bolívar quien firmaba otro decreto para reforzar el dispositivo de penetración “misional”. Éste ordenaba suspender aquella ley de 1826 que impedía la admisión, en los conventos, de menores de 25 años. Complementariamente, estipulaba la obligación, para todos los novicios que recibían las sagradas órdenes, de emplearse por los siguientes cinco años en el servicio de misiones. En la parte motiva de este decreto se reiteraba la fundamentación política e ideológica de esta norma, que llevaba por título; “sobre la absoluta necesidad de restablecer las antiguas misiones”. Las motivaciones atribuían a las guerras de independencia la destrucción de las misiones, así como la dispersión de los indígenas, el abandono de las poblaciones y su regreso “a los bosques, con mucho perjuicio al Estado”. La respuesta a esa

16 *Decreto sobre naciones indígenas de 18 de septiembre de 1824*, en *Ibid.*, p. 89.

17 *Decreto sobre el censo de población de 27 de octubre de 1824*, en *Ibid.*, p. 92.

18 *Decreto de 8 de marzo de 1825*, en *Ibid.*, p. 93.

19 *Decreto sobre civilización de indígenas de 11 de julio de 1826*, en *Ibid.*, p. 96.

problemática se perfilaba hacia el restablecimiento de las misiones, esto es, el sostenimiento, sin ambages, de los viejos y probados dispositivos²⁰.

Reforzando esta política, un decreto de octubre del mismo año 28 reestablecía una carga tributaria diferencial para la población indígena. Si bien, la sustentación de esta norma profesaba el beneficio para los indígenas, en atención al expreso agravamiento de las condiciones de las comunidades. Dicho beneficio consistía en la obligación legal del pago de un impuesto de “tres pesos cuatro reales al año”, desde los 18 hasta los 50 años. Esto significaba que no pagarían ningún otro impuesto ciudadano. No obstante, también puede evaluarse en su dimensión de reimposición del tributo colonial. Igualmente, se reiteraba la prohibición del uso de servicios personales de los indígenas sin que mediara la correspondiente retribución salarial y, una vez más, la exención del pago de los derechos de parroquia. Tales reiteraciones, seguramente, daban cuenta de la continuidad de estas prácticas tradicionales, que parecían sostenerse más allá de su abolición legal. Otras excepciones apuntaban a eximir a los indígenas del servicio en el ejército, a menos que se presentaran voluntariamente, y del pago en instancias judiciales en las acciones que les incluyeran²¹. Todas estas medidas, teñidas de un tono paternalista, fracturaban, en la práctica, la concepción de la igualación ciudadana para los indígenas. Evidentemente, no era suficiente que dicha igualación se ordenara por ley. El peso de una tradición colonial excluyente y jerarquizadora seguía cargando sobre la población indígena.

El modelo republicano se acompañó de la pretensión por un orden legal desplegado dentro de la fórmula de “codificación nacional”. Éste fue un instrumento que formalizaba un esquema de orden y a la vez legitimaba los nuevos principios y detentadores de la autoridad. No obstante, eso no significaba transformar de plano la realidad, ni mucho menos, modificar las lógicas (y los intereses) que habían imperado anteriormente en cuanto a las relaciones interétnicas. La ambivalencia visible en las normas da cuenta del escenario de contradicciones, disputas políticas y económicas. Dichas disposiciones fluctuaban entre un trato igualitario a los indígenas (su ciudadanización como dispositivo de penetración ideológica) y el sostenimiento de diferencias tangibles en aspectos tan contradictorios como la reimposición de cargas tributarias diferenciales. Adicionalmente, incluían controlados repartos de tierras y herramientas, o la imposición de las disciplinas moral y laboral (en las misiones).

Algunos sectores presionaban por la mayor integración de las tierras productivas y de la fuerza de trabajo indígena hacia los mercados internacionales. Al tiempo,

20 *Decreto de 11 de julio de 1828 sobre la absoluta necesidad de restablecer las antiguas misiones*, en *Ibid.*, p. 99.

21 *Resolución sobre que los indios colombianos paguen una contribución llamada contribución personal de indígenas, del 15 de octubre de 1828*, en *Ibid.*, p. 101.

las elites terratenientes tradicionales eran reacias a modificar los resortes que estructuraban sus ganancias. No solo estaban interesadas en que se sostuviera el régimen de acumulación de la tierra de tipo colonial, sino que entendían que esto se correspondía con la jerarquización social que relegaba a los indígenas a un lugar de marginalidad. Podían aceptar los cambios producidos por la mayor presencia de los intereses ligados a la exteriorización del comercio. Sin embargo, debe entenderse que, en su dimensión social, las ideologías modernizadoras no implicaban necesariamente una transformación profunda. Los sectores afines a la economía liberal, y los conservadores del régimen tradicional, aunque en tensión, resultaron amalgamados en la pretensión de lucrarse con el trabajo y la territorialidad indígena, aunque pensarán en modos distintos de lograrlo.

Estas tensiones se imbricaban en un contexto caracterizado por la marcada heterogeneidad de los territorios que suponían integrar el Estado nacional y, en especial, por la tradición de la autonomía de los poderes regionales. De igual manera, se resalta, en este escenario, la debilidad del Estado central para imponer una política unificada. Esto es lo que autores como Fernán González califican como “Estado fragmentado”²². Dicha denominación hace referencia a aquellos centros locales de dominio que desafiaban la centralización de un poder de alcance nacional, que se desarrollaron alrededor de las minas, de las fincas agrícolas y de las zonas comerciales. Fue esa la base de sustento material que habilitó la existencia de una clase dominante. Tal se encontraba firmemente afianzada en los centros locales o regionales de producción económica. Los distintos sectores de esa clase rivalizaban unos con otros en su esfuerzo por establecer su pretensión a una autoridad nacional que protegiera sus propias posiciones privilegiadas. Los enfrentamientos y disputas causadas por la falta de un acuerdo, en estos sectores, marcaron la historia de la primera mitad del siglo XIX. El ideal republicano del Estado nacional, más allá de sus expresiones legislativas, no alcanzaba un grado de implementación unánimemente aceptada. El ejemplo de lo que podríamos denominar legislación indígena, tal como hemos mencionado, evidencia las ambivalencias o contradicciones propias de la ausencia de ese acuerdo.

Una de las consecuencias más notables de las disputas al interior de los sectores dominantes, y el arraigo de estos en los intereses de tipo local, se manifestó en la disolución de la Gran Colombia, con la separación de Venezuela y Ecuador, en mayo de 1830. Ese momento, dichas regiones pasaban a ejercer soberanía independiente de las autoridades y leyes emanadas del poder central de Bogotá. A su vez, esto generó que la naciente República de la Nueva Granada, tal como pasó a denominarse la actual Colombia entre 1831 y 1858, reforzara la búsqueda de unidad entre las elites regionales que sostuvieron la alianza estatal. Esa

22 González González, Fernán, *Poder y violencia en Colombia*, Bogotá, Odecofi-Cinep, 2014, pp. 176-179.

alianza trató de ser respaldada con la firma de una nueva Constitución en 1832. Ésta se afianzó en un proteccionismo (principalmente basada en el monopolio del tabaco) y en la pretendida centralización que convertía al Estado en una agencia de estímulo para el comercio y la explotación agraria. Con este fin, intermediaba en pro de los negocios de las elites terratenientes²³. Esa relativa centralización política permitió que no se disgregaran las regiones. Producto de esta Constitución, se reestableció al catolicismo como la religión de la nación y se estableció la no tolerancia del culto público de otras religiones²⁴. Por consiguiente, el ideario moderno republicano siguió cobijado por dispositivos de antaño. Las leyes seguían generando ese “efecto de realidad” que Germán Colmenares concibe para pensar la dificultosa tarea de construcción de un Estado nacional en un contexto de contradicción de intereses.²⁵ Francisco de Paula Santander, conocido como “el hombre de las leyes”, resultó ser la garantía que aglutinó a esos diversos sectores. Tras su breve exilio europeo, regresaba en 1832 para ejercer la dirección del ejecutivo. El “hombre de las leyes” había escrito en 1821 que “si dejamos a los pueblos en absoluta libertad, volveremos a la antigua desastrosa anarquía, y que es preciso hacerlos libres contra su voluntad, tal ha sido el principio que me ha dirigido para refrenar un poco la libertad de los súbditos”²⁶.

En lo concerniente a los pueblos indígenas, esas medidas de restricción de las libertades no eran ajenas al interés de la profundización del comercio dirigido la exportación. Mediante ley de 6 de marzo de 1832, se dictaban las reglas para agilizar el repartimiento de los resguardos de indígenas. En ellas, se fijaba el término perentorio de un año para dividir los resguardos y distribuir sus tierras, en propiedad, entre los indígenas, según cantidad de familias y tamaño de cada una de estas. Este repartimiento tomaba en cuenta valoraciones económicas de ubicación y potencial productivo de las parcelas a adjudicar. El objetivo expreso de esta norma era fomentar la productividad de las tierras indígenas. Con este propósito, se prohibía, salvo autorización, la venta o enajenación de las parcelas adjudicadas en un término menor a diez años transcurridos desde dicha adjudicación. Esta prohibición se posicionaba frente al problemático sostenimiento de la concentración terrateniente. Además, existía la muy factible posibilidad de que los exresguardos terminaran engrosando los caudales de tierras insuficientemente explotadas por aquellos, según la visión de los liberales.

La ley de 1832 aclaraba que, a partir de su promulgación, cesaba “la contribución personal que había impuesto a los indígenas el dictador Bolívar; y desde el propio

23 Leal Buitrago, Francisco, *Estado y política en Colombia*, Bogotá, Siglo XXI, 1984, p. 124.

24 Rausch, “Fronteras en crisis”, *op. cit.*, [s.n.]

25 Colmenares, Germán, *Las convenciones contra la cultura. Ensayos sobre historiografía hispanoamericana del siglo XIX*, Bogotá, Tercer Mundo, 1997, p. 28.

26 Carta de Santander a José Manuel Restrepo, escrita en 1821, en Valencia Villa, Hernando, *Cartas de batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987, p. 100.

día quedan sometidos al pago de las que afectan a todos los granadinos”²⁷. Dos años después, otra ley estipulaba que —por medio del reconocimiento de los “obstáculos” presentes en diversas localidades para la repartición de las tierras de resguardo— debían reafirmarse los procedimientos a cumplir por parte de los distintos funcionarios. En ese sentido, se definía que el pago de tributos o impuestos era una obligación imperativa como requisito para recibir la adjudicación de un predio. Ésta debía perfeccionarse legalmente con pronunciamiento de un juez y otorgamiento del título correspondiente, que aclarara medidas, linderos y ubicación del predio. La invocación al poder judicial se acompañaba del llamado a la continuidad del ejercicio de la función del “protector de indígenas”. Lo anterior se debía a que no eran pocos los casos en los cuales los indígenas resultaban implicados en litigios civiles concernientes a disputas sobre derechos de esos predios que les eran asignados. En otras ocasiones, no era un litigio que implicaba a un indígena de forma individual, sino que las comunidades recurrían, en conjunto, a solicitar, ante las instancias judiciales, la no disolución del resguardo y el reparto de sus tierras. De tal práctica, daba cuenta el artículo 13° de la citada ley de 1834, al aclarar que “en ningún tribunal o juzgado se oirán reclamaciones cuyo único y determinado objeto sea pedir que no se repartan los resguardos”²⁸.

Se puede afirmar, con certeza, que uno de los acuerdos de los sectores gobernantes radicaba en el avance liquidador de la tenencia colectiva de la tierra indígena. En contra de lo estimado por las autoridades coloniales años atrás —donde se contemplaron leyes que auspiciaron la tenencia colectiva de la tierra, dado que eran necesarios los impuestos de las comunidades indígenas, concebidas como súbditas del monarca—, la dirigencia republicana se interesó más bien por la pronta liquidación de los territorios. La profundización de ese avance, contemplado en la ley de 1834, tenía, como fin, generar la integración productiva de áreas que aún no estaban integradas. Dichas áreas, a los ojos de la dirigencia nacional, debían ser explotadas. Al decir de Juan Friede, la destrucción legal de los resguardos indígenas significó “la liberación de una masa de indios trabajadores y por ende la formación de un proletariado rural en beneficio de los que tienen tierras y quieren poseer más, de los que tienen cultivos y necesitan mano de obra y de los que levantan fábricas y necesitan trabajadores”²⁹.

Amparados en estas medidas legislativas, y bajo la presión de pequeños campesinos sin tierra y grandes terratenientes, se logró la disolución de vastos resguardos ubicados en la zona central del país (los actuales departamentos de Cundinamarca,

27 Ley de 6 de marzo de 1832, que da reglas para el repartimiento de los resguardos de indígenas y declara abolida la contribución personal, en Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 107.

28 Ley de 2 de junio de 1834, adicional a la de 6 de marzo de 1832, sobre repartimiento de resguardos de indígenas, en *Ibid.*, p. 111.

29 Friede, Juan, *El indio en lucha por la tierra: historia de los resguardos del macizo central colombiano*, Bogotá, Ediciones Espiral, 1944, p. 101.

Boyacá y Tolima). Por consiguiente, fueron integradas, al circuito agroexportador (especialmente tabaquero), muchas de las tierras que habían sido de resguardo y estaban ubicadas en proximidad al río Magdalena, como gran vía de transporte. Sin embargo, en las regiones más apartadas del país, el proceso no avanzó con igual presteza. La oposición de las comunidades al reparto fue muy fuerte en regiones como el Cauca, mientras que la debilidad y el desinterés de las elites, en otras zonas, como en el caso del Chocó, impidió siquiera que iniciara el proceso. En otras regiones, como el caso de Santander, como consecuencia de la falta de acuerdos entre la elite local, y la carencia de posibilidades de acceso a las zonas de resguardos, se dispuso la suspensión del repartimiento³⁰. En el sur del país, la inoperancia del Estado habilitó un proceso absolutamente arbitrario de invasión y desposesión de particulares privados sobre las tierras de resguardos indígenas. En escenarios como el Putumayo o Caquetá, la letra de la ley no era más que un decorado para un proceso que marchaba al ritmo y dinámica de los grandes comerciantes del caucho y la madera³¹. Se trataba, sin embargo, de un tema central en cuanto al modelo de organización de la nación. Dicho proceso, como lo mostraban las guerras civiles del periodo, seguía sin consolidarse. En ese sentido, puede entenderse la ley de 1843 que recordaba que “la ley al igualar en derechos a los indígenas con los demás ciudadanos no quiso retirarles la particular protección que en algunos casos les es necesaria”. Por esta razón, se decretaba la extensión de diez a veinte años de la prohibición de enajenar las tierras recibidas por los indígenas en repartimiento³². Otra ley de 1848 exceptuaba, expresamente, a los “indígenas salvajes que se reduzcan a la vida social, y también a sus hijos” del alistamiento y servicio militar³³. Estos beneficios no pueden entenderse por fuera del interés general de liquidar el régimen de tenencia colectiva de la tierra del que gozaban algunas comunidades. Eran, más bien, evidencia del letargoso avance del proceso de consolidación del Estado nacional. También mostraban la incapacidad de los sectores gobernantes por consolidar la incorporación de los pueblos indígenas al orden estatal, y todo lo que ello implicaba. La misma ley de 1848 devela que, para la óptica estatal, seguían existiendo pueblos “salvajes”, impelidos a ser “civilizados” o “reducidos a la vida social”.

30 Triana, *Legislación indígena*, op. cit., pp. 24-25.

31 Bonilla, Víctor Daniel, *Siervos de Dios y amos de indios. El Estado y la misión capuchina en el Putumayo*, Bogotá, Tercer Mundo, 1968, p. 50.

32 *Ley de 23 de junio de 1843 sobre protección a los indígenas*, en Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 113.

33 *Ley de 29 de marzo de 1848, que exime del alistamiento y servicio militar a los indígenas salvajes que se reduzcan a la vida social*, en *Ibid.*, p. 116.

2. Cambios y continuidades para la segunda mitad del siglo XIX

La segunda mitad del siglo XIX, en Colombia, ha sido reconocida como el periodo radical, para dar cuenta de una serie de reformas de corte liberal. Tales preconizaban la necesidad de un profundo cambio en la organización social del país³⁴. Dicho radicalismo se asentó en una retórica de defensa de las prerrogativas civiles en contra del autoritarismo, del sistema federativo, frente al centralismo unitario, y del mantenimiento de las libertades individuales. Durante el mandato del primer presidente oficialmente proveniente del partido liberal, José Hilario López, entre 1849 y 1853, se promulgaron leyes sobre la manumisión de los esclavos, la separación de la Iglesia y el Estado, la libertad de prensa y la descentralización política tendiente a la federalización. También se dictó la ley de junio de 1850. Ésta estipuló que las cámaras provinciales podían levantar la prohibición de enajenación inmediata que las leyes anteriores habían impuesto sobre las tierras repartidas a indígenas. En consecuencia, esas corporaciones se apresuraron a usar esa facultad y activaron la liquidación de tierras de resguardo, no sin atropellos y arbitrariedades. Con este fin, se autorizó de inmediato la venta de las parcelas individualmente titularizadas. Como opina Luis Ospina Vásquez, “el efecto principal fue el pronto paso de las tierras repartidas de manos de los indígenas a las de hacendados (...) [Con ello] ocurrió un fenómeno de proletarización en el sector rural, en escala antes no vista en el país”³⁵.

La medida de levantar la prohibición, para la venta de tierras de resguardo, benefició, a la larga, a las elites inclinadas al comercio agroexportador. Catherine LeGrand ha llamado a este grupo social: “empresarios territoriales”, puesto que favoreció el desplazamiento de mano de obra campesina e indígena hacia las áreas no previamente explotadas, así como su destinación al trabajo para esos grandes terratenientes. Se trataba de pobladores que tras la presión de un esquema de producción incentivado por los precios de ciertos productos resultaron insertos en la dinámica que la misma LeGrand ha caracterizado como proceso de colonización campesina. En dicho proceso, los llamados empresarios territoriales lograron no pocas veces expandir su propiedad mediante compras hechas a pequeños propietarios indígenas. Éstos, por fuera de los circuitos de agroexportación y acumulación capitalista, terminaban directa o indirectamente coaccionados para vender sus tierras. Luego, desposeídos de ellas, no tenían más

34 Algunos autores definen el periodo radical como el transcurrido entre 1863 y 1886. Sin embargo, reconociendo la previa aparición de políticas de apertura comercial, podemos verosimilmente caracterizar de esta manera el periodo que inicia en 1849.

35 Ospina Vásquez, Luis, *Industria y protección en Colombia, 1810-1930*, Bogotá, E.S.F., 1955, p. 244.

opción que vender su fuerza de trabajo en ese mismo mercado o desplazarse en búsqueda de nuevas tierras para asentarse³⁶.

El proceso de concentración de la propiedad rural en Colombia, y su aceleración en la segunda mitad del siglo XIX, tuvo como uno de sus factores de impulso el manejo legal dado al tema indígena. Durante toda la primera mitad de ese siglo, la economía colombiana se caracterizó por su precariedad en la integración de sus recursos al mercado de exportación. Las políticas sobre tierras, impulsadas por los “radicales” (liberales y librecambistas), buscaban revertir ese panorama. Bajo el impulso de esos dirigentes, se experimentó una suerte de despegue agroexportador. Éste fue especialmente impulsado por la producción del tabaco, primero, y luego del café. Tras dicho auge productivo y exportador, como recuerda Adolfo Triana, “los pobres indígenas fueron inducidos a vender sus pequeños lotes de tierra, en los cuales tenían choza propia, gozaban de cierta independencia y encontraban una base segura para subsistir. En pocos años, toda esa propiedad quedó concentrada en pocas manos, el indio pasó a ser arrendatario”³⁷.

La concentración de las mejores tierras del país, paralela al surgimiento y consolidación de intereses de una clase progresivamente dominante, impulsó la aspirada estabilización del poder político. Al mismo tiempo, esto implicaba, y era posible por, un avance en la penetración estatal que desestabilizaba a los pueblos indígenas. Por tanto, más que de una integración, debe hablarse de una “asimilación” forzosa de los indígenas como campesinos, jornaleros o artesanos³⁸. Este proceso de expansión de la frontera agrícola, fuertemente incentivado por el Estado a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cobijó esencialmente tierras próximas a los centros coloniales de producción y, posteriormente, buscó integrar nuevas regiones. Como ya se expresó, más allá del interés general por la agroexportación en el territorio que se pensaba como nacional, existían regiones alejadas de los centros de producción. Tales se encontraban separadas por una geografía que limitaba la interconexión y el tránsito fluido y pobladas por comunidades no disciplinadas laboralmente para el modelo de producción capitalista.

El proceso de proletarianización de la población, correspondiente a la política estatal de integración productiva del territorio, no fue homogéneo en todo el país. Tal como lo habían denunciado los legisladores de la primera mitad del siglo, muy a pesar del pretendido impulso estatal al avance misional católico, en muchas regiones los llamados “indígenas salvajes” se resistían. No querían ser “incorporados” a ese modelo que los integraba bajo las demandas de su aculturación y

36 LeGrand, Catherine, *Colonización y protesta campesina en Colombia, 1850-1950*, Bogotá, Cinep, 2016, pp. 62-91.

37 Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 27.

38 Jimeno Santoyo, Myriam y Triana Antorveza, Adolfo, *Estado y minorías étnicas en Colombia*, Bogotá, Cuadernos del Jaguar-FUNCOL, 1985, p. 80.

disciplinamiento laboral. En esas regiones, la política de un Estado, aun precario, se limitaba a financiar las misiones. De hecho, en regiones tan apartadas como el Putumayo, abundante en tierras carentes de un valor comercial destacado, se constituyeron, en este periodo, nuevos resguardos, a despecho de la legislación nacional que buscaba eliminarlos. Sin embargo, el del desarrollo misional local se veía beneficiado³⁹. En esos lugares, las leyes que recomendaban la aplicación de medios “suaves” y persuasivos para con los indígenas. No obstante, éstos tampoco alcanzaban para eliminar el uso de la violencia tanto de misioneros como de particulares no nativos que llegaban a instalarse. En tierras no integradas a la producción capitalista, el Estado exhibía un trato a las sociedades indígenas como si a una población conquistada. Imponía una autoridad, una lengua y una religión, y desconocía, absolutamente, otras posibles vías de real integración.

En 1850, un periódico de la época había señalado que “los partidos políticos por fin están de acuerdo en una cosa: reducir las tribus salvajes a la vida social, y la única manera de hacerlo es bajo la bandera del cristianismo y el estandarte del misionero”⁴⁰. En consonancia, y a desmedro de, lo que se profesaba como un modelo liberal y modernizador, mediante una ley de 1860, se autorizaba la asignación presupuestaria anual para la “reducción de indios salvaje” y para la fundación de nuevas poblaciones en ciertos “puntos de frontera”, en referencia a las fronteras agrícolas y no solo nacionales. En 1868, otra ley sobre “civilización de indígenas” declaraba la obligación estatal de proteger y tratar como “colombianos dignos de atención y especial cuidado del gobierno” a los indígenas. Por ello, decretaba la adjudicación de propiedades, de hasta 25 hectáreas, en cabeza de las familias, transferibles de los terrenos baldíos, siempre que quisieran “abandonar su vida errante y establecerse en determinada localidad”. También se disponía la entrega de vestidos, herramientas, animales domésticos, y todo lo necesario para la agricultura y “las cosas prácticas de la vida civilizada”. Asimismo, se ordenaba “la captura de las tribus indígenas que atacaban a los pobladores o establecimientos agrícolas o estorbaban el comercio y el libre tránsito por los caminos y ríos”⁴¹. Más adelante, a través de ley dictada en 1870, se derogaría la ley anterior del 68. Esta disposición limitaba la tierra otorgable a cada familia a diez hectáreas. Se aclaraba, también, que era obligación del Estado procurar “por todos los medios posibles, la reducción a la vida civil de las tribus salvajes de indígenas que existían en la República, y la colonización del territorio que ocupaban”⁴².

39 Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 28.

40 Artículo publicado en el semanario *La Civilización*, el 1 de mayo de 1850. Fragmento reproducido en Villegas y Restrepo, *Resguardo de indígenas*, op. cit., p. 66.

41 Gómez G., Augusto, *Indios, colonos y conflictos. Una historia regional de los Llanos Orientales, 1870-1970*, Bogotá, Siglo XXI, 1991, p. 96.

42 *Ibid.*, p. 97.

Durante el periodo radical, rigieron tres Constituciones políticas en el país (1853, 1858 y 1863), y más de 60 Constituciones Provinciales. La nominación oficial del Estado cambió igualmente en tres ocasiones (República de la Nueva Granada, Confederación Granadina y Estados Unidos de Colombia). No obstante, lo que podría ser reconocido como “política indígena oficial” mantuvo un curso más coherente que en los primeros años de la República, aunque seguía pesadamente condicionado por la impotencia del gobierno. En aquel momento federal, éste era incapaz de ejecutar lo que proyectaba discursivamente.

En 1853, se había dado por derogado el regio patronato. Por medio de éste, se suprimía la erogación de fondos estatales para los eclesiásticos. Tres años después, se había autorizado, como facultad estatal, y no de los párrocos, el matrimonio civil, el divorcio y el registro de personas. En 1861, se decretaba la desamortización de los bienes de manos muertas. Lo anterior implicaba la pérdida, para la Iglesia católica, de una vía de adquisición de grandes extensiones de propiedad rural. Este era el escenario en el cual el Estado buscaba avanzar ante el poder de la Iglesia y ganar protagonismo en el tratamiento a los indígenas. Sin embargo, como ya se dijo, no significaba que, especialmente en las zonas apartadas o de frontera, se hubiese establecido una alternativa distinta a la de encargar a las misiones el ejercicio de la “civilización de los salvajes”. Ciertas leyes federales regían en todo el territorio, pero sus ecos llegaban con menos fuerza en los márgenes. Da cuenta de esta particularidad, la propia pervivencia de la denominación de “salvajes”. Bajo la misma, se justificó el ejercicio de la violencia, como dispositivo de penetración, la que no siempre era ejercida directamente por agentes estatales, pero sí auspiciada por su política.

Aunque las misiones religiosas aparecían, ahora, vinculadas con el accionar estatal, reguladas y sujetas a su control e interés de ciudadanización de los indígenas, la sola pervivencia de los calificativos pretéritos de “salvajes” o “barbaros” resultaba útil. Con ella, se denostaba o descalificaba la existencia misma de indígenas en el territorio, y todo lo que con ellos estuviese relacionado. Si estos permanecían hostiles a la posibilidad de “insertarse” en el modelo estatal, la utilidad del término era mayor. Tal hostilidad se sostenía, entonces, como una deuda pendiente de subsanar.

3. El fin de siglo “regenerador”

Un nuevo paso hacia la conformación del Estado nacional fue la promulgación de una nueva Constitución Política, centralista y unitaria, en 1886, y la llegada al gobierno de un nuevo partido político dirigente. Vale recordar que se habló, por aquel entonces, de una remodelación del Estado basado en tres ideales:

unitarismo, catolicismo e hispanidad⁴³. Tales ideales se entendían presentes en el modelo “original” del proyecto nacional. Es decir, en el orden normativo de la primera mitad del siglo XIX. En consecuencia, el modelo político, de finales de aquel siglo, se autodefinió como una “regeneración”; una vuelta o reincorporación de los valores y objetivos supuestamente abandonados por el radicalismo liberal.

Los gobiernos radicales, al impulsar la integración del agro colombiano al comercio mundial, crearon un interés común y generaron las bases de posibilidad material de la unión entre las elites regionales. Las cifras que indican un crecimiento de la economía del país pueden leerse como el acrecentamiento de las riquezas de un sector social, ahora enlazado a nivel nacional. Para los sectores que sustentaban, con su trabajo rural, esa inserción al mercado internacional, el crecimiento de la economía implicó nuevas formas de trabajo y patrones de asentamiento territorial. Sin embargo, sus condiciones generales de vida se mantuvieron. La integración al mercado mundial, dentro de las condiciones de la época, pasaba por la liberación de la mano de obra para el trabajo dentro de un nuevo esquema de producción. De este modo, podemos entender la ya mencionada abolición de la esclavitud y desintegración de los resguardos indígenas. No obstante, al mismo tiempo, esto implicaba ciertas resistencias ante dicho modelo de integración subordinada y de explotación laboral. La respuesta de la elite dirigente impulsó ese acuerdo, que se resumía en el disciplinamiento de la mano de obra. La regeneración fue una expresión de éste. Las elites locales cedieron parte de su autonomía a contraprestación de ganar fuerza en la defensa mancomunada de sus intereses. Sin embargo, esta cesión debe entenderse como un complejo y conflictivo proceso que incluyó férreas resistencias de algunos actores, especialmente por el perjuicio inmediato de ser desplazados de sus cargos de poder. En tal escenario, el proyecto regenerador requirió la creación de un marco legitimador que incluyera la mayor cantidad de población para agrupar fuerzas a su favor. Lo anterior con el fin de propiciar así una gobernabilidad aceptable. Para los gobernantes e intelectuales de la época, el retorno a los valores tradicionales (unitarismo, catolicismo e hispanidad) era la mejor garantía del éxito de esa agrupación de fuerzas dispersas. La conflictividad no quedaba suprimida, sino que se marcaba un “proyecto” de gobernanza con nuevos elementos⁴⁴.

El catolicismo enmarcaba, con mayor claridad, la exigencia cultural del modelo de control gubernativo, la referencialidad a un orden idealizado y la paralela desacreditación de valores, creencias y prácticas de las clases subordinadas, en pro de la definición de la nación. No se puede olvidar que, allende su retórica civilista, liberal e incluso anticatólica, los gobiernos radicales mantuvieron, en

43 Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*, Tomo 2, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 10.

44 González González, *Poder y violencia*, op. cit., pp. 180-186.

lo que se refiere a las relaciones con los pueblos indígenas asentados en regiones periféricas o de frontera, la institución misional como instrumento de penetración oficial. A su vez, el trabajo misional, con todo lo que implicaba (esencialmente asignación de recursos públicos), no podía sostenerse sino con la construcción, o mejor, reactualización, de un discurso moral basado en la “barbarización” de las prácticas indígenas (por ejemplo, la tenencia colectiva de la tierra). Además, al mismo tiempo debía idealizar de los valores de la civilización occidental (capitalista). De esa forma, se presentaban las misiones como necesarias. A su vez, las tradiciones indígenas se mostraban como atavismos y afrentas al progreso.

El catolicismo no es, en este artículo, analizado en su dimensión teológica, sino en su función sociopolítica. Para los regeneradores de fines del siglo XIX, el catolicismo representó un canal para moldear conductas y hábitos, tanto a nivel social como individual. Esto comprendía un evidente uso de la religión como instrumento de gobierno. La complementariedad entre el radicalismo y la regeneración se reconoce en la articulación de una elite nacional. Tal giraba en torno a la agroexportación, y un sector dirigente, nacionalmente legitimado por una comunidad de tipo moral. Como propone Hensel Riveros: la regeneración no fue un nuevo periodo en el sentido de cambio arrasador; fue novedoso en cuanto al uso que hizo de los recursos morales existentes en su época⁴⁵. No obstante, la integración al mercado mundial pronto mostró las limitaciones propias de su carácter dependiente. La tosca geografía colombiana condicionaba desfavorablemente la especialización productiva. El Estado encontraba múltiples dificultades para desarrollar la expansión de la frontera agrícola al ritmo deseado. Algunos poderes locales seguían siendo reacios a la subordinación nacional.

Para aquellas toscas regiones, usualmente habitadas por comunidades nativas, uno de los recursos puesto a disposición de la vigente necesidad de reforzamiento del Estado central fue la firma del Concordato con el Vaticano en diciembre de 1887. A la promulgación del preámbulo constitucional del año anterior, según la cual Dios era la “fuente de toda autoridad”, se sumaba este tratado de derecho internacional entre dos Estados. Éste significaba un privilegio de una parte, el papado romano, y una subordinación jerárquica de la otra, el Estado colombiano. De esa manera, se insertaban, legalmente, los preceptos del derecho canónico en el corpus normativo republicano. Al mismo tiempo, la Iglesia se aseguraba una serie de prerrogativas como excepciones tributarias y fuero especial en asuntos penales. Según el artículo 2º del tratado, la Iglesia conservaría “su plena libertad e independencia de la potestad civil” y, por consiguiente, sin ninguna intervención de ésta, podrá ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica”. Igualmente, se hacía mención expresa a las misiones

45 Hensel Riveros, Franz, *Vicios, virtudes y educación moral en la construcción de la República, 1821-1852*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006, pp. 49-57.

como ámbito de incumbencia religiosa. Al respecto, se estipuló que la Santa Sede prestaría el apoyo necesario para que se establecieran, en Colombia, institutos de enseñanza, de caridad y beneficencia, y misiones; entendidas como “obras de utilidad pública”, sostenidas con las arcas del erario. A su vez, se especificaba que, en lo concerniente al “fomento de las misiones católicas en las tribus bárbaras” la Iglesia contaba con mayor autonomía de acción y decisión, dado que los aspectos referidos al tema, decididos entre el poder ejecutivo y la Iglesia, no requerirían ulterior aprobación del Congreso de la República⁴⁶. Esto significaba que se constituía un régimen legal especial, que no pasaba por los conductos de control de los poderes del Estado.

Seguir depositando en la Iglesia la función de “reducción de salvajes” implicaba la aculturación como prerrequisito de la integración. Otorgar al poder ejecutivo la facultad de dictar normas relativas a los indígenas “bárbaros” significaba eliminar instancias de discusiones políticas parlamentarias, frente a lo que se entendía como un acuerdo político de los sectores de la elite. Por fuera del marco legal general, el trato a los indígenas podía parecer especial y contemplativo. Sin embargo, también podía resultar en un recorte de los derechos y las garantías que suponen amparar al conjunto de la población dentro de un régimen republicano. En 1890, se estableció la ley que ordenaría el marco general de la penetración estatal del régimen regenerador frente a los pueblos indígenas. Tal ordenamiento partía de la clasificación de los nativos en tres categorías: salvajes, semisalvajes y civilizados. Las dos primeras categorías quedaban excluidas del régimen legal general. Sería el gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, quien, por medio de misiones, determinaría la forma de intervención en estas comunidades. Frente a los civilizados, esto es, aquellos “ya reducidos a la vida civil”, la excepción del régimen legal solo aplicaba a lo concerniente a la tenencia de la tierra en los resguardos. En relación con esto último, se establecía un meticuloso modelo de organización interna de las comunidades, en el cual quedaban los propios indígenas facultados para nombrar sus autoridades. No obstante, estos tenían con la obligación de cumplir ciertos procedimientos y de no contrariar las leyes de la república⁴⁷. Había algo más importante: se establecía un término de 50 años (prorrogable) para terminar de realizar la división de los resguardos. Asimismo, se autorizaba la declaración de la nulidad o la rescisión de los contratos de venta, hipoteca o arrendamiento que pesaran sobre las tierras de resguardo. Sin embargo, en lo que pareciera ser una contradicción, aunque realmente era una característica de la política estatal, se establecía que: “cuando no se pueda averiguar o descubrir

46 Conferencia Episcopal de Colombia, “Concordato celebrado entre la Santa Sede y la República de Colombia”, Publicación digital en la página web de la Conferencia Episcopal de Colombia, Bogotá, https://www.ccc.org.co/sites/default/files/WEB_CEC/Documentos/Documentos-Historicos/1973%20Concordato%201887.pdf (28.12.21)

47 *Ley 89 de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*, Artículo 7°, en Triana, *Legislación indígena*, op. cit., p. 123.

cuáles son los indígenas o sus descendientes que tienen derecho al Resguardo (...) [se declarará] que tales resguardos pertenecen como ejidos a la población que en ellos o a sus inmediaciones esté situada”. Esto permitía legalizar usurpaciones de hecho realizadas por parte de particulares (no indígenas) que habían desplazado violentamente a los nativos. De igual forma, la ley estipulaba que, en aquellos resguardos donde se habían surtido los procedimientos para dividir o repartir las tierras, los indígenas “podrán vender esta con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores”. Es decir, con autorización judicial y en subasta pública. Por aquel momento subsistían resguardos en los actuales departamentos del Cauca, Nariño, Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Boyacá; regiones en las que paralelamente se desarrollaba la expansión productiva del modelo agroexportador⁴⁸.

Con respecto a los llamados “salvajes y semisalvajes”, se aclaraba, mediante ley promulgada dos años después, que el Congreso autorizaba al Poder Ejecutivo a que, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, procediera a establecer misiones católicas en los lugares del territorio que estimase conveniente. Con lo anterior se ratificaba que la exclusión de las leyes que cobijaba a los indígenas no civilizados. Eso, más que un beneficioso cuidado paternalista, era la autorización ilimitada del ejercicio de penetración misional implementado por la Iglesia, pero blindado por toda la legitimidad que representaba el orden republicano. Explícitamente, se decía que:

El Gobierno reglamentará de acuerdo con la autoridad eclesiástica todo lo conducente a la buena marcha de las Misiones y podrá delegar a los Misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que, saliendo del estado salvaje, a juicio del Poder Ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ellas⁴⁹.

La preocupación gubernamental por dar cumplimiento a lo establecido en el concordato se sostuvo en los años siguientes. Uno de los obstáculos fundamentales fue la escasez presupuestaria, pero, en ocasiones, se prefirió acordar recortes en otros rubros, para no menguar el destinado a misiones. Igualmente, se firmaron varios convenios que reglamentaban el despliegue misional y consolidaban la alianza entre los poderes político y eclesiástico. Dichos poderes se autodefinían como garantes, tanto de la civilización cristiana como de la prosperidad material de esos territorios⁵⁰.

48 *Ibid.*, p. 32.

49 *Ley 72 de 1892, por la cual se dan autorizaciones al Poder Ejecutivo para establecer Misiones Católicas*, en *Ibid.*, p. 166.

50 Convenios de 1898, 1903, 1908, 1918 y 1928, en Bonilla, *Siervos de Dios*, *op. cit.*, pp. 58-60.

Una de las misiones de mayor relevancia en la época fue adelantada por la orden capuchina en el Putumayo. Ese fenómeno ha sido estudiado por Víctor Daniel Bonilla, quien identificó algunas de las formas en las que las amplias facultades concedidas por el Gobierno a los misioneros se materializaron. Al respecto, señala que los registros de los capuchinos mostraban el uso de castigos corporales como el cepo o los azotes. Estos usos se justificaban con argumentos como “la atrofia de la conciencia moral del indio” o porque “solo el temor del castigo era capaz de poner dique a su desenfreno”⁵¹. También, encontró la continuidad de la práctica de los servicios personales no remunerados, abolida legalmente pero subsistente en los hechos. En los informes capuchinos, aparecían consignados estos servicios como “contribuciones voluntarias de los indios a las obras misionales”. Finalmente, identificó una apropiación de hecho de las tierras por parte de los misioneros. Ellos disciplinaban a los indígenas para mantener una explotación de subsistencia de sus propias tierras, y una generación de excedentes para la misión. En sus palabras, “de pobres evangelizadores (...) los misioneros se habían convertido en poseedores de haciendas, ganados, cultivos, instalaciones industriales y artesanales, y construcciones de diverso tipo”. A esto, llama Bonilla “una reforma agraria capuchina”⁵².

Las prerrogativas de soberanía que se asumían, en cada una de las misiones, estaban amparadas por el Concordato y la ley de 1890. Dichos instrumentos manifestaban la aspiración de una pronta integración de los indígenas al “pueblo de Dios”. También, proyectaban la integración de las regiones de frontera por ellos habitadas. En los años siguientes, varias misiones fueron establecidas en zonas de Arauca, Meta, Casanare, Putumayo, Vichada, Vaupés, Chocó, Cauca, Antioquia y la Guajira⁵³. Resulta paradigmática la retórica pública, construida sobre la urgente necesidad de “civilizar” o incluir dentro de misiones a los indígenas. No obstante, la fundación de misiones no garantizaba una penetración efectiva sobre los indígenas ni sus territorios. Por el contrario, los registros de la época daban cuenta de las dificultades, especialmente patrimoniales, para adelantar la empresa religiosa⁵⁴. Sin embargo, al margen de las dificultades, los misioneros mantenían un empeño que parecía relacionado con las palabras del político y legislador liberal Rafael Uribe Uribe, quien escribiera, hacia 1907, que “para que sea eficaz la máquina de reducir indígenas, debe componerse de tres piezas. Cada una de las cuales, si obran aisladamente, no darán resultado: Colonia Militar. Cuerpo de intérpretes, Misionero”⁵⁵. El Estado fungía como

51 *Ibid.*, p. 129.

52 *Ibid.*, pp. 181-184.

53 Jimeno y Triana, *Estado y minorías étnicas*, op. cit., pp. 35-37.

54 Lanao R., José Ramón, “Narraciones históricas sobre Nevada y Motilonés”, *Boletín de Historia y Antigüedades*, Vol. 10, No. 109, 1915, pp. 28-29.

55 Uribe Uribe, Rafael, “Reducción de salvajes”, en Eastman, Jorge Mario (comp.), *Rafael Uribe Uribe: obras selectas*. Tomo I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1979, p. 306.

garante interesado en esta alianza. Por ello, más allá de la dificultosa “civilización” misional, se avanzaba en asentar las bases de la legitimidad estatal en torno al sometimiento de los indígenas, y su posterior incorporación como ciudadanos. No obstante, como se ha visto, se trataba de una ciudadanía diferenciada y, en tal sentido, discriminada.

CONCLUSIONES

Como se ha señalado, para continuar con la penetración en todo el territorio que se invocaba como nacional, la legislación que suele ser reconocida como “indígena” (en el sentido de tener a los pueblos indígenas como sujetos de regulación) cumplía un papel relevante. Sentó las bases fundamentales (económicas, políticas y culturales) para lo que sería el largo y permanente proceso de construcción del Estado-nación.

Tras la dinámica de conflictividad desarrollada en el periodo independentista, el Estado republicano, en Colombia, desarrolló, a lo largo del siglo XIX, un ejercicio de restablecimiento de la estructura de poder. Con este fin, partió de la consolidación de los nuevos parámetros de legitimación de ese orden de dominación jerarquizado, impulsado en los siglos anteriores. Ese nuevo marco de legitimación, necesario para la consolidación del modelo de orden, encontró en la normatividad jurídica uno de sus principales dispositivos. Adicionalmente, resultó muy relevante para esta época la creación y difusión de valores, conocimientos y símbolos reforzadores de sentimientos de nacionalidad y pertenencia, que tendían a legitimar el sistema de dominación establecido. De esa forma, se generó un proceso de ciudadanización. Tal ofrecía, para los indígenas, la posibilidad de supeditarse a las formas de ordenamiento propias del modelo estatal moderno y las formas de producción capitalistas. En caso contrario, se convertirían en portadores de valores degradados y necesarios de ser modificados, o, en otras palabras, ser “civilizados”. Para las elites colombianas, en especial durante la segunda mitad del siglo XIX, esa civilización se concebía esencialmente como la incorporación productiva de los indígenas al modelo primario exportador. Dado lo anterior, su transformación en propietarios individuales de las tierras se convirtió en un eje de la acción estatal.

Para el final del siglo, otra forma paradigmática en la que se desplegó la llamada ciudadanización de indígenas, sucedió durante el llamado periodo de la Regeneración. En este momento histórico, las elites gobernantes delinearon, como parte del sistema hegemónico de control de la población, un meticuloso esquema de moralización de la identidad nacional. En dicho esquema, resultaba mucho más simple contrastar aquellas formas de comportamiento que suponían agredir ese orden. Los indígenas tildados como “salvajes” o “incivilizados” resultaban una

afrenta grave, dado que no solo sus conductas individuales, sino su estructura social, en general, contradecía los parámetros idealizados por las elites. Los principios de tipo religioso respaldaban con gran eficacia tales formas de control. Funcionaban claramente como estrategias de tipo político. Por consiguiente, se entiende la singular relevancia que, en 1887, tuvo la firma del concordato con la Santa Sede católica y, en 1890, la ley por la cual se determinaba cómo debían “ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada”.

A diferencia de lo que ha sido analizado en otros aspectos de la historia política colombiana, el manejo de la llamada “cuestión indígena” mostró la importante coincidencia entre los intereses de los partidos conservador y liberal⁵⁶. Previo al régimen conservador de la Regeneración, los radicales liberales de la segunda mitad del siglo XIX, dispusieron de otras estrategias jurídicas para desarrollar la misma penetración “civilizadora” sobre los pueblos indígenas. Su gran interés en el impulso al desarrollo de obras de infraestructura, especialmente de vías de transporte destinadas a la interconexión mercantil y el reforzamiento de la orientación exportadora de la economía nacional, pueden llegar a ser reseñadas también como dispositivos de penetración material ligados a la actividad legislativa.

Por su parte, otro tipo de normas legales, aquellas que regulaban el régimen de propiedad de la tierra indígena, comprendió uno de los rubros en los que la penetración republicana se manifestó con mayor nitidez. Al tiempo que las elites gobernantes dieron forma a un modelo político —que favorecía la construcción de un esquema de producción orientado hacia las exportaciones— pretendieron incluir a la población indígena en él como productores individuales. Dicho. De esta manera, se impulsó la liquidación de los resguardos como formas de tenencia y producción comunal de la tierra (con orientación a la auto subsistencia). Sin embargo, aunque se consagraron normas que mantenían la vigencia de los resguardos, ese mantenimiento pareció significar la renovación de la aspiración a sedentarizar a los pueblos de menor sujeción al modelo estatal. Era un paso previo a la anhelada incorporación de tipo económica.

Durante el siglo XIX, el andamiaje cultural racista propio del precedente sistema colonial fue adaptado dentro de los parámetros republicanos. En consecuencia, se hizo que las leyes propias del Estado nacional generaran un doble marco de igualdad y diferenciación para los indígenas. No obstante, como se mencionó anteriormente, la igualdad significaba la asimilación dentro del orden occidental. Dicha asimilación no solo era legal, sino que estaba culturalmente justificada

56 Al respecto, Brooke Larson señala que “las elites liberales y conservadoras estaban unidas en un objetivo común: cómo crear, a partir de la diversidad étnica y cultural, una nueva y purificada población blanca sobre la cual se pudiera construir una verdadera nación. El objetivo había sido trazado. El único punto en discusión eran los medios para alcanzarlo”. Larson, Booke, *Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas 1850-1910*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2002, p. 56.

en una serie de valores netamente eurocentrados, dispuestos en el ideal del “progreso”, a su vez sujeto al formato de orden social capitalista.

Adicionalmente, resulta relevante reconocer que las formas de penetración ideológica —que consistieron en la creación de ese marco normativo de homogeneización del sujeto indígena— operaron en función del proceso de formación del orden estatal nacional, en un sentido general. Esto puede entenderse en parangón con la dinámica de formulación de tipos de comportamientos individuales y colectivos que son continuamente estimulados o vedados. Dicha formulación se realiza según los intereses que se van constituyendo en dominantes, y que operan en función de la interiorización y aceptación del modelo de orden estatal. En ese registro, pueden ser interpretados los avances normativos que auspiciaban la construcción de prácticas de producción basadas en la tenencia individual de la tierra, la vinculación de tecnología para la productividad, y la monetización de las economías de los productores rurales, tanto campesinos como indígenas. Se debe agregar que tales avances se valían de una matriz de opinión pública hegemónica que denostaba lo indígena como una afrenta a aquellas ideas de “progreso” y de homogeneidad nacional, en sus acepciones europeizantes. Todos esos aspectos de parametrización de las formas de vida de los distintos sujetos, aunque inicialmente estipulados en la letra de la ley, desembocarían en dispositivos concretos de penetración estatal, articulados entre sí como instrumentos de ciudadanización. De tal suerte, es posible concluir que la matriz que, al parecer, constituye la “identidad nacional” resultó amparada por la legitimidad otorgada por la ley como sustento de una igualdad formal. No obstante, al mismo tiempo, ésta no estuvo ajena a los conflictivos intereses entre grupos sociales, y a las formas de imposición y dominio que unos ejercen sobre otros. En síntesis, el repaso de la legislación indígena promulgada durante el siglo XIX muestra los conflictos, disputas y contradicciones que caracterizaron el proceso de construcción del Estado en Colombia, así como el papel jugado por las normas legales, dentro de estos conflictos, en favor de ciertos intereses y en detrimento de otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias Vanegas, Julio, *Nación y diferencia en el siglo XIX colombiano: orden nacional, racialismo y taxonomías poblacionales*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- Bonilla, Víctor Daniel, *Siervos de Dios y amos de indios. El Estado y la misión capuchina en el Putumayo*, Bogotá, Tercer Mundo, 1968.
- Colmenares, Germán, “La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Número 22, Volumen XXVII, 1990, pp. 3-19.
- Colmenares, Germán. *Las convenciones contra la cultura. Ensayos sobre historiografía hispanoamericana del siglo XIX*, Bogotá, Tercer Mundo, 1997.
- Colombres, Adolfo. *La colonización cultural de la América indígena*, Buenos Aires, Del Sol, 2019.
- Conferencia Episcopal de Colombia, “Concordato celebrado entre la Santa Sede y la República de Colombia”, Publicación digital en la página web de la Conferencia Episcopal de Colombia, Bogotá, https://www.cec.org.co/sites/default/files/WEB_CEC/Documentos/Documentos-Historicos/1973%20Concordato%201887.pdf (28.12.21)
- Friede, Juan, *El indio en lucha por la tierra: historia de los resguardos del macizo central colombiano*, Bogotá, Ediciones Espiral, 1944.
- Gómez G., Augusto, *Indios, colonos y conflictos. Una historia regional de los Llanos Orientales, 1870-1970*, Bogotá, Siglo XXI, 1991.⁵⁷
- González González, Fernán, *Poder y violencia en Colombia*, Bogotá, Odecofi-Cinep, 2014.
- Hénsel Riveros, Franz, *Vicios, virtudes y educación moral en la construcción de la República, 1821-1852*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.
- Jimeno Santoyo, Myriam y Triana Antorveza, Adolfo, *Estado y minorías étnicas en Colombia*, Bogotá, Cuadernos del Jaguar-FUNCOL, 1985.
- Lanao R., José Ramón, “Narraciones históricas sobre Nevada y Motilonés”, *Boletín de Historia y Antigüedades*, Vol. 10, No. 109, 1915, pp. 15-29.

- Larson, Booke, *Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas 1850-1910*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2002.
- Leal Buitrago, Francisco, *Estado y política en Colombia*, Bogotá, Siglo XXI, 1984.
- LeGrand, Catherine, *Colonización y protesta campesina en Colombia (1850-1950)*, Bogotá, Cinep, 2016.
- Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*, Tomo 2, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- Múnera, Alfonso, *El fracaso de la nación. Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*, Bogotá, El Ancora, 1998.
- Ospina Vásquez, Luis, *Industria y protección en Colombia, 1810-1930*, Bogotá, E.S.F., 1955.
- Oszlak, Oscar, *La formación del Estado argentino: orden, progreso y organización nacional*, Buenos Aires, Emecé, 2009.
- Rausch, Jane, “Fronteras en crisis: la desintegración de las misiones en el extremo norte de México y en la Nueva Granada, 1821-1849”, *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Vol. 33 Núm. 41, 1996, [s.n.]
- Triana Antorveza, Adolfo, *Legislación indígena nacional. Leyes, decretos, resoluciones, jurisprudencia y doctrina*, Bogotá, Editorial América Latina, 1980.
- Uribe Uribe, Rafael, “Reducción de salvajes”, en: Eastman, Jorge Mario Eastman (comp.), *Rafael Uribe Uribe: obras selectas*. Tomo I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1979.
- Valencia Villa, Hernando, *Cartas de batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987.
- Villegas, Jorge y Restrepo, Antonio, *Resguardo de indígenas y reducción de salvajes. 1820-1890*, Medellín, Centro de Investigaciones Económicas-Universidad de Antioquia, 1977.

Algoritmos y democracia: impacto, peligro y propuestas regulatorias

Algorithms and democracy: impact, danger and regulatory proposals

*Emily Pedraza Ochoa**

*Pablo Javier Martínez Acevedo***

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2022

Fecha de aprobación: 9 de junio de 2022

RESUMEN

El presente artículo tiene por propósito comprender el impacto de las tecnologías algorítmicas en la democracia. Para ello, en primer lugar, se presentarán los aspectos teóricos con respecto al algoritmo. En segundo lugar, se resaltarán la influencia de los algoritmos de personalización en la sociedad de la información contemporánea, por medio de la problematización de las implicaciones que estos tienen para la democracia. Por último, se expondrá acerca de las diversas propuestas regulatorias sobre el tema.

Palabras clave: Algoritmo, Democracia, Internet, Personalización, Regulación, Sesgo algorítmico, Filtro Burbuja, Ética algorítmica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to understand the impact of algorithmic technologies on democracy. For this, firstly, the theoretical aspects regarding the algorithm will be presented. Secondly, the influence of personalization algorithms in the contemporary information society will be highlighted, through the problematization of their implications for democracy. Finally, the various regulatory proposals on the subject will be presented.

Keywords: Algorithm, Democracy, Internet, Personalization, Regulation, Algorithmic Bias, Bubble Filter, Algorithmic Ethics.

* Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Colombia. Estudiante de pregrado en Derecho. Estudiante líder del grupo de investigación Derecho Constitucional y Derecho Humanos. Integrante líder del semillero de investigación Alan Turing: Impacto Jurídico de los Sistemas de Inteligencia Artificial en la Aplicación de Justicia. Contacto: epedraza@unal.edu.co

** Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Colombia. Estudiante de pregrado en Derecho. Estudiante líder del grupo de investigación Derecho Constitucional y Derecho Humanos. Integrante del semillero de investigación Alan Turing: Impacto Jurídico de los Sistemas de Inteligencia Artificial en la Aplicación de Justicia. Contacto: pmartinezac@unal.edu.co

RÉSUMÉ

L'objectif de cet article est de comprendre l'impact des technologies algorithmiques sur la démocratie. Pour ce faire, d'abord les aspects théoriques liés aux algorithmes seront présentés. Deuxièmement, l'influence des algorithmes de personnalisation sur la société de l'information contemporaine sera mise en évidence

en problématisant leurs implications pour la démocratie. Enfin, les différentes propositions de réglementation dans ce domaine seront présentées.

Mots-clés: Algorithme, Démocratie, Personnalisation, Régulation, Biais algorithmique, Filtre à bulles, Éthique algorithmique.

INTRODUCCIÓN

Desde la edad antigua, época de origen de las primeras civilizaciones y, hasta el día de hoy, la humanidad ha sorteado todo tipo de dificultades, ya sean aquellas relacionadas con las conquistas, guerras, formas de cálculos veloces o incluso sobre la correcta preparación del alimento. En cada actividad hay un factor en común que ha quedado invisibilizado por su desarrollo: el algoritmo. Este es un “conjunto definido de reglas o procesos para la solución de un problema en un número finito de pasos” (Benjamins & Salazar, 2020, p. 270). En el campo matemático, las primeras civilizaciones (babilonios, mayas, griegos, chinos, entre otros) lo aplicaron por primera vez en las matemáticas deductivas, sistemas de numeración, teoremas, pruebas, etc. Es ejemplo de ello el algoritmo de Euclides para identificar el máximo común divisor.

De esta forma, desde tiempos muy remotos, el algoritmo ha acompañado a la humanidad en la solución a la diversidad de los problemas excepcionales y cotidianos. Por la invención, progreso o evolución de los algoritmos se destacan a cuatro grandes personajes: (i) Hipatia de Alejandría, única mujer conocida en la antigüedad cuyo trabajo se enfocó en las ciencias exactas y a la cual se le ha atribuido la autoría de los comentarios sobre el libro de aritmética de Diofanto; (ii) Al Khwarizmi, quién por su famosa obra de álgebra titulada compendio de cálculo por compección y comparación, además de la traducción de su nombre, dio origen al concepto de algoritmo; (iii) Augusta Ada Byron, científica británica visionaria que desarrolló y publicó lo que sería llamado el primer algoritmo informático, un lenguaje de programación no limitado al cálculo; y (iv) Alan Turing, matemático británico considerado el padre de la Inteligencia Artificial (en adelante IA) por la formalización de los conceptos de algoritmo y computación a través de su reconocida máquina de Turing, un modelo hipotético de ordenador con unidad central de proceso que ayudó en la aceleración del final de la Segunda Guerra Mundial.

A partir de esto, con el paso del tiempo, en la época actual los datos se convirtieron en la nueva gran materia prima de la reconfiguración neoliberal del mercado actual, y los algoritmos en su medio de producción. Los grandes conglomerados tecnológicos han usado, de forma intensiva, los algoritmos, concretamente

para sus estrategias de marketing. De esta forma, la personalización mediante algoritmos supuso “una nueva época” (Pariser, 2017) para el mercado, creando publicidad focalizada con base en las preferencias del público objetivo.

Lo anterior, no en balde, puede presentar problemáticas cuando tales algoritmos, que sesgadamente sirven a uno fines mercadotécnicos, son implementados en la distribución del mercado de noticias. La información, y la distribución de esta, tiene implicaciones directas en el ejercicio democrático. En este sentido, Internet, gracias a la abundancia informativa y desmediación que permite, se planteó como una herramienta de gran potencial democratizador donde, sin embargo, los algoritmos de personalización aparentan estar revirtiendo esta tendencia.

De esta manera, el presente escrito se pregunta, en el marco de una sociedad de información contemporánea o sociedad red, ¿cuál es el impacto de las tecnologías algorítmicas en la democracia? Para responder a ello, se plantea que la implementación de las tecnologías algorítmicas en la red distorsiona significativamente el debate público considerando la distribución, segmentación y tipo de información hacia el electorado. Lo anterior sugiere que dichas problemáticas deben ser reguladas jurídicamente. Por consiguiente, en primer lugar, en este artículo de investigación se presentarán todos aquellos aspectos teóricos con respecto al algoritmo, con el fin de comprender la interacción entre tecnología y democracia. En segundo lugar, se resaltará la influencia del internet e impacto de los algoritmos de personalización en la sociedad de la información contemporánea. Para ello, se problematizarán las implicaciones que estos tienen para los valores democráticos. Por último, a raíz de este contexto, se expondrán las diversas propuestas regulatorias que existen sobre el tema y sus conclusiones. De esta forma, la metodología del presente trabajo es de carácter analítico-cualitativa teniendo en cuenta la revisión de fuentes documentales, bibliográficas y doctrinarias sobre el tema propuesto.

EL ALGORITMO

Es importante reconocer que, “antes de que existieran las computadoras, existían los algoritmos. Ahora que hay más computadoras, hay aún más algoritmos. Estos yacen en el corazón de la informática” (Cormen, Thomas., Leiserson, Charles., Rivest, Ronald., y Stein, Clifford, 2009, p. 14). Estos pueden encontrarse detrás de la conducción de un vehículo autónomo, en una plataforma online, en los sistemas de inteligencia artificial, entre otros campos de aplicación. Tradicionalmente son descritos como una “construcción matemática con una estructura de control finita, abstracta y efectiva de acción imperativa para cumplir un propósito dada una serie de criterios” (Hil, 2015, p. 39). Aun así, dicha definición no abarca la generalidad y, por ello, una definición más comprensiva es aquella que los describe

como “códigos software que procesan un conjunto limitado de instrucciones” (Monasterio, 2017, p. 186).

Tipos de Algoritmos y Convergencia Tecnológica

Los algoritmos se clasifican en 2 grandes grupos: básicos y avanzados (estos últimos, objeto de enfoque del presente trabajo). Los básicos son aquellos en los que se programa específicamente, a partir de un conjunto de datos, cada instrucción que deberá seguir el algoritmo para la solución de un determinado problema. Entre ellos se encuentra el algoritmo voraz (*greedy algorithm*), programación dinámica (*dynamic programming algorithm*), divide y vencerás (*divide and conquer algorithm*), fuerza bruta (*brute force algorithm*), etc¹. Los avanzados, en contraste, tienen una programación, con ayuda de otras tecnologías, consistente en un entrenamiento de comparación, análisis y extracción de patrones de una serie de datos, con el fin de tomar la mejor decisión.

Antes de profundizar en los algoritmos avanzados, con el propósito de visualizar el panorama general, es importante traer a colación el concepto de convergencia tecnológica. Este se define como la interconexión de varios elementos en el campo de la tecnología, para dar lugar a la mayor expresión de algoritmo: robots digitales que poseen habilidades efectivamente autónomas para adaptarse y aprender (Coglianese & Lehr, 2017, citado en Becerra, 2018). Entre los elementos que la conforman se encuentra el *big data*, el aprendizaje automático, la IA y la robótica inteligente.

De este modo, conforme a la Unión Europea, en especial al Parlamento, se ha manifestado que el el *big data* o “macrodatos”:

“se refiere a la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos [...] objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tantos datos almacenados [...] con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones”. (Parlamento Europeo, 2017, citado en Becerra, 2018, p.39)

Asimismo, con respecto a lo expresado por la Comisión Europea (2018), el término «inteligencia artificial» (IA) es aplicado a los sistemas que se alimentan de los datos (tales como el *big data*, cuya utilización aumenta su efectividad) y manifiestan un comportamiento inteligente, es decir, aquellos con capacidad de analizar su entorno

1 Para una mayor comprensión, aplicación y funcionamiento de los algoritmos, se recomienda el libro “Introduction to Algorithms”.

y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el objeto de alcanzar objetivos específicos. Finalmente, Santos afirma que un “robot inteligente será aquella máquina física que de manera autónoma a través de programas y sensores inteligentes pueda llegar a tomar decisiones basándose en la lógica e IA” (2017, p. 31).

De acuerdo con lo anterior, los algoritmos avanzados conforman, principalmente, el aprendizaje profundo (*deep learning*) o aprendizaje automático (*machine learning*), pieza clave en el desarrollo de la IA y de los robots inteligentes. Específicamente con respecto a este último tipo de aprendizaje, los algoritmos avanzados tienen la capacidad de identificar patrones, con base en grandes volúmenes de datos, a través de los cuales entrenan, para que el sistema pueda tomar la mejor decisión o comportamiento. Son a su vez clasificados en 3 tipos: (i) aprendizaje automático supervisado, en el que se entrena con base en el resultado esperado; (ii) aprendizaje automático no supervisado, donde a partir de un conjunto de datos, aquel los identifica, clasifica y relaciona automáticamente; y (iii) *reinforcement learning*, por medio del cual se aprende a través de prueba y error.

En resumen, pese a que los datos no generan, por sí solos, el conocimiento en los sistemas inteligentes, su recopilación, análisis y acumulación mediante el *big data*, entre otros, constituyen la fuente de alimentación de la IA. Los datos comportan una base fundamental para el aprendizaje automático o los numerosos tipos de reglas aplicados en la IA. Al usarlos, esta puede resolver problemas y tomar decisiones con autodependencia, autoadaptación, negociación inteligente y supervivencia con intervención humana reducida, lo que en últimas, junto con elementos físicos, generaría la llamada robótica inteligente. Por esta razón, una perspectiva holística sobre el funcionamiento de los algoritmos propicia la comprensión de la convergencia tecnológica a la que estos contribuyen.

¿Objetividad u Oscuridad Algorítmica?

La convergencia tecnológica se acrecienta con la masiva implementación de algoritmos. Tal masificación en su uso responde, no sólo a una mayor eficiencia, sino a una pretensión de transparencia y objetividad que recubre la labor de éstos y los hace “superior” a la labor humana, fuertemente influida por corazonadas, inconsistencias o prejuicios en la elección. Esto, por ejemplo, lo podemos apreciar cuando:

“las funciones algorítmicas permiten, una vez definido en detalle un perfil profesional determinado (titulación, años de experiencia, etc., y unos pesos asociados a cada una de esas características), extraer de los currículums de los candidatos la información relevante y calcular el más preciso ajuste al perfil deseado”. (Mercader, 2019, p. 64)

De hecho, dicho algoritmo es llamado ATS² (*Applicant Tracking System*) y no está limitado a esta etapa del proceso. Es aplicado desde la publicación y difusión de la vacante; búsqueda de información adicional en internet; entrevistas con *chatbots*; e incluso, con programas de evaluación más sofisticados, análisis de patrones faciales y corporales de los aspirantes por medio de las grabaciones de la entrevista³. Por medio de esta habilidad se detectarían características de inteligencia emocional y aptitud social no deducibles de la historia laboral (Bustamante & Páez, 2020).

Ahora bien, con respecto al superior cumplimiento de las competencias humanas, en especial, la referida a la objetividad, debe existir un examen riguroso sobre este, por cuanto lo ideal puede ser diferente a la realidad. Este es el caso del “lado oscuro del algoritmo”. De los numerosos ejemplos que existen de este lado, el artículo presentará algunos polémicos.

En el campo laboral, se encuentra el caso del gigante tecnológico Amazon, que implementó el algoritmo ATS, con el fin de agilizar la contratación de empleados, pero que tiempo después fue retirado dado que discriminaba los currículums de las mujeres frente a los hombres. Situación similar ocurrió en la compañía HireVue, que mediante análisis facial deducía información del aspirante. Sin embargo, su exclusión era respecto a personas con depresión, algún grado de autismo, timidez extrema, etc. (Bustamante & Páez, 2020).

En el ámbito penal, se destaca el caso *State vs. Loomis* (Martínez, 2018) y *Brisha Borden*, personas de raza negra u afroamericanas que fueron enviadas por un mayor tiempo a la cárcel, por culpa de un algoritmo sesgado que predijo que tenían un “alto riesgo de reincidencia en la comisión de delitos”. No obstante, nunca repitieron el crimen; en comparación con personas de raza blanca que tuvieron un menor tiempo y mayor reincidencia, pese a que su predicción por dicho algoritmo fue baja (Monasterio, 2017).

Por último, a nivel estatal, China, a través de su sistema de crédito social, encontró la forma de “marcar, etiquetar, clasificar etc., a los ciudadanos sobre la base de información personal disponible on-line” (Monasterio, 2017, pg. 204). A partir de dicha información se determinó su “buen o mal comportamiento” y de allí su acceso o no a universidades, trabajos públicos o prestación de servicios sociales. Todo ello de acuerdo con el criterio del Gobierno que ha demostrado ser discriminatorio y opresor con las minorías étnicas (Richard & Salazar, 2020).

2 Como expone Bustamante & Páez “los ATS son utilizados por los departamentos de recursos humanos de las grandes compañías para procesar un gran número de solicitudes de trabajo. En 2018, el 98% de las compañías en el ranking Fortune 500 utilizaban algún tipo de ATS” (2020, p. 2).

3 Tal es el caso del programa utilizado por la compañía HireVue: www.hirevue.com

Dado lo anterior, se puede constatar que la objetividad, confianza y rendimiento del algoritmo se esfumaron, por cuanto, quién lo programó (i) pudo reproducir a propósito la discriminación (lo que constituiría una discriminación directa), (ii) no se dio cuenta porque solo transmitió sus prejuicios o (iii) los datos recolectados, analizados y tratados estaban incompletos, parciales, desactualizados, incorrectos, etc (en estos dos últimos casos la discriminación sería indirecta) (Cotino, 2019).

De esta manera, por un lado, una tipología con respecto a los sesgos de origen se realizaría de acuerdo al proceso de recolección de datos, entre los cuales afectan su representatividad; su precisión del entorno contextual; utilización de variables proxy (variables con una alta correlación de datos sensibles, tales como género, raza o convicción religiosa); exclusión de características con base en la creencia de que son irrelevantes, cuando no lo son; a través del medios de extracción de los mismos; y los sesgos humanos que influyen en la creación del algoritmo (Richard & Salazar, 2020). Por otro lado, la clasificación de sesgos, de conformidad a las consecuencias del algoritmo, estaría compuesta por la discriminación social, económica, de género, acceso a la información o privación de la libertad, etc. (Monasterio, 2017). A pesar de todo, es menester resaltar que la generación de discriminación por parte de los algoritmos no constituye intrínsecamente su responsabilidad. Solamente reproducen las segregaciones históricas de la sociedad hacia dichos grupos, a través de quién los programa o los datos obtenidos. En todo caso, cabe descartar la creencia de la discriminación por parte de todos los algoritmos.

Un Algoritmo Problemático

En este punto, la pregunta que persiste es: ¿por qué dichas discriminaciones no han sido eliminadas? En primer lugar, para comprender aún la reiteración de estas se debe tener en cuenta el estado actual de la sociedad. Es decir, la revolución algorítmica que se vive como producto del desarrollo de la IA. En otras palabras, debe considerarse la reconfiguración del neoliberalismo hacia medios de producción inmateriales tales como los algoritmos, cuya materia prima son los datos (Han, 2014, p.16). La sociedad actual es una nueva sociedad algorítmica dependiente, que está perdiendo la capacidad de anticipar los comportamientos inesperados, funcionamientos o brechas en la seguridad de tales algoritmos, gracias al aumento de la complejidad e incompreensión de estos por parte de físicos, matemáticos y los propios ingenieros que los programaron (situación de desconocimiento del algoritmo descrita a través del término “cajas negras”). El impacto se observa, por ejemplo, en la cantidad de líneas de programación necesitadas en 1969 para enviar al ser humano a la luna – 145.000 – y aquellas requeridas en 2015 para la gobernanza de Google – 2 billones – (Monasterio, 2017).

En segundo lugar, los cinco obstáculos en la investigación sobre la eliminación de la discriminación algorítmica que han evitado la desaparición de esta son: (i) el acceso restringido a la estructura del algoritmo y a sus datos de entrenamiento por constituir secreto industrial; (ii) una incomprensión completa o parcial en cuanto a la explicación del resultado discriminatorio por la utilización de algoritmos de aprendizaje automático (cajas negras); (iii) utilización de etiquetas proxy, al ser los datos utilizados aparentemente “neutros”, aunque funcionalmente discriminatorios; (iv) en algunos países, impedimentos legales por el seguimiento de estas investigaciones; (v) y problemas sobre evaluación teórica del algoritmo de acuerdo a una justicia individual o grupal. Es decir, en el primer tipo de justicia, un algoritmo puede tener el objetivo de distribuir similarmente a aquellos individuos que poseen las mismas características en los aspectos evaluados; en el segundo tipo, puede programarse un tratamiento igualitario para los diferentes grupos demográficos. Sin embargo, la dificultad reside en que, en algunos casos, es imposible que ambos tipos de justicia se apliquen simultáneamente. Lo anterior implica un examen positivo o negativo del algoritmo en términos del tipo de justicia y equidad. Dicha dificultad se comprende al entender que la justicia algorítmica no es sumativa (Bustamante & Páez, 2020).

Una vez descritos los algoritmos, su historia, clasificación y dificultades, realizaremos el análisis de las implicaciones que estos tienen en la sociedad de la información contemporánea. A continuación, se presentarán los impactos que tiene la inclusión de algoritmos de personalización en la comunicación y como esto desemboca en riesgos para los derechos. Para ello, empezaremos por analizar la relación entre comunicación y democracia.

Comunicación y Democracia

Autores como Norberto Bobbio (1986) han observado el nexo entre democracia y comunicación. El jurista caracterizó el deber de transparencia del poder y del ciudadano educado como promesas incumplidas del Estado democrático contemporáneo. Por un lado, con respecto a la transparencia del poder, el autor destaca la necesidad de un ejercicio “del poder público en público”. Lo anterior debe entenderse como dejar atrás el “poder invisible” en tanto que sólo la publicidad de las acciones garantiza su legitimidad, y en términos de Kant, la justicia de éstas (Bobbio, 1986). Por otro lado, en cuanto al deber del Estado democrático de construir una ciudadanía educada, tal se entiende como la garantía positiva de ejercer libremente los derechos políticos de participación y representación (Bobbio, 1986). Entonces, tanto la transparencia del poder como la necesidad de una ciudadanía informada comportan formas de comunicación que, para Bobbio, son garantía de la democracia.

En consecuencia, el derecho a la información se convierte en un elemento fundamental para el ejercicio de la democracia y la toma de decisiones en materia política. En tal sentido Albistur (2017, p. 218) define la comunicación en la construcción democrática como una lucha en contra de las formas de restricción de información y en favor del acceso libre a ésta. De esta forma, el autor entiende que cualquier control arbitrario de la información implica acciones que “reúnen las notas dominantes de una práctica que se ha vinculado [...] siempre con la pérdida de la democracia.” (Albistur, 2017, p. 223). Gracias a lo anterior es que, en marcos democráticos, se da una valoración negativa de la censura y la propaganda, como acción comunicativa unilateral, manipulada y cargada de intencionalidad.

En este punto cabe preguntarnos por el papel de las nuevas tecnologías en la comunicación, y su impacto en la democracia, donde de tal debate surgen dudas sobre el potencial democratizador del internet. En dicha discusión tenemos tesis como la de Waisbord (2015), quien calificó el reconocimiento del potencial democratizador del internet como apresurado y sin evidencia clara. Se refirió a este “tecnó-optimismo” como un entusiasmo simplista que confunde “causas con catalizadores” y que no necesariamente llevaba a transformaciones sociales o políticas. Además, hizo un llamado a resignificar el papel del internet en la movilización social y a reformular la comprensión de los vínculos entre comunicación, medios y cambio social.

Como contraparte, otros autores han caracterizado al internet como un elemento revitalizador de la democracia bajo el concepto de “democracia monitorizada” (Casero y López, 2014). Esto es, una forma de empoderamiento de la ciudadanía que facilita la fiscalización de los centros de poder político y económico mediante las herramientas del entorno digital. En efecto, herramientas digitales como MySociety, Sunlight Foundation, Ciudadano Inteligente, Fundación Civio o ColombiaCheck facilitan una monitorización del poder, en cumplimiento de la promesa del Estado democrático descrita por Bobbio (1986) del “poder público en público”, extendiendo a la ciudadanía la función de vigilancia, o “*watchdog*”, tradicionalmente atribuida a los medios de comunicación (Casero y López, 2014, p. 112).

Extender la facultad de vigilancia al poder hacia la ciudadanía es un proceso que se da gracias a la desintermediación que la red permite. Innerarity y Colomina describen el ciberespacio como un lugar “horizontal y descentralizado, que rompe con el privilegio de la publicación y amplía el perímetro del debate político y de la conectividad social” (2020, p. 12). Las redes se convierten en elemento cohesionador social y en un catalizador del proceso de desintermediación, de contacto directo entre fuentes y receptores, que desarticula los monopolios de control informativo poseídos por los medios tradicionales de comunicación. Por tanto, internet cambia la forma de ejercer el derecho a la información, pues

la titularidad (y capacidad) del derecho a informar queda en manos de todos, donde la información no es cerrada sino reelaborada, discutida o complementada por otros usuarios.

Otra muestra de internet como herramienta comunicacional con potencial democratizador podemos verla en su utilización durante procesos de cambio social y, en algunos casos, la consecuente censura que tal medio sufrió. La investigación de Philip, Sheetal y Muzammil (2011) da luces sobre cómo la interrupción de la conectividad a internet es una práctica recurrente en regímenes autoritarios y, en especial, en democracias cuyos motivos, según las categorías de la investigación, son en su mayoría por “seguridad nacional”, “proteger líderes políticos e instituciones estatales”, “eliminar propaganda” e incluso “crisis electoral”. Así, los autores entienden internet como una herramienta logística que permite a la democracia “ampliar sus redes y organizar una acción política” que se ve materializada en las calles (Philip *et al.*, 2011, p. 217).

Como conclusión preliminar, no se puede caer en el esencialismo de asumir que internet es intrínsecamente un medio democratizador o directamente descartar tal carácter, al igual que pretenden hacerlo las tendencias tecnófilas y tecnófobas, respectivamente. En su lugar, cabe aceptar la tesis de internet como elemento de potencial cohesionador del tejido social y que tiene un impacto en el cumplimiento y conformación del Estado democrático de derecho. Una vez admitido tal potencial, es necesario analizar uno de los elementos del medio digital que más pueden llegar a perjudicarlo. Éstos son: los algoritmos.

Algoritmos y Democracia en Redes

La virtud desmediatizadora de internet posee una gran problemática: la sobrea-bundancia informativa. Si bien tal virtud permite una profusión infinita de relatos por parte de un sinnúmero de fuentes, esto genera a su vez una cantidad inmensa de información que desborda toda posibilidad de reflexión sobre ésta. De esta manera, vemos como en internet conviven la realidad comunicacional de una ciudadanía informada, de diversificación de opiniones y debate reflexivo, junto a las realidades de la descontextualización, la posverdad y de nichos ideológicos herméticos (Cebrián, 2016). Si el siglo pasado era un siglo de poca información y carente de herramientas para difundirla, el siglo presente es una época de abundante información, pero carente de herramientas para comprenderla y filtrarla. La sociedad contemporánea padece una “infoxicación”.

La infoxicación y la incapacidad de filtrar la información lleva a una profusión inmensa de relatos de los cuales no se sabe su veracidad. Esto facilita la construcción de realidades manipuladas y su consecuente difusión. Al respecto se

ha usado el término “posverdad”, entendido como verdades contradictorias no fundamentadas en hechos, sino en emociones, donde existe una “imposibilidad de alcanzar verdad alguna dada la falta de criterios de corroboración” (Lomelí, 2019, p. 384). Entonces, la sobrecarga informativa lleva a la sociedad contemporánea a una “crisis de la verdad”.

Así como se da un cambio en las formas comunicativas, también se da un cambio en las formas de “verdad” y de cómo construirla, así, la construcción de la posverdad se da gracias al carácter masivo e inmediato (en cuanto a producir y consumir información) de las redes, es decir, a partir de realidades inconexas, fragmentadas y limitadas que son relatadas por una cantidad inmensa de fuentes, lo cual inevitablemente lleva a una duda sobre su veracidad e, incluso, a la normalización de estas narrativas (Lomelí, 2019, p.351). Partiendo de esto, se entienden fenómenos como la masiva extensión de noticias falsas que exponen Vosoughi, Roy y Aral (2018). Los autores concluyen que las noticias falsas se extienden más rápido, más lejos, más profundo y más ampliamente que la verdad. Concretamente, la información falsa posee un 70% más de probabilidades de ser retuiteadas que la información verídica.

No obstante, la “infoxicación” y la “crisis de la verdad” responden a la introducción de algoritmos de personalización en el mercado de información como punto de inflexión, cuyo caso paradigmático lo encontramos en lo sucedido con la empresa Cambridge Analytica. En 2016, se descubrió que esta compañía de análisis de datos que previamente había trabajado en la campaña ganadora del Brexit, robó los datos personales de 50 millones de usuarios de Facebook para influir en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos en favor del candidato republicano Donald Trump (Benjamins & Salazar, 2020). Tal influencia la realizaban por medio de un software de predicción que permitiese, gracias a los datos personales recolectados, crear modelos psicográficos (la captura de algún estado psicológico que implican una inclinación por el producto en cuestión) (García, 2018). La finalidad de lo anterior consistía en enviar, mediante algoritmos, anuncios políticos personalizados al electorado indeciso y orientar su decisión en las urnas. Cambridge Analytica, como suceso, resulta paradigmático en la medida en que refleja que la información en red, lejos de ser transparente, se encuentra filtrada por una serie de algoritmos que refuerzan intereses privados, corporativos y políticos en favor de agendas particulares sin participación del ciudadano (Monasterio, 2017). Si bien la aplicación de algoritmos de personalización puede rastrearse hasta 2009 (Horling & Kulick, 2009), sólo hasta Cambridge Analytica se percibió la capacidad de éstos para distorsionar el debate público y socavar la democracia.

El neoliberalismo, como mutación del capitalismo hacia formas de producción inmateriales, convierte el denominado “mercado de información” en un verdadero mercado y, como tal, distribuye la información bajo una lógica mercantil.

Estos algoritmos, en tanto diseñados por los conglomerados tecnológicos, no escapan a este sesgo tecno-neoliberal. De esta manera, los algoritmos de personalización capturan los contenidos a los que el individuo accede y ejercen sobre él una forma de control “psicopolítico”. Según la tesis del filósofo Byung Chul Han, el big data, herramienta que permite realizar pronósticos sobre el comportamiento humano gracias a algoritmos, “permite intervenir en la psique y condicionarla a un nivel prerreflexivo” (2014, p.25). En efecto, los algoritmos de personalización se convierten en eje de una nueva forma de control que se presenta como “seductora”. Ésta es: el “poder inteligente”. El poder inteligente se configura en una técnica propia del cambio neoliberal, que resulta más eficiente que el poder disciplinario en el sentido en que no coerce, sino que explota una idea distorsionada de “libertad”. Entonces, escenarios de censura de la conectividad a la red como los expuestos por Philip *et al* (2011) no resultan eficientes para el control en comparación con el poder inteligente. Éste no censura, sino que “exige compartir, participar, comunicar nuestras opiniones, necesidades, deseos y preferencias” (Han, 2014, p. 29), mientras que, de fondo, direcciona las decisiones en favor de algún producto o, más allá, de algún espectro político. De esta forma se da un paso de la censura a un modelo igual de antidemocrático, pero más eficiente, como lo es el poder inteligente.

La línea que Han propone permitirá seguir analizando el fenómeno desde la crisis de la verdad y el surgimiento de una posverdad potenciada por algoritmos. Bajo esta lógica mercantil, el ciudadano resulta convertido en consumidor. En consecuencia, el debate democrático muta en un espacio mercadotécnico donde los políticos buscan satisfacer las necesidades de sus electores (consumidores) y funda una “democracia de espectadores” (Han, 2014, p. 24). Por tanto, concluyen que la mejor estrategia mercadotécnica (o, más específicamente, de neuromarketing) es apelar a la emoción. Gracias a esto el debate y la acción política responden a reacciones y afectos inmediatos, que construyen sus propias formas de “verdad”. Esta verdad se fundamenta en emociones y descarta el aspecto fáctico, en otras palabras, una posverdad. Conforme a lo propuesto por Lomelí (2019, p. 352), las verdades políticas poseen un componente emocional que se ven estimuladas por los relatos limitados, fragmentados y, por tanto, ambiguos de la red. Dado que éstas son seductoras, son difundidas en masa por los algoritmos de personalización. Por ello, puede inferirse que los algoritmos tienen gran responsabilidad en la difusión de noticias falsas que autores como Vosoughi *et al* (2018) describen. Un ejemplo de esto fue la masiva promoción de contenido antivacunas en medio de la crisis por Covid-19 por parte del algoritmo de YouTube (Sued, 2020). De esta manera, la posverdad, potenciada por algoritmos, alimenta un capitalismo de la emoción, en desmedro del debate público racional y la opinión libre de los ciudadanos.

Lo anterior desemboca en la construcción de realidades individuales y el surgimiento de nichos ideológicos herméticos en la red. Eli Pariser identifica esta

problemática al acuñar el término “burbuja de filtros”, definido como la forma en que los algoritmos de personalización:

[N]os adoctrinan con nuestras propias ideas, amplificando nuestro deseo por cosas que nos son familiares y manteniéndonos ignorantes con respecto a los peligros que nos acechan en el territorio oscuro de lo desconocido [...] puede impedir que entremos en contacto con experiencias alucinantes y aniquiladoras de prejuicios, así como con ideas que cambien nuestra forma de pensar con respecto al mundo y a nosotros mismos (2017, p.15).

En consecuencia, el *filtro burbuja* crea realidades personalizadas autorreferenciales que refuerzan las posiciones particulares e impide el encuentro con la diversidad. A esto se le adiciona la tendencia de los algoritmos que, gracias a sus sesgos de diseño, hacen énfasis en eventos fragmentados y posturas radicales (Lomelí, 2019, p.352). Como proponen Corredoira y Cotino (2013), se refuerzan las posiciones particulares, sin apertura ni compromiso con lo diferente que, sumado a la emocionalidad antepuesta a la racionalidad de las interacciones, confluye en la colonización del debate público por parte de los algoritmos y en la extrema polarización de los ciudadanos. Dicha polarización es llevada del ciberespacio al mundo real.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la sobreabundancia informativa no necesariamente genera una vigilancia democrática (Lomelí, 2019, p.353) y que el potencial democratizador del ciberespacio se ve truncado por la presencia de algoritmos de personalización que imponen una libertad condicionada al ciudadano. Adicionalmente, los algoritmos de personalización son usados para orientar las decisiones políticas de la ciudadanía, viciar el derecho al voto “libre” concretamente. Su uso genera una serie de *burbujas de filtro* que promueven la polarización en el debate público. En resumen, los algoritmos de personalización fomentan prácticas antidemocráticas desde la red.

Una Respuesta Ética y Legal

Este es el momento para cuestionarse y encontrar soluciones éticas, tecnológicas y legales ante la oscura y problemática realidad algorítmica planteada. Lo anterior debe realizarse a pesar de que existen dificultades de identificación de responsabilidad por todos los daños ocasionados y reiterados en los apartados anteriores; y la corrección o modificación de los algoritmos es compleja. Además, estos son socialmente invisibles y ubicuos, y tienen implicaciones en los regímenes democráticos. En este sentido, los siguientes temas se presentarán de acuerdo con las propuestas institucionales y doctrinales expuestas mundialmente para la regulación frente a las afectaciones de dicha realidad algorítmica a los derechos.

Ética Algorítmica

Previo a la exposición de los marcos regulatorios y enfoques formulados hoy en día, el eje principal a considerar es la nueva dimensión ética demandada: una nueva ética digital. Tal se relaciona intrínsecamente con la dignidad, la libertad individual y el funcionamiento de la democracia en el entorno tecnológico actual (Muracciole, 2018, en Cobo et al, 2018). De acuerdo con el artículo de Floridi y Taddeo (2016), ésta es clasificada por los retos que se presentan con respecto a la ciencia de los datos en 4 grandes áreas: (i) ética de datos, relacionado con todo el proceso de su tratamiento; (ii) ética algorítmica, cuya función es analizar la interpretación de los datos generada por la IA, los robots, etc.; (iii) ética de las prácticas, encargada de desarrollar códigos sobre el buen comportamiento de los profesionales en dicho campo; (iv) y la ética robótica, dirigida a programar, diseñar software y algoritmos morales en la construcción de máquinas autónomas, con el fin de establecer un marco ético genuino, sin ninguno efecto colateral, entre las personas y la tecnología. La aplicación en el último tipo de ética, pese a que aún quedan varios retos, consiste en la implementación del “enfoque de arriba-abajo”. Por medio de este el programador impone el tipo de ética o moral en el agente artificial y, por tanto, el comportamiento deseado. Otro sería el “enfoque de abajo-arriba”, caracterizado por no determinar un cierto tipo de reglas a seguir por el agente y dejar la opción de aprendizaje e interacción con el entorno y otros agentes morales artificiales (citado en Monasterio, 2017).

Conforme a lo dicho, cabe recordar la importancia de las culturas, costumbres históricas, el desarrollo de derechos humanos, entre otros aspectos contextuales en el que se ejecuta el algoritmo. Estos serán determinantes para el concepto de ética aplicable y su aceptación social. Pese a las grandes diferencias que giran alrededor de estos términos, se debe continuar con las exigencias del desarrollo y uso de una IA ética y, en especial, en concordancia, con las normas del derecho internacional (Richard & Salazar, 2020).

Posibles Marcos Regulatorios

En palabras de Sousa Santos (1998, p. 56), la globalización es un “proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales”. Entre los impactos del proceso, además de las relaciones del poder del momento, se encuentra la capacidad de comprensión espaciotemporal. Es decir, aceleración y extensión de los acontecimientos alrededor del mundo. En este sentido, tal y como menciona Jesús Cruz (2017), la globalización constituye el caldo de cultivo perfecto en el despliegue de toda la potencialidad de las tecnologías de la información y la comunicación por cuanto, entre otros efectos,

se genera lo que se ha denominado la “hiperconectividad”, aquella en la que, pese a la ya rapidez en la transmisión de la información, se retroalimenta de nuevo la inmediatez con la que se extiende el cambio tecnológico.

Gracias a este proceso, entre otros factores, actualmente el mundo presencia una nueva revolución tecnológica, un nuevo paradigma de la información que, como ya se vio, tiene implicaciones en el debate ciudadano. Esta revolución es diferente a cualquier otra en el pasado por las nuevas particularidades que la rodean. Entre ellas encontramos, no solo el uso de la información en la creación de tecnologías (tal y como sucedió en las anteriores revoluciones), sino la utilización de las nuevas tecnologías sobre la información, materia prima en la era digital. De igual forma, otras importantes características de dicha revolución se encuentran en: (i) la capacidad de penetración de estas en cada proceso individual y colectivo; (ii) la lógica de interconexión entre el sistema; (iii) la flexibilidad de las mismas, es decir, la capacidad de reconfiguración de las organizaciones e instituciones sin la destrucción de sus bases, por cuanto tienen la facilidad de reprogramarse y re equipararse (aspecto decisivo en una sociedad distinguida por su cambio constante y fluidez organizativa); y (iv) especialmente la creciente convergencia tecnológica en un sistema altamente integrado, mediante la cual las trayectorias tecnológicas antiguamente divididas, se vuelven prácticamente indistinguibles (Castells, 2000).

De este modo, internet cambió la forma en que se ejerce el derecho a la información (Cebrián, 2016). Sin embargo, los algoritmos le dieron un sentido completamente diferente a este cambio. La personalización, al alterar el proceso de libre difusión de la información y usar deliberadamente los datos personales, reduce el mercado de ideas. Monasterio (2017) advierte que es una cuestión de quién gobierna y distribuye la información, problemática esencial para las libertades individuales y la democracia. Por consiguiente, se genera una brecha digital entre quienes producen los datos y quienes los analizan, articulando una nueva jerarquía por parte de los conglomerados tecnológicos que poseen el monopolio de estos (Cotino, 2019). Entonces, la afectación con implicaciones jurídicas tiene una doble dimensión, general y particular. En lo general, afecta la democracia como valor fundamental del Estado y principio constitucional; en lo particular, la libertad de decisión del individuo.

Ahora bien, acorde con todos los factores implicados, ¿cuáles son el tipo de regulaciones propuestas? Antes de exponerlas, es necesario mencionar que existe consenso sobre la regulación de las tecnologías, pero el verdadero problema surge en todas las variables a considerar para tal fin. Algunas de ellas giran en torno sobre quién o quiénes estarán encargados de la regulación; el alcance normativo de la misma, es decir, nacional, regional, supranacional o internacional; qué tipo de regulación exactamente, ¿autorregulación, hete-

rorregulación, autorregulación impuesta o promovida?; a través de cuáles normas, ¿normas públicas, privadas, estándares industriales, códigos o cuáles?; asimismo ¿qué sectores participaran en la elaboración e implementación de estas?, ¿para qué ámbitos?, ¿por cuánto tiempo?, ¿cuáles serán los temas?, ¿qué mecanismos de evaluación normativa deberían aplicarse? etc (Cotino, 2019, p.18). Lo anterior debe considerar sin perder de vista que, la regulación no debe impedir el desarrollo de la tecnología, sino por el contrario, fortalecerla desde una perspectiva de derechos humanos.

En atención a lo anterior, un marco regulatorio efectivo debe romper tal brecha digital y acercar la ciudadanía a sus datos y al tratamiento algorítmico que se les da. Para este fin son necesarias políticas de transparencia algorítmica, creación de estándares técnicos, códigos de ética, etc. Es decir, formas de lograr que la personalización no caiga en dinámicas de control social, como las vistas con Cambridge Analytica, con el fin de impedirle el acceso a datos sensibles que le permitan hacer tales perfilamientos. De este modo, deben desarrollarse políticas internas para convertir los datos en anónimos, es decir, desvincular los datos obtenidos de sus respectivos titulares. A su vez, se deben impulsar herramientas de trazabilidad que garanticen un derecho de acceso amplificado como las implementadas por Facebook (actualmente Meta) (Rubal, 2018). Con ellas, los usuarios pueden acceder a los datos que se recopilan y tratan sobre ellos: “Facebook registra cada movimiento de cada usuario [...] Si quieres descubrir qué sabe Facebook sobre ti y qué contiene tu archivo puedes acceder a él siguiendo estos pasos”⁴.

Por otra parte, las tecnologías son “auténticas aceleradoras de la vida, sociedad y modernidad líquida, en la que lo único estable es el cambio continuo y, por tanto, se debe quedar dispuesto y flexible al mismo, preparados para cambiar la sintonía y la mente en cualquier momento” (Cotino, 2019, p. 21). En consecuencia, el derecho debe responder a estos vertiginosos cambios que la tecnología produce en la sociedad de la información y, concretamente, en la democracia. Lo anterior debe realizarse de modo tal que, “en un mundo donde todo es provisional, pasajero y maleable, la norma jurídica también ha de contener respuestas contextuales y adaptativas” (García R., 2016). Frente a lo cual, pese a su justificada crítica, aun así, García Rubio (2016) expone que el derecho se dirige hacia la configuración de una nueva naturaleza de este: líquido, fluido y amorfo. Se adapta a las circunstancias y no es freno ni garantía de nada. Es solo un vehículo de intereses contingentes que fluyen de forma constante, mutan y se adaptan de manera imprevisible. Para lo anterior debe considerarse que el derecho es un plato que se sirve mejor frío, pero en el cual las tecnologías no están dejando enfriar los problemas sociales y democráticos que deben ser regulados con tal rapidez.

4 Ver más al respecto: <https://www.facebook.com/help/1700142396915814>

En este aspecto, ante la tardía respuesta del derecho con respecto a la evolución diaria de los problemas tecnológicos, juristas como Ranchordas, Zetzsche, Ponce, entre otros, han subrayado el nuevo tipo de regulación requerida, una “regulación biodegradable” o “biodegradable rules”. Aquella se encuentra en las “sunset clauses”, “regulatory sandboxes”, “smart regulation”, etc. A través de estas disposiciones, principalmente, se “experimenta, prueba o testea regulaciones por cortos espacios de tiempo y/o a pequeña escala en ámbitos o sectores reducidos”. De esta forma, se recolecta toda la información necesaria mediante prueba y error para el tipo de respuesta regulatoria adecuada (Cotino, 2019).

Adicionalmente, Petit (2017) propone que de acuerdo con los riesgos o, como él las llama, “externalidades” que implique la IA y la robótica, se deberá dar diferentes respuestas jurídicas. De este modo, diferencia 3 niveles de externalidades: (i) discretas, como aquellas que no logran tener tal alcance de afectar a la sociedad, por lo que pueden ser resueltas mediante la normativa y aplicación judicial actual; (ii) sistemáticas, que sí logran un perjuicio para la misma y, por tanto, exige una planificación, evaluación, regulación previa y experimentación (algunos temas relacionados con esta son los problemas de caja negra, transparencia, privacidad, etc.); (iii) y existenciales, las cuales implican la sobrevivencia o no de la propia humanidad. Es en esa medida, una respuesta internacional, donde el rol de las organizaciones internacionales cobra relevancia para una postura sobre la misma (citado en Cotino, 2019, p. 18).

Es así como, conforme a la externalidad, este autor señala el enfoque y tipo de respuesta jurídico. Dentro de estos enfoques tenemos: (i) el legalista, en el que el derecho se proyecta sobre el campo de la IA y la robótica, en temas como responsabilidad, privacidad, ciberseguridad, etc.; (ii) el tecnológico, donde a partir de cierto ámbito de este carácter se analiza jurídicamente, por ejemplo, en el campo de los carros autónomos, robots sociales, empleo, seguridad, entre otros; y (iii) el enfoque, de acuerdo a las famosas leyes robóticas de Isaac Asimov, por medio de las cuales se incorpora la norma directamente a la tecnología. Es decir, mediante la ejecución de una acción se está predeterminado el cumplimiento de la misma (Petit, 2017, citado en Cotino, 2019, p. 19). Cabe agregar que, en cada propuesta es importante destacar el intercambio interdisciplinario que se debe generar. Lo anterior se realiza con el fin de obtener la mejor comprensión sobre el objeto regulado, por cuanto la división entre ramas de conocimiento solo traerá consigo un enfoque particular y no holístico en relación con la irrupción de las tecnologías a nivel general. En la línea de lo propuesto por Petit, Sánchez (2016) propone la aplicación de instrumentos propios del derecho. Esto en la clasificación mencionada se encontraría en el enfoque legalista. Tal es el caso del principio de precaución y responsabilidad, en especial, en relación con la incerteza sobre la ciencia y tecnología en los próximos años (citado en Cotino, 2019).

Finalmente, como bien propone Han, “el Big Data anuncia el fin de la persona y de la voluntad libre” (2014, p. 26). En consecuencia, la anulación de la autonomía del individuo llama a replantearse los derechos que permiten su garantía, esto es, su actualización. De esta manera, se considera extrapolable, por analogía, la doctrina de los *neuroderechos* para la garantía de los derechos frente a los algoritmos. Esta propuesta surge como respuesta a los avances de la neurociencia, la cual pretende proteger el ámbito de lo mental, garantizando una serie de derechos como la identidad, el libre albedrío y autonomía de la voluntad que pueden verse vulnerados por tales neurotecnologías (López & Madrid, 2021). Por todo lo anterior, el marco de protección que éstos ofrecen puede extenderse al caso de los algoritmos de personalización en tanto ellos permiten “hackear” las decisiones de la ciudadanía mediante modelos psicográficos. A partir de esta doctrina, con las respectivas salvedades, y ante el riesgo evidenciado que suponen la personalización para las libertades individuales y la democracia, tales *neuroderechos* pueden ser implementados como garantía de protección de dichos elementos.

CONSIDERACIONES FINALES

En suma, los algoritmos han estado presentes en nuestra cotidianidad, acompañándonos invisible y peligrosamente en las últimas décadas con aplicaciones que automatizan la vida. Sin embargo, al mismo tiempo, las interacciones sociales son alejadas de la diferencia y redireccionadas hacia el nuevo espacio neoliberal, con un bajo grado de intervención legal, que es insuficiente ante esta dimensión de evolución constante.

En consecuencia, se planteó un enfoque ético y regulatorio interdisciplinar, en la contribución por un mundo transparente y justo frente a las problemáticas de las cajas negras de la IA. De igual forma, se recordó el verdadero origen del “lado oscuro del algoritmo”, que solo reproduce las discriminaciones históricas y por el cual no se le puede responsabilizar. No obstante, su utilización desde una perspectiva de respeto por los derechos humanos y los valores democráticos puede lograr maximizar su desarrollo en la sociedad.

Desde lo general, se vio la forma en que los algoritmos menoscaban el potencial democratizador de la red. De hecho, fomentan prácticas antidemocráticas en la misma, por ejemplo: la polarización. Dado que afecta la participación del ciudadano en el proceso democrático, influye no sólo en las decisiones, y en la legitimidad de estas, sino también en la construcción de una sociedad libre y justa que pueda lograr la paz. Por tanto, la regulación debe hallar las formas en que las redes se conviertan en un verdadero espacio de debate público abierto,

informado y antagónico. En resumen, el ciberespacio debe ser un catalizador de la cohesión social.

Lo anterior llama a construir, desde lo jurídico, herramientas para comprender la enorme avalancha informativa y fomentar el debate en redes. De acuerdo con lo manifestado por Lippman (2003) “no puede haber libertad en una comunidad si carece de la información [que permita] poder detectar falsedades” (citado en Casero & López, 2014, p. 109). En esta lógica, la lucha contra las prácticas antidemocráticas propiciadas por la personalización algorítmica (posverdad, filter bubble, control psicopolítico) solo puede darse en un contexto donde se ejercite el derecho a la información veraz y pluralista, en especial, mediante una regulación garantista que reduzca las asimetrías generadas por la tecnología.

Desde lo particular, se resaltaron las implicaciones de los algoritmos en la autonomía, libertad y opinión del individuo. Gracias a ellos hubo un cambio en el ejercicio y goce de los derechos. En perspectiva jurídica, esto requiere una actualización de los derechos y un replanteamiento de la persona como centro de protección en el diseño de las nuevas tecnologías algorítmicas.

Finalmente, se está ante un contexto de democracia algorítmica que ha personalizado las realidades y ha sometido a todos a un filtro burbuja donde ejerce un control gracias al poder inteligente del sesgo neoliberal. Con ello, ha llegado una gran radicalización del debate público, en desmedro de la democracia. El derecho no puede dar espera a una regulación que resuelva tales problemáticas, como así lo ha hecho con las múltiples propuestas que podrían responder de manera efectiva a las externalidades expuestas a lo largo del texto. Tal es el caso de la ética algorítmica, regulación biodegradable, principios de precaución, responsabilidad, entre otros. En definitiva, es una cuestión de programar o de ser programados.

REFERENCIAS

- Albistur, Gerardo. (2017) *Comunicación, propaganda y democracia en tiempos de la proliferación de información*. Argumentos, 30(85),217-232. ISSN: 0187-5795. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59555067002>
- Becerra, Jairo., Cotino Hueso, Lorenzo., León, Ivonne Patricia., Sánchez Acevedo, Marco Emilio., Torres Ávila, Jheison., & Velandia Vega, John. (2018). *Marco Teórico y Aproximación Jurídica al Big Data: Algoritmos, Inteligencia Artificial y Transformación Digital*. En J. Becerra, L. Cotino-Hueso, I. P. León, M. E. Sánchez-Acevedo, J. Torres-Ávila, & J. Velandia-Vega. (2018). Derecho y big data. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22997/1/derecho-y-big-data_Ao2.pdf
- Benjamins, Richards & Salazar García, Idoia. (2020, 03 de septiembre). *El Mito del Algoritmo: Cuentos y Cuentas de la Inteligencia Artificial*. Editorial Anaya Multimedia.
- Casero, Andreu. & López, Amparo. (2015) *Redes sociales, periodismo de datos y democracia monitorizada*. Las redes sociales digitales en el ecosistema mediático. La Laguna: Sociedad Latina de Comunicación Social, 96-113 <http://dx.doi.org/10.4185/cac92>
- Castells, Manuel. (2000). *La Sociedad Red* (8º ed. cast). Madrid, España: Alianza Editorial S.A.
- Cebrián, Enrique. (2016). *El impacto de Internet en el Estado democrático*. Revista de Estudios Políticos, 173, 307-320. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.09>
- Comisión Europea. (2018). IA para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas.
- Cormen, Thomas., Leiserson, Charles., Rivest, Ronald., & Stein, Clifford. (2009). *Introduction to Algorithms* (3º ed.). Londres, Inglaterra: The MIT Press.
- Cotino Hueso, Lorenzo. (2019). *Riesgos e Impactos del Big Data, la Inteligencia Artificial y la Robótica. Enfoques, Modelos y Principios de la Respuesta del Derecho*. Revista General de Derecho Administrativo, 50.

- Corredoira, Loreto., & Cotino Hueso, Lorenzo (2013) *La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías*. En Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales. ISBN 9788425915611, págs. 41-56
- Cruz Villalón, Jesús. (2017). *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*. Universidad de Sevilla.
- García, Antonio. (2018) The Noisy Fallacies of Psychographic Targeting. *The Wired*. <https://www.wired.com/story/the-noisy-fallacies-of-psychographic-targeting/>
- García Rubio, María Paz. (2016). *Sociedad líquida y codificación*. Anuario de derecho civil, Vol. 69, N° 3, 2016, pp. 743-780, pp. 746 y 749. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5696851>
- Han, Byung. (2014) *Psicopolítica, Neoliberalismo y Nuevas Técnicas de poder*. (A. Bergés, trad.). Herder Editorial.
- Hil, Robin. (2016): *What an algorithm is?* Philosophy and Technology 29 No 1 pp. 35-59.
- Innerarity, Daniel y Colomina, Carme. (2020) *La verdad en las democracias algorítmicas*. Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n.º 124, 11-23. doi. [org/10.24241/rcai.2020.124.1.11](https://doi.org/10.24241/rcai.2020.124.1.11)
- Lomelí, Javier. (2019). *Posverdad y psicopolítica*. Revista Colombiana de Humanidades, vol. 51, núm. 95. <https://doi.org/https://doi.org/10.15332/21459169.4475>
- López Silva, Pablo & Madrid, Raúl. (2021). *Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley*. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 10(1), . <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56317>
- Martínez, Lucía. (2018) *Peligrosidad, Algoritmos y Due Process: El Caso State vs Loomis*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, n.o 20. 485-502 <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26484>
- Mercader Uguina, Jesús R. (2019). *Algoritmos y derecho del trabajo*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 52, pp. 63-70.
- Monasterio Astobiza, Aníbal. (2017). Ética Algorítmica: Implicaciones Éticas de una Sociedad cada vez más Gobernada por Algoritmos. *Dilemata*, 24, pp. 185-217. <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000107/497>

- Muracciole, Bárbara. (2018). *El Derecho en Tiempo de Algoritmos*. En C, Cobo; S, Cortesi; L, Bossi; S, Doccetti; A, Lombana; N, Remolina; R, Winocur; y A, Zucchetti. (Eds.) *Jóvenes, transformación digital y formas de inclusión en América Latina* (pp. xx-xx). Montevideo, Uruguay: Penguin Random House. https://digital.fundacionceibal.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/260/1/Cap%C3%ADtulo%204_Ok.pdf
- Norberto, Bobbio. (1986). *El Futuro de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica. <https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/bobbio-norberto-el-futuro-de-la-democracia-1986.pdf>
- Pariser, Eli. (2017) *El Filtro Burbuja* (M. Vaquero, trad.). Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U.
- Philip N. Howard, Sheetal D. Agarwal & Muzammil M. Hussain. (2011) *When Do States Disconnect Their Digital Networks? Regime Responses to the Political Uses of Social Media*. Department of Communication, University of Washington. <https://doi.org/10.1080/10714421.2011.597254>
- Ramírez Bustamante, Natalia. y Páez, Andrés. (2020). *Análisis Jurídico de la discriminación algorítmica en los procesos de selección laboral*. https://www.researchgate.net/publication/343141239_Analisis_juridico_de_la_discriminacion_algoritmica_en_los_procesos_de_seleccion_laboral
- Rubal, María. (2018) *Descubre el archivo que Facebook tiene sobre ti*. La Vanguardia. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180303/441191555105/descubre-archivo-personal-usuario-facebook-informacion-datos.html>
- Santos, Boaventura. de S. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos.
- Santos González, María José. (2017). *Regulación legal de la robótica y la IA: retos de futuro*. Revista Jurídica de la Universidad de León, Núm. 4 (2017), pp. 25-50, p. 31.
- Sued, Gabriela. (2020). *El algoritmo de YouTube y la desinformación sobre vacunas durante la pandemia de COVID-19*. Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación. <https://doi.org/10.16921/chasqui.viii145.4335>
- Waisbord, Silvio. (2015) *El optimismo digi-activista y sus problemas*. En La Comunicación en Mutación, 75-86

Vosoughi, Soroush., Roy, Deb. & Aral, Sinan. (2018) *The spread of true and false news online*. Science Vol 359, Issue 6380. doi:10.1126/science.aap9559

Cultura jurídica, ley y constitución en el proceso penal en Bogotá y Popayán, 1819-1830. Aspectos de la transición jurídica en la República de Colombia*

Legal Culture, Law and Constitution in Criminal Proceedings in Bogotá and Popayán, 1819-1830. Aspects of the Legal Transition in the Republic of Colombia

*Carlos Alberto Toro Silva***

Fecha de recepción: 19 de enero de 2022

Fecha de aprobación: 13 de junio de 2022

RESUMEN

Este artículo estudia los procesos penales por hurtos en Bogotá y Popayán, en Cortes de segunda instancia de la justicia ordinaria en la República de Colombia. Lo anterior se lleva a cabo con el fin de aportar elementos para comprender el problema de la transición jurídica después de la ruptura política con España. Inicialmente, se examina la estructura de la justicia criminal ordinaria y sus limitaciones materiales e institucionales. En segundo lugar, se evidencia que los juicios penales seguían teniendo una estructura mixta, propia de la cultura jurídica castellana del virreinato de la Nueva Granada. En tercer lugar, se hace

referencia a las innovaciones normativas penales republicanas, que comenzaron a usarse en la práctica procesal. Igualmente, se muestra el uso judicial de la doctrina, y las diferencias que existieron entre ambas ciudades en tales sentidos. Lo previamente expuesto permite hablar de una “cultura jurídica de transición” para este contexto, caracterizada por continuidades y cambios asimilados de forma irregular en términos funcionales y territoriales. La investigación señala que, en Bogotá, antiguo centro político y jurídico del Nuevo Reino de Granada, pesó más la continuidad de la tradición vigente en los juicios, mientras que, en Popayán, hubo una mayor apertura a las innovaciones jurídicas republicanas.

* La investigación para este artículo fue financiada con el estímulo recibido al ser uno de los proyectos ganadores en la “Convocatoria a la investigación histórica en el marco de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia Nacional – Fomento a la Investigación: Independencia y República. Bicentenario 2019” (línea historia del Derecho y de las instituciones) del Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH.

** Abogado de la Universidad del Cauca, Magíster y Doctor en Historia de la Universidad de los Andes. Investigador independiente. Mi principal área de investigación es la historia del Derecho. carlosalberto.toro@tutanota.com

Palabras clave: proceso penal, cultura jurídica, Ley, Constitución, doctrina.

ABSTRACT

This article studies the criminal procedures for theft in Bogotá and Popayán, in appellate courts of ordinary justice in the Republic of Colombia, in order to provide elements for understanding the problem of legal transition after the political separation from Spain. The work begins by examining the structure of ordinary criminal justice, and its material and institutional limitations. Second, it shows that criminal trials continued to have a mixed structure typical of the Castilian legal culture of the Viceroyalty of New Granada. Thirdly, it refers to the repu-

blican penal normative innovations that began to be used in procedural practice, to the judicial use of the doctrine, and the differences that existed between both cities in such senses. This allows us to speak of a “transitional legal culture” for this context, characterized by continuities and irregularly assimilated changes in functional and territorial terms. The research shows that, in Bogotá, the former political and legal center of the New Kingdom of Granada, the continuity of the current tradition in the trials weighed more, while in Popayán there was a greater openness to republican legal innovations.

Keywords: *criminal process, legal culture, Law, Constitution, Doctrine.*

INTRODUCCIÓN

Este artículo trata sobre la transición jurídica de comienzos del siglo XIX, en Colombia. Se enfoca en la estructura y cambios en el proceso penal. Específicamente, se busca comprender en qué medida las innovaciones constitucionales y legales de la década de 1820 comenzaron a incorporarse y adquirieron fuerza jurídica en los procesos penales. La estructura y desarrollo de estos se basaba todavía en la cultura jurídica castellano-indiana. Asimismo, se pretende encontrar las diferencias que hubo, en ese sentido, entre Bogotá y Popayán, dos ciudades que, además de su importancia política desde el periodo colonial, formaban parte del centro del primer aparato judicial republicano. Se mostrará que, en Popayán, la observación de las innovaciones normativas republicanas fue más estricta que en Bogotá, ciudad que había sido el centro jurídico y político del antiguo virreinato.

El artículo parte de la línea de investigación de Germán Colmenares sobre la transición jurídico-penal en Colombia¹. Presenta una interpretación diferente sobre la forma en que comenzó el cambio del orden jurídico colonial al republicano en su aspecto penal. De acuerdo con el trabajo de Colmenares, la continuidad estaba en la aplicación de las leyes castellanas, en medio de la recepción de las ideas penales ilustradas y liberales, por parte de los operadores judiciales, a través de las cuales interpretaban las primeras. Por el contrario, en este texto, se muestra que el elemento de continuidad correspondía a la práctica procesal basada en

1 Germán Colmenares, “El manejo ideológico de la ley penal en un periodo de transición”, en *Varia*. Selección de textos, Bogotá: TM Editores, Universidad del Valle, Banco de la República, Colciencias, 1998, pp. 232-264.

la cultura jurídica castellana, mientras que la legislación republicana, y algunas garantías constitucionales, coexistieron con las leyes castellanas en los procesos. Además, en ellos, la doctrina penal liberal-ilustrada tuvo poca relevancia práctica.

El anterior problema se enmarca en la historia del Derecho. Esto determina el enfoque de la investigación. Por consiguiente, en los párrafos siguientes, luego de plantear mi posición frente a la literatura existente en Colombia, explicaré con mayor detalle el sentido del enfoque. Igualmente, detallaré las fuentes y el método. Posteriormente, el artículo desarrollará cuatro aspectos del problema principal de investigación: (i) la estructura y limitaciones de la justicia ordinaria de primera y segunda instancia que constituía el ámbito institucional, donde se desarrollaban los procesos penales; (ii) la cultura jurídica vigente que seguía estructurando el proceso penal a comienzos de la República; (iii) las formas en que las innovaciones normativas republicanas comenzaron a observarse en los procedimientos penales; y (iv) los usos procesales de la doctrina penal. El texto termina con unas breves conclusiones y reflexiones a partir de lo anterior.

Las instituciones judiciales colombianas, en general, y el proceso penal, en especial, en el siglo XIX, han recibido escasa atención como objeto de análisis histórico². Por lo general, cuando los investigadores se han referido a sus transformaciones históricas, lo han hecho desde el paradigma del progreso. Un ejemplo de esta última aproximación es la tesis doctoral de Alejandro Londoño Tamayo sobre el juicio por jurados. En ella, argumenta que dicha institución contribuyó a “modernizar” el sistema jurídico e implicó una mayor participación ciudadana en el ámbito de la justicia, lo que, a su vez, constituyó un “aporte” a la “democratización” del país³. La idea de progreso aparece, de forma aún más explícita, en las obras de algunos juristas colombianos que se han ocupado de aspectos históricos de su disciplina, quienes basan su recuento en lo que Paolo Grossi ha llamado la “mitología jurídica de la modernidad”⁴, que ve la “tradicción penal demoliberal” como el destino *necesario* del progreso jurídico⁵. Olvidan la diferencia entre la labor dogmática de reproducción del sistema jurídico del que

- 2 De todos modos, sobre la primera organización judicial republicana en sus instancias superiores una referencia ineludible es el libro de Armando Martínez Garnica, *La Agenda de Colombia* tomo I, Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2008.
- 3 Alejandro Londoño Tamayo, “El juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal”, Memoria para optar al grado de doctor Programa de Doctorado Estado y Sociedad en la Historia de América Universidad Complutense de Madrid Facultad de Geografía e Historia, Depto. de Historia de América I, Madrid, 2014. Por su parte, Juan Carlos Vélez Rendón señala que el establecimiento de los jueces en Antioquia forma parte de un proceso de “modernización” que encontró resistencias locales. “El establecimiento local de la administración de justicia en Antioquia, 1821-1853. El difícil cumplimiento de una promesa republicana”, *Anuario colombiano de historia social y de la cultura* 40: 1, ene.-jun. 2013, pp. 113-143.
- 4 Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid: Trotta, 2003, p. 43.
- 5 Por ejemplo, Diego Eduardo López Medina y Astrid Liliana Sánchez Mejía, *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y derechos humanos en el sistema penal colombiano*, Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007.

forman parte y la de la investigación histórica propiamente dicha. Esto da lugar a panoramas históricos demasiado simples⁶. Por el contrario, a diferencia de los anteriores, Germán Colmenares se aproximó de una forma más compleja al tema de la transición jurídica. Observó la interacción entre la tradición y la innovación en los procesos penales de comienzos del siglo XIX⁷. Para esta investigación, se adoptó un enfoque similar.

La transformación del derecho, en el tiempo, no implica que progrese, sino que evoluciona a partir de sí mismo como consecuencia de impulsos casuales del entorno social. Estos, de acuerdo con Niklas Luhmann, “provocan las variaciones y selecciones eventualmente innovadoras”⁸, que a su vez modifican tanto su propia estructura como su relación con ese entorno. Así pues, la evolución del derecho no es teleológica sino, como afirma Gunther Teubner, es “teleonómica”. Es decir, “continúa construyéndose sobre el sistema establecido [...]. Recombina programas exitosos y elimina los no exitosos. Aunque este desarrollo es irreversible, no lleva a un estado que sea ‘mejor’ o ‘peor’ que su predecesor”⁹. En consecuencia, se puede afirmar que la evolución del Derecho no es lineal. Es un proceso en el que la innovación debe interactuar con la tradición en las prácticas, interpretaciones y decisiones de los operadores jurídicos, cuyos resultados no están determinados de antemano. Éste es uno de los principales motivos de por qué los procesos judiciales son el punto focal del presente Artículo, que se refiere a un periodo temprano del Derecho nacional.

El problema, objeto y enfoque anteriores determinaron el método de la investigación. Se enfatizó más en el análisis de las formas que en el de los contenidos de las fuentes judiciales. La investigación se basó en las causas por hurto conocidas en primera instancia por los alcaldes ordinarios (hasta 1825) y los alcaldes municipales (desde ese año hasta 1830) en primera instancia, y por las Cortes de los Distritos del Centro y del Sur en segunda instancia. Estos juicios reposan, respectivamente, en el Archivo General de la Nación (en adelante AGN) y en el Archivo Central del Cauca (en adelante ACC). También se revisaron los cuerpos de legislación castellana y las leyes republicanas con una relevancia procesal que se irá mencionando más adelante. Aunque no se trató de una investigación con

6 Como por ejemplo el de Francisco Barbosa Delgado *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, que parece asimilar los cambios en las leyes al progreso jurídico. Otro ejemplo de un panorama simplificador es el de García Arboleda, Felipe, *Regeneración o catástrofe. Derecho penal mesiánico durante el siglo XIX en Colombia*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. Este autor parece creer, además, que la evolución del sistema penal en Colombia en ese siglo fue igual a como la describe Michel Foucault para el caso de Francia en *Vigilar y castigar*.

7 Colmenares, op. cit.

8 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993], p. 200.

9 Gunther Teubner, *El Derecho como sistema autopoiético*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 [1989], p. 79.

metodología cuantitativa, fue necesario revisar todas las causas existentes con el fin de encontrar las formas de reconocimiento de esa legislación y de la doctrina por parte de los operadores jurídicos, así como las continuidades y cambios en la estructura judicial y procesal en este periodo.

1. Estructura judicial en Bogotá y Popayán a comienzos de la República

Esta primera sección, se enfocará en las principales transformaciones en la estructura de la organización de la justicia ordinaria de primera y segunda instancia en Bogotá y Popayán, puesto que ésta era el ámbito institucional en que se desarrollaban los procesos penales. Igualmente, se hablará de algunas de las limitaciones de este incipiente aparato judicial.

Después de la Independencia, el gobierno de Francisco de Paula Santander pretendió reestructurar la administración de justicia a partir del principio de división de poderes consagrado en la Constitución de 1821 (art. 10). No obstante, como veremos, inicialmente conservó el aparato judicial existente en primera instancia. Dicho principio sobre el poder político constituía una novedad radical en un territorio en el que, hasta entonces, el ejercicio de la autoridad se entendía, ante todo, como la potestad de juzgar. Es decir, se concebía como una *jurisdicción*¹⁰. Por tanto, su implementación fue lenta y compleja, en las primeras décadas republicanas, sobre todo en las instancias inferiores. Por ejemplo, durante la década de 1820 algunos empleados del Ejecutivo, como los intendentes o los jefes políticos, en ocasiones, llegaron a asumir funciones jurisdiccionales, lo que podía dar lugar a conflictos de competencia con los jueces ordinarios.

La posición central, a comienzos de la República, de ambas ciudades se remontaba al periodo colonial. Al estar dotadas de jurisdicción ordinaria, se contaban entre los pocos espacios con presencia más o menos efectiva de la autoridad secular que, como se indicó, consistía sobre todo en administrar justicia. Como señala Germán Colmenares: “solo dentro del perímetro urbano existía un sistema efectivo de jerarquías sociales, de atribuciones políticas repartidas entre los notables y de símbolos externos que fundaban un orden en el cual pudiera proyectarse el Estado [sic]”¹¹. Esto era particularmente visible en Santa Fe. Dicha ciudad había sido la sede de la Real Audiencia desde el siglo XVI y de la

10 Sobre el significado de la jurisdicción en la cultura jurídica de Antiguo Régimen, entre otros: Jesús Vallejo, “Acerca del fruto de árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *Ius Commune*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998): 19-46.

11 Colmenares, op. cit., p. 250.

institución del virrey desde el siglo XVIII. Allí se encontraban las universidades donde se enseñaba la jurisprudencia. Su jurisdicción ordinaria civil y criminal de primera instancia se encontraba en cabeza de los alcaldes ordinarios y en los oidores de la Real Audiencia, como alcaldes de corte¹², mientras que la segunda instancia estaba en ese mismo tribunal. Popayán era la capital de la provincia de ese mismo nombre desde el siglo XVI. Una de sus principales diferencias socioeconómicas con Santa Fe era la importancia que tenía la mano de obra esclava en la prosperidad material de la región. Esto había permitido a un creciente número de individuos estudiar jurisprudencia en la capital a finales del periodo colonial¹³. En esta ciudad, la jurisdicción de primera instancia estaba en los alcaldes ordinarios, y la segunda instancia podía recaer en el Gobernador de la provincia o en la Real Audiencia de Quito¹⁴. Fuera de estos ámbitos urbanos, añade Colmenares: “la aplicación de la justicia [...] era muy problemática”, pues incluso dentro de los términos de cada ciudad “había áreas enteras que escapaban a la jurisdicción efectiva de sus autoridades”¹⁵. Solo, en la segunda mitad del siglo XVIII, habría un aumento de esta presencia gracias a la creación los alcaldes pedáneos para los pueblos, y de los alcaldes de barrio, que operaban dentro del perímetro urbano.

Después de la Independencia, ambas ciudades conservaron su centralidad en el nuevo orden político y jurídico. Santa Fe (que pasó a llamarse Bogotá), se convirtió en la capital de la nueva República de Colombia. Además, se convirtió en el asiento de la Alta Corte de Justicia y de la Corte de Justicia del Centro, que conocía en segunda instancia de las causas de las provincias de Bogotá, Antioquia, Mariquita y Neiva. En 1821, Popayán se convirtió en la capital del departamento del Cauca (que incluía las provincias de Popayán y del Chocó). Más adelante, sería sede de la Corte de Justicia del Sur. Entre 1819 y 1825, la jurisdicción ordinaria de primera instancia, en ambas ciudades, continuó en cabeza de los alcaldes ordinarios, reconocidos por el Artículo 149 de la Constitución de 1821 y la ley de 14 de octubre de 1821 “sobre la organización de tribunales y juzgados” (art. 100). Esta ley también reconoció a los alcaldes pedáneos, que en materia criminal conservaban la jurisdicción limitada al sumario (art. 126)¹⁶, que tenían desde mediados del siglo XVIII.

De esta manera, ambas ciudades contaban, a comienzos de la década de 1820, con dos alcaldes ordinarios del cabildo (jueces legos) para conocer de las causas

12 Los corregidores tenían jurisdicción ordinaria en sus corregimientos, aunque estaban en decadencia desde finales del siglo XVIII como jueces ordinarios.

13 Renan Silva, *Los Ilustrados de la Nueva Granada, Genealogía de la comunidad de interpretación*, Medellín: Banco de la República, Universidad Eafit, 2002, p. 36.

14 Colmenares, op. cit., p. 242.

15 Colmenares, op. cit., p. 250.

16 Todas las leyes citadas aparecen en la *Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912*, vols. 1-3, Bogotá: Imprenta Nacional, 1924-1953.

civiles y criminales. Dichos casos se decidían con asesoría de un *letrado*; es decir, un abogado. La posición de juez ordinario de las causas criminales implicaba la potestad de sentenciar y conocer sus dos fases previas: el *sumario*, es decir, la pesquisa, y el *plenario*, el juicio en sí. La jurisdicción territorial de estos alcaldes incluía a los *partidos* de los alrededores de cada ciudad. En consecuencia, si un alcalde pedáneo —o *partidario* según el lenguaje usual de las causas— abría un sumario contra un vecino de dichos pueblos, la causa debía trasladarse hasta la ciudad para que pudiera dictarse sentencia. Los alcaldes partidarios o pedáneos, y los alcaldes comisarios de barrio, eran jueces con *jurisdicción limitada*, lo que quiere decir que no podían sentenciar, sino que sus actividades estaban concentradas en la instrucción el sumario, cuando esto no lo hacía directamente el juez ordinario.

Dicha estructura del aparato judicial comenzó a cambiar, sobre todo, a partir de la ley de 11 de mayo de 1825. En ella, se estableció que el conocimiento de las causas en primera instancia estaría en los nuevos *jueces letrados* (arts. 95-98), mientras que encargaba los sumarios y algunos castigos correccionales leves a los *alcaldes municipales* de los cantones (arts. 153 y 154), y a los *alcaldes parroquiales*. Estos últimos tendrían esas mismas funciones de forma subsidiaria (arts. 155 y 157). De este modo, en principio, la jurisdicción de primera instancia pasaba a unas nuevas figuras de jueces republicanos, unos (los letrados), nombrados y pagados por el gobierno, y los municipales —jueces legos al igual que los alcaldes ordinarios—, sostenidos por su respectivo cantón y de menor jerarquía que los primeros. Las dificultades financieras del nuevo Estado y las resistencias de las localidades impidieron el establecimiento de los jueces letrados en casi todas las ciudades. Por tanto, en la práctica, la justicia de primera instancia estuvo en manos de los alcaldes municipales. En general, ellos conocían de los procesos de la misma forma en que lo venían haciendo los alcaldes ordinarios. Al igual que estos, los alcaldes municipales no recibían sueldo del Estado, sino que dependían de las rentas de cada cantón. En este aspecto, una diferencia entre Bogotá y las demás ciudades es que, allí, sí llegó a nombrarse un juez letrado en este periodo. De hecho, algunas de las causas fueron conocidas y falladas por él, entre 1826 y 1828, aunque luego los alcaldes municipales volvieron a asumir esa responsabilidad hasta 1832¹⁷. En cuanto a los parroquiales, asumieron las cargas que antes eran propias de los alcaldes pedáneos y los comisarios de barrio. Igualmente, en la práctica procesal, se mantuvo la figura de las *comisiones* para que los jueces inferiores instruyeran los sumarios por orden de los jueces ordinarios; es decir, los alcaldes municipales en este contexto.

17 Más adelante, en 1832, se ve de nuevo la figura del juez letrado en las causas criminales ordinarias.

Lo anterior significa que, en primera instancia, el ajuste de las decisiones judiciales al Derecho se llevó a cabo, ante todo, a través de una “justicia letrada mediata”¹⁸. Como se señaló, las sentencias de los alcaldes ordinarios y, desde la reforma de 1825, de los alcaldes municipales, debían contar con asesoría letrada, de acuerdo con una tradición del *ius commune* que, para estos territorios, se observaba desde el periodo colonial¹⁹. Estos asesores eran nombrados por los jueces. No obstante, al igual que sucedía con los defensores, eran frecuentes las excusas, por parte de los abogados de la ciudad, para evitar asumir esa función. A esto se sumaba la escasez de abogados, sobre todo en el caso de Popayán. En 1826, por ejemplo, según un alcalde municipal, en la ciudad había solamente tres abogados que podían dar concepto sobre la causa²⁰. De todos modos, el rol de los asesores en primera instancia era fundamental, pues la valoración de las pruebas, la interpretación del derecho aplicable y la decisión final estaban en sus manos. Si a esto añadimos el hecho de que la mayoría de los sumarios (donde se recogía el material probatorio más relevante) eran desarrollados por los jueces inferiores, se observa que, en últimas, el rol de los jueces ordinarios —en la justicia letrada mediata de primera instancia durante estos años— era secundario con respecto al de los dos anteriores, y al de los fiscales, con respecto al destino de cada reo individual²¹.

En materia judicial, este periodo republicano temprano también se caracterizó por la continuidad de la práctica, propia de la cultura jurídica castellano-indiana, de la *consulta* obligatoria para las sentencias de primera instancia por delitos con pena corporal. Tal era el caso de los hurtos u homicidios. Es decir, los procesos por tales delitos siempre tenían dos instancias, hubiera apelación o no; lo segundo era de hecho lo más frecuente, puesto que solo en algunos casos los defensores se comprometían con los reos hasta el punto de apelar un fallo adverso. La segunda instancia también sufrió transformaciones en la década de 1820. En el caso de la capital, luego de la salida de la Real Audiencia en 1819, la Alta Corte de Justicia llegó a conocer algunas apelaciones y consultas en 1820. Esto ocurrió hasta que se creó la Corte de Justicia del centro para la segunda instancia y la Alta Corte pasó a ser tribunal de tercera instancia. El Artículo 9, de la ley sobre juzgados y tribunales de 14 de octubre de 1821, dividió el territorio en tres grandes distritos judiciales en su Artículo 8. Adicionalmente, dicha disposición estableció que

18 Tomo esta noción de Pedro Ortego Gil, quien, para el caso español, argumenta sobre la conveniencia de hablar de una justicia letrada inmediata, ejercida por jueces letrados, y otra mediata, ejercida por abogados letrados cuyos juicios eran pronunciados por jueces legos. Esto construye a su juicio a matizar la tradicional distinción entre justicia letrada y no letrada, lo que en mi opinión también debe tenerse en cuenta para el caso colombiano. “La justicia letrada mediata: los asesores letrados”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 22, 2010, pp. 483 y 484 [438-484].

19 Ortego Gil, op. cit., pp. 438-445.

20 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 4364.

21 Esto amerita investigaciones adicionales.

habría tres cortes superiores de justicia: la del distrito del norte, con sede en Caracas; la del distrito del sur, con sede en Quito; y la del distrito del centro, con sede en Santa Fe (art. 9). La ley de 11 de mayo de 1825, a su vez, ordenaba que en cada “departamento” hubiera una corte superior de justicia (art. 8). La Corte de Justicia del distrito del centro fue la primera en establecerse en 1821, junto con la del norte. En cambio, fue necesario esperar a que el territorio del sur quedara libre en 1822 para que pudiera instalarse la del sur²². Por este motivo, la segunda instancia de las causas de Popayán, entre 1819 y 1822, estuvo en la Corte del centro. Luego, pasó a la del sur.

De acuerdo con la ley de 11 de mayo de 1825, estas cortes estaban compuestas por seis ministros: cuatro jueces y dos fiscales (art. 9). El sueldo de estos empleados dependía de las rentas nacionales, cuyo deplorable estado se reflejaba en el frecuente atraso en el pago de sus sueldos. Dicha situación, junto con el exceso de trabajo por lo frecuente de las consultas, hacía que estos cargos fueran poco apetecidos²³. En Popayán, por ejemplo, en ocasiones había solo dos o tres ministros. Tal escasez obligaba a buscar, entre los abogados de la ciudad, el número de conjuces necesario para completar la exigencia de la ley de 17 de mayo de 1826. Según dicha disposición, en las causas criminales, la sentencia de segunda instancia debía pronunciarse por las Cortes de justicia, “compuesto el tribunal de cinco individuos ministros o conjuces” (art. 28). Al igual que sucedía con los letrados, en ocasiones, los nombrados conjuces se excusaban por diferentes razones. Incluso mencionaban haber sido nombrados para otra causa, como por ejemplo este en 1827 en Popayán:

Pasado mañana 7 del corriente tengo precisión de ir a mi hacienda y no me es posible venir antes del día 10 para el cual he admitido el nombramiento de conjuce en otra causa postergando mis negocios particulares, con perjuicio mío pues los daños del terremoto y las cuentas de principio de año exigían mi presencia por algún tiempo²⁴.

Lo anterior indica la precariedad del medio institucional en que se desarrollaban los procedimientos en el periodo republicano temprano²⁵. Sin duda, había algo más que una motivación económica o de prestigio social para que algunos individuos buscaran ocupar la posición de jueces, lo que debía de resultar de la creencia en

22 *Gaceta de Colombia* n. 44, Domingo 18 de agosto de 1822.

23 AGN, Sección República, *Juzgados y tribunales*, Legajo 23, ff. 118r. 281r.-357r.

24 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6077.

25 Como indica André-Noel Roth, refiriéndose al caso de Popayán, a comienzos de la República la “administración pública” se caracterizaba por la falta de funcionarios competentes, las dificultades presupuestales para pagarles, y la “débil difusión de la filosofía ilustrada”. “La génesis del Estado republicano en Colombia: Elementos para una historia social de la administración pública”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 13, 2006, pp. 281-296.

la legitimidad del Derecho como medio de control social desde la Colonia. La práctica judicial era una continuidad en medio de los cambios en los discursos políticos. Su influencia en el orden jurídico existente fue lenta y desigual. Otro motivo era la fidelidad a la causa política republicana, visible sobre todo entre los ministros de las cortes que aceptaban asumir esos cargos —con las dificultades antes mencionadas— a costa de sus propios intereses²⁶.

2. Cultura jurídica y legislación castellana en los procesos penales

El gobierno de Santander reconoció la fuerza jurídica de la legislación castellana que se observaba en los juicios. La Constitución de 1821 declaró, en su Artículo 188, “en su fuerza y vigor las leyes que, hasta aquí, han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso”. Más adelante, la ley de 13 de mayo de 1825, recogiendo la tradición jurídica castellana, estableció un *orden de prelación*²⁷ sobre las leyes que debían observarse en los juicios: 1) las que en lo sucesivo decretara el Legislativo; 2) las disposiciones del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que hubieran tenido observancia en el territorio de la nueva República; 3) las leyes de Indias; 4) la Nueva Recopilación de Castilla, y 5) las Siete Partidas. En la práctica de los juicios, desarrollados según la tradición castellana, esta expectativa normativa se cumplió de otra manera. Por ejemplo, las *Siete Partidas* fueron de hecho la principal disposición sobre reglas de procedimiento; la *Novísima recopilación* de 1805, que ni siquiera se menciona en dicha ley, fue observada por algunos jueces en Bogotá; mientras que el reconocimiento de las nuevas leyes penales republicanas fue desigual, como veremos.

La cultura jurídica visible en los juicios no varió en lo esencial. En primer lugar, la práctica que estructuraba los procesos penales, durante la República de

26 Sobre la participación de los juristas neogranadinos en el inicio de la formación estatal republicana, Víctor Manuel Uribe-Urán. “Juristas, sociedad, independencia y Estado en la Nueva Granada, 1790-1830”, en *Juristas de la independencia*, editado por José María Pérez Collados y Samuel Rodríguez Barbosa, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 159-204.

27 “En sentido estricto, se entiende por “orden de prelación” a la declaración legislativa que establece la jerarquía de las leyes en un sistema jurídico preestablecido. En sentido amplio, a la jerarquización de todos los elementos que componen dicho sistema. El apogeo de los órdenes de prelación se dio en las postrimerías de la edad Media y en los albores de la Edad Moderna. Causas de este apogeo fueron los sucesivos casos de “caos legislativo” que se produjeron en dichos periodos a consecuencia de la proliferación de normas que se dedicaban, y a la falta de un sistema que las organizara”. Beatriz Bernal Gómez, “El Derecho indiano, concepto, clasificación y características”, *Ciencia Jurídica* 4:7 (2015): 186.

Colombia, era la misma que en el virreinato de la Nueva Granada. Incluso una reforma procesal, como la ley de 3 de mayo de 1826, era una adaptación del “orden simplificado” del procedimiento ordinario castellano al contexto posbélico, en el que se habían multiplicado los hurtos en la nueva República. Los acontecimientos políticos y militares de la década de 1810 pudieron detener la actividad judicial en algunas regiones o alterar el desarrollo de juicios individuales. Sin embargo, estos sucesos, por sí mismos, no podían transformar esa estructura en un periodo tan temprano de la formación del Estado colombiano. Fue solo después de la Constitución de 1821 cuando comenzaron a ocurrir los primeros cambios visibles en el ámbito de los procedimientos. Como se mostrará, particularmente en la sección que sigue, estos comenzaron a influir en la práctica judicial sin llegar a transformar la estructura procesal. Teniendo en cuenta lo anterior, es referirse, brevemente, al derecho en el virreinato, y hacer énfasis en la estructura procesal de origen castellano, para luego examinar la continuidad de la cultura jurídica y de la legislación castellana en la década de 1820.

Durante el siglo XVIII, luego de dos siglos en que fue muy limitada, el ordenamiento jurídico castellano-indiano aumentó su presencia en el virreinato de la Nueva Granada. Además del creciente número de graduados en jurisprudencia en la capital, la práctica procesal comenzó a tener una mayor formalización, es decir, un mayor ajuste a las solemnidades legales. La Real Audiencia promovió lo anterior en sus decisiones interesada en que los demás jueces ordinarios siguieran también de forma más estricta la legislación de la Corona española en sus actuaciones. Este Derecho castellano-indiano, ya parcialmente autónomo (con una legislación y unas instituciones legítimas, así como una doctrina que conocían y citaban jueces), tenía una influencia que se limitaba a las jurisdicciones de las principales ciudades del virreinato, como Santa Fe y Popayán. Por el contrario, el derecho seguía siendo, ante todo, socialmente difuso en las grandes zonas alejadas de la influencia directa de la autoridad jurisdiccional. En dichos lugares, el ordenamiento castellano-indiano podía adoptar formas de “Derecho vulgar”²⁸ ante la falta de abogados y de control por parte de la Real Audiencia, y la normatividad religiosa, los usos y costumbres eran los principales criterios para resolver los conflictos.

Esta situación no cambió sustancialmente después de la Independencia. El “imperio de la ley”, tan mencionado por los gobernantes, era más un ideal político que una realidad materializada en el vasto territorio nacional. La ya mencionada escasez de letrados para asesorar a los jueces municipales —aun mayor en los cantones que no habían sido centros jurisdiccionales durante el periodo colonial— fue

28 Según Charles Cutter, el proceso de vulgarización, en el que interactuabas el Derecho del rey y las sensibilidades populares, fue fundamental en el “sistema penal colonial”. “The Legal Culture on the Eve of Independence”, en *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, editado por Eduardo A. Zimmerman, Londres: University of London, 1999, p. 24 [8-24].

un problema mencionado con frecuencia en estos años por los operadores jurídicos; tal como se ve en los juicios de Popayán. A su vez, en las zonas con mayor presencia de la justicia ordinaria, su funcionamiento tampoco sufrió cambios de fondo a pesar de las innovaciones jurídicas y de las frecuentes las críticas al Derecho castellano en los discursos políticos de las décadas de 1810 y 1820. Sin embargo, a pesar de lo relativamente reducido del ámbito espacial de la justicia ordinaria, comparado con el tamaño de la naciente República, su importancia histórica radicó en que ahí se encuentran las bases del ordenamiento jurídico republicano, que siguió evolucionando en adelante hasta hoy.

A pesar de las diferencias entre cada jurisdicción, las antiguas colonias españolas, en América, desarrollaron una cultura jurídica que tenía algunos rasgos compartidos. Esta tenía su base en la tradición castellana e incorporaba la legislación creada para los reinos de Indias desde el siglo XVI, así como la doctrina y las costumbres desarrolladas en esos territorios. Dado lo anterior, es posible denominarla “cultura jurídica castellano-indiana”. Sus rasgos esenciales provenían de la gran cultura jurídica del *ius commune*. Ésta se extendió, en Europa, desde la Alta Edad Media hasta el siglo XVIII, periodo final del Antiguo Régimen. Algunos de estos rasgos eran: la concepción del poder político como jurisdicción; el peso de la idea tradicional de justicia (“la constante y perpetua voluntad de mantener a cada uno en su derecho”) en las decisiones judiciales; y la importancia que debían tener las cualidades personales de los jueces. Estos últimos tenían un amplio margen de discrecionalidad, llamado arbitrio judicial²⁹. En el caso de las Indias, como ha señalado Charles Cutter, este arbitrio permitía adaptar el derecho a las circunstancias locales³⁰. No obstante, el modelo procesal que seguían los jueces era el mismo que en Castilla.

Este modelo procesal castellano se adecuaba al del *ius commune*, “arrastrado desde la Baja Edad Media”, como señala María Paz Alonso³¹. En el caso de los juicios penales, incorporaron la *inquisitio* romano-canónica al juicio acusatorio. De esta manera, se originó el “procedimiento mixto”, compuesto por dos fases: el *sumario*, en el que tenía lugar la pesquisa desarrollada por el juez, y el *plenario*, donde tenía lugar el juicio acusatorio³². Estos juicios eran complejos, lentos y costosos. A causa de ello, como señala la misma autora, en el nivel de los alcaldes de Casa y Corte en Castilla, desde el siglo XVII, comenzó la práctica de obviar algunas formalidades. De este modo, se dio origen a un “orden simplificado”, que

29 Sobre esta cultura jurídica existe una amplia bibliografía que es imposible citar aquí.

30 Cutter, “The Legal Culture”, 14, 24.

31 María Paz Alonso Romero, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 32.

32 Sobre el proceso penal en las Indias ver, asimismo, el texto de Marquard, Bernd, “Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”, *Pensamiento jurídico* 49, 2019, pp.13-79.

entró a coexistir con el “orden complejo” en los juicios ordinarios³³. Una de las principales razones de lo extenso de los juicios ordinarios, en el orden complejo, eran las posibilidades defensivas que otorgaba en el juicio plenario. A raíz de lo anterior, la simplificación del proceso ocurría en esa fase, que se reducía sin dar posibilidad de traslado ni debate entre las partes. Esto implicaba que el sumario se constituía en la fase más importante, mientras que el reo perdía posibilidades de defensa debido a que las pruebas no se publicaban; y, “por tanto, no se le permitiría alegar contra los nuevos testimonios presentados en el plenario”³⁴. Al igual que en la Castilla de Antiguo Régimen, en el virreinato de la Nueva Granada y en la República de Colombia, el sumario era también, en últimas, la fase más importante del juicio penal. En ella se obtenía la información más relevante a favor, o, como sucedía con mayor frecuencia, en contra de los reos, que era tenida en cuenta en la sentencia por el asesor o el juez de segunda instancia.

En este orden de ideas, el trámite de los juicios por hurtos, a comienzos de la República, seguía el “orden simplificado” castellano. De hecho, esta práctica venía desde el XVIII. En esta época fue introducido por la Real Audiencia, en sus funciones de justicia criminal, en primera instancia como alcaldes de corte. Este orden les permitía juzgar los delitos más comunes, como los hurtos, con mayor rapidez que los alcaldes ordinarios. Además del plenario reducido, otra característica del orden simplificado era que la confesión ya no era parte del sumario sino del plenario. Es precisamente eso lo que sucedía en Bogotá y Popayán. Como se mencionó anteriormente, aunque los alcaldes ordinarios eran los encargados de instruir los sumarios, desde el siglo XVIII, también comenzó la práctica de comisionar su seguimiento a los jueces inferiores. Dichos operadores judiciales devolvían los autos antes de la confesión. Si, por algún motivo, la tomaban por sí mismos, el ordinario la declaraba nula por haber sido realizada sin cumplir con las formalidades de la ley (lo que además significaba una afrenta a su propia autoridad jurisdiccional).

La práctica de las comisiones para el sumario continuó a comienzos de la República, incluso después de la aparición de la figura de los alcaldes municipales en 1825. Estos comisionaban con frecuencia a los alcaldes de barrio —parroquiales desde 1825— con ese objeto tanto en Bogotá como en Popayán. En otras ocasiones, las denuncias podían recibirlas los alcaldes pedáneos —asimismo parroquiales, desde 1825— de los pueblos cercanos a Bogotá o Popayán. En tal caso, instruían, por su cuenta, el sumario, capturaban al reo, ordenaban y recibían las declaraciones de testigos que pudieran saber del hecho. La mayor parte de procesos penales, en Bogotá y Popayán, comenzaban por *denuncia*, algunos de oficio, mientras que eran muy raros los que iniciaban por *acusación*. En este caso, el que acusaba

33 Alonso Romero, op. cit., p. 50.

34 Alonso Romero, op. cit., p. 50.

debía constituirse en parte del proceso. Lo anterior significa que, casi siempre, el acusador era un *fiscal* nombrado por el juez y solo muy raras veces aparece un acusador particular en los procesos.

En el sumario, el juez recogía la información para encontrar el cuerpo del delito, recibía las declaraciones de los testigos y hacía las demás diligencias para el hallazgo de los presuntos autores. Si había indicios de culpabilidad contra alguien, ordenaba su captura. Luego de la denuncia o acusación, el juez emitía un *auto cabeza de proceso*. En él, relataba el modo en que había conocido el delito. También, daba cuenta de las acciones realizadas para dar con el cuerpo del delito y capturar al reo. Igualmente, ordenaba recibir la sumaria información. En general, esa sumaria información estaba compuesta por las declaraciones de los testigos, los cuales podía buscar el propio juez; incluso con ayuda del denunciante u otros interesados. En esta fase ocurría la práctica de la *declaración indagatoria* o *instructiva* para interrogar al reo. Ésta había sido introducida en la capital desde finales del virreinato. Dicha declaración fue reconocida como válida y comenzó a practicarse, en ambas ciudades, en virtud de la ley de 3 de mayo de 1826 con la cual hubo, por primera vez, una regla procesal al respecto.

Luego del terminar el sumario, el juez inferior remitía la causa al juez ordinario, junto con el reo, para que procediera a su confesión, la que recibía con presencia del escribano, y del curador, si el reo era menor de edad. Luego, el juez pasaba los autos al fiscal, que procedía a acusar, y nombraba al defensor, que respondía a esta acusación. Al igual que sucedía con los asesores, las excusas de los defensores nombrados por los jueces eran frecuentes.

La causa se abría a prueba para que cada parte pidiera las suyas. Luego de practicadas, se publicaban para conocimiento de la parte contraria, lo que era la práctica predominante en Bogotá. Por el contrario, esto no sucedía en Popayán. Por ello, en los juicios de esa ciudad, en principio, no había posibilidades de defensa ante las nuevas pruebas que hubieran podido pedir los fiscales. Sin embargo, en la práctica, estos se contentaban con pedir las ratificaciones de los testigos del sumario (que por lo general eran en contra del reo). Éstas eran obligatorias para que las declaraciones tuvieran valor probatorio en el juicio. Los defensores podían, a su vez, pedir sus propios testigos para demostrar la inocencia del reo, lo que podía alargar considerablemente el periodo probatorio si había dificultad para encontrarlos.

Una vez concluido el término probatorio, el fiscal presentaba su alegato, que solía ser una reproducción de la acusación inicial, se enfatizaba en la pena que consideraba justa. Luego el defensor hacía lo propio. Asimismo, éste último podía reproducir, en su alegato, su primera defensa. También era frecuente que el defensor realizara una alegación más elaborada, en la que se refiriera, por ejemplo, a los nuevos

testimonios a favor de la inocencia reo (si los había), a su buena conducta anterior, a las razones jurídicas que había para liberar al reo, o, por lo menos, para minorar la pena. Incluso, en ocasiones, apelaban a la clemencia del juez.

El juicio terminaba con la sentencia. Ésta estaba compuesta, en primer lugar, por el dictamen del asesor letrado, que por lo general tendía a referirse a si estaba demostrada o no la culpabilidad del reo según los autos, y a las leyes e incluso la doctrina aplicable al caso. A partir de lo anterior, pedía la pena correspondiente si encontraba culpable al reo. En caso contrario, solicitaba su liberación en caso contrario. La segunda parte era el auto firmado por el juez. En dicha providencia, se limitaba a declarar que se conformaba con él (lo que sucedía siempre que declaraba la culpabilidad de reo), o que no lo hacía. En este caso, se pedía un nuevo dictamen. Los dictámenes tendieron a simplificarse después de la ley de 3 de mayo de 1826, aunque los asesores siguieron acudiendo a las disposiciones de la legislación castellana e, incluso, a la doctrina para apoyar sus argumentos de Derecho. A manera de ejemplo, se observa este dictamen de diciembre 20 de ese año en Bogotá:

La ley 26 Tit. 31 Partida 7 prohíbe expresamente condenar por sospechas ni por señales ni por presunciones, y aunque la ley de 3 de mayo del año 16 admite condenar por indicios, es preciso que con ellos concurra un testigo idóneo, lo que no sucede en el presente caso. Cuando los autores criminalistas admiten la prueba de indicios como bastante para la imposición de la pena es cuando los indicios son necesarios como lo es el parto de la copula, o cuando concurren tres de ellos independientes unos de otros que concurren a probar el hecho principal, y cada uno de ellos está probado por dos testigos, a lo menos [...] ha probado en el plenario su anterior buena conducta y la misma ley de partida citada dispone que cuando las pruebas que obran en contra del proceso no manifiestan claramente el hecho de que es acusado y este además es de buena fama se debe absolver por sentencia [pedía absolver al reo]³⁵.

Los primeros pasos, hacia una justicia letrada inmediata en primera instancia, se ven en las causas que llegaron a manos del juez letrado José María Hinestrosa, entre 1826 y 1828, en Bogotá³⁶. En este caso, era el propio juez quien debía valorar las pruebas y aplicar la ley correspondiente al delito. De este modo, asumía un rol más activo que el de los jueces municipales. Sus fallos tenían una estructura similar a los de segunda instancia, como por ejemplo este de 2 de noviembre de 1827:

35 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 7 ff. 388-513.

36 Entre otros, AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 60 ff. 973-1014; Legajo 34 ff. 799-846; Legajo 6 ff. 349-369; Legajo 55 ff. 649-763. A partir de 1832 se ve nuevamente un juez letrado para la Capital.

Vistos estos autos. 1. Que los bueyes estaban en poder de los acusados. 2. Que [...] los acreditó como suyos mostrando el hierro quemador. 3. Que es el hierro es igual a la marca. 4. Que eran los mismos bueyes que llevaban los reos. 5. Que no probaron haberlos comprado 6. que los reos incurrieron en contradicciones.

Considerando. 1. que son cómplices convictos y confesos [...] que conforme a la ley 8a tit. 31 partida 7a al menor de 17 años debe menguarse la pena que se daría a los otros mayor por tal yerro. Administrando justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley, en virtud de lo que dispone la ley de 3 de mayo del año 16 en su Artículo 28 se condena a [...] a los trabajos del presidio urbano de la ciudad [...]»³⁷.

La sentencia de primera instancia podía apelarse o, lo que sucedía con mayor frecuencia, debía consultarse ante la Corte de segunda instancia. Una vez recibida la causa, la respectiva Corte nombraba el defensor, que podía ser el mismo de primera instancia. Luego, el fiscal procedía a alegar pidiendo que se confirmara, reformara o revocara la sentencia. Después de que el defensor hiciera lo propio, los jueces dictaban su sentencia en uno de los sentidos pedidos por el fiscal. Aunque el juicio de segunda instancia era más simple que en primera instancia, en ocasiones podía demorarse mucho más debido a la cantidad de causas que las cortes recibían. Dichas causas provenían de las provincias de su respectiva jurisdicción en consulta o apelación. Eso se debía a que, durante la República de Colombia (1819-1830), se multiplicaron los juicios criminales. Ello se debió a la creación de los jueces municipales —que amplió la esfera de la justicia penal, antes concentrada en los alcaldes ordinarios—, al aumento de la delincuencia, y al interés gubernamental por una persecución más efectiva de aquella.

Además de la práctica procesal arriba examinada, otra continuidad visible en Bogotá y Popayán era el reconocimiento y uso de la legislación castellana. En primer lugar, estaban las *Siete Partidas*, de las que aparecen en los procesos penales sobre todo disposiciones de la Partida Tercera, referida a los juicios, y de la Partida Séptima, sobre los delitos y las penas. Al establecer un orden solemne para la justicia, sus disposiciones podían servir tanto para la acusación como para defensa de los reos. En este cuerpo normativo, por ejemplo, aparece el principio, frecuentemente citado en los juicios, según el cual era preferible dejar libre a un culpable que condenar a un inocente³⁸. De igual forma, entre las disposiciones usadas tanto por fiscales como defensores, estaba aquella que requería “pruebas claras como la luz”, e impedía condenar con base en sospechas, señales, o pre-

37 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 34 ff. 799-846.

38 Ley 12 título 14 Partida 3 y Ley 7 título 31 Partida 7.

sunciones³⁹. El uso de las Siete Partidas continuó, incluso, luego de la expedición de la ley de procedimiento contra ladrones de 3 de mayo de 1826. Esto se debió a que incluía disposiciones mucho más detalladas sobre aspectos concretos del orden procesal. Tal fue el caso de los testigos y otras pruebas y solemnidades, en las que se apoyaban por igual defensores, fiscales y asesores desde décadas atrás. En consecuencia, a pesar de lo establecido por el gobierno sobre la prelación de leyes, las *Siete Partidas* siguieron ocupando el primer lugar en cuanto a su uso, puesto que en ellas estaban los criterios, con profundas raíces históricas, que estructuraban los procesos penales.

El uso procesal de la *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla* de 1567 era también frecuente, e incluso, para el caso de Bogotá, el de la *Novísima Recopilación* de 1805. La primera de ellas, que había regido tanto en la península como en América, incluía reglas sobre las formalidades de los juicios en el título cuarto, y sobre los delitos y los castigos en su título octavo. Éstos últimos, eran los dos más citados en los juicios criminales. El reconocimiento judicial de esta ley no desapareció con la Independencia. De hecho, era la ley citada con mayor frecuencia en las sentencias penales antes de la ley de 3 de mayo de 1826 para calcular la pena contra los ladrones. Por ejemplo, los asesores calculaban en sus dictámenes el tiempo de presidio a partir de las disposiciones del título octavo que señalaban tiempo de trabajos en galeras. A partir de 1827, aunque continuó citándose por fiscales y asesores para hacer precisiones sobre algunos casos, el uso de esta ley se hizo menos frecuente ante la creciente influencia la mencionada ley de 3 de mayo de 1826.

En cuanto a la *Novísima Recopilación* de 1805, algunas de sus disposiciones del título 14 del libro 12, referido a los hurtos, eran citadas por los asesores y fiscales para sustentar las penas que pedían. Lo anterior, no implicaba, siempre, una interpretación literal de su contenido por parte de los jueces. Por ejemplo, aunque hubo fiscales que pedían la pena capital para el reo en virtud de la ley 3 de dicho título, esto no llegó a ejecutarse en ningún caso. El uso judicial de esta recopilación decayó desde 1826 en mayor medida que el de la *Nueva Recopilación*, lo que sin duda se debe a que las principales reglas sobre los juicios estaban en dicho cuerpo de leyes y en las Siete Partidas. El uso de estas normas venía de mucho tiempo atrás. También, vale la pena mencionar que la *Novísima Recopilación* no aparece en los juicios por hurto de Bogotá anteriores a 1819. No obstante, aunque más adelante, en la década de 1820, sí se observa su uso y citación. Con ello, se constata la legitimidad como fuente de Derecho que seguía teniendo la legislación castellana recopilada más recientemente entre los operadores judiciales de la capital incluso después de la ruptura política.

39 Ley 12 título 14 Partida 3 y Ley 9 título 31 Partida 7.

3. Reconocimiento de las innovaciones jurídicas republicanas (legislación penal y garantías constitucionales) en los procesos penales

De acuerdo con Germán Colmenares, el cambio más radical entre la época colonial y el primer periodo republicano pesó, ante todo, en el discurso político⁴⁰. Este nuevo lenguaje vino acompañado, sobre todo a partir de 1819, de una “explosión” de normas jurídicas con pretensiones de alcance nacional y sobre los más diversos asuntos. Dichas disposiciones fueron promovidas por las nuevas autoridades organizadas en el poder Ejecutivo. Este esfuerzo reformista a través de la ley no debe verse solo como una particularidad del “legalismo” de Francisco de Paula Santander⁴¹. En realidad, a todas las grandes revoluciones de Occidente⁴² siguió un esfuerzo de variación de los sistemas jurídicos existentes, como señala Harold Berman⁴³. En el caso de la República de Colombia, desde el punto de vista del sistema jurídico, se puede calificar como un “periodo interino”, utilizando la expresión de Berman. Dicho momento histórico, se caracterizó por la expedición de leyes y decretos, que no necesariamente eran coherentes entre sí, frecuentemente modificados o reemplazados. Todas estas normas, empezando por la Constitución de 1821, tenían el fin básico de imponer un orden basado en la ley en un territorio soberano. Sin embargo, no todas las nuevas leyes terminarían siendo reconocidas dentro de la estructura procesal vigente. Algunas de estas normas se referían a asuntos penales como la ley de 3 de mayo de 1826. Esta sí llegó a observarse en Popayán, a diferencia de lo que había dicho Germán Colmenares al respecto.

En ese primer esfuerzo de “ingeniería política” republicana a través de la ley, la Constitución de 1821 ocupó un lugar central al ser “la primera que puede ser calificada de nacional y republicana, a la vez completa y permanente”⁴⁴. Esto significa que la Constitución de Cúcuta fue el punto en el que la legitimación política de la nueva República se convirtió en legitimación jurídica. Esto se logró

40 Colmenares, op. cit., pp. 258 y 259.

41 Como argumenta Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*, Bogotá: Panamericana, 2010 [1987], pp. 118-124.

42 Que son según Berman la revolución papal de 1075, la Reforma protestante en Alemania, y las Revoluciones inglesa, estadounidense y rusa. Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge y Londres: Harvard University Press, 1983.

43 “Each of the great revolutions experienced an interim period in which new laws, decrees, regulations, and orders were enacted in rapid succession and as rapidly amended, repealed, or replaced. Eventually, however, each of the great revolutions made its peace with the pre-revolutionary law and restored many of its elements by including them in a new system that reflected the major goals, values, and beliefs for which the revolution had been fought. Thus the new systems of law established by the great revolutions transformed the legal tradition while remaining within it”. Harold Berman, *Law and Revolution*, 29.

44 Valencia Villa, op. cit, p. 137.

al “fijar”, en su articulado, el nuevo orden político derivado de la Independencia en un orden jurídico⁴⁵. Según lo expresado por José María Portillo, el constitucionalismo latinoamericano posterior a la Independencia recibió el mensaje de la cultura constitucional de finales del siglo XVIII. En dicha cultura, por Constitución se hacía referencia a un orden público que, necesariamente, debía cumplir con dos requisitos: garantizar los derechos de los individuos y definir la separación de poderes⁴⁶. Estas Constituciones, como la de Cúcuta, comenzaban debatiendo la nación y carecían de una declaración expresa de derechos⁴⁷. Por esta razón, las referencias a derechos y libertades aparecían en dos lugares distintos: por un lado, las que hacían referencia a garantías del individuo, ante el proceso judicial, se consignaban en el título que trataba de ese poder. Por otro lado, las libertades civiles venían habitualmente consignadas al final del texto bajo un epígrafe titulado “disposiciones generales” o “garantías”⁴⁸. En el caso de la Constitución de 1821, el título XVIII sobre “disposiciones generales” incorporó todas esas libertades civiles y garantías procesales. Estas incluían: la presunción de inocencia (art. 158), la prohibición de apresar a alguien sin sumario previo (art. 159), la obligación de una orden de arresto motivada para ese efecto (art. 161 y 162), la limitación de la incomunicación del reo a un máximo de tres días (art. 163), la responsabilidad de quienes arrestaran sin los requisitos (art. 164), la obligación de liberar al reo una vez desvanecidos los motivos de su prisión (art. 165), la prohibición de las jurisdicciones especiales (art. 166), la irretroactividad de la ley penal y la prohibición de dar testimonio contra sí y ciertos parientes (art. 167), la prohibición de tratamientos agravantes de la pena (art. 168), los límites legales a los allanamientos (art. 169), la inviolabilidad de correspondencia (art. 170), la obligación de que los jueces motivaran sus sentencias (art. 171), el máximo de tres instancias judiciales (art. 172), la no trasmisión de la infamia (art. 173), y la prohibición de ser castigado por leyes militares (art. 174). Cómo puede observarse, la lista de garantías que habrían tenido que orientar los juicios penales para la naciente República parece bastante amplia.

Ahora bien, una pregunta que solo muy recientemente se ha planteado en la historiografía colombiana, para el caso de la Constitución de Cúcuta, se refiere a la trascendencia de las garantías mencionadas arriba⁴⁹. En este punto, es

45 Sobre esta idea de la constitución como punto de partida de la juridificación de la soberanía: Ulrike Müßig, “Juridification by Constitution. National Sovereignty in Eighteenth and Nineteenth Century Europe”, en *Reconsidering Constitutional Formation I National Sovereignty. A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution*, editado por Ulrike Müßig, Basel: Springer, 2018, pp. 1-92.

46 José María Portillo, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, México D. F.: El Colegio de México, 2016, pp. 91-93.

47 Por ejemplo, el Artículo 3 de la Constitución de Cúcuta.

48 Portillo, op. cit., p. 92.

49 Un trabajo al respecto es el de Toro Silva, Carlos Alberto, “Interpretaciones de las garantías constitucionales ante el proceso penal. Un estudio sobre el reconocimiento de la Constitución de Cúcuta (República de Colombia, 1821-1830)”, en Marquardt, Bernd, Llinás, David y Romero, Juan F. (eds.), *La Constitución de Cúcuta*

necesario recordar el planteamiento de Ulrike Müßig sobre la “normatividad” como la meta del concepto moderno de constitución que emergió de las revoluciones al final del siglo XVIII⁵⁰. En este espacio, no es posible profundizar en la pregunta de cómo los constituyentes de Cúcuta podían entender las implicaciones de tener una la Constitución como norma jurídica, más allá de ser un texto programático y, en ese sentido, aplicable a situaciones concretas. Sin embargo, al menos algunos de dichos constituyentes preveían que la observación de las garantías penales en los procedimientos habría podido tener consecuencias no necesariamente coherentes con el deseo gubernamental de imponer su orden normativo a través de la justicia ordinaria. Por ejemplo, uno de ellos objetaba los Artículos del título VIII argumentando que eran

[...] puerta abierta para dejar impunes los delitos; porque seguro el reo de que no se le ha de prender hasta que no se forme la sumaria, aprovechará este tiempo para escaparse. La dificultad de encontrar los testigos no permite hacer tan pronto la sumaria, que por consiguiente ordénese el arresto del delincuente y procedase a formar la sumaria⁵¹.

De todos modos, los legisladores colombianos buscaron, en alguna medida, que esas garantías constitucionales tuvieran fuerza normativa en los procesos, dado que la ley de 3 de mayo de 1826 incluía las de los Artículos 161 y 165. No obstante, al mismo tiempo esta ley otorgaba pocas posibilidades de defensa a los reos. Ellos, con frecuencia, se fugaban debido a la precariedad del aparato coactivo en un periodo anterior a la existencia de un sistema penal. Por consiguiente, a pesar de la aparente amplitud del listado de garantías, no se debería sobredimensionar su influencia en los procesos como punto de partida.

En el caso de Bogotá, desde un momento tan temprano como noviembre de 1821, algunos defensores ya utilizaban la Constitución de Cúcuta en sus alegaciones. Algunos pedían la libertad de sus defendidos citando el Artículo 165. También se referían al 167 para argumentar que nadie podía ser condenado por su propia confesión. Tales apelaciones a ese “código sagrado” no daban ningún resultado. Esto se debía a la costumbre de que los procesados se mantuvieran en prisión a lo largo de todo el proceso. Además, la confesión seguía siendo el medio de prueba por excelencia, sobre todo si el reo aceptaba los cargos. Aun así, estas disposiciones siguieron siendo frecuentemente citadas en las defensas, a lo largo

en su contexto. Transformación del sistema y nacimiento de la familia constitucional hispanoamericana. Anuario X de constitucionalismo comparado, editado por Bernd Marquardt, David Llinás y Juan F. Romero, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021, pp. 525-557.

50 Müßig, op. cit, p. 6.

51 “Acta 73. Sesión del día 11 de julio”, en *Actas del Congreso de Cúcuta, 1821*. http://www.bdigital.unal.edu.co/4546/1116/ACTAS_DEL_CONGRESO_DE_C%3%AACUTA%2C_1821.html (consultado en enero 20 de 2020).

de la década, así como los Artículos 159, el 161 y el 173 de la *carta*. El Artículo 158, sobre presunción de inocencia, uno de los pilares del discurso penal liberal de estos años, solo aparece citado una vez por un defensor, que en un juicio 1823 pedía al juez que:

[...] no debe padecer por más tiempo este infeliz por quien hablo. En su favor reclamo de la recta justificación de V. el cumplimiento exacto del art. 165 de la Constitución de Colombia por el que se previene que en cualquier tiempo en que parecen desvanecidos los motivos para el arresto detención o prisión, el arrestado será puesto en libertad ¿y de qué modo mejor se han de desvanecer los motivos que hubo para la prisión de porras que haciendo constar que se halla inocente? Tal debe suponerse todo hombre, según el art. 158 de la misma constitución hasta que se les haya probado culpabilidad o crimen, y a porras no se la ha probado pero ni se la probara jamás [...]⁵².

Además de los defensores, también los propios fiscales, asesores y jueces bogotanos comenzaron a incorporar la Constitución a sus decisiones o vistas. Los primeros, por ejemplo, podían pedir que la prisión se arreglara al Artículo 161, o referirse al 163 para pedir que la confesión se hiciera dentro de los tres días posteriores al arresto, mientras que los asesores podían pedir la libertad del reo si observaban que se cumplían las condiciones del Artículo 165. En 1825 un alcalde ordinario, luego de darse cuenta de que el alcalde de barrio se había apropiado del dinero aprehendido a los ladrones, ordenaba:

[...] por estas razones, con arreglo al art. 159 de la constitución y 61 de la misma, para que semejante clase de jueces corrompidos no abusen de su ministerio prostituyendo y desatendiendo una de sus primeras obligaciones, que es el castigo de los delincuentes, redúzcase a prisión a Miguel Posada⁵³.

A diferencia de la del sur, la Corte del centro tendía a una mayor flexibilidad con respecto al cumplimiento de la Constitución y de las formalidades legales. Sus sentencias por consultas tendían a enfocarse en la sentencia anterior, pasando por alto los detalles de los autos previos, por lo que su decisión era generalmente solo con respecto al castigo o libertad del reo. Esto podía deberse a un interés por que la efectividad de la justicia pesara sobre el seguimiento estricto de las formas (lo que ya permitía la *Recopilación Castellana*) o, lo que es más probable, se debía al exceso de trabajo de un tribunal que decidía sobre las apelaciones y consultas de cuatro provincias.

52 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 52 ff. 200-406.

53 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 21 ff. 77-87.

En Popayán, las referencias a la Constitución comenzaron más tarde. No obstante, su influencia procesal terminó siendo más profunda, sobre todo desde 1826. Los defensores citaban principalmente los Artículos 165 y ,en ocasiones, el 158 para argumentar sobre la inocencia del reo. También citaban como el 159 cuando el juez había procedido a la prisión sin haber cuerpo del delito. Al igual que en Bogotá, estas solicitudes no llevaban a la liberación de los reos por parte del alcalde antes de la sentencia. Ello habría significado una alteración de práctica vigente. Asimismo, se observa un caso de 1827 en el que el defensor citaba el Artículo 167 para pedir que el reo fuera condenado según las leyes españolas por haber cometido el delito antes de la ley de 3 de mayo de 1826⁵⁴. En otro juicio, un defensor alegaba que el alcalde había violado el 166 al remitir a un soldado capturado por ladrón a la comandancia general⁵⁵.

Los propios alcaldes, asesores y fiscales, pero sobre todo los jueces de segunda instancia, buscaban formalizar los juicios arreglándose a la Constitución. Por ejemplo, los primeros ordenaban cumplir con el Artículo 161 a la hora de arrestar, y, aunque la primera parte del Artículo 165 no se cumplía (al igual que en Bogotá), desde que comenzó a observarse con más rigurosidad en las confesiones la ley de 3 de mayo de 1826 lo usual era que se informara a los reos sobre el sumario en su contra conforme a dicho Artículo. Asimismo, los fiscales de primera y segunda instancia citaban el Artículo 165 para que los jueces cumplieran con la confesión con mayor rapidez, y el Artículo 161 para pedir la responsabilidad de los jueces por sus omisiones en el cumplimiento de sus deberes, e incluso por sus acciones en virtud del Artículo 169. En una ocasión, el fiscal de la Corte del centro pedía para los jueces de primera instancia la pena consagrada en Artículo 164 por haber pedido una prisión “inconstitucional e injusta” para el reo⁵⁶. Lo propios jueces de la Corte ordenaban en sus sentencias a los alcaldes que se “arreglaran a la Constitución”, por ejemplo, cumpliendo el requisito de que el sumario precediera a la prisión y no al contrario como era la costumbre, e incluso ordenaron el arresto de un alcalde conforme a ese Artículo 153⁵⁷, además imponer sanciones pecuniarias⁵⁸. En general, se observa que la Corte del centro buscó ejercer un control estricto sobre la legalidad de las actuaciones de los jueces acudiendo tanto a la legislación castellana como a la ley de 3 de mayo de 1826 y a la Constitución.

Otra implicación de la Constitución en los juicios se derivó del principio de igualdad ante la ley (Artículo 3) que terminó modificando las confesiones tanto en Bogotá como en Popayán, al desaparecer las preguntas sobre la “calidad” de los reos, es

54 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 4364.

55 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6713.

56 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6075.

57 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6110.

58 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6054.

decir su condición de indio, esclavo, pardo, entre otras. Si se tiene en cuenta que las penas de la ley de 3 de mayo de 1826 se simplificaron, reduciéndose a las de último suplicio, para hurtos graves, y tiempo de prisión para hurtos simples, la principal consecuencia práctica de este cambio es que la variedad de penas del periodo colonial, que podían depender de la condición social del reo, comenzó a desaparecer. La mayoría de ladrones en la década de 1820 fueron condenados a trabajos en las ciudades ante la falta de establecimientos de prisión.

En cuanto a la legislación, después de los acontecimientos de 1819 el gobierno sancionó dos reformas legislativas contra los ladrones que no llegaron a tener mayor incidencia procesal. El decreto de 17 de julio de 1820, referido a los hurtos en la Capital⁵⁹, estableció que, si se demostraba el robo con el sumario y la confesión, el juez podría condenar a muerte al reo (art. 1)⁶⁰. Asimismo, ordenaba (art. 2) que la sentencia se consultara con la Alta Corte de Justicia -aún no habían sido creadas las cortes de distrito para la segunda instancia-, con lo que mantenía la tradición jurídica vigente. No hay evidencias documentales de que alguien hubiera sido condenado en virtud de este decreto por la justicia ordinaria, a la que estaba dirigido, y la única mención que hay de ella en una causa de 1820 la hace un procurador a favor de dos mujeres, al argumentar que como no estaba probada su culpabilidad el juez podía absolverlas sin “más estrépito de juicio”⁶¹. El año siguiente, el Congreso expidió la ley de 14 de octubre de 1821 que había sido discutida en el Congreso de Cúcuta. A diferencia de la anterior, esta ley conservaba el juicio plenario, con una duración máxima de doce días, y establecía que la sentencia debía ser con asesoría letrada, así como la obligatoriedad de su consulta. Esta ley, redactada a partir del incremento de los cuatrerros bandidos en Casanare, no aparece observada en ninguno de los juicios por hurtos de Bogotá, ni mucho menos en los de Popayán.

La ley de 3 de mayo de 1826 fue el primer caso de una norma penal exitosa en términos de fuerza jurídica en los juicios. Esta ley de procedimiento incluía asimismo disposiciones sustantivas sobre delitos y castigos en sus Artículos 26 (pena de muerte por hurto entre dos o más con escalamiento o fractura), 27 (pena de muerte por hurto con armas) y 28 (pena de presidio por hurto cometido sin las anteriores calificaciones). Desde que en 1826 los fiscales y asesores en primera instancia, y los fiscales y ministros en segunda, comenzaron a observar esta norma en Bogotá y en Popayán, la mayor parte de las acusaciones y condenas por hurtos estuvieron basadas en esos Artículos. En los casos que podían encajar con el Artículo 26, la interpretación tendía a ser favorable a los reos, con lo que los asesores y ministros

59 Cuya estructura de hecho recuerda la de las antiguas cédulas reales al incluir un encabezado en que se refería a la situación, en este caso los robos en la capital, que pretendía remediar.

60 Julio 17 de 1820. Sobre que a los ladrones debe imponérseles la pena capital”. AGN, Sección República, *Libros Manuscritos y leyes Originales de la República*, Tomo 7 Secretaría del Interior y de Justicia, f. 20v y 21r.

61 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 68 ff. 385-397.

continuaban observando la tradición colonial de considerar que los hurtos, a pesar de su gravedad, no lo eran tanto como para que el culpable mereciera la muerte⁶². La mayor parte de acusaciones y condenas en ambas ciudades entre 1826 y 1830 estaban basadas en el Artículo 28 debido que los hurtos simples eran los más frecuentes.

Esta ley era también, como se indicó, una regla de procedimiento. A pesar de la dureza de sus castigos, los redactores trataron de adaptarla a dos garantías constitucionales, al establecer que el auto de prisión (art. 15) y la confesión (art. 17) deberían realizarse conforme a los Artículos 161 y 165 de la Constitución, respectivamente. El procedimiento era una versión aún más expedita del “orden simplificado”. Éste mantenía la costumbre de dar un peso mucho mayor al sumario, en el que se recogía la información más relevante, que al plenario. Los procesos debían durar un máximo de 20 días (26 si había que practicar pruebas en otro lugar) en primera instancia. Sin embargo, debido a que se mantuvo la consulta obligatoria, podían durar mucho más en la práctica, debido al tiempo que tardaban en decidirse en segunda instancia. A diferencia de lo acostumbrado, el plenario comenzaba por la declaración inductiva en lugar de la confesión, como ocurría en la práctica. Posteriormente, los reos debían ser remitidos al juez letrado o municipal si era el caso. A su vez, este operador judicial los pasaba al fiscal y, si este acusaba (lo que era lo usual), se procedía a la confesión. Posteriormente, se abría la causa a prueba, y finalmente se dictaba sentencia, que debía consultarse. Como se puede observar, había pocas posibilidades de defensa. En consecuencia, los intereses de los reos dependían sobre todo de la observación de las garantías constitucionales. Como se mostró anteriormente, esto ocurría, con mayor frecuencia, en Popayán que en la capital. De un modo similar a lo sucedido con la Constitución, hubo un seguimiento más estricto de esta ley en Popayán. Lo anterior se debió no solo al control ejercido en segunda instancia para que los jueces municipales siguieran los pasos señalados en la ley para los procesos, sino además porque esa estructura se adaptaba a la práctica vigente.

La norma también recogió la práctica de la declaración inductiva a los reos, que se haría dentro del sumario. Mientras tanto, la confesión se mantuvo. Ésta se practicaría después de la acusación; es decir, dentro del juicio plenario. En ambas ciudades, en ocasiones, se confundían ambas figuras. En el caso de Popayán, la Corte del distrito del sur, incluso debió aclarar la diferencia entre ellas en una sentencia de 1828. En ella, señalaba “que en la exposición inductiva de los reos no se les hagan cargos sino preguntas indagatorias y en sus confesiones solo se les

62 Esto fue, lo que sucedió, por ejemplo, en el caso arriba citado, en el que el asesor argumentó que el “roto” no había sido cometido con escalamiento o fractura.

pregunte y haga cargo de lo que individualmente resulte del sumario, con cuyo objeto se les lee previamente”⁶³.

El seguimiento más estricto de la Constitución y la ley, en Popayán, dio lugar a muchas más nulidades decretadas en segunda instancia que en la capital. La consecuencia de esto era que la causa se devolviera hasta el estado en que había sido declarada nula, lo que alargaba los procesos a pesar de la rapidez con que habían sido seguidos inicialmente. En 1830, por ejemplo, casi dos tercios de las causas conocidas por la Corte habían sido repuestas a primera instancia por nulidades según el fiscal de la Alta Corte de Justicia⁶⁴. De esta forma, el panorama de los juicios contra ladrones, en Bogotá y Popayán, evidencia que la segunda fue más receptiva a las innovaciones. Por otra parte, la primera, antiguo centro jurídico del virreinato, tendió no solo a aferrarse más a la tradición jurídica, sino además a una mayor flexibilidad en el cumplimiento de las formalidades procesales. Esto, de todos modos, no necesariamente era beneficioso para los reos debido a las demoras que podía implicar.

4. ¿Y la doctrina?

Cabe preguntarse qué influencia tuvo la doctrina en la práctica judicial de la época. Un primer aspecto que habría que considerar es que el gobierno de Santander pretendió reformar la enseñanza del Derecho según los criterios liberales e ilustrados acerca del orden político y social sobre los que pretendía fundar la nueva República. En 1820, se crearon dos universidades en las que debía enseñarse jurisprudencia, precisamente en Popayán y Bogotá. De estas ciudades, provenían los juristas formados en la tradición castellana que formaron parte del proceso de ruptura política con España. Sin duda, esto era un reconocimiento de la importancia política de ambas ciudades. La Universidad Central de Cundinamarca se creó por el mencionado decreto de 18 de marzo de 1826 (art. 42), mientras que la Universidad del Tercer Distrito, más adelante Universidad del Cauca, se crearía un año más tarde por medio del decreto de 24 de abril de 1827.

En ambas instituciones, se enseñaba jurisprudencia en virtud del mencionado decreto de 18 de marzo de 1826⁶⁵. El decreto de 3 octubre del mismo año, en su Artículo 145, volvía a señalar las cátedras de la clase de jurisprudencia. Sus Artículos 168 a 173 se referían a los contenidos de cada una⁶⁶. En términos generales, la

63 ACC, *Independencia*, serie Criminal, signatura 6074.

64 AGN, Sección República, *Asuntos criminales*, Legajo 93 ff. 1-60.

65 Que en el párrafo 3 del Artículo 31 aun aparece unida a la teología, lo que muestra el peso que el Derecho natural seguía teniendo en la conciencia jurídica en la temprana república.

66 Las cátedras ahora serían principios de legislación universal, derecho público, constitución y ciencia administrativa, historia e instituciones de derecho civil romano y de derecho patrio, economía política, derecho

enseñanza de principios de legislación y de derecho público se basaría en la obra de Benthan y otros juristas ilustrados como Constant, Montesquieu, Mably y Fritot (arts. 168 y 169). El derecho patrio debería estudiarse con “sus propios códigos”, que, por supuesto, aun no existían (art. 169)⁶⁷. En cuanto al Derecho español, el Artículo 170 establecía que mientras que en “muchas partes se sigan las antiguas leyes españolas, se hará su estudio dando una breve idea de su historia por la de don Antonio Sotelo”. Además, “los principios del Derecho español se estudiarán por la ilustración del derecho real de España escrita por Juan Sala”. Sin embargo, en la práctica criminal la influencia de los juristas ilustrados fue muy escasa. Los jueces se seguían orientando por la cultura jurídica castellana a pesar de las innovaciones normativas que se han mencionado previamente en este artículo.

En la cultura jurídica del derecho común, lo que incluye su expresión castellano-indiana, la *autoridad* de los juristas era una fuente de derecho a la par de la propia ley. Esta situación fue cambiando, en la monarquía española, al acentuarse el absolutismo político y la expansión de las ideas racionalistas y sistémicas sobre el Derecho en el siglo XVIII. En consecuencia, el “sostenido crecimiento de la ley como fuente de Derecho llevó a estrechar el campo de la acción de la doctrina de los autores”⁶⁸. Esta idea de la ley como fuente por excelencia del Derecho fue recogida por los gobernantes colombianos, mientras que, al mismo tiempo, en la práctica judicial la apelación a la autoridad de los juristas tuvo continuidad. No obstante, principalmente se aplicó como fuente indirecta para apoyar decisiones basadas principalmente en las leyes. En el caso de la justicia criminal de primera instancia de Bogotá y Popayán, lo primero que llama la atención es la frecuencia con que aparece la apelación, por parte de defensores y asesores, a los criterios de los “mejores criminalistas” o los “más reconocidos tratadistas”. De este modo, para estos abogados, la autoridad de una opinión estaba en que fuera común. Esto indica la continuidad del tradicional criterio de la “*communis opinio doctorum*” como garantía de su autoridad y, por tanto, de su valor jurídico⁶⁹. En cuanto a las referencias a obras o autores concretos, la obra más nombrada en Bogotá y Popayán era la *Práctica criminal de España* de Marcos Gutiérrez. En el caso de la Capital, se mencionaba a la *Curia Filipica* de Hevia Bolaños y a Antonio Gómez. Aunque los defensores podían acudir a argumentos derivados del Derecho penal ilustrado, no hay citas directas a ningún autor. Por el contrario, en Popayán algunos defensores citaban a Bentham e incluso a Filangieri, pero se trata de referencias sobre todo eruditas sin mayor incidencia práctica, aparte del conocimiento que

internacional o de gentes, derecho público eclesiástico, instituciones canónicas, disciplina e historia eclesiástica y suma de concilios.

67 El primer Código Penal nacional en Colombia fue el Penal de 1837.

68 Víctor Tau Anzoátegui, “La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano”, en *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Munich: Max Planck Institute for European Legal History. (2016), p. 110 [97-146].

69 Tau Anzoátegui, op. cit., p. 105.

demostraban quienes acudían a ellas. Con respecto a la obra de Benthan, así como no tuvo influencia directa en la legislación⁷⁰, es posible afirmar que, a pesar de las pretensiones del Gobierno de basar el sistema jurídico en su doctrina, no llegó a tener incidencia alguna en la orientación de los juicios criminales del periodo republicano temprano.

Finalmente, como se señaló en la introducción, a comienzos de la República no existía una doctrina nacional separada de los discursos políticos. Estos primeros textos de abogados y políticos como Vicente Azuero y Francisco de Paula Santander eran programáticos. Es decir, buscaban influir en la orientación del naciente Derecho republicano, pero no “retenían” o reproducían el Derecho tal como en la práctica era reconocido por los operadores judiciales. El texto práctico por excelencia, como mencioné arriba, seguía siendo el del español José Marcos Gutiérrez. La primera obra práctica nacional fue impresa, en Popayán, por la Universidad del Tercer Distrito en 1836 ni siquiera era original, sino una versión reformada de un libro que había sido previamente aumentado y adicionado en Quito en 1828. Éste, a su vez, había sido escrito originalmente en 1782 por un jurista de Charcas llamado Francisco Gutiérrez⁷¹. Dicho texto se refería a la práctica judicial a partir de leyes (particularmente las *Siete Partidas* y la *Nueva Recopilación*) y juristas españoles⁷². De nuevo, lo anterior muestra la continuidad de la cultura jurídica castellana en la estructura de la práctica judicial. Dado que constituía una tradición de vieja data en territorio que aun carecía de un derecho procesal unificado, con reglas generales para todos los delitos, dicha estructura solo podía cambiar muy lentamente. Si recordamos el argumento de Luhmann y Teubner, con el que sostenían que según el cual la doctrina cumple la función de retención en la evolución del sistema jurídico, vemos que, en el caso de la práctica criminal de la naciente república, todavía lo hacía con una tendencia a reforzar la tradición castellana; en un contexto en el que los nuevos gobernantes pretendían lo contrario en sus discursos político-jurídicos basados en las ideas penales ilustradas y liberales

REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Uno de los intereses del presente artículo era aportar elementos para la comprensión del problema de la transición del ordenamiento jurídico colonial al republicano,

70 Mario Alberto Cajas Sarria, “Usos locales de Tratados de Legislación Civil y Penal de Jeremy Bentham en los inicios de la República”, *Revista de Derecho* 34, 2010, pp. 22-41.

71 Miguel Salvat Monguillot, “Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX (Estudio y Bibliografía), en *Homenaje a Guillermo Feliú Cruz*, editado por Mauricio Amster. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1973), p. 911 [905-918].

72 *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidentes. Escrito en Charcas en el año de 1782. Por el Dr. Don José Gutiérrez y dado a los por el ilustre colegio de abogados de Lima en 1818. Aumentado y adicionado considerablemente en Quito, el año de 1828 por el Dr. Miguel Hervoso, abogado de Colombia, y reformado nuevamente en esta edición*, Popayán: Imprenta de la Universidad, 1836.

un asunto todavía poco estudiado y comprendido en Colombia. Se enfatizó en los procedimientos penales, dado que, como se ha podido constatar, permiten observar, históricamente, si las innovaciones jurídicas entran a operar dentro de la estructura normativa existente y la manera en que lo hacen. Como recuerda Gunther Teubner, de las varias demandas surgidas de las expectativas creadas legalmente (y en el periodo que de esta investigación esas expectativas se multiplicaron) solo unas pocas llegan a ser consideradas como “válidas” en las decisiones judiciales⁷³. De este modo, se puede afirmar que el proceso judicial, compuesto de “interacciones y otras comunicaciones”, representa la “interfaz” entre las expectativas normativas como mecanismos de variación y las decisiones judiciales como mecanismos de selección⁷⁴. En los casos estudiados, la dogmática reconocida seguía siendo ante todo castellana, mientras que los argumentos de defensores o asesores podían basarse de forma más o menos directa en las ideas penales europeas, en boga desde finales del siglo XVIII. La interacción entre dos ciclos comunicativos, el de los juicios individuales y el de la tradición de la cultura jurídica a la que es posible llegar solo a través de los juicios, es lo que da acceso al derecho que iba siendo efectivamente seleccionado dentro del incipiente sistema jurídico.

Por medio del enfoque utilizado, se prestó atención especial a las “prácticas de reconocimiento” de las normas jurídicas estatales por parte de los operadores judiciales. Tales prácticas se refieren a lo que H. L. A. Hart denominó la “regla del reconocimiento”, cuya existencia, como el mismo autor reconocía, es una cuestión de hecho para el observador externo⁷⁵. Por este motivo, es preferible, siguiendo a Niklas Luhmann, hablar de una simple *práctica* de reconocimiento⁷⁶. Hoy en día damos por sentada la existencia de dicha práctica en el sistema jurídico contemporáneo: los operadores judiciales deben “aplicar”, y de hecho aplican, el derecho vigente expedido según ciertos criterios establecidos en otras normas jurídicas; lo que varía son las formas en que se entiende el sentido de la ley. Por el contrario, en un momento tan temprano de la historia del derecho republicano como el de este artículo, resulta necesario acudir a los juicios como fuentes históricas para observar el alcance de la validez de las leyes nuevas en relación con la tradición vigente.

En este artículo se mostraron algunas diferencias en esas prácticas de reconocimiento en el aparato judicial, en dos ciudades centrales a comienzos de la república. A modo de recapitulación, se evidenció cómo, en Bogotá, no solo tenía un mayor peso la costumbre y legislación castellanas, sino que, además, sus juicios por hurtos

73 Teubner, op cit., p. 94.

74 Teubner, op. cit., p. 97.

75 Para Hart, afirmar que la regla de reconocimiento existe “solo puede ser un enunciado de hecho externo”. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, tercera edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012 [1961], p. 137.

76 Niklas Luhmann, *La unidad del sistema jurídico. Escritos preparatorios para El derecho de la sociedad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 177 y 178.

tendían a seguirse con más flexibilidad formal, aún después de la ley de 3 de mayo de 1826. Mientras tanto, en Popayán el apego a las formalidades de dicha ley y la apertura a la innovación jurídica fue mayor. En cuanto a la Constitución de 1821, aunque su fuerza comenzó a ser reconocida en los juicios de ambas ciudades, se constató que, en Bogotá, eran sobre todo los defensores los que se apoyaban en sus garantías en favor de los reos. Por el contrario, en Popayán, hubo mayores esfuerzos entre los operadores judiciales por adaptar su actividad a esas garantías. No obstante, en últimas, el procedimiento llegó a “constitucionalizarse”. Estas diferencias nos indican cómo la posición de una ciudad, dentro del aparato judicial, influía en las formas concretas que asumía la cultura jurídica.

Al mismo tiempo, no debería sorprender que hubiera diferencias. Incluso, hoy en día, los operadores judiciales no otorgan sentido a las leyes de forma homogénea en todo el territorio estatal debido a la “textura abierta” del lenguaje legal (entre otras razones). Lo anterior deja espacios a interpretaciones en sentidos distintos e incluso opuestos. Adicionalmente, en ese contexto histórico, existía una cultura jurídica anterior que determinaba la práctica procesal y las formas en que los operadores judiciales de la época comprendían las novedades. Es posible plantear la existencia de una “cultura jurídica de transición” para al menos una buena porción del siglo XIX. Dicha cultura estaba caracterizada por continuidades y cambios asimilados de forma irregular en términos funcionales y territoriales.

Cabe mencionar que cada uno de los temas tratados en el artículo tendría que desarrollarse más para presentar un panorama más completo de lo sucedido con el derecho y el aparato judicial a comienzos de la República. Lo anterior se debe a que éste es un asunto del que aún se sabe poco. Tal es el caso del establecimiento de alcaldes municipales y parroquiales en los nuevos cantones y la práctica de la justicia letrada mediata en diferentes ciudades y regiones, en un periodo caracterizado por la escasez de los medios institucionales. También, sería necesario profundizar en las relaciones entre la primera y la segunda instancia a través, por ejemplo, de las apelaciones u otras formas en que los condenados buscaban defenderse ante el superior jerárquico; o de las sanciones que imponían los jueces de segunda instancia a los jueces municipales por violación a las disposiciones de procedimiento. Otro asunto con el cual continuar sería el de la normatividad de la Constitución, sus implicaciones como norma jurídica. Con ello, se ampliaría el espectro de la historia constitucional colombiana, centrada por lo general al estudio del origen de esos textos. Todo lo anterior muestra lo mucho que falta por conocer sobre el periodo republicano temprano. Además, demuestra la utilidad de la historia del derecho para plantearse problemas pasados por alto por la historiografía política sobre esos años (predominante en Colombia). No obstante, lo anterior no significaría una oposición entre ambas corrientes sino, más bien, un complemento mutuo.

REFERENCIAS

Fuentes primarias

Archivos

Archivo General de la Nación, Bogotá, Colombia, fondos *Asuntos criminales, Juzgados y Tribunales, Libros Manuscritos y leyes Originales de la República*.

Archivo Central del Cauca, Popayán, Colombia, *Fondo Independencia*, serie Criminal.

Libros

Codificación nacional de todas las leyes de Colombia desde el año de 1821, hecha conforme a la ley 13 de 1912, vols. 1-3. Bogotá: Imprenta Nacional, 1924-1953.

Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidentes. Escrito en Charcas en el año de 1782. Por el Dr. Don José Gutiérrez y dado a los por el ilustre colegio de abogados de Lima en 1818. Aumentado y adicionado considerablemente en Quito, el año de 1828 por el Dr. Miguel Hervoso, abogado de Colombia, y reformado nuevamente en esta edición. Popayán: Imprenta de la Universidad, 1836.

Prensa

Gaceta de Colombia n. 44, domingo 18 de agosto de 1822.

Fuentes digitales

Actas del Congreso de Cúcuta, 1821. http://www.bdigital.unal.edu.co/4546/1116/ACTAS_DEL_CONGRESO_DE_C%3%9ACUTA%2C_1821.html.

Fuentes secundarias

Alonso Romero, María Paz. *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- Barbosa Delgado Francisco. *Justicia: rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-nación en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Berman, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge y Londres: Harvard University Press, 1983.
- Bernal Gómez, Beatriz. “El Derecho indiano, concepto, clasificación y características”, *Ciencia Jurídica* 4:7 (2015): 183- 193.
- Cajas Sarria, Mario Alberto. “Usos locales de Tratados de Legislación Civil y Penal de Jeremy Bentham en los inicios de la República”. *Revista de Derecho* 34 (2010): 22-41
- Colmenares, Germán. “El manejo ideológico de la ley penal en un periodo de transición”. En *Varia. Selección de textos*. Bogotá: TM Editores, Universidad del Valle, Banco de la República, Colciencias, 1998, 232-264.
- Cutter, Charles. “The Legal Culture on the Eve of Independence”, en *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, editado por Eduardo A. Zimmerman, Londres: University of London, 1999, 8-24.
- García Arboleda, Felipe. *Regeneración o catástrofe. Derecho penal mesiánico durante el siglo XIX en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*, tercera edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012 [1961].
- Koselleck, Reinhart. “Historia, Derecho y justicia”. En *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, 19-38.
- Londoño Tamayo, Alejandro. “El juicio por jurado en Colombia (1821-1863). Participación ciudadana y justicia penal”. Memoria para optar al grado de doctor Programa de Doctorado Estado y Sociedad en la Historia de América Universidad Complutense de Madrid Facultad de Geografía e Historia Depto. de Historia de América I Madrid, 2014.
- López Medina, Diego Eduardo y Astrid Liliana Sánchez Mejía. *La defensa de la libertad. Análisis de las relaciones entre ley, derechos fundamentales y*

derechos humanos en el sistema penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2007.

Luhmann, Niklas. *La unidad del sistema jurídico. Escritos preparatorios para El derecho de la sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Luhmann, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

Marquardt, Bernd. "Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)". *Pensamiento jurídico* 49 (2019): 13-79.

Martínez Garnica, Armando. *La Agenda de Colombia*, tomo I. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2008.

Müßig, Ulrike. "Juridification by Constitution. National Sovereignty in Eighteenth and Nineteenth Century Europe". En *Reconsidering Constitutional Formation I National Sovereignty. A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution*, editado por Ulrike Müßig. Basel: Springer, 2018, 1-92.

Ortego Gil, Petro. "La justicia letrada mediata: los asesores letrados". *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 22 (2010): 438-484.

Panateri, Daniel. "Las Siete Partidas: entropía, control y variación. Un itinerario histórico-político de su existencia". *Conceptos Históricos* 2: 2 (2016): 154-187.

Portillo, José María. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México D. F.: El Colegio de México, 2016.

Roth, André-Noel. "La génesis del Estado republicano en Colombia: Elementos para una historia social de la administración pública". *Cuadernos de Historia del Derecho* 13 (2006): 281-296.

Salvat Monguillot, Miguel. "Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX (Estudio y Bibliografía)". En *Homenaje a Guillermo Feliú Cruz*, editado por Mauricio Amster. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1973, 905-918.

Tau Anzoátegui, Víctor. "La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano". En *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento*.

Doctrina. Mentalidad. Munich: Max Planck Institute for European Legal History, 2016, 97-146.

Teubner, Gunther. *El Derecho como sistema autopoiético.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017 [1989].

Toro Silva, Carlos Alberto, “Interpretaciones de las garantías constitucionales ante el proceso penal. Un estudio sobre el reconocimiento de la Constitución de Cúcuta (República de Colombia, 1821-1830)”, en Bernd Marquardt, David Llinás y Juan F. Romero (eds.), *La Constitución de Cúcuta en su contexto. Transformación del sistema y nacimiento de la familia constitucional hispanoamericana. Anuario X de constitucionalismo comparado*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021, 525-557.

Uribe-Urán, Víctor Manuel. “Juristas, sociedad, independencia y Estado en la Nueva Granada, 1790-1830”. En *Juristas de la independencia*, editado por José María Pérez Collados y Samuel Rodríguez Barbosa. Madrid: Marcial Pons, 2012, 159-204.

Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Panamericana, 2010 [1987].

Vallejo, Jesús. “Acerca del fruto de árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *Ius Commune*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998): 19-46.

Vélez Rendón, Juan Carlos. “El establecimiento local de la administración de justicia en Antioquia, 1821-1853. El difícil cumplimiento de una promesa republicana”, *Anuario colombiano de historia social y de la cultura* 40: 1 (ene.-jun. 2013), pp. 113-143.

Narrativas de la conciliación que se resisten a que el viento se las lleve

Narratives of Mediation that Resist the Wind to Take them

Harbey Peña Sandoval

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2022

Fecha de aprobación: 20 de junio de 2022

RESUMEN

En el contexto de la crisis de la pandemia a causa del COVID-19, se analizarán las historias que ha creado la conciliación a partir de la disciplina del derecho, entre las cuales se encuentran las narrativas del derecho, la ley y la burocracia. En contraposición a los anteriores discursos y con el ánimo de superar la crisis presentada, se propondrán algunas alternativas para el desarrollo de ésta como lo son la conciliación desde la perspectiva de la paz y la resolución de conflictos, la profesión liberal y la informalidad.

Palabras clave: conciliación narrativa, escuela narrativa de mediación, teoría narrativa de paz y resolución de conflictos, métodos de resolución de conflictos, narrativas del derecho.

ABSTRACT

Within the context of the Pandemic caused by COVID-19, this paper analyzes the stories that mediation has created in the field of law, such as the narratives of the field of law, the law, and bureaucracy. With the aim to overcome the former crisis, some counternarratives like mediation from the perspective of peace and conflict resolution, liberal practice, and informality will be presented for the development of mediation.

Keywords: narrative mediation, narrative approach of mediation, narrative peace theory, conflict resolution, alternative dispute resolution, narratives of law.

INTRODUCCIÓN

Al contrario de lo que sucede en la famosa novela de Margaret Mitchell, *Lo que el viento se llevó*, por un poco más de treinta años la conciliación en Colombia ha construido narrativas que se resisten a transformarse y dar paso a una nueva era de esta en el tiempo que vendrá después de la pandemia del COVID-19. En este artículo, se analizarán las historias que ha creado la conciliación a partir de la disciplina del derecho. También, se propondrán algunas alternativas para el desarrollo de ésta, desde la perspectiva

narrativa de paz y resolución de conflictos. En primer lugar, se describen tres narrativas de la conciliación: el derecho, la ley y la burocracia. Con base en lo anterior, se presentan sus características, que se entienden petrificadas en el entorno cultural. Más adelante, se analizan algunos significados de las crisis, en general, con énfasis en su función de cambio. Posteriormente, se examina, en concreto, la COVID-19 como la situación que expuso la crisis de la conciliación en Colombia. En este contexto, se revisan las posibles barreras para la transformación de tales historias. Con ello, se estudia la probable continuidad de éstas en la conciliación. Con fundamento en lo anterior, se proponen versiones alternativas desde la disciplina de la paz y la resolución de conflictos, la profesión liberal y la informalidad como contra narrativas a los discursos tradicionales. Finalmente, se invita a reflexionar con base en algunas preguntas relacionadas con los temas tratados en este artículo.

1. LAS NARRATIVAS DE LA CONCILIACIÓN

La escuela narrativa de resolución de conflictos es una corriente que propone teorías, prácticas e investigaciones para el análisis, la intervención y resolución de los conflictos. Su campo de acción incluye la prevención, el manejo, la resolución y reconciliación. La disciplina narrativa sostiene que los conflictos se desarrollan como historias que a su vez se insertan en otras narrativas que conforman la cultura. Las narrativas de las personas se basan en metanarrativas y discursos que los grupos sociales tienen. Una metanarrativa es una regla o norma que una comunidad determinada construye sobre qué es el mundo y cómo debería ser (Tannen, 2008, pág. 209). En consecuencia, las metas narrativas se convierten en ideales a seguir por los integrantes de un grupo social y, a su vez, este último crea una expectativa en la que las personas deben ceñirse a la metanarrativa. Por su parte, Cobb *et al* (2019, pág. 3), citan a Foucault (1982) y mencionan que el discurso hace referencia al sistema de palabras que se usa como una forma de hablar y dar sentido o significado que es asociado con un grupo de prácticas. Winslade & Monk (2008, pág. 5) también citan a Foucault (1972, 1978, 1980, 2000) y afirman que el discurso es una práctica social repetitiva por la cual las personas forman su comprensión del mundo en el que viven. Esta comprensión orienta, al mismo tiempo, las prácticas lingüísticas y comportamentales de los sujetos. Con todo ello, el discurso sirve para que las personas interioricen las normas sociales y establezcan entendimientos dados por sentados sobre cómo es el mundo. Estos dos tipos de narrativas están presentes en todos los campos de acción humana y la conciliación no es la excepción.

Una vez revisados los conceptos de metanarrativa y discurso, se presentan algunos ejemplos de las narrativas que se han construido en la cultura de la conciliación en Colombia. Estas metanarrativas y discursos se han convertido en las bases

sobre las cuales se han establecido los marcos conceptuales y de acción de los actores de la conciliación. Dichos actores son, entre otros: los conciliadores, los centros de conciliación, los docentes de conciliación, las autoridades que tienen funciones de conciliación, la sociedad civil. Las narrativas de la conciliación no solo son el lenguaje de ésta, también, constituyen el paradigma sobre el cual gravita el denominado Sistema Nacional de Conciliación (Peña Sandoval, 2012).

1.1. La narrativa del derecho

La primera narrativa es la del derecho. En ella, se vincula a la conciliación como un método nacido de tal disciplina. Esta historia del derecho se compone de otras que tejen el entramado de la cultura de la conciliación desde la perspectiva jurídica. Una narrativa con N mayúscula o subnarrativa, perteneciente a este grupo, es la justificación para implementar la conciliación en el escenario judicial con el fin de lograr su descongestión. En otras palabras, cuando se habla del método, los operadores de éste suelen asociarlo con lo que ellos llaman un beneficio o efecto positivo de descongestión judicial. Desde el inicio de la institucionalización de la conciliación en Colombia, en 1991, con la ley 23 titulada “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones” y otros documentos del Ministerio de Justicia (1992) y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (1993), se evidencia la narrativa de la conciliación como instrumento de descongestión. Ésta sigue muy presente en la conciliación, en ámbitos como la enseñanza en las universidades (Universidad Industrial de Santander, 2020), documentos oficiales de la judicatura (Consejo Superior de la Judicatura & Confecámaras, 2020), en el entendimiento de los jueces (Serrato Valdes, 2020) y en el marco de referencia de las autoridades públicas (Procuraduría General de la Nación, 2020).

Otra narrativa del derecho es la conciliación como justicia alternativa. Ésta es, al mismo tiempo, una metanarrativa que ofrece una posición a los conciliadores como operadores de segundo orden debajo de la justicia ordinaria. Sostiene que el camino principal para la resolución de disputas importantes es el proceso judicial y relega a la conciliación a atender otros conflictos. En palabras del Ministerio de Justicia y del Derecho (1995, pág. 110), “la utilización de la estratégica de los métodos alternativos ha de permitir la realización del principio de “relevancia judicial”, conforme al cual la jurisdicción pública debe reservarse para aquellos casos que por su importancia social y jurídica realmente ameritan su intervención.” También, esta narrativa puede haber llevado a que la ubicación de la conciliación sea de contención y filtro frente al sistema de justicia. Es decir, los ciudadanos deberían arreglar sus disputas por conciliación y solamente aquellos casos en donde no se logre llegarían al conocimiento del juez. Esto también podría reforzar la narrativa de la conciliación como requisito de procedibilidad.

Sumado a lo anterior, la narrativa del derecho considera a la conciliación como una forma de acceso a la justicia. En pocas palabras, la conciliación es una forma más de justicia, la cual se suma a la justicia ordinaria. Por ende, donde se encuentre un conciliador se asimila como una puerta de entrada al sistema de justicia. En consecuencia, el gobierno nacional, en Colombia, presenta los avances del acceso a la justicia, e incluye a los conciliadores (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020). La narrativa del acceso a la justicia podría estar orientando la toma de decisiones de las políticas del gobierno nacional y los gobiernos locales; por ejemplo, para llevar la justicia al ciudadano, la conciliación podría entenderse como un instrumento de menor costo y mayor movilidad en comparación con los juzgados. Un fundamento importante de esta narrativa es la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que —al examinar la constitucionalidad de algunos artículos de la ley 446 de 1998 y la ley 640 de 2001, en materia de requisito de procedibilidad— estableció que la conciliación no es una limitante al acceso a la justicia ya que hace parte de esta (Peña Sandoval, 2020).

Otros ejemplos de las narrativas del derecho son la comprensión de los conflictos como sinónimos de problemas jurídicos, la aplicación de los principios y todas las fuentes del derecho como criterios para resolver los conflictos, y el lograr acuerdos con efectos reconocidos por el derecho, como finalidad de la conciliación. Las narrativas anteriores invitan a los conciliadores a que se enfoquen en las dimensiones jurídicas de los conflictos de las partes trasladando para ello los marcos de lectura y análisis de estos enseñados en las facultades de derecho. En la práctica, los conciliadores intervienen haciendo preguntas para obtener información que es relevante para el derecho, evalúan las opciones de las personas con base en la legitimidad de sus reclamaciones frente al derecho y proponen fórmulas de arreglo derivadas del derecho. Sobre esta última narrativa, los conciliadores consideran que, para que un acuerdo sea justo, se deben aplicar fórmulas consagradas en las normas. En el mismo sentido, los acuerdos conciliatorios no están simplemente limitados a ser conformes a derecho. Su finalidad es que estos tengan efectos y sean reconocidos por el sistema jurídico. Así las cosas, un conflicto que no tiene relevancia y cuyo acuerdo no incluya obligaciones claras, expresas y exigibles, no sería viable por la imposibilidad de ejecutoria por una autoridad judicial.

Un caso más es la narrativa del derecho que coloniza las temáticas de la conciliación con el lenguaje técnico de las especialidades de la ciencia jurídica. De esta manera, subordina el liderazgo de la segunda sobre la primera. Un ejemplo de lo anterior es que, en los conflictos de insolvencia de personas naturales no comerciantes, una clasificación en sí ajena a la conciliación, las narrativas de las iniciativas legislativas, y la docencia, provienen del derecho comercial, financiero o empresarial. Esta narrativa también se traslada a los conflictos sobre el uso y la tenencia de la tierra donde el derecho agrario define el sentido de la conciliación. De igual manera,

en materia de una conciliación por medios virtuales, las discusiones, debates y agendas temática son marcadas por los tecnicismos sobre los mensajes de datos, el comercio electrónico y su ordenamiento jurídico. La narrativa de la complejidad del lenguaje jurídico conlleva a que los marcos conceptuales sean determinados por las especialidades sofisticadas del derecho. En consecuencia, se relega la narrativa propia de la conciliación en el marco de la paz y la resolución de conflictos.

1.2. La narrativa de la ley

Un segundo grupo de narrativas de la conciliación son las que emergen del ordenamiento jurídico y trasladan sus reglas y lógica a la conciliación. Esta narrativa de la ley integra varias subnarrativas; la primera de ellas es que la conciliación nace o es creada a partir de la ley. La génesis de la conciliación emana de la consagración legal del método. En Colombia, se tiende a pensar que la conciliación existe gracias a la ley 23, expedida en marzo de 1991. Incluso, debido al proceso de constitucionalización del derecho, se asume que la conciliación nace de la Constitución Política promulgada en julio de 1991. Otra narrativa de este tipo es la que une la historia de la conciliación y su evolución al marco normativo vigente; es decir, el método es conocido y examinado a partir de épocas conforme a las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 640 de 2001, por nombrar sus principales leyes. Esta narrativa crea los hitos históricos de la conciliación y los ubica en una línea de tiempo que es reflejo exclusivo del ordenamiento jurídico. Con lo anterior, la historia de la conciliación se convierte en la historia de la ley. En conexión con lo anterior, se ha creado una narrativa por la cual los operadores, especialmente los conciliadores, consideran que les está permitido hacer solo lo que la ley dice. El ejercicio de los conciliadores está limitado a la literalidad de las normas y sus actos tienen significado si una norma los valida. A manera de ejemplo, antes de 2020 no se realizaban masivamente conciliaciones virtuales porque se pensaba que no existía un marco jurídico expreso que lo autorizara. Por consiguiente, el conciliador estaba más interesado en la autorización legal de sus actos que en el desarrollo de la actividad conciliadora. Los campos de aplicación de la conciliación también han estado atados a la existencia normas que lo habiliten. Tal es el caso de la conciliación en tránsito, insolvencia y en asuntos de lo contencioso administrativo.

Otro caso de la narrativa de la ley es la que encamina a entender que los problemas de la conciliación se solucionan con reformas legislativas. Los fenómenos sociales de la conciliación son percibidos como situaciones que derivan de las normas. Por lo tanto, si la causa es la ley, el remedio está en la modificación de esta. Una muestra de esta narrativa es la conciliación a prevención. En el 2001, se buscaba ampliar la conciliación. Con este fin, se autorizó a los conciliadores para tener las audiencias en sus oficinas. Al presentarse algunas quejas de los

usuarios frente al manejo de los conflictos de interés, junto a la preocupación de los centros de conciliación porque se estaban realizando más conciliaciones por fuera de sus instalaciones, se decidió reglamentar esta situación y limitar sustancialmente la conciliación a prevención. Consecuentemente, la narrativa asume el problema, y su solución, con el dualismo autorización-prohibición. Sin embargo, elementos como la ética del conciliador, la sostenibilidad de los centros, el acceso de las personas a la conciliación, se dejan por fuera. Una narrativa adicional es el dominio de los debates de la conciliación en torno a la ley. Aun cuando existen muchas temáticas en la conciliación, los aspectos teóricos, prácticos y de investigación son unidimensionales, puesto que la mayoría son de tipo jurídico. Esta narrativa promueve que los operadores de la conciliación en Colombia sostengan discusiones sobre las normas, su interpretación y aplicación. Esta narrativa se evidencia en los congresos y seminarios en los cuales usualmente los temas de las agendas son sobre el derecho y los asistentes también se interesan y preguntan por temas normativos. Las dudas de los participantes suelen ser sobre cómo anular las actas de conciliación, el factor territorial de la “jurisdicción” de la conciliación, la validez de las excusas de inasistencia a la audiencia, el agotamiento del requisito de procedibilidad y, actualmente, los tipos de firmas válidas en las conciliaciones virtuales.

1.3. La narrativa de la burocracia

El tercer y último tipo de narrativas son las de la burocracia. Estas narrativas promueven la formalidad y rigidez de la conciliación. La burocracia lleva a que los operadores de la conciliación privilegien el procedimiento o etapas de la conciliación por escrito. Por ejemplo, la solicitud debe ser por escrito, se deben presentar las pruebas que se tengan, los conciliadores citan por escrito, las narrativas deben ser sustentadas con evidencias y los resultados deben quedar registrados en actas o constancias. La narrativa de la burocracia ha llevado a que se privilegien ciertos conocimientos y se promuevan determinadas habilidades. Además, los conciliadores terminan más preocupados en seguir los formatos y contenidos exigidos de las actas de conciliación para que sean validadas en otros escenarios, especialmente el judicial. En este mismo orden de ideas, los procesos de educación continua se enfocan en talleres de elaboración de actas. En ellas, el conciliador afina su entrenamiento para que los documentos que elabora no tengan errores jurídicos. Esta narrativa también ha llevado a que la conciliación esté centrada en los efectos jurídicos de los documentos y para ello se exige el registro de estos. La voluntad de las partes está sometida a que el acta quede bien elaborada y que el registro se haya cumplido como lo indica el protocolo. Éste último, antes era por escrito con anotaciones y sellos. Ahora, se hace de manera electrónica. En uno y otro caso, la burocracia se impone con una narrativa que privilegia la forma. Por último, esta narrativa lleva a que los diferentes actores

de la conciliación inventen formalidades que no son necesarias y que, inclusive, la ley no exige. Este es el caso de las firmas de las partes. Se ha exigido que éstas sean consignadas en las actas sin que haya obligación legal. La tabla 1 resume las narrativas del derecho, la ley y la burocracia.

Tabla 1. Narrativas de la conciliación.

Narrativa	Subnarrativa
Derecho	La conciliación sirve para descongestionar la justicia.
	La conciliación es una forma de justicia alternativa.
	La conciliación es un mecanismo de acceso a la justicia.
	La conciliación debe enfocarse en resolver los problemas jurídicos.
	Para saber de conciliación se debe ser experto en una especialización del derecho.
Ley	La conciliación nace de la ley.
	A los conciliadores sólo les es permitido lo que la ley les autoriza.
	Las problemáticas de la conciliación se solucionan con reformas normativas.
	Los debates y temas de interés de la conciliación están basados en el ordenamiento jurídico.
Burocracia	Se privilegia lo escrito sobre lo oral.
	El buen conciliador es aquel que sabe elaborar actas y constancias
	Lo importante son los efectos jurídicos de la conciliación
	Se privilegian las formalidades del procedimiento sobre el fondo de la resolución del conflicto

Fuente: elaboración propia.

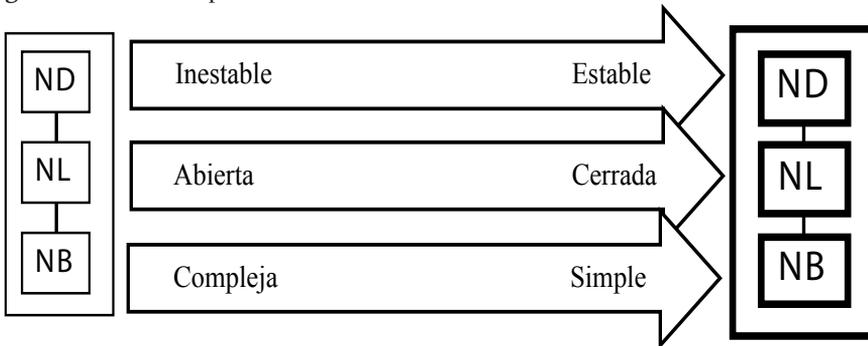
Existen más narrativas que dibujan el marco cultural de la conciliación. El discurso principal proviene de la disciplina del derecho y las metanarrativas desarrolladas sobre el derecho, la ley y la burocracia crean identidades en las personas que trabajan en conciliación. En consecuencia, las narrativas crean realidades en las personas y configuran su percepción, mentalidad y consciencia que se van consolidando con el tiempo.

2. PROCESO DE PETRIFICACIÓN DE LAS NARRATIVAS DE LA CONCILIACIÓN

Las narrativas del derecho, la ley y la burocracia se han establecido en la cultura de la conciliación en Colombia. Estas narrativas han desarrollado un proceso de consolidación o petrificación en el contexto de conciliación. A partir de lo afirmado

por Cobb (2013, págs. 51-52), sobre el proceso de estabilización de las narrativas, se puede entender que las narrativas inician inestables, abiertas y complejas. Luego, con el tiempo, se convierten en estables, cerradas y simples. La inestabilidad hace referencia al significado de los eventos, los cuales se vuelven menos accesibles y crece su densidad. Como en todas las narrativas, la trama, personajes y moralidad de las historias se refuerzan a falta de cuestionamiento, reflexión y nuevos significados. Así las cosas, las historias se vuelven conocidas y familiares. Ello estabiliza la narrativa. Lo mismo sucede con la apertura. Al inicio, se puede contar con muchas voces que aporten desde diferentes perspectivas. No obstante, si los actores son los mismos, coinciden sus supuestos y el lenguaje empieza a cerrarse, dado que solo participan los mismos actores bajo el mismo paradigma. Otro fenómeno es el de la simplificación debido a la falta de diálogo con otros, dado que las narrativas complejas con significados variados refuerzan su coherencia cuando los personajes comparten el sistema de valores que los cohesionan. La figura 1 representa el proceso de petrificación de las narrativas.

Figura 1. Proceso de petrificación de las narrativas en la conciliación.



Legenda: Narrativa del derecho (ND); Narrativa de la ley (NL); Narrativa de la burocracia (NB).
Fuente: elaboración propia basado en Cobb (2013, pp. 51-52).

Al aplicar el modelo de petrificación de las narrativas, al inicio de los años 90, en Colombia, se podría entender que las narrativas del derecho, la ley y la burocracia eran inestables, abiertas y complejas. Las primeras generaciones de conciliadores tuvieron debates sobre la posibilidad de administrar justicia por particulares, la resolución de conflictos por personas que no estuvieran investidas de autoridad. En ese entonces, la formación de los conciliadores estaba más enfocada en las habilidades de intervención, se elaboraban actas de conciliación sin una norma que les indicara su contenido, el procedimiento se adelantaba sin estar reglamentado, los efectos del acuerdo conciliatorio se entendían perfeccionados cuando se conjugaban las voluntades de las partes, no existían plazos para elaborar los documentos o adelantar la conciliación, y la conciliación no era una condición para interponer una demanda. Al iniciar el 2002, la conciliación empieza su

tercera época de consolidación. En ese momento, las narrativas se crean desde y para el derecho. Con ello, se ha configurado una dimensión jurídica que solo se ve a sí misma y no dialoga con otras disciplinas. En otras palabras, los supuestos de la conciliación no se ponen en duda, se convirtieron en verdades dogmáticas.

El discurso del derecho y las metanarrativas del derecho, la ley y la burocracia han creado un paradigma en la conciliación. Esta perspectiva limita e invisibiliza otra dimensión de la conciliación como es la paz y la resolución de conflictos. Una oportunidad para transformar las narrativas de la conciliación puede ser el cambio que genera la crisis. Este punto se revisará a continuación.

3. LAS CRISIS Y SU FUNCIÓN GENERADORA DE CAMBIOS

Sturm & Mülberger (2012, págs. 425-426) hacen un recuento del significado y evolución de la palabra 'crisis'. Aclaran que, en su origen griego, la palabra crisis era utilizada en la medicina y las fuerzas militares. Significaba un punto de inflexión o una etapa crucial dentro de una enfermedad o enfrentamiento bélico; es decir, un evento en el cual se hace evidente el desenlace hacia la recuperación o muerte en el primer caso, o de victoria o derrota en el segundo (Cortés Gabaudan, 2011). En consecuencia, la palabra adquiriría un sentido de culminación o decisión frente a las alternativas de conclusión. Posteriormente, en la Ilustración, el término tiene un sentido más amplio y se usa en la economía, la política, la sociología y la psicología, en este último caso para significar un conflicto con una carga emocional. A diferencia de la antigua Grecia, el término se asocia a situaciones de duración prolongada en el tiempo o permanentes. Por ejemplo, las crisis económicas eran consideradas como parte de un ciclo en donde éstas se presentaban, terminaban y volvían a surgir (Kosellek, 1982; Masur, 1968).

Un punto importante, resaltado por Sturm & Mülberger (2012, págs. 425-426), es que a la palabra crisis, en su contexto económico, no solamente se le asignan significados de amenaza, sino también efectos positivos. Para ejemplificar lo anterior, los citados autores mencionan que Marx señaló que las crisis son importantes para el desarrollo de la historia humana porque destruyen los productos existentes y las antiguas fuerzas productivas. También afirman que a partir de Kennedy, en la política, el vocablo crisis se utiliza con dos significados: peligro y oportunidad. Lo anterior se deriva de la palabra china equivalente a crisis en la cual, además de una esperanza, se espera que una crisis tenga efectos de mejora.

Sumado a lo anterior, de acuerdo con los mencionados autores, en la actualidad, la palabra crisis está asociada con la teoría científica de Thomas Kuhn (1962,

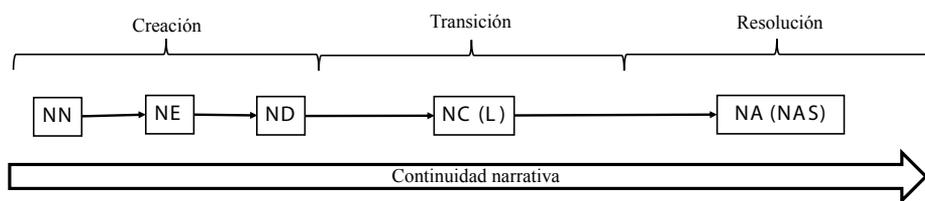
1970). De acuerdo con este autor, las revoluciones son precedidas por una crisis en un paradigma científico dominante. En este sentido, la crisis es solucionada por medio de una revolución. Dos elementos resaltan de este concepto. El primero es que los científicos casi nunca reconocen los estados de crisis en su disciplina. Es decir, parecen presentarse unas limitaciones al autodiagnóstico de las crisis en los propios actores. La segunda es que las crisis implican la acumulación de anomalías significativas. Esto último aplicado a la ciencia, significaría que el núcleo de una crisis radica en la discrepancia entre la teoría y los datos del fenómeno en cuestión, lo cual lleva a un colapso técnico.

Existen ejemplos de crisis en el campo financiero, de derechos sociales y en los sistemas políticos. De acuerdo con lo sostenido por Gervais (1997), las crisis financieras están relacionadas con las transformaciones políticas y democráticas. Sin embargo, en el caso de Nigeria, la crisis económica de 1983 llevó a una reforma a inicios de la década de los 90. Los anteriores ajustes pusieron en juego los beneficios de los grupos organizados y los privilegios de las clases políticas tradicionales. Los acuerdos logrados, entre diferentes sectores, reestablecieron el equilibrio político. No obstante, las nuevas personas en el poder no se distinguieron de sus predecesores en los aspectos fundamentales para la equidad económica. En el mismo sentido, se pronuncian Yerkes & van der Veen (2011) al estudiar la afectación de los derechos sociales en el Estado de derecho holandés donde encontraron que las crisis económicas produjeron cambios en las políticas y las instituciones a través de cortes en los gastos y reestructuraciones. Lo anterior sucedió en las crisis de los años 70, 80 y posteriormente en 2008 y 2009. También, para Gasiorowski (1989), los sistemas políticos sufren cambios por las crisis financieras.

Hasta esta sección de este artículo, se tiene que el término crisis incluye significados como un punto de inflexión, contiene el dualismo peligro-oportunidad y puede ser la causa de un cambio de paradigma. Las acepciones anteriores parecen estar recogidas en la definición del Diccionario de Oxford citado por Van Young (2007, pág. 23). Según dicha referencia, es un estado decisivo o vitalmente importante en el progreso de cualquier cosa, un punto de giro o, también, un estado de las cosas, en el cual se presenta un cambio decisivo para mejorar o empeorar. Este significado de crisis es aplicado en la actualidad en momentos de dificultad, inseguridad y suspenso en la política o el comercio.

Se debe tener en cuenta que una crisis representa una narrativa con unas etapas marcadas por los momentos de peligro-oportunidad-resolución. Para ello, se toma como base el modelo de Van Young (2007, pág. 30). Al respecto, en la Figura 2 se presenta el modelo de la crisis con algunos ajustes al lenguaje narrativo de paz y resolución de conflictos.

Figura 2. Modelo de la crisis



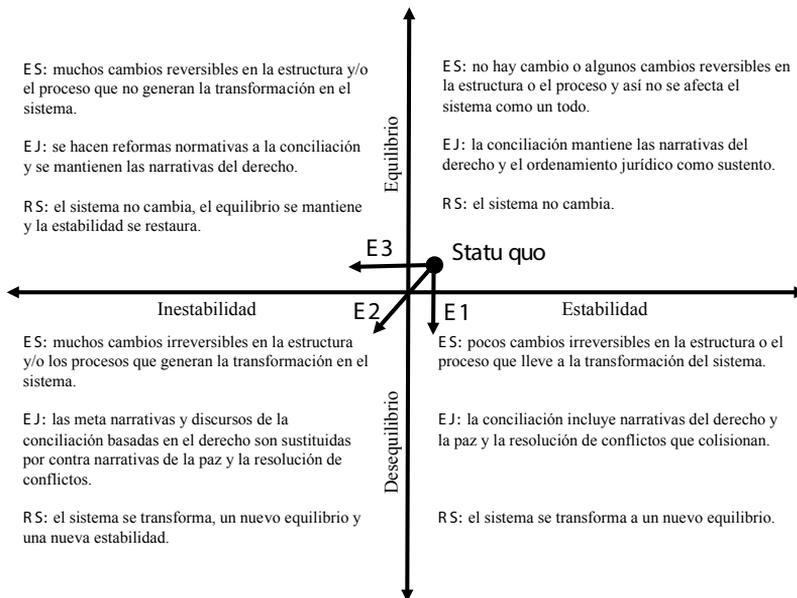
Legenda: Narrativa de la normalidad (NN); Narrativa de estrés (NE); Narrativa de desequilibrio (ND); Narrativa de la crisis (NC); Liminal (L); Narrativa alternativa (NA); Nueva alineación social (NAS).
Fuente: elaboración propia y ajustada basada en Van Young (2007).

El modelo de Van Young (2007, pág. 30) describe las tres etapas de una crisis que, desde la perspectiva narrativa, se crean a partir de colisiones de las historias que generan un desequilibrio en la trama, los personajes y la moral. A ésta le sigue una transición, entendida como los eventos propios de la problemática escalada y la resolución con el cambio de paradigma y sus narrativas. Por medio de la aplicación de este modelo, a la conciliación, se podría entender que las narrativas del derecho, la ley y la burocracia han establecido una historia a partir de 1991 en donde la conciliación es un mecanismo alternativo y transitorio de administración de justicia, para la descongestión judicial y el acceso a la justicia, que resuelve problemas jurídicos. El estrés inicia con la expedición de la ley 640 de 2001 donde se crea un modelo más estable, cerrado y simple de la conciliación, que lleva las mencionadas narrativas a un nivel más alto de formalización e institucionalización. En este contexto, se presentan dos detonantes de la crisis y posterior desequilibrio en las narrativas de la conciliación como fueron las sentencias de la Corte Constitucional C-893 de 2001 y C-1195 de 2001 en las cuales la disciplina del derecho evalúa la conciliación como requisito de procedibilidad y la competencia en materia laboral, civil, familia y en asuntos de lo contencioso administrativo expidiendo decisiones contradictorias. La narrativa de la crisis que es liminal se puede ilustrar con la incapacidad de respuesta de la conciliación a problemáticas como la construcción de paz en zonas de postconflicto. Encuentra su punto culmen con la pandemia del COVID-19, la cual desnuda la crisis generada por las narrativas mencionadas. La siguiente etapa estaría determinada por las narrativas que la conciliación adopte como solución a su crisis después de la pandemia. Este último punto se explorará más adelante.

Desde la perspectiva de las relaciones internacionales, James & Brecher (2018, págs. 20-22) afirman que las crisis están basadas en los sistemas y subsistemas internacionales que pueden ser clasificadas en dos categorías: procesos y estructuras de interacción combinadas. Dentro de las primeras, se entienden las crisis como

puntos de giro en los cuales ocurre un periodo intenso inusual de interacciones conflictivas. Un ejemplo de esto se encuentra en la conceptualización de Azar (1972), quien afirma que las crisis son interacciones ubicadas por encima del rango de las relaciones normales. En la segunda, las crisis son caracterizadas como cambios básicos en los procesos que puede afectar variables estructurales de un sistema. Citando la definición de Young (1968), los mencionados autores sostienen que una crisis es un proceso de interacciones en las cuales se perciben altos niveles de intensidad, en relación con el flujo de ordinario de los eventos, que puede tener implicaciones para el sistema o subsistema. James & Brecher (2018, págs. 20-22) también mencionan que, en los sistemas, las crisis crean cambios que no necesariamente requieren saltos. No obstante, los casos que sean el resultado de eventos acumulados, no son consecuencia de una crisis. Los citados autores proponen un modelo para analizar las crisis teniendo como ejes el equilibrio y la estabilidad. Este modelo aplicado a la conciliación es presentado en la Figura 3.

Figura 3. Vínculos de los atributos del sistema.



Leyenda: ES (estado del sistema); EJ (ejemplo); RS (resultado del sistema); E (escenario).
Fuente: James & Brecher (2018, pág. 19) con adiciones, un diseño diferente y modificado en el ejemplo.

De acuerdo con la figura anterior, la conciliación como sistema entendido, por la mayoría de sus operadores, como perteneciente a la justicia, tiene unas narrativas del derecho, la ley y la burocracia que han creado un *statu quo* (cua-

drante superior derecho). En él, la conciliación está inmersa en un paradigma basado en los discursos del derecho. En los términos del modelo de James & Brecher (2018, págs. 20-22), el sistema no cambia porque no hay variaciones, o las que se presentan no transforman la estructura. Frente a dos casos que se han mencionado anteriormente, la primera es la crisis de la falta de respuestas efectivas de la conciliación frente a la resolución de conflictos en las zonas de postconflicto en Colombia; la segunda es la crisis del COVID-19 que impone el distanciamiento social. Al aplicar el modelo de los vínculos de los atributos del sistema, se podrían interpretar dos manejos diferentes. En el caso de la resolución de conflictos en zonas de postconflicto por medio de la conciliación, esta parece moverse al escenario 1 (cuadrante inferior derecho) en donde a las narrativas del derecho se le suman las narrativas de la paz y la resolución de conflictos. Por lo tanto, se justifican los vínculos teóricos y prácticos entre la conciliación y la paz. Lo anterior se puede entender como una forma de recuperar el equilibrio con pocos cambios irreversibles. Con respecto a la pandemia, ésta es abordada en el escenario 3 (cuadrante superior izquierdo) en el cual se restaura la inestabilidad con la expedición de un marco normativo durante la crisis, en particular, la autorización de las conciliaciones virtuales por el decreto 491 de 2020.

En relación con la conciliación, se propone que el escenario 2 (cuadrante inferior izquierdo) sea el marco sobre el cual los integrantes del Sistema Nacional de Conciliación en Colombia enfrenten la crisis de la conciliación que viene desde hace un tiempo atrás y que hizo catarsis con la pandemia del COVID-19. Como lo indica el modelo, las narrativas del derecho deberían ser sustituidas por las narrativas de la paz y la resolución de conflictos para que el sistema se transforme y de paso a un nuevo paradigma. Si lo anterior no sucede, se entendería que la conciliación no cambiaría en su estructura. Por consiguiente, con las modificaciones superficiales que se introduzcan, continuaría con la misma trama que viene construyendo basada en la narrativa del derecho.

La pandemia del COVID-19 puede ser entendida como el evento crítico que expuso la crisis de las narrativas de la conciliación. A continuación, se revisa la crisis particular del COVID-19 desde la perspectiva narrativa.

4. LA CRISIS DEL COVID-19, SUS NARRATIVAS E IMPACTO EN LA CONCILIACIÓN

Es conocido que la humanidad ha estado expuesta a pandemias a lo largo de la historia. Sin embargo, de acuerdo con Gössling *et al* (2020), en los últimos siglos éstas han aumentado por la globalización. Los mencionados autores hacen un recuento de las principales pandemias del siglo XX: la primera fue la

gripe española o influenza entre 1918 y 1919; la segunda fue la gripe asiática en 1957; y la tercera fue la gripe de Hong Kong en 1968. En el presente siglo, se han presentado la SARS en 2003, la gripe aviar en 2009, el Síndrome respiratorio del medio oriente -MERS- en 2012, el Ébola entre 2013 y 2014 y la COVID-19, a partir de 2020.

Los virus tienen sus propias narrativas, construidas socialmente. Schell (1997, pág. 95) hace un extenso análisis de las narrativas asociadas a estos. En sus trabajos, se resalta que la temática de los virus es importante; tal como lo dice el libro de Ann Giuididi Fettner *Viruses: agents of change*, “hoy es el día de los virus”. Shell (1997, pág. 95) también caracteriza la narrativa de los virus de la siguiente manera: el virus emerge como un ser, extraño, peligroso, depredador, primitivo, hambriento, es una amenaza externa, quiere romper las fronteras nacionales, desea romper el orden social. Representa el cambio social, un cambio aterrador y enorme y la respuesta de los seres humanos es reaccionaria a la posibilidad de cambio. La citada autora menciona que el discurso de los virus es una historia del otro que recuenta una narrativa de prejuicios que justifica las prácticas excluyentes y de vigilancia, la cual, muchas veces, se fundamenta en el conocimiento médico y es insostenible políticamente. Igualmente, argumenta Shell (1997, pág. 97) que la narrativa de los virus absorbe y concentra la percepción de peligro. También desvía la atención de otras situaciones como el calentamiento global, el holocausto nuclear, el hambre, las enfermedades. Dicho de otro modo, los virus se convierten en la única fuente de peligro contra la raza humana y los otros problemas son relegados a la periferia.

Shell (1997, pág. 103) también enfatiza el uso de la narrativa geográfica como herramienta para contar las historias de los virus, antes enfocados en su origen en África. No obstante, en el caso del COVID-19, la geo-narrativa ha tenido un desarrollo mayor informando la ubicación de las personas que han dado positivo en las pruebas, las personas fallecidas y las recuperadas. De esta manera, se crea una sensación de proximidad. Otro aspecto para tener en cuenta, en las narrativas de los virus, son las metáforas que se utilizan y la consolidación de las denominadas verdades narrativas de los virus. A manera de ejemplo, se concentran en el tráfico como medio de transmisión y la higiene como medida preventiva.

Sumado a lo anterior, desde el punto de vista narrativo de la resolución de conflictos, algunas características de las historias creadas por la COVID-19 podrían ser las siguientes: (i) la pandemia actual da la sensación de unidad de la humanidad para hacer frente a una guerra contra el virus; (ii) nadie es inmune hasta tanto se aplique una vacuna efectiva y en el intervalo de tiempo, se hace un llamado a la solidaridad. Esta distinción del conflicto y la persona recuerda el supuesto narrativo en cual la persona es la persona y el problema es el problema (Winslade & Monk, 2008, pág. 14). La narrativa del COVID-19 se presenta como una amenaza

a los aspectos más importantes para los seres humanos como la vida, la salud, la economía, las familias, el trabajo, las relaciones sociales, etc. Pareciera que las personas deben escoger qué priorizar. En este sentido, se dan tensiones entre las narrativas de diferentes grupos. Esta situación concuerda con la definición de conflicto en la que este se entiende como una colisión de normas culturales (Winslade & Monk, 2008, pág. 12). Otra característica de las narrativas del COVID-19 es su ausencia de fronteras. Los límites territoriales de los Estados no pueden proteger a sus ciudadanos de la pandemia. Por consiguiente, se podría afirmar que la mayoría de las personas han participado en el tejido de estas narrativas porque estas ingresaron a los hogares sin tocar la puerta. Además, los medios de comunicación como las redes sociales, noticieros, periódicos y otros se han dedicado casi que con exclusividad a reproducir e intensificar las narrativas de la pandemia. Con lo anterior, el lenguaje se convierte en el medio para narrar las experiencias de las personas con el virus y así dar significados a sus vidas (White & Epson, 1990, pág. 12).

Otro elemento para considerar, en las narrativas del COVID-19, es su capacidad para movilizar las emociones de las personas, en especial el miedo, la incertidumbre, la amenaza, la inseguridad. Por consiguiente, puede ser que estas opaquen emociones positivas como la esperanza, la inspiración, la serenidad y la gratitud. La relación entre las emociones y los conflictos ha sido ampliamente estudiada. Uno de los aspectos para tener en cuenta es la influencia de las narrativas en las emociones que se expresan en determinadas situaciones. Éstas, a su vez, refuerzan las historias sobre las cuales se basan (Ryan, 2005, pág. 242). Las narrativas de la pandemia también pueden reforzar la dinámica del conflicto de deslegitimación del otro (Cobb, 2006, págs. 161-167). Es frecuente encontrar historias donde cada uno de los grupos de interés culpa y hace responsable de los efectos de la crisis al otro y, al mismo, tiempo se ven a sí mismos en el rol de víctima sin participación en lo que sucede.

Finalmente, para continuar con lo planteado por Mayer (2006, págs. 16-18), las narrativas del COVID-19 cumplen con las características de absorción, empatía, afecto, persuasión y motivación. La absorción hace referencia al poder de una historia de capturar y trasladar la mente de las personas al lugar de la narrativa. Las historias del COVID-19 pueden llegar a dividir el significado del espacio donde lo seguro está dentro de la casa y el contagio está en lo público. Con la empatía y afecto, se hace referencia a la capacidad de las historias para despertar pasiones y generar empatía con los personajes de las narrativas; por ejemplo, las emociones despertadas con la muerte del personal médico a causa del virus. La persuasión es la capacidad de cambiar las creencias, actitudes e intereses a partir de las narrativas. Muchos se preguntan y debaten si en Colombia debe estar primero la salud o la economía y cómo la priorización se traslada a los presupuestos de ayuda asignados a los mencionados sectores. En la motivación se asume que, si

las creencias cambian, pueden cambiar las motivaciones. Probablemente, este sea el caso de los trabajadores que cambian su creencia sobre las empresas y ahora las perciben como solo interesadas en el beneficio económico de los propietarios y no del bienestar de los empleados. Con lo anterior, cambia la motivación y aumenta la rotación laboral.

Las narrativas del COVID-19, presentadas anteriormente, se integran a las narrativas culturales en diferentes niveles y escenarios. Uno de ellos es la conciliación. La hipótesis que se propone, en este escrito, es que la pandemia del COVID-19 ha impactado fuertemente a la conciliación y evidenció la crisis que se venía presentando. Aún más, la crisis del COVID-19 puede ser considerada como la primera gran crisis que ha afectado la conciliación en Colombia. Como se ha afirmado, desde la perspectiva del derecho, la conciliación en Colombia se ha desarrollado institucionalmente desde 1991 y las pandemias de 2003, 2009, 2012 y 2013-2014 citadas al inicio, no afectaron el desempeño de la conciliación a nivel nacional ni local. Lo anterior por razones geográficas, dado que estas tuvieron como epicentros países como China, Hong Kong, Taiwán, Canadá, México, Egipto, la República Democrática del Congo y otros países del occidente africano (Gössling, Scott, & Hall, 2020).

¿De qué manera ha impactado el COVID-19 a la conciliación? Para responder esta pregunta, es útil recordar uno de los supuestos sobre los cuales venía operando la conciliación: la presencialidad. Como método de resolución de conflictos, la conciliación ha sido conceptualizada como una intervención que hace un tercero para ayudar a las partes a resolver su conflicto. Un paradigma en la conciliación era la participación personal de las partes y el conciliador. Dado lo anterior, se privilegiaban las reuniones donde todos debían estar presentes físicamente. Esta metanarrativa era reforzada por normas que daban a entender que, a la audiencia de conciliación, debían concurrir las personas que el conciliador considerara (artículo 8 de la ley 640 de 2001); el conciliador tiene la obligación de ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación (artículo 8 de la ley 640 de 2001); y las personas debían asistir personalmente a la audiencia y podrían hacerlo con apoderado (parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 640 de 2001).

No solamente la conciliación está basada en la narrativa de la presencialidad, la operación en los centros de conciliación y los puntos de atención de la conciliación en equidad -PACE- también se llevaba a cabo de esa manera. La presentación de la solicitud de conciliación, el pago de las tarifas, cuando aplican, la invitación a la conciliación, la realización de la audiencia, la elaboración y entrega de las actas y constancias, y el registro de los documentos en los casos que corresponde han sido esencialmente presenciales. Cuando se decretó la emergencia sanitaria por el gobierno nacional y se ordenó la cuarentena, por primera vez

en los cerca de treinta años de la conciliación, no fue posible adelantarlas y se tuvieron que buscar salidas a esta crisis ocasionada por la COVID-19.

La crisis de la conciliación evidenciada con la COVID-19 se puede representar en las tres narrativas que se han venido analizando: la narrativa del derecho, la narrativa de la ley y la narrativa de la burocracia. La primera narrativa promueve que, en el contexto de la pandemia, los conciliadores sigan entendiendo que la conciliación está para resolver problemas jurídicos. Con ello, se deja por fuera gran parte de las conflictividades de convivencia que se presentan por la cuarentena. En los conflictos de la crisis, los conciliadores siguen recurriendo a las herramientas que les brinda el derecho para abordar situaciones como la angustia por perder el trabajo, la incertidumbre del cumplimiento de los planes futuros, el temor por los patrones de machismo en los hogares, entre otros. Sin embargo, para ello, los modelos de análisis e intervención están en otras disciplinas. La finalidad de la conciliación se mantiene en que los acuerdos deben tener efectos jurídicos. Por lo anterior, sumado a la complejidad del lenguaje técnico de las temáticas sobre los mensajes de datos, la atención se centra en aspectos como la validez de la firma y se entrega la orientación en manos de expertos en tal materia. En este punto podría pensar que se estarían priorizando las necesidades del gremio de la conciliación y no los usuarios. La segunda narrativa informa a los operadores, especialmente a los conciliadores, que no pueden realizar conciliaciones virtuales si no lo establece expresamente la normatividad. En este escenario, se entiende que la solución al problema de la crisis es expedir un marco jurídico que brinde seguridad a las actuaciones en la conciliación virtual, para que, con ello, se genere un halo de tranquilidad para los abogados. La narrativa de la ley se hace presente cuando se organizan eventos como webinars donde las conferencias y preguntas giran entorno a la vigencia, interpretación y problemáticas del ordenamiento jurídico y no a cómo atender lo que buscan los ciudadanos. La tercera y última narrativa exige que para enfrentar la crisis no solo deben existir las normas que avalen los cambios. También es fundamental expedir reglamentos, protocolos y guías que establezcan los procedimientos, requisitos, documentos y demás aspectos necesarios para la conciliación virtual. Especial atención revisten, de nuevo, las actas y constancias, en las cuales se debaten extensamente los requisitos de estas y se vuelve a la discusión de las firmas, registro y demás elementos propios de la narrativa de la burocracia.

La crisis provocada por el COVID-19 no solo es de la conciliación. Es generalizada para muchos sectores. Sin embargo, se podría entender que la pandemia de 2020 es la primera que ha impactado y evidenciado la crisis de la conciliación.

5. LAS CRISIS COMO OPORTUNIDADES DE CAMBIO Y SU APLICACIÓN EN LA CONCILIACIÓN

Para la paz y resolución de conflictos, las crisis son importantes para analizar más de cerca su función como oportunidad de cambio. Al respecto, Shapiro (2006) sostiene que las teorías de cambio son muy usadas en la disciplina y hacen referencia a cómo se entiende que ocurre un cambio con resultados positivos en las personas, los grupos o las sociedades. Las teorías de cambio son muy variadas. Algunas ideas comunes sobre los conflictos y los cambios son: los conflictos pueden ser un vehículo para un cambio social positivo (Schellenberg 1996; Pruitt & Kim 2004); el conflicto puede crear un cambio positivo en las percepciones y comportamientos de los individuos (Bush & Folger 1996; Lederach & Maiese 2003); y los conflictos tienen el potencial de impulsar cambios en el desarrollo de las estructuras políticas, sociales y económicas (Dukes, 1997; Rupesinghe, 1995). Continúa Shapiro (2006) y menciona que, en el campo de la resolución de conflictos, las teorías de cambio están enfocadas en las influencias situacionales externas, como el aprendizaje social directo e indirecto, las narrativas y normas culturales, la falta de habilidades, procesos o foros para abordar constructivamente los conflictos, y las estructuras y situaciones que frustran la capacidad de las personas para cumplir con sus necesidades básicas. Lo anterior concuerda con la perspectiva narrativa que sigue la corriente del construccionismo social. Este sostiene que agentes externos, especialmente culturales, son determinantes en la creación y la resolución de los conflictos.

En concordancia con lo anterior, Mitchell (2005, pág. 3) propone una clasificación de los cambios y su relación con los conflictos. Los tipos de cambios son:

1. Cambios que producen nuevos conflictos (formación de conflictos);
2. Cambios que intensifican los conflictos existentes (escalada del conflicto);
3. Cambios que reducen el conflicto (mitigación de conflictos); y
4. Cambios que producen o ayudan a soluciones (resolución del conflicto).

Las teorías de cambio, que se podrían considerar para abordar la crisis en la conciliación, en especial en la pandemia del COVID-19, deberían ser las que generan o contribuyen a la resolución de la crisis.

El marco teórico planteado por Staw & Ross (1987, págs. 44-62) podría servir para analizar las posibles limitaciones presentes para que los cambios se produzcan debido al compromiso de las personas con el escalamiento de las

situaciones. Dichas variables son adaptadas por Mitchell (2005, pág. 3). Dicho autor las denomina barreras a los cambios. Éstas se clasifican en cuatro tipos. Las primeras son las barreras en el proyecto. Éstas se refieren a las características del propósito que se tiene en un proyecto. Puede ser que en unos casos sea el ánimo de lucro y en otras un objetivo de una política. Esta variable es más determinante en la toma de decisiones al inicio del proyecto, puesto que se asume que todo proyecto tiene un objetivo. Cuando se presenta un punto de giro, que en términos de los autores es mencionado como una falla en el proyecto, las personas se enfrentan a la decisión de continuar o no con el plan. Lo anterior se ve influenciado por factores como: la temporalidad del revés presentado, la creencia de si invertir más recursos sería o no eficiente, el tamaño del objetivo del proyecto y los costos futuros para lograr el objetivo. Si los anteriores factores se perciben como promisorios, se crea una tendencia a continuar o escalar la situación. Por el contrario, otros elementos que facilitan no continuar son: la posibilidad de alternativas, los costos de cierre y el valor de salvar el proyecto.

El segundo tipo de barreras son las psicológicas. Éstas influyen en los objetivos y las creencias acerca de las consecuencias de las acciones e incluye variables que inducen al error en el cálculo de las pérdidas y ganancias; otras refuerzan el vínculo con el curso de las acciones. A estas barreras, se suman factores como el reforzamiento por experiencias previas positivas, la auto justificación cuando se presentan consecuencias negativas para proteger su competencia, la auto inferencia que provoca que las personas evalúen su comportamiento en el contexto para derivar valores personales de acciones anteriores, y el procesamiento de la información que influye en la percepción de la probabilidad de los eventos.

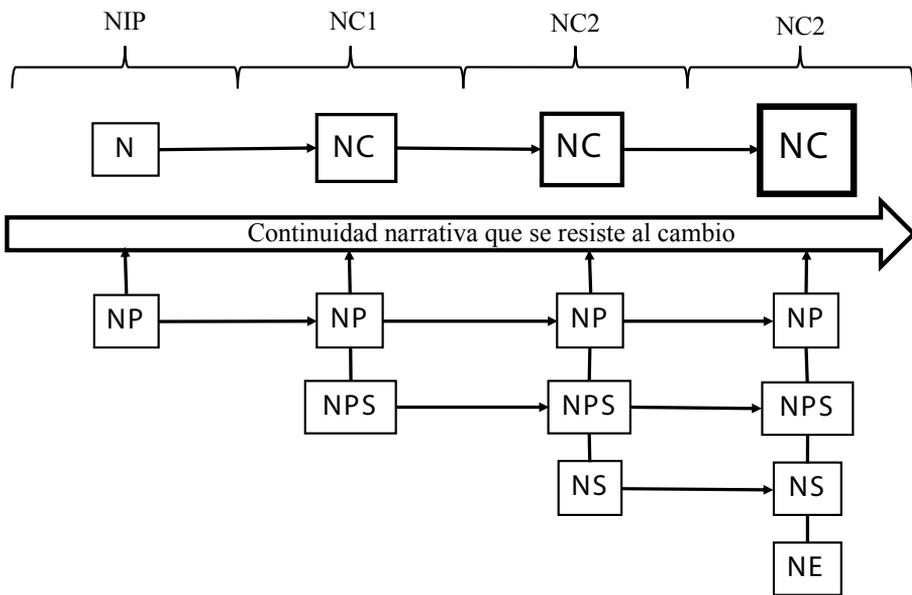
El tercer tipo de barreras son las sociales. Estas variables hacen que las personas se sostengan en su curso de acción. Un ejemplo de ello es el no querer exponer socialmente los errores o cuidar la credibilidad, la relación o identidad que se forma el público sobre un proyecto asociado a una persona, la competencia o rivalidad con otros, el seguir el ejemplo de otros y las normas sociales que refuerzan la perseverancia.

Finalmente, están las barreras estructurales las cuales tienen como variables factores económicos, técnicos y políticos que influyen en las personas para que mantengan su curso de acción y se resistan a los cambios. En este sentido, la tomar una decisión, las personas consideran las implicaciones que tendrán los cambios en los aspectos estructurales mencionados. Igualmente, las personas prefieren hacer transformaciones a escala micro que macro. Otro factor estructural es la inercia administrativa que apoya el *statu quo* y no la implementación de proyectos nuevos. Sumado a lo anterior, la institucionalización,

entendida como los vínculos de un proyecto con los valores y propósitos de una organización, puede convertirse en una limitación al cambio. Esto se debe a que las personas pueden entender una actividad como parte integral de lo que siempre han hecho y convertirla en su justificación de existencia.

A partir del modelo del comportamiento en la escalada de situaciones elaborado por Staw & Ross (1987, pág. 67), adaptado a la perspectiva narrativa, se podrían ilustrar las barreras para el cambio de la manera presentada en la figura 4.

Figura 4. Modelo de las barreras para el cambio.



Leyenda: Narrativa inicial promisoria (NIP); Narrativa de crisis (NC); Narrativa (N); Narrativa de continuidad (NC); Narrativa del proyecto (NP); Narrativa psicológica (NPS); Narrativa social (NS); Narrativa estructural (NE).

Fuente: adaptado de Staw & Ross (1987, pág. 67).

El anterior modelo, aplicado a la crisis de la conciliación, podría aportar los siguientes elementos de análisis. El primer estado de la conciliación se caracteriza por una narrativa del proyecto de conciliación en Colombia. Esta fase está marcada por el entusiasmo de la institucionalización, el compromiso con la expansión y el idealismo romántico de brindar una resolución alternativa de conflictos como contraste a la justicia ordinaria. En esta etapa, las historias que se cuentan son de conquistas tempranas. Se muestran, especialmente, indicadores de gestión como los centros autorizados, los conciliadores nombrados o inscritos y los acuerdos

logrados. En la primera narrativa de la crisis, surge la inconformidad con las limitaciones formales del ordenamiento jurídico a la conciliación. Entre ellas, se encuentran las introducidas por la ley 640 de 2001 y sus decretos reglamentarios, las sentencias de la Corte Constitucional sobre el requisito de procedibilidad y la procesalización de la conciliación en asuntos de lo contencioso administrativo. Las narrativas que sostienen la continuidad de las anteriores dinámicas son la narrativa del proyecto y la narrativa psicológica. Esta última se podría manifestar en las creencias de las personas que, desde diferentes instituciones, lideran la conciliación, justifican sus iniciativas y las presentan como ejemplos de éxito.

Siguiendo con el modelo de las barreras para el cambio, la segunda crisis se puede identificar en los retos que impuso, a la conciliación, la resolución de conflictos en el marco de la implementación del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (Gobierno de la República de Colombia & las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo -FARC-, 2016), y su enfoque territorial. Las narrativas que impulsaron continuar con las historias del derecho, la ley y la burocracia fueron las narrativas del proyecto, las psicológicas, y se sumaron las sociales. Sobre las últimas, se podría tomar como ejemplo la resistencia a crear nuevos modelos de conciliación que respondan a las necesidades de las personas en las zonas de postconflicto. Dicha resistencia, tal vez, existió para salvaguardar la estabilidad e imagen de los programas ya desarrollados por años y las relaciones, expectativas e identidades creadas en los diferentes integrantes del Sistema Nacional de Conciliación.

La tercera ola de la crisis de la conciliación es el contexto actual de la pandemia del COVID-19. En este caso, la emergencia sanitaria impuso la prohibición de la presencialidad de las conciliaciones. Esta situación paralizó, por un tiempo, los servicios de conciliación hasta tanto no se expedieron normas como el decreto 491 de 2020 y se elaboraron las instrucciones administrativas para la conciliación virtual. En el mismo sentido, para atender los conflictos de los empresarios y comerciantes como consecuencia de la crisis, se creó un mecanismo denominado mediación empresarial, por medio del decreto 560 de 2020. En el ordenamiento jurídico, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria, no se hace mención a la conciliación en equidad. La manera como se continuó con las narrativas del derecho, la ley y la burocracia para abordar la crisis del COVID-19 puede ser entendida por las narrativas del proyecto, psicológicas, sociales y estructurales. Como lo expone Staw & Ross (1987, pág. 67), las narrativas estructurales invitan a que no se cambie el paradigma sobre el cual se sustenta un sistema, sino que se hagan ajustes menores para continuar con el modelo imperante. En el caso de la conciliación en Colombia, se podría pensar que se prefirió hacer algunos ajustes, a partir de la disciplina del derecho, a los retos de la pandemia, particularmente los económicos.

Las crisis son entendidas, desde la disciplina de la paz y resolución de conflictos, como oportunidades de cambio positivo para la resolución de los conflictos. Frente a la crisis del COVID-19, se percibe que la conciliación en Colombia continuó con sus narrativas del derecho, la ley y la burocracia para continuar con el paradigma establecido. El modelo de Staw & Ross (1987, pág. 67) podría servir para entender cómo las narrativas del proyecto, psicológicas, sociales y estructurales pueden servir de soporte para que las narrativas de la conciliación hayan continuado y se hubieran resistido al cambio.

6. LAS NARRATIVAS QUE POSIBLEMENTE CONTINUARÁN EN LA CONCILIACIÓN

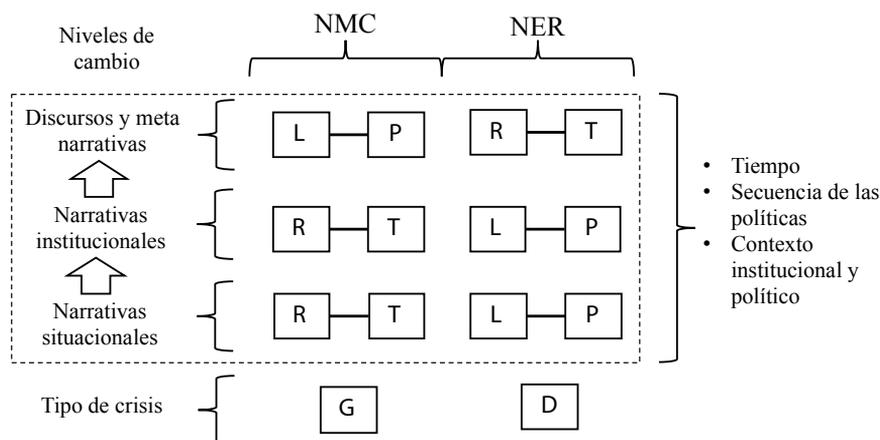
Al igual que lo que sucedía en el sur de Estados Unidos, relatado en la novela de Margaret Mitchell, cuando el sistema social del sur se negaba a cambiar, las narrativas que sostienen un paradigma se resisten a su transformación. En el apartado anterior, se presentó una forma de leer el contexto que apoyaría la continuidad de las narrativas de la conciliación. Otro modelo teórico, desarrollado en la economía, diseñado por Baker (2015, pág. 343), sostiene que existen dos variables que influyen en la manera en que se manejan las crisis. Uno de los factores tiene que ver con los síntomas y problemas materiales que se presentan en la crisis. El otro es el carácter institucional del sistema en particular en el cual operan los agentes que podrían producir el cambio. De acuerdo con lo sostenido por Baker (2015, pág. 343), las dos variables mencionadas influyen en la comprensión de la dinámica de cambio en los tiempos de crisis y en cómo estas llegan a ser abordadas por una masa crítica de actores sociales y políticos. Esto, su vez, da un significado intersubjetivo a la crisis (Widmaier *et al*, 2007). En el caso estudiado por Baker (2015, pág. 360), se concluye que, en la regulación financiera, los cambios intelectuales son rápidos y radicales en contraste con la política macroeconómica, en la cual se evidencia rigidez e inercia ideológica. En uno y otro caso, la capacidad de los agentes de cambio de actuar y tener resultados está afectada por el tiempo, la secuencia de las políticas y el contexto institucional y político.

Baker diseña un modelo para representar los cambios en las crisis. Con este fin, compara los sistemas macroeconómicos y de regulación financiera. En la figura 5, se toma dicho modelo y se ajusta a la perspectiva narrativa para el caso de la crisis de la conciliación en Colombia.

Con base en el modelo anterior, se podría proponer que en la conciliación ocurren diferentes fenómenos al momento de enfrentar una crisis. En el caso de la COVID-19, se percibe, en el subsistema de los centros de conciliación, la crisis de la narrativa del derecho, la ley y la burocracia para el desarrollo de las conciliaciones virtuales.

Sin embargo, la narrativa regulatoria, reacciona de manera lenta y política en los niveles situacional e institucional. Al final, se llega a una decisión rápida y tecnocrática en el nivel del discurso y la metanarrativa. Lo anterior se explica cuando, frente a la crisis sanitaria y la cuarentena, se prohíbe la presencialidad y se afecta, con ello, la realización de la conciliación como se venía haciendo tradicionalmente. Después de un proceso de toma de decisiones, se expide una normatividad que impulsa la conciliación virtual en los centros de conciliación. Una dinámica muy diferente ocurre en la narrativa macro de la conciliación, en donde los cambios son rápidos y tecnocráticos en los niveles situacional e institucional, pero lentos y políticos en el discurso y la metanarrativa. La crisis de la pandemia no ha transformado las narrativas que sustentan el discurso y las metanarrativas de la conciliación. En el caso en estudio, con la pandemia, solo se revisaron los aspectos mínimos que implicaba el modelo de la conciliación. Con este fin, se examinó de manera rápida cuáles debían ser ajustados, en especial, los de carácter normativo. Con lo anterior, las narrativas institucionales invitan a que se continúe con la actividad conciliatoria en cumplimiento de los protocolos establecidos. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema de la conciliación se mantiene en la dimensión del derecho y no se considera que deba ser cambiado.

Figura 5. Cambios en las crisis.



Leyenda: Narrativas macro de la conciliación (NMC); Narrativas específicas regulatorias (NER); Rápida (R); Lenta (L); Tecnocrática (T); Política (P); Gradual (G); Dramática (D).

Fuente: adaptado de Baker (2015, pág. 348).

Por consiguiente, se podría afirmar que, en la conciliación, las narrativas del derecho, la ley y la burocracia muy probablemente sobrevivirán a la pandemia del COVID-19. Inclusive, existen algunas situaciones en el contexto de la crisis de la pandemia que pueden favorecer el fortalecimiento y petrificación de las

narrativas mencionadas. La narrativa del derecho puede ser tomada como la solución al incremento de la conflictividad y consiguiente congestión judicial. La cuarentena ha llevado a que los conflictos de convivencia, entre vecinos, miembros de la familia, empleados y empleadores, clientes y empresas, aumenten por dinámicas complejas que los ciudadanos no habían experimentado. Es previsible que, al cambiar las dinámicas sociales debido a los complejos retos que trae la crisis del COVID-19, surjan colisiones entre las narrativas de las personas. Se asume que la institucionalidad, y en ella, el sistema de justicia, estaría desbordada por las solicitudes de solución de disputas. Es ahí donde probablemente entraría la narrativa del derecho a proponer la conciliación como mecanismo alternativo de descongestión de los despachos judiciales. También es posible que la conciliación sea presentada como un mecanismo de acceso a la justicia y que sirva como remedio a la crisis, puesto que se requeriría el mayor número de canales para atender la demanda de justicia. En otras palabras, las mismas narrativas que se tuvieron antes de 1991 en Colombia para promover la conciliación, servirían en el escenario postpandemia.

En relación con la narrativa de la ley, la COVID-19 ha revelado algunos riesgos de la seguridad jurídica de la conciliación si esta no se puede realizar de manera presencial. Como respuesta a esta situación, la narrativa de la ley invita a que los problemas del sistema de conciliación sean percibidos y analizados desde el punto de vista jurídico. Por lo tanto, la solución sería una reforma a las normas que rigen la conciliación.

La otra narrativa que seguiría después de la pandemia es la burocracia. La conciliación en Colombia está diseñada con base en narrativas de la formalidad. Como consecuencia de lo anterior, para que un conciliador pueda hacer una conciliación virtual, éste debe hacerlo a través de un centro de conciliación y contar con la aprobación del gobierno. Durante la crisis del COVID-19, el gobierno nacional liberó tal autorización. Adicionalmente, se estableció que los centros debían establecer instrucciones para que se desarrollaran las conciliaciones virtuales. Probablemente, después de la pandemia, la narrativa de la burocracia continuará orientando la práctica conciliatoria y promoverá los requisitos, instrucciones, documentos, registros y demás elementos para una conciliación estructurada.

Las crisis son oportunidades de cambio. En el caso de la conciliación, si bien se augura que las narrativas del derecho, la ley y la burocracia continuarían, con base en la perspectiva narrativa de paz y resolución de conflictos, se podrían proponer algunas narrativas alternativas como se describen en el siguiente acápite.

7. PROPUESTA DE NARRATIVAS ALTERNATIVAS EN LA CONCILIACIÓN

Con base en el panorama anteriormente expuesto, la salida a la crisis de la conciliación, sustentada en su paradigma jurídico, se daría a través de narrativas alternativas que creen otro. Esto es: la conciliación como parte de la paz y la resolución de conflictos. Para que las historias puedan ser transformadas se requiere abrir los significados, promover el diálogo, reflexionar sobre lo construido y el futuro que se desea, insertar nuevos episodios, complejizar las narrativas, crear una cultura e identidad diferente, superar las barreras al cambio, incluir otros discursos, etc. A continuación, se describen tres narrativas que podrían ayudar en el propósito mencionado.

La primera propuesta de narrativa alternativa para la conciliación es la paz y la resolución de conflictos como disciplina sobre la cual se sustente su teoría y práctica. El cambio de paradigma de la conciliación consiste en pasar de ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos dependiente del derecho a convertirse en un método de resolución de conflictos perteneciente a la ciencia de la paz y la resolución de conflictos. Este giro, en la dirección de la conciliación, permitiría entender que la misión de la conciliación es ayudar a resolver un conflicto. El conflicto es comprendido como una colisión de narrativas que deben ser transformadas para que las personas construyan su futuro basado en el respeto, la colaboración y el reconocimiento mutuo. En esta narrativa, el conflicto es abordado integralmente para ayudar a las partes para que deconstruyan los discursos y metanarrativas que causaron el conflicto. Lo anterior también implicaría que los conciliadores son terceros que conocen muy bien las teorías de conflictos y aplican sus habilidades y técnicas en el abordaje de los conflictos. Igualmente, la conciliación se enmarcaría en el construccionismo social. Esta corriente sostiene que los conflictos son producto de construcciones sociales. Es decir, los conflictos son influenciados por los discursos, las narrativas, la cultura, el lenguaje y otras variables. Para resolver los conflictos, los conciliadores deben conocer dichas categorías conceptuales y, con base en ello, diseñar sus intervenciones. En este sentido, la conciliación también serviría como una herramienta de construcción de paz para abordar los conflictos en las zonas de postconflicto en Colombia. De igual manera, la relación entre la conciliación y la justicia dejaría de ser de pertenencia y se construiría sobre la base de la autonomía y la sinergia.

La narrativa de la conciliación como paz y resolución de conflictos sustituiría a la narrativa del derecho. El escenario creado por esta historia permitiría enfocar la conciliación a la resolución de los conflictos independientemente del efecto que se pueda dar en las instituciones del sistema de justicia. La conciliación sería un método que no se compararía con otras opciones para el manejo de los conflictos y con ello se convertiría en principal. Además, este método crecería como cualquier

oferta profesional y no con el objetivo de cobertura. Esta narrativa también contribuiría a que las voces de los conciliadores y académicos de la conciliación sean escuchadas a partir de su conocimiento y experiencia emanado de la disciplina de paz y resolución de conflictos.

La segunda narrativa alternativa para desarrollar sería la profesión liberal de paz y resolución de conflictos. En ella, la conciliación sería una actividad de los profesionales mencionados. Los conciliadores son entendidos, en esta narrativa, como personas autónomas que se desenvuelven en una profesión liberal. El referente de la conciliación deja de ser la ley y se ubica en la ciencia de la paz y la resolución de conflictos. Con lo anterior, los conciliadores adquieren el conocimiento, a partir de las teorías y modelos de la profesión, y aplican las metodologías de intervención sugeridas y probadas por ésta. Esta narrativa amplía el campo de acción a todas las personas que, con previa formación, deseen dedicarse a la conciliación, sin requerir un título profesional en derecho en los casos que se exige. La ley se posiciona en esta historia como una herramienta de apoyo y reconocimiento a la conciliación y no de reglamentación y control. La narrativa de la profesión liberal de la paz y la resolución de conflictos eleva a la conciliación como una actividad digna y atractiva al igual que otras profesiones.

Con la sustitución de la narrativa de la ley por la profesión liberal de paz y resolución de conflictos, los conciliadores tendrían un mayor campo de acción, dado que no estarían limitados a lo que la ley les autorice sino a lo que ésta no les prohíba. Las problemáticas de la conciliación serían analizadas, y abordadas, a partir de la complejidad social, cultural e institucional. De este modo, las propuestas, estrategias, líneas de acción y soluciones se desarrollarían y superarían la reforma normativa. Esta nueva historia también cambiaría el interés temático de los diálogos, foros y seminarios con el fin de direccionarlos al mejor entendimiento de los conflictos, metodologías de solución y transformaciones en la sociedad.

La tercera narrativa alternativa es la informalidad. En ésta, la conciliación se aplica por medio del seguimiento de las buenas prácticas de la disciplina de la paz y la resolución de conflictos. Los conciliadores y las partes definen si la narrativa alternativa y el acuerdo de conciliación deben ser verbales o prefieren que estén consignadas en un documento. El conciliador propone una metodología de reuniones a las partes y éstas manifiestan su aceptación para adelantar la conciliación. En consecuencia, las etapas de la conciliación se adelantan sin plazos o condicionamientos. La conciliación tampoco es un requisito de procedibilidad, toda vez que es independiente de lo que las partes decidan en relación con otros caminos para la resolución de su conflicto. El acuerdo de conciliación, en esta narrativa, es entendido como un compromiso de las partes para construir una narrativa a futuro. El acuerdo no es el fin del

conflicto, sino el inicio de una nueva historia entre las partes. En esta narrativa, se rescata el valor y significado de la palabra y el lenguaje como instrumentos para construir la paz.

En el futuro, con una narrativa de la informalidad, el buen conciliador sería definido por su ética práctica y los resultados en la transformación narrativa de las partes. Adicionalmente, el conciliador estaría interesado por los cambios en las historias de las partes y en la manera como la narrativa alternativa es trasladada a la cultura, los discursos y demás elementos que antes sustentaban los conflictos. En esta historia, la resolución del conflicto se convierte en el eje del trabajo del conciliador. También se ayudaría a otras profesiones, entre ellas el derecho, a reflexionar sobre el efecto de sus intervenciones para la resolución del conflicto. Por ejemplo ¿En qué medida aporta a la paz el demandar un acta de conciliación o iniciar una acción de nulidad? ¿Se soluciona el conflicto si una de las partes gana frente a la otra?

Las narrativas de la paz y la resolución de conflictos, la profesión liberal y la informalidad serían las narrativas alternativas propuestas en contraste con las narrativas del derecho, la ley y la burocracia. Con ellas, se buscaría construir un futuro diferente al que se vislumbra en la crisis acumulada de la conciliación y su intensificación con la pandemia del COVID-19.

CONCLUSIONES

La conciliación en Colombia ha construido, a lo largo de más de 30 años, diferentes narrativas que han creado, en su conjunto, un paradigma jurídico de esta. Las tres historias principales son la del derecho, la ley y la burocracia. La primera vincula a la conciliación como un método nacido de la disciplina del derecho. La segunda traslada las reglas y lógica del ordenamiento jurídico a la conciliación. Finalmente, la tercera, promueve la formalidad y rigidez de la conciliación. De las tres narrativas, se desprenden muchas subnarrativas que consolidan el paradigma. Éstas son: la conciliación sirve para descongestionar la justicia, ser una forma de justicia alternativa y un mecanismo de acceso a la justicia; la conciliación nace de la ley, a los conciliadores sólo les es permitido lo que ésta les autoriza y las problemáticas de la conciliación se solucionan con reformas normativas; se privilegia lo escrito sobre lo oral, el buen conciliador es aquel que sabe elaborar actas y constancias y se privilegian las formalidades del procedimiento sobre el fondo de la resolución del conflicto. Estas narrativas se han petrificado gracias a que se han estabilizado, simplificado y cerrado.

En Colombia, la conciliación ha transitado por una crisis desde el 2001 y se ha agudizado con la pandemia del COVID-19. Se sostiene que las narrativas del dere-

cho, la ley y la burocracia han establecido un discurso jurídico de la conciliación que la han sumido en una crisis. La primera manifestación de lo anterior fue la expedición de la ley 640 de 2001, instrumento en el cual se crea un modelo más estable, simple y cerrado de la conciliación. Esto lleva, a las mencionadas historias, a un nivel más alto de formalización e institucionalización. En este contexto, se presentan dos detonantes de la crisis y posterior desequilibrio del discurso. Ejemplo de lo anterior fueron las sentencias de la Corte Constitucional del 2001. La narrativa de la crisis, que es liminal, se puede ilustrar con la incapacidad de respuestas innovadoras de la conciliación a problemáticas como la construcción de paz en zonas de postconflicto. Encuentra su punto culmen con la parálisis del servicio como consecuencia de la pandemia del COVID-19.

La hipótesis que se propone es que la pandemia del COVID-19 es el punto crítico de la crisis de las narrativas de la conciliación. La crisis se puede representar de nuevo con las tres historias: el derecho, la ley y la burocracia. La primera promueve que, en el contexto de la pandemia, los conciliadores sigan entendiendo que la conciliación está para resolver problemas jurídicos. Con ello, se deja por fuera gran parte de las conflictividades de convivencia que se presentan por la cuarentena. La segunda limita a los conciliadores a realizar las conciliaciones virtuales salvo que la normatividad expresamente lo autorice. La tercera exige expedir reglamentos, protocolos y guías que establezcan los procedimientos y requisitos para la conciliación virtual.

Dos marcos conceptuales que pueden ayudar a entender por qué, a pesar de la crisis, la conciliación continúa y profundiza las narrativas del paradigma jurídico, pueden ser los modelos de barreras para el cambio y los cambios en las crisis. El primero sostiene que, en las crisis, los cambios son limitados por cuatro barreras: las del proyecto (entusiasmo y romanticismo por la institucionalización que se ha venido desarrollando), las psicológicas (líderes que presentan su trabajo como exitoso), las sociales (imagen, relaciones e identidad de los actores) y las estructurales (ajustes menores en el modelo). De acuerdo con el segundo, en la regulación micro de la conciliación los cambios intelectuales son rápidos y radicales (prohibición inicial y posterior expedición de normas que impulsan la conciliación virtual), en contraste con la política macro en donde son rígidos e inertes (modificaciones menores y continuación del paradigma).

La propuesta para salir de la crisis de la conciliación es transformar las narrativas y transitar hacia un nuevo paradigma. Lo anterior sería posible a través de historias alternativas. La primera es la conciliación en el marco de la paz y la resolución de conflictos como disciplina sobre la cual se sustente su teoría y práctica. La segunda es la actividad de conciliación como parte del ejercicio liberal de los profesionales de la mencionada ciencia. La tercera es la informalidad para la aplicación de las buenas prácticas de la disciplina. En resumen, se propone que los integrantes del

Sistema Nacional de Conciliación en Colombia enfrenten la crisis con la creación del paradigma de la conciliación como parte de la paz y la resolución de conflictos.

PREGUNTAS FINALES

Para terminar, se comparten algunas preguntas reflexivas sobre los temas tratados en este apartado sobre las narrativas de la conciliación ¿Qué narrativas se han construido en la cultura de la conciliación? ¿Qué implicaciones tienen las narrativas del derecho, la ley y la burocracia en la conciliación? ¿Qué características tienen las narrativas petrificadas? ¿Cuál es el significado de la crisis de la conciliación desde el 2001? ¿Cómo debería ser la nueva alineación social de la conciliación después de la pandemia? ¿Cuáles son las narrativas que trae la COVID-19? ¿Cómo están relacionadas las narrativas del COVID-19 con las narrativas petrificadas de la conciliación? ¿Cómo han ilustrado las narrativas del derecho, la ley y la burocracia la forma de entender y abordar la pandemia? ¿Cuáles serían las posibles narrativas como teorías de cambio aplicables a la crisis de la conciliación? ¿Qué barreras se podrían presentar para resistir la transformación de las narrativas? ¿Qué dinámicas se han presentado para que las narrativas de la conciliación continúen sin modificaciones estructurales frente a la crisis del COVID-19? ¿De qué manera las narrativas del derecho, la ley y la burocracia responderían a la pandemia? ¿Qué narrativas alternativas se pueden proponer frente a la crisis de la conciliación? ¿Qué caracteriza a las narrativas de la resolución de conflictos, la profesión liberal y la informalidad? ¿Qué diferencias se crean entre los paradigmas de la conciliación como parte del derecho y la conciliación como parte de la paz y la resolución de conflictos? ¿En qué medida las narrativas tradicionales de la conciliación responden a los retos del postconflicto y la pandemia? ¿Cómo deberían ser las narrativas de la conciliación del futuro?

Retomando la novela de Margaret Mitchell ¿Cómo hubiera sido la historia si las narrativas del sur hubieran prevalecido y continuado? Para el caso de Colombia se podría preguntar para la conciliación ¿Qué historia le contarán los conciliadores a sus nietos cuando reflexionen sobre las narrativas del derecho, la ley y la burocracia que se resistieron a que el viento se las llevara?

REFERENCIAS

- Baker, A. (2015). Varieties of Economic Crisis, Varieties of Ideational Change: How and Why Financial Regulation and Macroeconomic Policy Differ. *New Political Economy*, 342-366.
- Cobb, S. (2006). A Developmental Approach to Turning Points: "Irony" as an Ethics for Negotiation Pragmatics. *Harvard Negotiation Law Review*, 147-197.
- Cobb, S. (2013). *Speaking of Violence: The Politics and Poetics of Narrative in Conflict Resolution*. New York: Oxford Scholarship Online.
- Cobb, S., Ferderman, S., & Castel, A. (2019). *Introduction to conflict resolution discourses and dynamics*. Maryland: Rowman & Littlefield International Ltd.
- Congreso de la República de Colombia. (2020, 8 7). *Ley 23 de 1991*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm
- Congreso de la República de Colombia. (2020, 8 7). *Ley 446 de 1998*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html
- Congreso de la República de Colombia. (2020, 8 7). *Ley 640 de 2001*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html
- Consejo Superior de la Judicatura & Confecámaras. (2020, 7 31). *Módulo de conciliación en derecho*. Recuperado de: Escuela Judicial Rama Judicial: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a19/2.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2020, 8 7). *Sentencia C-1195/2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra*. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm#:~:text=C%2D1195%2D01%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20mediaci%C3%B3n%20de%20forma%20parte%20de,0%20menor%20grado%2C%20dicha%20finalidad.>
- Corte Constitucional de Colombia. (2020, 8 7). *Sentencia C-893/2001, MP Clara Inés Vargas Hernández*. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D893%2F01&text=En%20virtud%20del%20derecho%20constitucional,pretensiones%20que%20se%20le%20formulen.>

- DANE. (2017, marzo 22). *Archivo nacional de datos*. Recuperado de: COLOMBIA - Encuesta Nacional de Calidad de Vida - ECV 2016: http://formularios.dane.gov.co/Anda_4_1/index.php/catalog/456/get_microdata
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla & Ministerio de Justicia. (1993). *Manual sobre descongestión de despachos judiciales*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Gössling, S., Scott, D., & Hall, C. (2020). Pandemics, tourism and global change: a rapid assessment of COVID-19. *Journal of sustainable tourism*, 1-20.
- Gasiorowski, M. (1989). Economic Crisis and Political Regime Change: An Event History Analysis. *The American political science review*.
- Gervais, M. (1997). Niger: regime change, economic crisis, and perpetuation of privilege. In J. Clark, & D. Gardinier, *Political Reform in Francophone Africa* (pp. 86-108). Westview Press.
- Gobierno de la República de Colombia & las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo -FARC-. (2016, 11 12). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. Recuperado de: Acuerdo final: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf
- James, P., & Brecher, M. (2018). *Crisis And Change In World Politics*. New York: Routledge.
- Mayer, F. (2006, 09 1). Narrative and Collective Action: The Power of Public Stories. *American Political Science Association annual meeting*, (pág. 1-43). Philadelphia.
- Ministerio de Justicia. (1992). *La conciliación*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (1995). *Justicia para la gente una visión alternativa*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2020, 7 31). *Política pública de acceso a la justicia*. Recuperado de: Introducción: <https://sej.minjusticia.gov.co/AccesoJusticia/Paginas/Introduccion.aspx>
- Mitchell, C. (11 de 2005). *Conflict, Social Change and Conflict Resolution. An Enquiry*. Recuperado de: Berghof: https://www.berghof-foundation.org/fileadmin/redaktion/Publications/Handbook/Dialogue_Chapters/dialogue5_mitchell_lead-1.pdf

- Peña Sandoval, H. (2012). 20 años del sistema nacional de conciliación: breve análisis normativo. En Ministerio de Justicia y del Derecho, *20 años del sistema nacional de conciliación* (pág. 10-21). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Peña Sandoval, H. (2020, 7 31). *La Conciliación como requisito de Procedibilidad - Línea Jurisprudencial -*. Recuperado de: Biblioteca virtual CEJA: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4068>
- Pisani-Ferry, J. (2020, 4 30). *Building a Post-Pandemic World Will Not Be Easy*. Recuperado de: Bruegel: <https://www.bruegel.org/2020/04/building-a-post-pandemic-world-will-not-be-easy/>
- Presidencia de la República de Colombia. (2020, 8 7). *Decreto 491 de 2020*. Recuperado de: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Decreto-491-28-marzo-2020.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (2020, 8 7). *Decreto 560 de 2020*. Recuperado de: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20560%20DEL%2015%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>
- Procuraduría General de la Nación. (2020, 7 31). *Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa*. Recuperado de: Conciliación administrativa: https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-Delegada_para_la_Conciliacion_Administrativa.page
- Ryan, E. (2005). The Discourse Beneath: Emotional Epistemology in Legal Deliberation and Negotiation. *Harvard Negotiation Law Review*, 231-285.
- Sahlberg, P. (2020). Will the pandemic change schools? *Journal of Professional Capital and Community*.
- Schell, H. (1997). Outburst! A Chilling True Story about Emerging-Virus Narratives and Pandemic Social Change. *Configurations*, 93-133.
- Serrato Valdes, R. (2020, 7 31). *Conciliemos primera edición*. Recuperado de: Centro de Arbitraje y Conciliación: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Conciliemos/01>
- Shapiro, I. (2006, 8 28). *Extending the Framework of Inquiry : Theories of Change in Conflict Interventions*. Recuperado de: Berghof Handbook Dialogue: https://www.berghof-foundation.org/fileadmin/redaktion/Publications/Handbook/Dialogue_Chapters/dialogue5_shapiro_comm.pdf

- Staw, B., & Ross, J. (1987). Behaviour in Escalation Situations: Antecedents, Prototypes and Solutions. *Research in Organisational Behaviour*, 39-78.
- Sturm, T., & Mülberger, A. (2012). Crisis discussions in psychology—New historical and philosophical perspectives. *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 425-433.
- Tannen, D. (2008). “We’ve never been close, we’re very different” Three narrative types in sister discourse. *Narrative Inquiry*, 206-229.
- Universidad Industrial de Santander. (2020, 7 31). *Consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas*. Recuperado de: Centro de conciliación: <https://www.uis.edu.co/webUIS/es/academia/facultades/cienciasHumanas/escuelas/derecho/consultorioJuridico.html>
- Van Young, E. (2007). Of tempest and teapots: Imperial crisis and local conflict in Mexico at the beginning of the Nineteenth Century. En Serv, E. Servin, L. Reina, & J. Tutino, *Cycles of Conflict, Centuries of Change: Crisis, Reform, and Revolution in Mexico* (pp. 23-59). Durham: Duke University Press.
- White, M., & Epton, D. (1990). *Narrative Means to Therapeutic Ends*. New York: W.W. Norton and Company.
- Winslade, J., & Monk, G. (2008). *Practicing narrative mediation: loosening the grip of conflict*. San Francisco: Wiley Publishing.
- Yerkes, M., & van der Veen, R. (2011). Crisis and Welfare State Change in the Netherlands. *Social Policy & Administration*, 430-444.

La violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano: sobre su priorización en la JEP

Sexual violence in the context of Colombian armed conflict: on its prioritization at JEP

Mariana Lopera*

Sara María Roldán Concha**

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2022

Fecha de aprobación: 9 de mayo de 2022

RESUMEN

Este artículo indaga sobre el deber de la JEP de avocar conocimiento de un macrocaso de violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado (VSXCA). Para ello estudia el contexto sobre la VSXCA en Colombia, la justicia transicional con enfoque de género y los criterios de priorización y selección establecidos por la JEP.

Palabras clave: Violencia sexual, conflicto armado, justicia transicional, macrocaso, judicialización.

ABSTRACT

In this study we evaluate the necessity of including a macrocase focused on sexual violence perpetrated in the context of armed conflict (SVXAC) in the JEP and highlight the importance of addressing sexual violence in this context.

Keywords: Sexual violence, armed conflict, transitional justice, macro case, judicialization.

INTRODUCCIÓN

“No se imagina el dolor tan grande que puede producir una guerra siendo mujer”

Mileydis, Comisión de la Verdad, 2020.

Durante los conflictos armados, los distintos cuerpos no son violentados de la misma manera: factores como el rol de las personas en la comunidad, su género, su pertenencia a un grupo étnico o su filiación política hacen que los actores armados inflijan violencias discriminadas. La violencia sexual es una de las formas

* Abogada con énfasis en Derecho penal de la Universidad Eafit. Estudiante de la maestría en Derecho penal de la misma universidad. Fue practicante Ad Honorem en la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP y trabaja como representante de víctimas en el Caso 01 en la JEP. E-mail: mloper24@eafit.edu.co

** Abogada con énfasis en Derecho penal de la Universidad Eafit. Fue practicante Ad Honorem en la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP y actualmente trabaja en la oficina de litigio del abogado Alfonso Cadavid Quintero. E-mail: sararoldanconcha@gmail.com

de violencia que, en tiempos de paz, recae preferentemente sobre las mujeres y que se exagera durante la guerra. De esta manera, las mujeres sufren una violencia diferenciada, sin que esto implique que no sean sometidas también a otras violencias semejantes a las que sufren los hombres y a sus consecuencias¹.

La frecuencia y especificidad de la violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado (en adelante, VSXCA) evidencia que ésta no solo ha sido perpetrada de manera colateral, sino que ha tenido objetivos dentro de la confrontación. En parte, este uso sistemático y diferenciado de la VSXCA —y los progresos normativos y jurisprudenciales relativos a los derechos de las mujeres—, ha hecho evidente la necesidad de una perspectiva de género en las medidas transicionales. Esto, con el objetivo de construir “propuestas de verdad, reparación y justicia que garanticen la no repetición de los hechos violatorios y los crímenes atroces” (Mantilla, 2015, p. 218).

Cada vez los Estados tienen mayores obligaciones en la prevención de la VSXCA y la erradicación de su impunidad, así como también en el deber de incorporar a las víctimas de VSXCA en todas las fases de los procesos de construcción de paz y especialmente en la fase de judicialización de estos (Chaparro, 2017, p. 481). De ahí, ha surgido la necesidad de adoptar una perspectiva de género en los procesos transicionales para garantizar el acceso efectivo de las mujeres a la justicia y visibilizar la victimización específica y diferenciada que estas padecen producto de la desigualdad de género.

Estas obligaciones constituyen un baremo para estudiar la manera en la que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) —que apenas comenzó su funcionamiento en 2017— dará tratamiento a la VSXCA en Colombia; esto, al considerar que la JEP tiene por objeto investigar, esclarecer, juzgar y sancionar “los delitos más graves y representativos del conflicto armado, de acuerdo con los criterios de selección y priorización que sean definidos por la ley y los magistrados” (JEP, 2018) y que, hasta la fecha, la VSXCA no ha sido uno de los casos priorizados.

En virtud de lo anterior, este artículo expone el uso de la VSXCA con énfasis en el caso colombiano. Asimismo, traza una breve conceptualización sobre la justicia transicional y las implicaciones que puede llegar a tener la adopción de una perspectiva de género en su consolidación. Además, estudia los criterios de selección y priorización establecidos por la JEP, para determinar si esta jurisdicción transicional debería avocar conocimiento de un macrocaso sobre VSXCA. Dota de sentido esta investigación, por una parte, la necesidad tanto de

1 “Las historias de mujeres durante y al cabo de períodos de agitación política, revelan también cómo ellas tienen que soportar las peores consecuencias de las acciones violentas dirigidas contra «sus» hombres (esposos, hijos, hermanos, etc.), ya que acaban convirtiéndose en el único sostén y protección de la familia cuando esos hombres son asesinados, detenidos o desaparecen” (Rubio-Marín, 2010, p.22).

priorizar la justicia para las víctimas de VSXCA, como de reconstruir su confianza en las instituciones, y propender por la consecución de una paz duradera; por otra parte, la obligación estatal de debida diligencia en la investigación, judicialización y sanción de la VSXCA para aportar a la reducción de la impunidad.

1. ACERCAMIENTO A LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

La violencia sexual está comprendida dentro de la categoría de violencia basada en el género (VBG). Ésta se diferencia de aquella en que la violencia basada en el género “ocurre debido al género de la víctima sin que necesariamente exista contacto sexual” (Wood, 2009, p. 5). Según el artículo 7.1.(g) del Estatuto de Roma, son actos constitutivos de violencia sexual: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. En este sentido, nótese que, por ejemplo,

la humillación sexual, incluida la desnudez forzosa, no está explícitamente listada [...] pero puede contar como crimen de violencia sexual de lesa humanidad si se trata de un acto de violencia sexual que es de una gravedad comparable a las otras ofensas (Wood, 2012, p.26).

Igualmente, la jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia reconocieron la VSXCA como crimen de guerra y de lesa humanidad, es decir, como formas de tortura y genocidio que atentan contra la dignidad humana y la integridad física. Por otra parte, ambos tribunales reconocieron que la violencia sexual no está limitada a la penetración o contacto físico, y que ésta comprende “cualquier acto de violencia sexual que es cometido contra una persona en circunstancias que son coercitivas”. Esto incluye al aborto forzado y otras violencias reproductivas (Cardoso Onofre de Alencar, 2011, p. 23).

En primera instancia, acercarse a la comprensión de la VSXCA implica “reconocer la variación en la frecuencia y la forma de la violencia sexual durante la guerra” (Wood, 2009, p. 5), aunque la “violencia sexual puede ser [...] sistemática y generalizada en ciertos casos, en otros por el contrario es sorprendentemente limitada, a pesar de que el uso de otros tipos de violencia contra los civiles es ampliamente desplegada” (Wood, 2009, p. 4). De esta manera, la explicación de la variación en el uso de esta violencia está íntimamente relacionada con las sanciones/incentivos que desarrollan los grupos armados para ejercerla. En ese sentido, Wood (2009) advierte que “distinción entre los liderazgos que avalan la violencia sexual como una forma efectiva de terror contra o de castigo de un

grupo objetivo y aquellos que no la avalan es por supuesto esencial”, pero también lo son las sanciones y normas efectivas que se implementan para promover o desanimar la VSXCA, puesto que cuando no las hay, la comisión de VSXCA “dependerá de sí el grupo tiene acceso a los civiles [...] o no, y de sí las pequeñas unidades promueven las normas prohibitivas o las que avalan la violencia sexual y si los individuos tienen tales normas” (p. 22).

Sin embargo, de acuerdo con Wood (2009), ha sido posible demostrar que hay grupos armados que no ejercen la violencia sexual contra los civiles (pueden citarse como ejemplos: la insurgencia de Sri Lanka, la insurgencia salvadoreña y los grupos implicados en el conflicto entre Palestina e Israel), lo que permite argumentar que “no es un acto inevitable de la guerra, como a veces se proclama, y que por el contrario sí existen fundamentos importantes para responsabilizar a los grupos armados que sí ejercen la violencia sexual” (p. 5). A su vez, la variación en la frecuencia y la forma de la VSXCA también se ha explicado mediante la distinción entre violencia sexual estratégica y violencia sexual oportunista. Ésta última es “perpetrada por razones privadas y no por objetivos grupales, y la primera como un patrón (o instancias) de violencia sexual adoptado intencionalmente por los comandantes para lograr objetivos del grupo” (Wood, 2012, p. 26).

No obstante, según lo que se conoce, son pocos los grupos que han ejercido la VSXCA por órdenes explícitas. Por eso Wood (2012) precisa que la violencia estratégica es “cualquier violencia cuyo patrón indica, empíricamente, que el grupo armado controla su práctica [,] [e]s decir, este tipo de violencia tiene lugar cuando es de beneficio estratégico (en términos de los objetivos grupales) y no ocurre cuando no lo es” (p. 26). Además, la autora señala que en la violencia estratégica también están incluidos los casos en los que la VSXCA contra civiles es tolerada por los jefes del grupo armado a manera de compensación (p. 27).

Debido a las particularidades empíricas, Wood (2012) introduce la categoría denominada “violencia práctica” como intermedio entre la violencia “oportunistica” y “estratégica” para conceptualizar “la violencia que no es ordenada pero sí tolerada por los comandantes y que tiene lugar tanto cuando no es estratégica como cuando lo es” (p. 27). De acuerdo con la autora, estas distinciones permiten explicar el fenómeno en estudio, pero no deben tener consecuencias jurídicas diferentes, puesto que sí se satisfacen los criterios establecidos por el derecho internacional para la responsabilidad de mando. En ese sentido, los comandantes y líderes de grupos armados son igualmente responsables por la violencia sexual como práctica, como estrategia y como oportunidad (p. 28-29).

En Colombia, la violencia ha cumplido un papel central desde los años 50 en la configuración del Estado, pero “no ha afectado al territorio colombiano homogéneamente sino de manera muy diferenciada en el espacio y el tiempo” (González,

2014, p. 551). En este artículo, se sostiene que la violencia en Colombia también ha afectado de manera diferenciada los cuerpos: para el 2020, aproximadamente 32.092 personas en Colombia han sido víctimas de delitos contra la libertad y la integridad sexual en el marco del conflicto armado; y, de ellas, 29.035 son mujeres (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas [UARIV], 2020). Asimismo, en la primera encuesta de prevalencia sobre VSXCA — la cual fue realizada en el marco de la campaña “Violaciones y otras violencias: saquen mi cuerpo de la guerra”² que abarcó un período de nueve años (2001-2009)— se estimó que 14.779 mujeres fueron víctimas de violación, 2.561 fueron obligadas a ejercer la prostitución, 5.402 fueron víctimas de embarazos forzados, 2.797 fueron obligadas a abortar por actores armados y 15.269 fueron acosadas sexualmente (Sánchez *et al.*, 2011, pp. 13-21).

Por tanto, estas cifras evidencian que las desigualdades de género son fundamentales para mantener, por un lado, una posición masculina de dominación y poder por parte de los actores armados y, por el otro, una posición femenina subordinada y subyugada del lado de las víctimas y la población civil” (CNMH, 2017, p. 49).

Precisamente, esa posición de dominación muestra que la violencia sexual ha sido instrumento para controlar los territorios y gobernarlos a través de los cuerpos.

Por otra parte, en Colombia todos los actores armados han manifestado que la violencia sexual está prohibida en sus filas y, sin embargo, se ha demostrado que integrantes de todos los grupos armados han infligido violencia sexual: el Observatorio de Memoria y Conflicto (OMC) del Centro Nacional de Memoria Histórica estableció que el paramilitarismo ha sido responsable del 32,2 por ciento, las guerrillas del 31,5 por ciento, los GAPD (Grupos armados post-desmovilización) del 6,3 por ciento y los agentes de estado del 1,3 por ciento de la totalidad de casos de violencia sexual identificados. Los responsables restantes son desconocidos en un 26, 5 por ciento; o bien se trata de un grupo armado no identificado, lo que abarca el 1,5 por ciento de los casos (CNMH, 2017, p. 482).

El uso generalizado de la VSXCA por todos los actores armados está lejos de suponer un ejercicio homogéneo: “no todos lo han hecho de la misma forma, o en la misma magnitud” (CNMH, 2017, p. 51). Por esto, comprender el uso de la violencia sexual requiere de un “ejercicio de contextualización que permita

2 Esta investigación fue impulsada por Oxfam en Colombia (se realizó en los departamentos de: Antioquia, Nariño, Caldas, Valle, Putumayo, Huila, Caquetá, Córdoba, Magdalena, Meta y Cundinamarca) junto con: Asociación Mujeres y Madres - Abriendo Caminos, Asociación Santa Rita para la Educación y Promoción - FUNSAREP, Casa de la Mujer, Centro Promoción y Cultura- CPC, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Corporación Vamos Mujer, Ruta Pacífica de las Mujeres y Sisma Mujer. La responsabilidad del diseño de la investigación y su realización fue de la Organización de Derechos Humanos, Casa de la Mujer.

encontrar los vínculos [...] entre diversos hechos de violencia sexual [...] que vistos de manera individual podrían parecer simplemente acciones oportunistas, hechos sin conexión entre sí, pero que al ser analizados en conjunto permiten dilucidar propósitos compartidos y patrones recurrentes” (CNMH, 2017, p. 47)

Para ello, en el *Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado* del CNMH se clasificaron tres tipos —ideales— de escenario en los que se ha ejecutado la violencia sexual por parte de los actores armados. A continuación, se describen brevemente estos tipos de escenario y se complementa con otras fuentes:

1.1. Escenario de disputa armada

La disputa por el territorio ha sido también la disputa por el cuerpo. Así, la VSXCA es un mecanismo para desplazar, atemorizar, despojar, silenciar o castigar a la población. En este escenario, las mujeres han padecido los incrementos del riesgo al punto de llegar a ser “víctimas de violencia sexual por parte de dos o más actores armados en contienda” (CNMH, 2017, p. 64).

En específico, los grupos paramilitares se han valido de la VSXCA “para castigar, aleccionar y aniquilar cualquier rastro del enemigo” o cualquier asociación con él (CNMH, 2017, p. 61). En este sentido, la crueldad infligida en los cuerpos de las mujeres fue un mensaje de humillación hacia la estructura armada enemiga, cuando se trató, por ejemplo, de madres, compañeras o hermanas de guerrilleros. Aunque también fue usada para dar un mensaje dirigido hacia ellas mismas, en particular cuando éstas ejercían un rol que resultaba incómodo a sus intereses, casos en los cuales se denotó un “grado particular de sevicia y humillación sobre las víctimas” (CNMH, 2017, p. 87).

La Fuerza Pública también ha usado la violencia sexual sobre mujeres y niñas estigmatizadas como pertenecientes a grupos guerrilleros en escenarios de disputa territorial. Según Amnistía Internacional (2004), “la estrategia de contrainsurgencia del ejército considera a las víctimas civiles del conflicto armado, incluidos los que involuntariamente entran en contacto con grupos guerrilleros, no como víctimas inocentes, sino como miembros del enemigo” (p. 58). De esta manera, la violencia sexual aparece como escarmiento por el presunto nexos con las guerrillas: un nexos basado en una falsa asociación entre los territorios en donde las guerrillas han ejercido control y sus pobladores, lo que genera una equivalencia de territorios estigmatizados con cuerpos estigmatizados.

De lo anterior se concluye que, en la disputa por el control territorial, las masacres, y la violencia sexual ejercida durante ellas, fueron utilizadas como una estrategia para atemorizar a la población a partir del señalamiento de sus pobladores.

Esto explica el silencio de las víctimas sobre estos hechos; la estigmatización y “la urgencia del desplazamiento masivo que siguió a la masacre enfrentó a las víctimas a resolver temas urgentes: recuperar y enterrar los cuerpos de sus familiares asesinados, buscar un lugar para desplazarse y empezar a resolver su cotidianidad rota” (CNMH, 2017, p. 71).

La VSXCA fue perpetrada en mujeres civiles, pero también en mujeres combatientes. En este caso, ello se realizó como una “forma de retaliación y de tortura para obtener información, previo al asesinato” (CNMH, 2017, p. 88). La sevicia y violaciones grupales a las que fueron sometidas refiere a la idea de los cuerpos enemigos como descartables y aprovechables por hombres que “redimen sus masculinidades guerreras y misóginas en estos actos”. Las mujeres combatientes capturadas son consideradas como “un «botín» de guerra, [...] un objeto apropiable, disponible y aprovechable” (CNMH, 2017, p. 93), y sus cuerpos como una extensión del campo de batalla.

En las entrevistas realizadas por el CNMH, las mujeres guerrilleras expresaron un sentimiento de amenaza latente de ser víctimas de VSXCA tanto por parte de miembros de la Fuerza Pública, como por parte de los paramilitares, quienes encuentran en la captura de una mujer viva “una oportunidad a ser aprovechada antes de ser asesinada”. Asimismo, los paramilitares desmovilizados “aludieron a un imaginario exótico sobre las guerrilleras, que eran representadas como admirables y atractivas por su capacidad de combate y sus atributos físicos, considerados superiores a los de las mujeres paramilitares” (CNMH, 2017, p. 91), lo que refuerza la concepción de cuerpos apropiables y disponibles por ser cuerpos de mujeres del bando enemigo.

1.2. Escenario de control territorial

La VSXCA ha sido útil a los grupos armados en su consolidación como autoridad en zonas determinadas. Además, a través de la VSXCA dichos grupos han expresado su “orden moral” según el cual corrigen, castigan y aleccionan los cuerpos, para así “refrendar la autoridad, la naturalización de la desigualdad de género, la subordinación de las mujeres y la dominación masculina sostenida por los grupos armados” (CNMH, 2017, p. 132). La invasión del espacio público y privado por parte los grupos armados también se manifiesta en la manera en la que se ejecuta la violencia sexual: “las violaciones dentro de sus casas, los raptos mientras caminan por el espacio público, la esclavitud sexual y la prostitución forzada han sido algunas de las modalidades de violencia sexual empleadas” para apropiarse de los cuerpos de niñas y adolescentes y con ello, afectar el tejido social y comunitario (CNMH, 2017, p. 104).

Mientras, por una parte, los grupos guerrilleros han sometido a las mujeres “a procesos de apropiación de sus cuerpos, bajo la amenaza de violencias, torturas y extorsiones” (CNMH, 2017, p. 114), por la otra ha sido característico de los grupos paramilitares usar a las mujeres y niñas para prostituirlas forzosamente o esclavizarlas sexualmente, con la finalidad de obtener un provecho económico y a su vez, una satisfacción de su deseo sexual (CNMH, 2017, p.125). Además, de acuerdo con Amnistía Internacional (2004), todos los grupos armados “han secuestrado a mujeres y niñas para obligarlas a servir de esclavas sexuales de los mandos” (p.49). En este punto conviene resaltar cómo la intersección entre ser mujer y ser trabajadora doméstica condujo a la cosificación de los cuerpos como objetos apropiables: “el pago por el servicio laboral se asume extensivo a la disponibilidad sexual de los cuerpos de las mujeres y por extensión a los de sus hijas” (CNMH, 2017, pp. 115-116).

Por otro lado, miembros de la Fuerza Pública han ejercido VSXCA valiéndose de su condición de superioridad armada, especialmente en territorios indígenas y afrocolombianos. De esta manera, se advierte que la exacerbación de las ideas y estereotipos sobre la mujer afrodescendiente e indígena como objeto sexual (Global Rights & AFRODES, 2008, p. 29) ha instalado a las mujeres en una nueva condición de vulnerabilidad que los actores armados reconocen. Lo anterior evidencia “la perpetuación de imaginarios esclavistas que sitúan a estas personas en el lugar de lo «no-humano» y en el mismo lugar de la naturaleza como objeto apropiable, aprovechable y explotable” (CNMH, 2017, p. 127).

En las zonas controladas por los grupos armados la violencia sexual, ha sido una “pedagogía” cruel: una forma de corregir a los cuerpos que transgreden la heteronormatividad y las normas dictadas por guerrillas y paramilitares (ABColumbia *et al.*, 2013, p. 10). En particular, las mujeres víctimas han señalado que la VSXCA infligida con propósitos correctivos por los grupos armados se hizo principalmente para escarmentarlas por

ejercer sexualidades no normativas, romper las nociones de delito impuestas por los actores armados; reprenderlas como un acto de sanción en contra de las faltas cometidas por los hombres de la comunidad; violarlas como una técnica de corrección heterosexual, y abusarlas sexualmente por negarse a entregar sus hijos e hijas a los actores armados (CNMH, 2017, p. 132).

En ese sentido, también se “corrigieron” los cuerpos de trabajadoras sexuales, personas con discapacidades, y hombres con cabello largo mediante castigos como desnudez forzada, violación correctiva y la violación grupal (CNMH, 2017, p. 132). En particular, debe observarse que, en escenarios de control, los cuerpos de las trabajadoras sexuales son los primeros en ser regulados y apropiados por los actores armados, no solo por la violencia sexual que se ejerce sobre dichos

cuerpos, sino también porque a través de ellos acceden a rentas económicas (CNMH, 2017, p. 126).

Otro uso de la VSXCA por los actores armados, específicamente paramilitares y guerrillas, fue para la “higienización de los territorios”. Ejemplo de ello es el castigo a presuntos violadores mediante técnicas crueles en el espacio público como el empalamiento. Asimismo, en sus zonas de control, los paramilitares señalaron a los cuerpos de personas LGBT como “transmisores de enfermedades sexuales y [...] reproductores de supuestas depravaciones” (CNMH, 2017, p. 154). La violación, el desplazamiento forzado y el asesinato fueron la manera de “higienizar” las poblaciones. Así, en este escenario la VSXCA se emplea para recalcar el dominio totalizante del territorio y de los cuerpos.

1.3. Escenario intrafilas

Las experiencias de las mujeres combatientes al interior de los grupos armados son diversas, sin embargo, la violencia sexual es común a ellas, sea porque sufrieron las victimizaciones al interior del grupo, o porque las padecieron en entornos familiares y comunitarios, lo que precisamente funcionó como detonante de su ingreso a las filas. De manera que la relación de la violencia sexual con el conflicto armado no solo está en el uso que de ella hacen los actores armados, sino también en la motivación que la violencia sexual provee para ingresar al grupo armado; lo que resulta en que, en todo caso, las mujeres no pueden escapar a la violencia sexual, sean o no combatientes.

En el escenario intrafilas, algunos tipos de VSXCA —como la desnudez forzada— fueron perpetrados de manera pública para modificar y reprender el comportamiento de las mujeres. Además, las mujeres eran delegadas para las actividades de inteligencia por considerar que “su fragilidad las hace menos sospechosas, o que ciertos rasgos físicos considerados «deseables» les permiten tener mayor acceso a información” (CNMH, 2017, p. 169). Para ellas, esto significó la disponibilidad de sus cuerpos para cumplir con las misiones encargadas.

De otro lado, todavía dentro del contexto intrafilas, la renuncia obligada a la maternidad a través del aborto y la esterilización forzados, hablan sobre la masculinización de los cuerpos femeninos para la guerra. A su vez, estas prácticas significaron para las mujeres combatientes “la imposibilidad de concretar proyectos de maternidad, repercusiones ligadas a su salud sexual o reproductiva y/o prácticas que van en contra de sus creencias morales y religiosas” (CNMH, 2017, p. 173).

Las guerrillas controlaron la fertilidad de modo generalizado y estricto. En contraste, en los grupos paramilitares la regulación dependía de la estructura paramilitar

e incluso del comandante a cargo. Mientras que en los grupos paramilitares las mujeres eventualmente podían tener hijos y posteriormente reintegrarse a las filas, “en el ELN y las FARC el aborto es obligatorio para la mayoría de las mujeres, salvo privilegios particulares” (CNMH, 2017, p. 178). Según Amnistía Internacional (2004), tanto el ELN como las FARC obligaron a las mujeres a abortar y usar anticonceptivos sin importar su edad, como una orden cuyo cumplimiento condicionaba la permanencia en el grupo (p. 51). Conviene anotar que, mediante la Sentencia SU-599 de 2019, la Corte Constitucional enfatizó que “los crímenes intrafilas sí pueden constituir crímenes de guerra, máxime si se trata de crímenes que involucran violencia sexual”.

Esta comprensión categorizada de la VSXCA en Colombia permite concluir que la violencia sexual “no solo fue ejercida de manera oportunista, o como un daño colateral del conflicto armado, sino que ha cumplido unos objetivos en el marco de la confrontación” (CNMH, 2017, p. 48). Asimismo, que en Colombia se usaron prácticas —no necesariamente conscientes— para derrotar moral y psicológicamente a las poblaciones, reafirmar las jerarquías de género y la refrendación social del dominio territorial de los grupos armados; y que, en todo caso, los castigos por estas violaciones a los miembros de los distintos grupos armados no fueron generalizados, sino más bien excepcionales.

Con todo, aún nos queda mucho por comprender sobre el uso de la violencia sexual durante el conflicto armado colombiano, y por eso es necesario indagar por la manera en la que debe darse su investigación y judicialización en un proceso de justicia transicional como el que hoy vive Colombia. A la vez, esto implica explicitar a qué se hace referencia cuando se habla de justicia transicional y qué involucra adoptar una perspectiva de género en ella.

2. Justicia transicional con perspectiva de género

En las últimas décadas, la justicia transicional ha sido un mecanismo ampliamente utilizado como una salida negociada a los conflictos. Surgió, fundamentalmente, “para enfrentar las graves violaciones de derechos humanos que han afrontado las sociedades durante los regímenes dictatoriales o los conflictos armados” (Mantilla, 2015, p. 209).

Uprimny (2005) advierte que, cuando se trata de transiciones negociadas, “la justicia transicional es también, y en gran medida, una justicia transaccional” (p.13); y, por tanto, se está ante “la difícil tarea de lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, es decir, entre los derechos de las víctimas del conflicto y las condiciones impuestas por los actores armados para desmovilizarse” (p. 1). De manera que, mientras las víctimas y la sociedad en general abogan por

la verdad, las sanciones a los victimarios y la reparación, los actores armados propenden por obtener beneficios jurídicos por su desmovilización y buscan que la transición sea segura (Uprimny, 2005, p. 11).

Por otra parte, para De Greiff (2011) la justicia transicional es concebida como un conjunto de medidas encaminadas a demostrar la vigencia de las normas de derechos humanos, cuando la misma ha sido cuestionada a causa de los abusos masivos de tales derechos (p. 28). Lo anterior es producto de la “creciente conciencia de los límites de la justicia penal en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos” (Rubio-Marín, 2010, p. 23). Además, la justicia transicional da una respuesta a las víctimas cuya “confianza ha sido destrozada como consecuencia de las experiencias de violencia y abuso que han vivido, quienes razonablemente continúan temiendo que el pasado pueda repetirse” (De Greiff, 2011, p. 36)³. En particular, el enjuiciamiento penal implica “reconocer los abusos de los que fueron sujetas [las víctimas], dar espacio público a sus historias, y «reversar» la marginalización de la cual tradicionalmente han sufrido” (De Greiff, 2011, p. 29); así como también “reconocer su estatus como *derechohabientes*, en últimas, como copartícipes en un proyecto político común, es decir, como *ciudadanos*” (De Greiff, 2011, p. 29).

Según Uprimny (2005) una negociación de paz debe: a) asegurar que todos los actores involucrados en el conflicto, y no sólo los actores armados, participarán activamente en su superación; b) tomar en “consideración los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y los deberes del Estado necesarios para garantizarlos”; c) conceder perdones excepcionalmente y de manera individualizada —siempre bajo el principio de proporcionalidad—; y d) proponer inicialmente estándares altos en términos de verdad, justicia y reparación, y admitir su reducción cuando sea claro que las condiciones políticas impiden alcanzarlas, o que ciertas fórmulas de perdón pueden ser ética y políticamente superiores a la imposición de penas y castigos (pp. 6-7).

Es relevante advertir que el incumplimiento de las exigencias internacionales en materia de transición abriría la puerta para que el Tribunal Penal Internacional o jueces de otros Estados, asuman competencia de los casos en los que se otorgan

3 Rubio-Marín (2010), señala que las discusiones sobre la transición han dado “preferencia a la cuestión del enjuiciamiento de los responsables sobre las reparaciones” (p. 22) y que se hace poco para ayudar a las víctimas a “enfrentar las consecuencias concretas que la guerra y el autoritarismo tienen sobre las vidas truncadas” (p. 23). Sin duda, la reparación es un elemento esencial de la transición; sin embargo, aquí se sostiene que antes que preferir una medida sobre otra, tanto el enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad, la reparación y la reforma institucional son partes compositivas de la justicia transicional y que es equívoco fundamentar la preponderancia de una medida en su tangibilidad, puesto que, en últimas, “estas medidas son partes de la justicia transicional en virtud de compartir dos objetivos o fines «mediatos», a saber, proporcionar reconocimiento a las víctimas y promover la confianza cívica; y un objetivo final, contribuir al fortalecimiento de la norma de derecho democrática (democratic rule of law)” (De Greiff, 2011, p. 28).

amnistías generalizadas por delitos de lesa humanidad y crímenes atroces. Sin embargo, cuando se contemplan únicamente perdones proporcionales y necesarios para alcanzar la paz, entonces las negociaciones resultan compatibles con el derecho internacional, lo que da una garantía para todas las partes negociantes. De esta manera, las “decisiones de conceder perdones no derivan de la incapacidad del Estado [...], sino más bien del requerimiento de lograr un equilibrio entre los reclamos contrarios de justicia y paz” (Uprimny, 2005, p. 7).

Las tensiones entre “la justicia y la paz” en un proceso transicional no son la única perspectiva que debe adoptarse para su construcción. Debe entenderse, en este sentido, que un proceso que propende por reafirmar la vigencia de los derechos y ser el paso entre la guerra y la paz, también debe indagar sobre las afectaciones diferenciadas que sufrieron las personas durante el conflicto, en aras de comprender el pasado, pero también como una manera de facilitar la transición hacia una sociedad más justa y equitativa. Por esto y en razón del objeto que dota de sentido a este artículo, es importante observar qué significado tiene el enfoque de género dentro de la justicia transicional.

En primer lugar, Mantilla (2015) advierte que la perspectiva de género en materia de investigación de las violaciones a los DD.HH., hasta hace poco, no fue una prioridad “ni [en] los documentos internacionales ni [en] la mayoría de las experiencias internacionales de justicia transicional” (p. 215). Además, señala que adoptar una “perspectiva neutral” antes que generar equidad, invisibiliza la situación específica de las mujeres y de la población LGTBI la cual, en contraste, requiere “mecanismos particulares de investigación y medidas de respuesta y dignificación” (p. 209).

Adoptar una perspectiva diferencial es útil para la construcción del concepto de víctima, porque permite reconocer las afectaciones particulares que tienen las personas en consideración de su género, orientación sexual, pertenencia a un grupo étnico, edad, entre otros (Mantilla, 2015, p. 218). La definición del estatus de víctima tiene grandes repercusiones tanto para el reconocimiento de las personas, como para la reconstrucción de su confianza en las instituciones; los que, como se explicó, son fines mediatos de la justicia transicional.

En específico, la perspectiva de género es indispensable en la justicia transicional si se consideran, entre otras, las siguientes razones:

- En las sociedades patriarcales, incluso antes del conflicto, las mujeres no tienen acceso efectivo a los derechos humanos (Mantilla, 2015, p. 218).
- Las mujeres encuentran una mayor dificultad para participar de los procesos de justicia transicional por el estigma que sobre ellas recae, tanto como por

los traumas causados por la VSXCA, y por su exclusión en los espacios de decisión pública (ONU, 2010, p. 5).

- La desigualdad de género es una desigualdad generalizada que resulta frecuentemente exacerbada en los conflictos armados. Durante la guerra, las mujeres y niñas son especialmente vulnerables a ser víctimas de violencia sexual sistemática (ONU, 2010, p. 5).
- En experiencias comparadas, las mujeres “privilegian las historias de sus hijos y esposos sobre sus propias vivencias, desconociendo sus propias victimizaciones, lo cual contribuye a la impunidad en los casos de violaciones de sus derechos” (Mantilla, 2015, p. 218).
- Algunas violaciones de DD.HH. recaen específicamente sobre los cuerpos de las mujeres. Por ejemplo: el desplazamiento interno y la violencia sexual (De Greiff, 2012, p. 18).
- La existencia de las relaciones de poder impuestas por el orden patriarcal de género en la sociedad colombiana, dominación que es exacerbada durante la guerra (Martínez, 2018, p. 80).

En particular, el derecho a la justicia que tienen las víctimas en los procesos transicionales se diluye para las víctimas mujeres de VSXCA, no solo por el temor, estigmatización o vergüenza que sienten las víctimas, sino también porque las jurisdicciones no abordan los casos desde una perspectiva de género, lo que tiene repercusiones en todas las fases de la investigación (Mantilla, 2015, p. 220).

En consecuencia, es fundamental la incorporación de una perspectiva de género en todos los componentes de la justicia transicional y, en particular, en las jurisdicciones en que se incorporan herramientas específicas para superar las barreras encuentran las mujeres en los procesos judiciales. En esta línea, es necesario que los criterios de selección y priorización de los casos a juzgar “sean desarrollados incorporando una perspectiva de género que permita visibilizar la violencia sexual, pero, además, hacer un análisis diferenciado de todas las violaciones de derechos humanos” (Mantilla, 2015, p. 221).

Adicionalmente, como lo expone Martínez (2018), el hecho de incluir la perspectiva de género en los procesos de justicia transicional está guiado por tres propósitos centrales:

- i) poner el acento en la responsabilidad que tiene el hombre por los actos violentos, señalando los efectos traumáticos reales en el corto plazo y los posibles en el largo plazo sobre la mujer, y la determinación de qué podría

hacer él para enmendar lo que pudiera enmendarse; ii) contrarrestar las ideas de que es la mujer quien incita la violencia; y iii) socavar efectivamente las obligaciones provocadas por los estereotipos sexuales sobre las identidades y las relaciones de género (p.88).

Por esta razón, al incluir las cuestiones de género y de violencia sexual en los escenarios de justicia transicional, se reconoce la importancia de la participación de las mujeres en el diseño de la transición. “Se trata de permitirle a la sociedad construir una memoria judicial colectiva en relación con lo ocurrido a las mujeres en el pasado”, y cómo esto tuvo unos impactos diferenciados para ellas. Sólo así podrá la justicia servir como un mecanismo efectivo de transición hacia una sociedad más justa y equitativa (Chaparro, 2017, p. 484).

Así las cosas, la perspectiva de género es fundamental para una adecuada investigación de las violaciones a los DD.HH. Entre las otras razones, porque incorporar a las mujeres con un enfoque diferencial “contribuirá a construir propuestas de verdad, reparación y justicia que realmente garanticen la no repetición de los hechos violatorios y los crímenes atroces” (Mantilla, 2015, p. 218).

Al respecto, en el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías, de agosto de 2012, De Greiff consideró que la perspectiva de género es una *conditio sine qua non* para que todas las medidas de la transición sean eficaces. Vale la pena aclarar que estas afirmaciones fueron realizadas dentro del mandato del Relator Especial como experto independiente en los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2012, pp. 4-21).

En síntesis, si la justicia transicional es ese conjunto de medidas a través de las cuales se pretenden enfrentar las graves violaciones de los derechos humanos, y dar una respuesta a las víctimas, entonces es necesario entender las complejidades de las afectaciones y, en particular, el rol de las mujeres en la guerra y en la paz. Por ello puede afirmarse que es imperativo incorporar la perspectiva de género, específicamente, en la medida de “enjuiciamiento” o justicia transicional, en sentido estricto.

3. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: UNA NUEVA OPORTUNIDAD PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Tras llegar a la conclusión anterior, se entiende a la Jurisdicción Especial para la Paz como una nueva oportunidad para la justicia transicional con perspectiva de género. Esta Jurisdicción fue creada en el 2016 mediante el Acuerdo Final para

la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (de ahora en adelante el Acuerdo Final) —que suscribió el Estado colombiano con las FARC-EP para ponerle fin a las más de cinco décadas de confrontación armada con esta guerrilla⁴.

El Acuerdo Final es el primer acuerdo de paz en incorporar un enfoque diferencial de género transversal a todo lo pactado (Acuerdo Final, 2016, p.6). Estas consideraciones nos permiten advertir que, en la consagración y creación de la JEP, el enfoque de género se concibió como un elemento primordial, lo que se ve materializado en sus normas, en la conformación de la magistratura, y debería también verse en sus actuaciones.

El modelo de justicia de la JEP es la justicia restaurativa, una justicia transicional enfocada en satisfacer los derechos de las víctimas. De acuerdo con esto, el Acto legislativo 01 de 2017, en su artículo 5º transitorio, indica que para “acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) es necesario aportar verdad plena”. Igualmente, las personas que se sometan a la JEP deben garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, así como contribuir a la reparación de las víctimas. En caso de que se incumpla alguna de esas condiciones, los sometidos perderán los derechos, garantías y tratamientos o beneficios especiales concedidos previamente. Adicionalmente, la JEP ha establecido una serie de penas propias y alternativas que serán determinadas e impuestas por el Tribunal Especial para la Paz, que funge como órgano de cierre de la Jurisdicción⁵.

En el caso del SIVJRNR y puntualmente de la JEP, la implementación y relevancia del enfoque de género fueron materializadas inicialmente en los actos legislativos y demás normas reglamentarias creadas. En el párrafo 1 del artículo 1º, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 determinó que el enfoque de género

- 4 Con la firma del Acuerdo Final fue creado el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), el cual busca construir una paz estable y duradera en la sociedad colombiana. Los tres componentes de este sistema son: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV); la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD); y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).
- 5 Los tres tipos de sanciones consagradas son: 1. Sanciones propias: se aplican a quienes aporten verdad plena y detallada y reconozcan responsabilidad ante la Sección de Reconocimiento del Tribunal Especial para la Paz. La sanción en estos casos exige la realización de trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador, acompañadas de medidas de restricción efectiva de libertades y derechos por un tiempo de 5 a 8 años en un establecimiento no carcelario, o de 2 a 5 años para quienes no hayan tenido una participación en los crímenes más graves y representativos. 2. Sanciones alternativas: se imponen a quienes reconozcan tardíamente verdad y responsabilidad ante la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, pero antes de que se profiera la sentencia. Éstas tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. 3. Sanciones ordinarias: se impondrán a quienes no reconozcan verdad ni responsabilidad y sean encontrados culpables por la Sección de Ausencia de Reconocimiento del Tribunal Especial para la Paz. Se aplicarán penas privativas de la libertad de 15 a 20 años.

y diferencial debe ser aplicado “a todas las fases y procedimientos del Sistema, en especial respecto a todas las mujeres que han padecido o participado en el conflicto”.

Puntualmente, en los artículos 16 y 18 de la Ley 1957 de 2019 se estipularon los derechos de las víctimas de violencia sexual y el enfoque diferenciado que deberá aplicarse en el funcionamiento y las actuaciones de estas instituciones. Acerca de los derechos específicos de las víctimas de violencia sexual es menester enunciar que esta ley ilustra que:

En el caso de delitos que constituyan alguna forma de violencia sexual, la JEP les garantizará a las víctimas, además de lo previsto en las reglas de procedimiento, los siguientes derechos procesales, el deber de debida diligencia, el derecho a la intimidad, debiendo abstenerse, en especial, de realizar prácticas de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada de su vida íntima, evitando en todos los casos posibles situaciones de revictimización.

Con respecto a hechos de la violencia sexual, se incorporan como normas de procedimiento las disposiciones especiales sobre práctica de pruebas incluidas en el Estatuto de Roma.

PARÁGRAFO 10. Las víctimas de violencia sexual pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas contarán con las debidas garantías procesales en los términos del artículo 39 de la presente ley, y contarán con un enfoque diferencial étnico que evite su revictimización.

PARÁGRAFO 20. En la valoración y juzgamiento de los delitos sexuales deberá presentarse especial atención al contexto de intimidación generalizada causado por el conflicto armado, para efectos de determinar la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo (Ley 1957, 2019).

Igualmente, en el numeral 3º del artículo 19 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la JEP se determinaron los principios de selección para la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Allí se estipuló que uno de los criterios son las características diferenciales de las víctimas del caso, entre ellos, la orientación sexual y la identidad de género.

En este sentido, la JEP decidió crear la Comisión de Género de la JEP, la cual tiene la función de coordinar, articular, vigilar y exigir la implementación del enfoque de género en “el componente de justicia del SIVJRN” y actuar como órgano consultivo para las salas y secciones de la jurisdicción (JEP, 2018, artículo 104).

Así, desde su concepción, el enfoque de género ha sido transversal y fundamental para la JEP, por lo que representa una nueva oportunidad de reconocimiento, verdad y reparación para las víctimas de VSXCA en Colombia.

4. SOBRE LA PRIORIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LA JEP

A partir de desarrollos a nivel internacional se han establecido estándares sobre investigación, judicialización y sanción de la VSXCA que materializan la obligación de debida diligencia que tienen los Estados en aras de erradicar la impunidad de estos delitos, pero también demuestran la voluntad política y la cooperación internacional que tienen los Estados para garantizar los derechos de las víctimas de VSXCA a través del reconocimiento de estas violencias y su desarrollo normativo, al cual no ha sido ajena la JEP.

En el escenario internacional existen diferentes cuerpos de normas que prevén la protección de los individuos durante el conflicto armado, entre éstas existe una superposición o complementariedad, pero también existen ciertas diferencias, sobre todo por el objeto y ámbito de aplicación de cada uno de estos cuerpos normativos. En primer lugar, está el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través del cual, en la Asamblea General de ONU, se emitió la resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, con la cual se expidió la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante, CEDAW⁶, la cual es considerada como el tratado más importante para los derechos de las mujeres (Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado).

Por otro lado, el esfuerzo por judicializar y castigar la violencia sexual y otros crímenes relacionados con el género cometidos durante los conflictos armados internacionales, y no internacionales, también ha cobrado mayor importancia durante las últimas décadas en el Derecho Internacional Humanitario. Este es el conjunto de normas que busca regular el conflicto armado y disminuir, en la medida de lo posible, el horror entre combatientes, así como proteger a los civiles de los enfrentamientos y objetivos militares. Los tratados más importantes de DIH que regulan actualmente los conflictos armados y “son reconocidos como normas vinculantes de derecho internacional consuetudinario” (Askin, 2003, p. 3) son los Convenios y Reglamentos de La Haya de 1907; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 con sus anexos; y los dos Protocolos Adicionales de 1977.

Actualmente, se reconoce que los Convenios de Ginebra y, en específico, al Artículo 3 —común a los cuatro Convenios de Ginebra, que regula los conflictos

6 Ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982.

no internacionales— pueden ser usados para castigar crímenes como la tortura u otros tratos crueles o inhumanos, incluyendo la violación (p. 17). Esto sucedió por el trabajo y desarrollo jurisprudencial realizado en los tribunales *ad-hoc* de Yugoslavia y Ruanda en los años 90. Los estatutos de ambos tribunales autorizaron el procesamiento y judicialización de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y actos de genocidio.

Como tercer cuerpo normativo, encontramos el Derecho Penal Internacional, el cual tiene como punto de partida el Estatuto de Roma. El Estatuto fue adoptado en 1998 y entró en vigor a partir del 2002 como un instrumento internacional para investigar, perseguir y castigar los crímenes más graves; sobre los cuales se estipula en el preámbulo que “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (1998). Para cumplir con este fin, se creó, dentro del mismo estatuto, la Corte Penal Internacional (CPI) como el primer tribunal internacional permanente con competencia para conocer sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Igualmente, la CPI tiene carácter complementario a las jurisdicciones penales nacionales para juzgar dichos crímenes.

El Estatuto se ha consolidado como uno de los documentos más avanzados e innovadores con relación al juzgamiento de los delitos en contra de la mujer, y específicamente de la violencia sexual. Adicionalmente, en virtud de su aplicación, la CPI ha emitido dos sentencias condenatorias por hechos de violencia sexual en donde se han explicitado las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores de estos hechos, quienes no pueden ser beneficiarios de amnistías o indultos totales⁷. Allí, es primordial el respeto y la protección de los derechos de las víctimas con un enfoque de género.

Finalmente, como sistema regional de los países americanos, se encuentra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante el cual se emitió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en adelante, Convención de Belem Do Para⁸. En su artículo 3, esta dispone que “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. Este es el instrumento regional interamericano que “propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica” (OAS, 2020). Estos mecanismos han sido desarrollados y enriquecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que asegura la judicialización y cumplimiento de los deberes de los estados en materia de protección de derechos humanos.

7 The Prosecutor v. Jean- Pierre Bemba Gombo, 2016 y The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 2019.

8 Ratificada por Colombia en 1996.

Estos estándares internacionales impulsan la creación de normativas internas que desarrollan los distintos ámbitos de protección, pues, en últimas, son normas obligatorias para el Estado colombiano por su doble naturaleza de normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional, además de ser normas de *ius cogens*. Estas normas se integraron en diferentes leyes y pronunciamientos de las altas Cortes del país, de manera que se reconocieron los diferentes deberes que el Estado colombiano ha adquirido para garantizar los derechos de las víctimas y erradicar la impunidad; deberes en los que se encuentran las obligaciones materia de VSXCA y que suponen una relación de tensión entre los derechos de las víctimas y la consecución de la paz en un proceso de justicia transicional.

Lo anterior cuenta con un homónimo en el derecho colombiano. Puntualmente, en el ámbito nacional, con la inclusión de un capítulo exclusivo al Código Penal, en donde se tipificaron las infracciones sancionadas por el DIH, entre ellas las relacionadas con la VSXCA y algunas medidas específicas para garantizar el acceso a la justicia a sus víctimas. Además, es relevante el papel que ha tenido la Corte Constitucional en la adopción y definición de estándares en el tratamiento de la VSXCA. Dicha corte reconoció que el conflicto armado tiene un impacto diferencial y agudizado sobre las mujeres, quienes están sometidas a un riesgo latente de ser víctimas de violencia sexual; y, por este medio, ha sido crítica de la normativa nacional en esta materia. En razón de lo anterior, la Corte estableció la presunción de nexo con el conflicto armado en lo relacionado con delitos sexuales, lo que implica un estudio a profundidad de los casos de VSXCA en el escenario en el que se pretenda desvirtuar dicha presunción. Indudablemente, esta presunción establecida por la Corte Constitucional es aplicable a los casos de violencia sexual que conozca la JEP.

En aras de cumplir con estas obligaciones y ante la intensidad de las violaciones de derechos humanos en contextos de conflicto, los Estados suelen adoptar estrategias como “la priorización y selección de las violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario que serán judicializadas en los períodos transicionales” (Mantilla, 2015, p. 212). En este escenario es en el que actualmente trabaja la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como organismo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición creado en el Proceso de Paz con las FARC-EP.

A continuación, se expondrán diferentes razones por las que consideramos que la violencia de género, y en particular, la VSXCA es uno de los crímenes que debe priorizarse con ocasión de la estrategia de priorización que lleva a cabo la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP. Para esto, se propone un acercamiento tanto al uso de la selección y priorización en escenarios de justicia transicional, como a la creación e implementación de criterios de selección y priorización en la JEP; y al panorama actual en el que se encuentra esta Jurisdicción.

4.1 Sobre los criterios de selección y priorización

La exigencia de investigación y juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos y de las infracciones al DIH constituye un logro en tanto implica “la sustitución de la impunidad por la responsabilidad penal en situaciones pos-conflicto o pos-autoritarias” (Bergsmo & Saffon, 2011, p. 24). Esto es esencial, porque el tratamiento que se da a las denuncias, con su investigación y juzgamiento, es un elemento angular para alcanzar varios de los objetivos buscados en una transición, “tales como suprimir la impunidad, consolidar el estado de derecho, recuperar la confianza y garantizar la no repetición de las atrocidades” (Bergsmo & Saffon, 2011, p. 27).

Sin embargo, la gran cantidad de crímenes y autores, unida a la duración extensa de los conflictos, hace que la tarea de investigar y sancionar oportuna y adecuadamente parezca abrumadora. Además, debe considerarse que sobre los procesos transicionales recae una imposición generalizada por la necesidad de celeridad y resultados rápidos, sumado a las presiones políticas que intervienen en los contextos en los que operan.

Antes que investigar y perseguir, es una labor esencial adoptar criterios de selección y priorización de los casos. Es evidente que de una u otra manera, los casos siempre serán seleccionados o no seleccionados y se les establecerá un orden de prioridad. Sin embargo, cuando esto se hace con base en criterios no intencionales, inadecuados o injustificados, la consecuencia es que “no garantizan —o incluso impiden— que los casos más importantes y apropiados sean investigados y vayan primero a juicio” (Bergsmo & Saffon, 2011, p. 25). Por esto, a lo que aquí se hace referencia es a la necesidad de establecer criterios de selección y priorización que sean públicos, claros y adecuados, pues esto “es crucial para garantizar el principio de igualdad ante la ley (y con él otros objetivos importantes de la transición), la coherencia, la eficacia y la independencia de la estrategia de persecución, y la legitimidad global del proceso penal” (Bergsmo & Saffon, 2011, p. 26).

Esto muestra que los criterios y sus contenidos involucran tanto los significados para las víctimas, como los contextos en los que se efectuaron los crímenes y la forma en la que la comunidad internacional observa el proceso transicional. De ahí que la ausencia de claridad en los criterios y su justificación conlleve a percibir que la selección y asignación de prioridad se hace de “forma arbitraria, parcial o politizada y, por lo tanto, genere actitudes de desconfianza y desaprobación en contra del proceso judicial” (Bergsmo & Saffon, 2011, p. 26).

Conviene distinguir entre selección y priorización puesto que, aunque cumplen objetivos generales comunes como los expuestos, tienen diferentes propósitos concretos y funcionan de manera distinta. En esta línea,

los criterios de selección sirven para determinar qué casos serán investigados y juzgados por una jurisdicción específica, [...] normalmente consiste en un catálogo de elementos importantes que deben tenerse en cuenta al decidir si se va a ejercitar la jurisdicción. Por el contrario, los criterios de prioridad sirven precisamente para clasificar los casos dentro de una jurisdicción, así como para determinar el orden en el que serán investigados y juzgados (Bergsmo & Saffon, 2011, pp. 27-28).

En consecuencia, es necesario que los criterios para priorizar estén dotados de importancia relativa de unos sobre otros, pues la aplicación de un catálogo de criterios a los que se reviste de la misma importancia conlleva a que en últimas las decisiones de priorización sean totalmente discrecionales. De acuerdo con el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para el fomento de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (De Greiff, 2014, como se citó en Mantilla, 2015, pp. 212- 213), los criterios de priorización varían entre jurisdicciones, siendo recurrentes los siguientes:

- i. **Los casos más fáciles**, pues así se obtienen resultados rápidos, se logran pruebas valiosas con un costo mínimo. Se le critica a este criterio que la evaluación de la facilidad del caso es previa y, por tanto, quedan dudas sobre la imparcialidad del proceso.
- ii. **Los casos de mayor connotación**, son aquellos que influyen en la opinión pública para que cobre conciencia de lo sucedido o que pueden introducir cambios en la legislación o precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, este impacto depende del proceso y la sentencia, que son factores desconocidos al momento de hacer la priorización.
- iii. **Los crímenes más graves**, como aquellos que involucran atentados graves contra la integridad física, además de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. Sobre este criterio se cuestiona cuáles son los límites de la “gravedad” y se señala que la gravedad no necesariamente se relaciona con la prevalencia, lo que puede dejar sin atender muchos casos.
- iv. **Los máximos responsables**, es decir, quienes ocuparon altos cargos en el grupo armado u ostentaban una posición de influencia tal que planificaban, ordenaban o instigaban la comisión de crímenes graves. Aunque con esta estrategia se envía el mensaje de que no es necesaria la participación directa en un crimen para ser responsabilizado por él, la definición de máximo responsable puede ser una limitante y excluir las violaciones más atroces y a los criminales más notorios.

- v. **Los casos simbólicos o paradigmáticos** son aquellos que han tenido un gran impacto en la humanidad en general o en un grupo específico. Con todo, este criterio puede afianzar estereotipos de la opinión pública sobre lo que se considera prioritario.

Según De Greiff (2014, como se citó en Mantilla, 2015, pp. 212- 213) como Relator Especial, estos criterios representan algunas dificultades puntuales en lo relativo a la violencia sexual. Por ejemplo, una estrategia enfocada en los crímenes más graves ofrece pocos incentivos para perseguir crímenes conexos que no pasen por completo el umbral de gravedad como los delitos sexuales o de género, los cuales en muchas ocasiones han sido considerados un daño colateral de los conflictos armados. De otro lado, asumir el criterio de priorizar los casos más fáciles dejaría por fuera los delitos constitutivos de VSXCA, puesto que frecuentemente son los de mayor dificultad investigativa y probatoria. Asimismo, aplicar únicamente el criterio de casos simbólicos dejaría de lado a grupos étnicos cuyas afectaciones no sean consideradas “simbólicas” o, como también ha sucedido con la VSXCA, que tradicionalmente no han sido una prioridad. Por esto, se hace necesario asumir una perspectiva de género en todo el sistema transicional y hacer énfasis en que la participación de las víctimas sea un elemento central para adoptar estrategias de selección y priorización.

Lo anterior se relaciona con lo expuesto por Eboe-Osuji (2011), quien afirma que dentro de los crímenes sexuales cometidos en contexto de conflicto armado hay una magnitud considerable de ellos que satisfacen los elementos de conexión o están “comprendidos en el núcleo jurídico de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra” (p. 119); y en consecuencia, la persecución de estos delitos en el post-conflicto es más que probable. Sin embargo, el autor advierte la posibilidad de que haya VSXCA que no esté nítidamente configurada en el sistema de crímenes indicado; respecto de este supuesto, asevera que

un combate efectivo contra la violencia sexual contra mujeres en tanto mal requiere una estrategia compuesta que involucre necesariamente una política de tolerancia cero contra la conducta. La política de tolerancia cero debería justificar todos los esfuerzos realizados para evitar cualquier crecimiento de la retorcida cultura de violencia sexual contra mujeres en tiempos de paz u originadas en el conflicto. Dicho crecimiento puede resultar de una falta de persecución de los delitos sexuales cometidos contra las mujeres durante los conflictos armados, basada en que fueron actos de violencia sexual oportunistas no cometidos por aquellos más estrechamente vinculados con los conflictos armados. La brecha de impunidad resultante naturalmente exacerba el temor a la violencia sexual en tiempos de guerra convirtiéndose en una realidad de las mujeres en tiempos de paz (p. 121).

En este sentido, la propuesta del autor es aceptar una “teoría circunstancial o indirecta del nexus que permita la persecución de la violencia sexual contra mujeres cometida durante un conflicto armado” (p. 121). Lo que implica que el estándar para perseguir la VSXCA en procesos de transición debe incluir toda violencia sexual que haya sido cometida con ocasión de la situación de anarquía propiciada por la guerra “o del desvío de la atención de las fuerzas de seguridad [...] para cometer actos de violencia contra las mujeres durante un conflicto armado” (p. 122). Esto, para reducir la brecha de impunidad que resulta al perseguir únicamente los delitos que tienen una evidente relación con el conflicto armado, sobre todo por la posibilidad de una deformación cultural que tolere la violencia sexual contra mujeres en la sociedad.

4.2. Los criterios de selección y priorización en el contexto colombiano: lecciones aprendidas

En el contexto colombiano, los criterios de selección y priorización fueron implementados por primera vez en el marco de la Ley 975 de 2005; conviene señalar que estos criterios fueron creados y ejecutados años después de que las Salas de Justicia y Paz comenzaran a funcionar. Para 2010-2011 se hizo evidente que los procesos que se encontraban en investigación y juzgamiento eran de carácter fraccionado y aislado; no reflejaban debidamente “el fenómeno de la macrocriminalidad y sistematicidad [,] [a]demás, y más grave todavía, no parece factible que con el modo de trabajo [de ese momento] se [pudieran] terminar los procesos ya iniciados y mucho menos los todavía pendientes dentro de un tiempo razonable” (Ambos, 2011, p. 10). Esto se hizo evidente cuando las instituciones determinaron que había al menos 4787 postulados ante Justicia y Paz, y para el 2013, con seis años de funcionamiento, solo se habían emitido 14 sentencias, algunas de ellas parciales y ninguna contra quienes ostentaron la condición de máximos responsables (Rúa, 2015, p. 95; Fiscalía General de la Nación, 2013, p. 1).

Lo anterior evidenció la imposibilidad de aplicar un criterio maximalista que investigara y juzgara a cada uno de los perpetradores, pues esta forma de proceder condujo a un colapso en el funcionamiento del aparato de justicia transicional. De ahí que en Justicia y Paz la estrategia de investigación y juzgamiento haya sido reconducida, pues este estancamiento llevó a que se emitiera el Acto Legislativo 01 de 2012: “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”; y a que la Fiscalía General de la Nación expidiera la Directiva 001 de 2012, mediante la cual se establecieron los criterios de priorización y selección para este modelo de justicia. Posteriormente se instauró también la

Ley 1592 de 2012, que en su artículo 13 introdujo dichos criterios a la Ley 975 de 2005. De acuerdo con Rúa (2015), esto mostró que el estudio realizado a partir de macroprocesos y de criterios de priorización y selección de los máximos responsables permitía develar los diferentes patrones de macrocriminalidad, mantener los niveles de eficacia de la justicia y conocer la verdad de lo que pasó en muchos territorios del conflicto, tanto para las víctimas como para la sociedad civil (pp. 96-100).

Asimismo, en Sentencia C-579 de 2013, a través de la cual se estudió el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el Marco Jurídico para la Paz, la Corte Constitucional afirmó, respecto de la selección y priorización, que:

[e]sta forma de investigación permite la revelación de las estructuras de macrocriminalidad y facilita la construcción de verdades individuales y colectivas que van más allá de casos aislados y que permiten determinar las causas de la violencia, favoreciendo el proceso de justicia transicional. En este sentido, se pretende obtener la identificación de los patrones de violencia, el grado de victimización, el efecto para una posible disuasión y reconciliación y la obtención de la verdad (párr. 8.2.6)⁹.

Sobre el elemento de violencia sistemática o macrocriminalidad, la Corte observó que es indispensable para distinguir los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado respecto de los crímenes ordinarios. Ahora bien, la sistematicidad no está relacionada necesariamente con la masividad, sino con la necesidad de que la violencia no sea aislada (párr. 8.2.5). En lo relativo a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones porque (i) investigar a los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y además (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando la no repetición.

La Corte reconoció que la selección y priorización “puede afectar sustancialmente la forma en que los procesos judiciales son recibidos por las víctimas[,] [t]ambién puede influenciar la legitimidad que da a los procesos la comunidad internacional”

9 De acuerdo con la Sentencia C-579 de 2013, el sistema establecido en el Acto Legislativo no es la mera unión de casos, sino que “implica la construcción de macroprocesos en torno a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la gravedad y la representatividad tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible”.

(párr. 8.2.2). Además, sostuvo que adoptar criterios formales permite llevar a cabo una priorización coherente y usar de forma eficiente los recursos.

4.3. Práctica de selección y priorización en la JEP

Con el Acto Legislativo 01 de 2012 y la Sentencia C-579 de 2013, el Gobierno Nacional creyó tener el camino despejado para la negociación con las FARC en lo relativo al componente de justicia. Sin embargo, para las FARC esta reforma constitucional era una imposición en la negociación y en consecuencia se diseñó un nuevo modelo de justicia para la transición: la JEP. Ahora el reto estaba en la manera en que la JEP asumiría el deber de investigar, juzgar y sancionar, mientras consideraba los múltiples repertorios de violencia y las violaciones a gran escala que ocurrieron dentro de su competencia (Jiménez & Sánchez, 2020). Así las cosas, respecto de la selección y priorización en el Acuerdo Final de Paz

(i) se pactó explícitamente renunciar a perseguir los delitos menos graves y otorgar amnistías, indultos o tratamientos similares a quienes los cometieron; (ii) se determinó de forma clara que habría que tomar medidas de priorización para organizar el trabajo respecto de los hechos cubiertos por la obligación de investigar, juzgar y sancionar y, (iii) se dejó la puerta abierta, a través de la utilización de cláusulas y lenguaje ambiguo, a la utilización de mecanismos de selección relacionados con aquellas personas que no fueran los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos (Jiménez & Sánchez, 2020, s.p.)

Por tanto, se explicitó la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones del DD.HH. y las graves infracciones del DIH, y en ese sentido se determinó un catálogo de delitos no amniables ni indultables, entre ellos, el acceso carnal violento y la violencia sexual. Con todo, el universo de casos seguía siendo inmenso y, en consecuencia, mediante el numeral 48 del punto 5 del Acuerdo Final se estableció que la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) contaba con las más amplias facultades para organizar sus tareas, entre estas, definir la secuencia en que abordaría los casos y aportar criterios de selección y descongestión (AFP, 2016).¹⁰

De esta manera, el AFP no estableció con claridad cuáles serían esos criterios, sino que dejó en cabeza de la Sala tal determinación. De acuerdo con Sánchez & Jiménez (2020), la selección como herramienta para reducir el número de casos

10 Para la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) también se estableció en el numeral 51 del mismo artículo que podría “organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo, fijar prioridades, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará”.

tampoco se clarificó¹¹; sino que se sugirió o insinuó en diferentes momentos del AFP¹².

Respecto de la priorización, el artículo transitorio 7º de la Constitución, introducido mediante el Acto Legislativo 01 de 2017, señala que la SRVR desarrollaría su trabajo “conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos”. Así las cosas, el 28 de junio de 2018 la SRVR diseñó una guía sobre “Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas”. De acuerdo con ella, el proceso de priorización se estructuró en tres etapas: (i) **agrupación**, que implica la construcción y delimitación de universos provisionales de casos y situaciones competencia de la SRVR; (ii) **concentración**, que abarca las labores preliminares de recolección y análisis de información sobre determinados grupos de personas o de casos para poder adoptar decisiones de priorización¹³ y, (iii) **priorización**, que es la aplicación de criterios de carácter estratégico para determinar el orden de gestión de los casos, así como la asignación diferenciada de recursos de acuerdo con las necesidades (p. 5).

En cuanto a los criterios a observar en la priorización, la SRVR advirtió que estos parten de dos dimensiones: el impacto y la disponibilidad de la información. A su vez, el componente de impacto tiene dos elementos; el subjetivo y el objetivo. El criterio subjetivo del impacto de los casos y situaciones se refiere a las características de víctimas y de los presuntos responsables, aquí la SRVR debe tener en cuenta i) la situación de vulnerabilidad de las víctimas; ii) el impacto diferenciado en los pueblos étnicos y sus territorios; iii) el impacto diferenciado en otros sujetos colectivos y iv) la representatividad de los presuntos responsables. Por su parte, el criterio objetivo de impacto se refiere a los hechos e implica

11 De acuerdo con Sánchez & Jiménez (2020), esto se debió a la falta de acuerdo entre las partes, especialmente por la reticencia de algunos sectores de las FARC y de los militares a seleccionar y enfocarse en los máximos responsables, y una decisión de dejar el problema para la implementación normativa del AFP (s.p.)

12 Para Sánchez & Jiménez (2020), esos momentos en los que aplicara la selección son los siguientes: “(i) para establecer que las víctimas tienen derecho a ser oídas al momento de la toma de una decisión sobre selección de casos; (ii) de forma menos clara, en la posibilidad que tiene la SRVR de organizar su trabajo y “adoptar criterios de selección y descongestión [...] [evitando] que las conductas graves y representativas queden impunes”; (iii) en la facultad que tiene la SDSJ de “determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad” y, (iv) en la posibilidad que tiene la UIA de «adoptar criterios de selección» en el marco de sus labores”

13 De acuerdo con la guía de la SRVR, para la agrupación y concentración, la Sala puede acudir a diversas fuentes de información como las siguientes “los informes que deben entregar las instituciones referidas en numeral 48 b), del Acuerdo Final, el Informe presentado por el Secretario Ejecutivo de la JEP, los informes entregados por las organizaciones de víctimas de derechos humanos y étnicas, las versiones voluntarias, el inventario de hechos relacionados con el conflicto elaborado por la FGN, las bases de datos de instituciones públicas o privadas aportadas y los testimonios, entre otras fuentes de información. En todo caso, la SRVR, en ejercicio de sus facultades legales y jurisdiccionales, puede solicitar información específica a entidades del Estado y acudir a otras fuentes externas” (p. 9)

evaluar: *i*) la gravedad de los hechos; *ii*) la magnitud de la victimización; y *iii*) la representatividad de los hechos (p. 10).

Configurados estos criterios, la SRVR deberá “identificar y analizar los planes o políticas, elementos de sistematicidad, y patrones de macrocriminalidad” (p. 13). Asimismo, la Sala reitera que la priorización se guía por “el principio de simetría y tratamiento equitativo, equilibrado y simultáneo entre quienes hubieran participado en el conflicto armado interno” (p. 13). En relación con el criterio complementario de disponibilidad de la información, la SRVR advierte que debe ser aplicado bajo los estándares nacionales e internacionales relativos a la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos en contextos de conflicto armado interno” (p. 14), y partiendo del reconocimiento de que la ausencia de información incluso “puede denotar la existencia de elementos que lleven a su priorización” (p. 14)¹⁴.

Conviene hacer dos precisiones más por su relación con nuestro objeto de estudio: la primera es que el hecho de que un caso no sea priorizado en un momento dado no lo excluye de serlo en el futuro. La selección y priorización pueden concurrir en el tiempo (p. 6). La segunda, es que, en esta guía, la SRVR previó que cuando se trate de casos relacionados con VBG deben considerarse las dificultades especiales de acceso a la información (p. 14).

En cuanto a la selección, tiene especial relevancia el artículo 19 de la Ley 1957 de 2019 (LEJEP) que estableció cinco criterios para efectuarla: gravedad de los hechos, representatividad, características diferenciales de las víctimas y disponibilidad probatoria¹⁵. Una vez seleccionados las personas y hechos, en el mismo artículo se dispuso que la renuncia condicionada a la acción penal sería posible siempre que: (i) contribuyeran de manera eficaz al SIVJRN; (ii) cumplieran las condiciones impuestas por la SDSJ o la SRVR; y (iii) suscribieran el acta de compromiso de no repetición y efectivamente la cumplieran. Esta Ley también impuso el deber directamente a la SRVR de priorizar en aras de poder emitir resoluciones de conclusión. Además, en el artículo 79, la LEJEP le dio amplias facultades a la SRVR para “organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo,

14 De acuerdo con la guía, “esto puede corresponder a la destrucción de la evidencia y el asesinato de los testigos, o del peligro de represalias contra las organizaciones. En estos casos la SRVR le dará un mayor valor a estos factores, siempre guiada por los principios de la justicia transicional” (p. 14).

15 Ley 1957 de 2019. Artículo 19. “[...] Constituyen criterios de selección: (i) gravedad de los hechos, relacionado con el grado de afectación de derechos y la modalidad de comisión de la conducta; (ii) representatividad, referido a la capacidad de ilustración del modus operandi o las prácticas y patrones criminales; (iii) características diferenciales de las víctimas, especialmente las condiciones de vulnerabilidad en que pudieran estar inmersas por patrones históricos, sociales y culturales de discriminación; (iv) características de los responsables, específicamente si tuvieron una participación activa o determinante en los delitos y, (v) disponibilidad probatoria, relacionado con la calidad y cantidad de pruebas disponibles para probar un hecho y la dificultad para conseguir las que no estén a disposición”.

fijar prioridades, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, así como adoptar criterios de descongestión”.

Mediante Sentencia C-080 de 2018 en revisión del Proyecto de la Ley 1957 de 2019, la Corte Constitucional sostuvo que la JEP debía excluir la investigación caso a caso y privilegiar la construcción de macroprocesos. De esto se desprende que exista una obligación de priorizar y una facultad de seleccionar. De otro lado, la Corte sostuvo que aquellos que no fueran seleccionados podrían acceder a tratamientos penales especiales, pero siempre y cuando se les imponga un régimen de condicionalidad más estricto respecto de quienes solo cometieron delitos amnistiables y subrayó que el artículo 19 del Proyecto de Ley que establecía que no podrían dejar de seleccionarse los delitos no amnistiables “hace inoqua la facultad de selección” (párr. 4.2) pues esta facultad está creada precisamente para estos, ya que para los demás existen las medidas de amnistía, indulto, renuncia a la persecución penal, entre otros. En consecuencia, la Corte declaró que esta disposición era exequible de manera condicionada, en el sentido de que por “delitos no amnistiables” se hace referencia “exclusivamente a aquellos delitos que tengan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, los cuales podrán ser atribuidos a los máximos responsables” (Resolutivo 2º).

En ese sentido, para la Corte es claro que “la selección opera frente a los responsables de los delitos más graves y representativos no amnistiables”, aunque debe aplicarse garantizando la debida diligencia, esto es, que se hayan agotado los esfuerzos en la investigación de las graves violaciones de derechos humanos y al DIH. Una vez efectuada la investigación, la facultad de seleccionar cobra sentido, pues así se podrán centrar esfuerzos en “los máximos responsables y en quienes tuvieron una participación o determinante en los hechos más graves y representativos” (párr. 4.2), lo que a la vez constituye una garantía del acceso a la justicia en un plazo razonable. Así las cosas, es claro que la selección “sólo debe operar luego de realizarse la investigación, organizada de la manera que se determine en el proceso de priorización, no antes” (Jiménez & Sánchez, 2020).

A este respecto conviene señalar que si bien el literal b) del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 proscribía la amnistía para “el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual”, de acuerdo con lo explicitado, los delitos constitutivos de VSXCA podrían ser no seleccionados si no se entiende la violencia como sistemática y si no se prioriza. Por ello, la aplicación de los estándares internacionales para la investigación, juzgamiento y sanción de la VSXCA, desde el primer momento en que se tenga conocimiento de un caso de VSXCA es sumamente relevante, puesto que de esto también depende su observancia como sistemática o no.

Es importante puntualizar la distinción entre selección y priorización, pues mientras la primera establece los casos que son competencia de la jurisdicción, mediante la segunda se asigna un orden entre ellos. Sin embargo, esto no quiere decir que primero se efectúe la una o la otra; de hecho, en la JEP primero ha tenido lugar la priorización e incluso, en la Guía de la SRVR se especificó que priorización y selección podían concurrir. Esto tiene relación con el mandato constitucional que estableció que para seleccionar casos se deben agotar primero “actividades suficientes de investigación con debida diligencia para tomar decisiones informadas y respetuosas de los derechos de las víctimas de los casos que no serán objeto de persecución penal, a pesar de no ser amnistiables los delitos cometidos” (Jiménez & Sánchez, 2020, s.p.)¹⁶. Así, es posible concluir que de los casos priorizados, la JEP hará una selección posterior de acuerdo con los criterios mencionados. En ese sentido, aquí se sostiene que la VSXCA deberá ser priorizada y seleccionada.

En contraste, la priorización sí se ha puesto en marcha. En el marco metodológico explicitado, la SRVR ha priorizado siete casos¹⁷, sin embargo, para marzo de 2022 no existe un macrocaso que priorice la VSXCA. Con todo, sí está contemplada como uno de los crímenes a investigar, pero todavía no hay una decisión de priorización en este sentido, pues, a la fecha, se está en la etapa de concentración.

Mediante el Auto No. 007 del 19 de enero de 2022, la SRVR fijó la metodología y convocó a audiencias públicas para la presentación de observaciones por parte de las víctimas a la segunda ronda de priorización de casos. Para esto, el Auto en

- 16 De acuerdo con Jiménez & Sánchez (2020) la selección como herramienta de racionalización de la acción penal, podría ser abordada de cuatro maneras: “(i) Que la JEP seleccione rápidamente las situaciones en las que centrará su trabajo y esa decisión sea definitiva, lo cual implica expresamente excluir de su competencia todo aquello no seleccionado; (ii) que la JEP lleve a cabo un proceso inicial de selección, pero que no sea completamente cerrado y definitivo, sino que permita un mecanismo para revisar decisiones de forma excepcional y ajustado a unos criterios limitados que expresamente defina la JEP; (iii) que la JEP se concentre en priorizar casos y, a partir del trabajo realizado, tome decisiones de selección con posterioridad o, (iv) que la JEP decida no seleccionar y sea el paso del tiempo y el cumplimiento del término de duración de la jurisdicción los que decidan qué casos no serán sometidos al Tribunal de Paz” (s.p.)
- 17 Casos priorizados: Caso 001, sobre retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP (abierto el 6 de julio de 2018), por hechos acaecidos entre 1993 y 2012; Caso 002, sobre la situación de derechos humanos de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño) (abierto el 10 de julio de 2018), por hechos acaecidos entre 1990 y 2016; Caso 003, sobre muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado (abierto el 17 de julio de 2018), que abarca varias épocas del fenómeno en determinados territorios; Caso 004, sobre la situación de derechos humanos en los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba (Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó) (abierto el 11 de septiembre de 2018), por hechos acaecidos entre el 1 de enero de 1986 y el primero de diciembre de 2016; Caso 005, sobre la situación territorial en la región del Norte del Cauca y el Sur del Valle del Cauca; Caso 006, sobre la victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP) por parte de Agentes del Estado” (abierto el 26 de febrero de 2019), por hechos acaecidos entre 1984 y 2002 y Caso 007, denominado “Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado”, por hechos acaecidos entre el 1 de enero de 1971 al 1 de diciembre de 2016.

mención explicitó que de acuerdo con los informes¹⁸ recibidos por la JEP, el Grupo de Análisis de información (GRAI) de la JEP agrupó los hechos victimizantes y estableció líneas de investigación dirigidas por los magistrados de la SRVR en consideración con el actor presuntamente responsable. Esto es importante porque en esta nueva ronda de priorización, “la Sala pasa de una lógica de investigación en función de conductas criminales (secuestro, ejecuciones extrajudiciales, etc.) —en los términos de la primera priorización adelantada por la Sala en 2018—, a una lógica en función de actores, que busca cubrir todos los grandes patrones macrocriminales del conflicto armado” (párr. 23).

Así las cosas, la concentración de la investigación se hizo en los siguientes componentes: i) Concentración nacional de crímenes cometidos por las extintas FARC-EP, ii) Crímenes cometidos por miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado o en asociación con grupos paramilitares y terceros civiles y iii) Concentración de crímenes cometidos contra Pueblos y Territorios Étnicos en algunos territorios ilustrativos. En los tres componentes de esta concentración, la violencia sexual y basada en género es abordada como uno de los crímenes a investigar.

Como se mencionó, el Auto No. 007 además de exponer la forma en la que se realizó esta concentración, decretó audiencias públicas para la presentación de observaciones por parte de las víctimas. Estas se llevaron a cabo durante febrero y marzo de 2022 en diferentes ciudades del país. En particular, durante la Audiencia realizada en Medellín el 21 de febrero de 2022, la magistratura expuso que sobre la investigación en actor FARC-EP y la violencia sexual y de género cometida por este actor se analizaron 74 informes, que dieron cuenta de 806 hechos reportados, 56 de ellos son hechos intrafilas y 1412 hechos registrados en bases de datos de la UARIV, FGN y CNMH. En relación con la caracterización de las víctimas, se encontró que el 80% mujeres, 11% afrocolombianos, 6.9% indígenas, 4% líderes, 46% menores de edad y 5% con orientación sexual diversa. Además, se observó que el 28% de los hechos terminan en desplazamiento forzado. La Sala pudo advertir que se trata de hechos muy dispersos en el territorio por temor a denunciar y por la dificultad institucional para registrar la violencia sexual y de género (JEP, 2022).

Durante estas audiencias, algunas organizaciones de mujeres mostraron su inconformidad con esta nueva estrategia de investigación¹⁹, considerando la importancia simbólica que tiene la apertura de un macrocaso exclusivo sobre violencia sexual y violencia basada en género. Es importante notar que, con esta estrategia, la SRVR pretende “dar cuenta de la complejidad del conflicto sin

18 JEP. SRVR. Auto No. 007 de 2022. Párr.16. Estos informes que la SRVR ha recibido han sido remitidos por organizaciones sociales, de víctimas, étnicas y defensoras de DDHH y de entidades del Estado.

19 Así, por ejemplo, sucedió en la Audiencia de observaciones de las víctimas y priorización de nuevos casos del 09 de marzo de 2022 que se realizó en Bogotá.

fraccionar la realidad, muestra la interacción que ocurrió entre varias modalidades de violencia en contextos específicos y tiene una aproximación mayor a los diferentes tipos de responsabilidades y lógicas de los autores de los crímenes cometidos en el marco del conflicto (intereses políticos, económicos, sociales entre otros)” (SRVR, Auto No. 007, 2022). Sin embargo, esta agrupación por actor también puede ser problemática puesto que se desdibuja la VSXCA como un hecho victimizante que a menudo sufren las mujeres por todos los actores del conflicto armado, con lo que quedan entonces sus casos divididos y no se pueden comprender las afectaciones diferenciadas que tiene en la vida de una persona el ser violentada por varios actores.

La Sala también expresó en el Auto No. 007 de 2022 que “la decisión de priorización integrará las observaciones de las víctimas y sus organizaciones a un análisis global”. Así las cosas, resta que la Sala haga pública la decisión de la priorización y las determinaciones que realice sobre la investigación de la VSXCA.

4.4. ¿Por qué priorizar la VSXCA en la JEP?

Diferentes organizaciones de víctimas y defensoras de derechos humanos abogan por la apertura de un caso exclusivo sobre VSXCA: para febrero de 2022, esta petición había sido reiterada a través de más de 74 informes que han presentado distintas organizaciones. Algunas de estas son: Colombia Diversa, la Corporación Humanas, la Corporación Sisma Mujer, Women’s Link Worldwide y la Red Nacional de Mujeres, quienes hacen parte de la, ya mencionada, Alianza 5 Claves, quienes presentaron su solicitud ante la JEP el 20 febrero de 2020.

Aunando lo anterior, la SA del Tribunal para la Paz, en decisión del 4 de marzo de 2020, Auto TP-SA-502, estudió la apelación interpuesta contra del Auto 055 del 9 de diciembre de 2019 por medio del cual la SRVR resolvió la solicitud de acreditación de L.M.C.I. como víctima individual en el Caso 005: Situación Territorial en la región del Cauca y del Sur del Valle del Cauca. L.M.C.I. afirmó haber sufrido actos de violencia sexual ejecutados por dos hombres que afirmaron ser combatientes de las FARC-EP entre 1985 y 1986 en el municipio de Corinto, Cauca, cuando aún era menor de edad. Sin embargo, el Caso 005 priorizó los hechos cometidos entre el 1 de enero de 1993 y el 1 de diciembre de 2016, por lo tanto, los delitos que denuncia la víctima no estaban dentro del marco temporal del macrocaso. En su recurso, la apoderada de la señora L.M.C.I. afirmó que la JEP debe priorizar casos de violencia sexual sin limitaciones temporales, para así garantizar los derechos al acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación. Por lo anterior, la SRVR concedió el respectivo recurso de apelación.

En su decisión, la SA afirmó que la participación de las víctimas no se limita a la acreditación en un caso particular priorizado. La falta de acreditación dentro de un caso no significa la exclusión de la víctima de la JEP ni del SIVJRNR, la señora L.M.C.I. puede en este caso acudir a las demás entidades del SIVJRNR y a las medidas de reparación integral consagradas en la Ley 1448 de 2011. Debido a lo anterior, la SA elevó una moción judicial a la SRVR para la apertura de un caso que abarque y estudie el fenómeno de la VSXCA. La Sección fundamentó esta moción en los diferentes informes que han presentado múltiples organizaciones de víctimas y defensoras de derechos humanos en lo referentes a hechos victimizantes de violencia sexual y violencia basada en género y en los datos de la Red Nacional de Información de la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) quienes reportaron que 28.608 personas habían informado ser víctimas “de delitos contra la libertad y la integridad sexual en desarrollo del conflicto armado en el periodo comprendido entre 1985 y 2016” (p. 14). Asimismo, la moción consideró lo esclarecido en el Informe Nacional sobre Violencia Sexual en el conflicto armado del CNMH titulado “La guerra inscrita en el cuerpo” (p. 14).

De esta manera, la SA consideró necesaria la apertura de un caso que estudie específicamente el fenómeno de la violencia sexual o violencia basada en género, pues si bien en algunos de los macrocasos se incluye su estudio, muchos hechos y víctimas quedan por fuera de estos al no cumplir con los criterios determinados para su priorización. Esto se constituye en un limbo jurídico para las víctimas de VSXCA, cuando no cumplen con el factor temporal o material de delimitación de los macrocasos ya existentes. Así, resulta insuficiente que en algunos de estos casos priorizados se acepte y/o tengan en cuenta los delitos de VSXCA y VBG, pues esta transversalidad se termina perdiendo en la generalidad, ya que finalmente el foco de cada macrocaso son conductas distintas a la VSXCA y, en consecuencia, no se logra una verdadera y correcta implementación del enfoque de género (El Espectador, 2020; El Tiempo, 2020). Este reto también se puede presentar con la investigación a través de actores, por lo que es importante que la Jurisdicción implemente una estrategia específica para priorizar la VSXCA en las nuevas líneas de investigación.

En el mismo sentido se pronunció la Magistrada Alexandra Sandoval de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) y Coordinadora Permanente de la Comisión de Género de la JEP, quien afirmó en la primera edición del texto “La JEP vista por sus jueces. 2018-2019” (2019) lo siguiente:

(...) resulta necesario crear, dentro de las entidades, espacios y funciones donde las personas o los grupos trabajen de manera específica y estratégica un tema en particular. Desde el Acuerdo Final de Paz se consolidó un modelo de implementación del enfoque de género, según el cual este se debe practicar de forma transversal en todos los temas, pero, a su vez,

se deben crear algunos focos de análisis en los asuntos específicos que lo ameriten. Con base en esto, en mi opinión, la SRVRDH de la JEP debe investigar todos los tipos de violencias basadas en género en los casos tanto nacionales como territoriales, que sean priorizados, pero paralelamente es necesario que abra un caso exclusivo sobre violencia sexual, que permita dar cuenta de los patrones y los modus operandi de este tipo de violencia en todo el territorio. Solo de esta manera se lograría la ponderación entre las dos temáticas y se respondería de forma adecuada a las demandas de las víctimas de violencias basadas en género, incluida la violencia sexual (pp. 563-564).

Igualmente, la Comisión de la Verdad, como organismo fundamental del SIVJRNR ha afirmado que la VSXCA, incluida en esta la violencia reproductiva, es una verdad pendiente para Colombia. La Comisión, de manera independiente, ha recogido múltiples testimonios, puntualmente, en un comunicado del 15 de diciembre de 2020, informó que hasta el momento había recibido 912 testimonios de víctimas de VSXCA (Comisión de la Verdad, 2020). Entre estos se encuentran informes y testimonios de violaciones, embarazos forzados, mutilación genital, abortos forzosos, acoso, tortura, desnudez forzada, entre otros; lo cual demuestra la importancia para las víctimas de ser escuchadas, de que se reconozca la gravedad de lo que les sucedió, todo lo cual que representa un gran insumo para la decisión de una eventual apertura del macrocaso de VSXCA.

Asimismo, es importante considerar una eventual intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) en Colombia, cuya competencia es de carácter complementario. Esto significa que en el caso en que un Estado Parte del Estatuto de Roma no tenga la capacidad ni la voluntad para impartir justicia, la CPI podría intervenir como una jurisdicción complementaria que aseguraría que se imparta justicia de acuerdo con los estándares internacionales en los crímenes de su competencia (art. 15, 17 y 20). Lo anterior, es posible en razón de que los Estados Parte del Estatuto de Roma han asumido la responsabilidad de investigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad, de guerra y el genocidio de acuerdo con su articulado, como lo son la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual o de género (art. 7 y 8).

En este punto, es posible concluir que de lo estudiado se pueden extraer múltiples y diversas razones de peso para que la JEP priorice la VSXCA. Sin embargo, es relevante comprender cómo todos los argumentos expuestos se encuentran inmersos en los criterios definidos por la SRVR para priorizar casos. Como se presentaron, los criterios de priorización tienen dos dimensiones: impacto y disponibilidad de la información (como criterio complementario). En cuanto

al primero, debe recordarse que este tiene un componente subjetivo, referido a las características de las víctimas y los presuntos responsables, y otro objetivo, referido a los hechos. Al tratarse de VSXCA, es menester hacer hincapié en la condición de vulnerabilidad de las víctimas, no solo por su sexo y género, que sin duda es el factor más relevante, sino también por: la orientación sexual e identidad de género; la edad: niñez y adolescencia; el rol social; y el origen étnico.

De hecho, la Guía de la SRVR (2018) dispone que uno de los elementos objetivos de medición del criterio referido a la condición de vulnerabilidad de las víctimas es aquel relacionado con el hecho de que la víctima sea mujer, niña o adolescente y señala que este elemento “podrá establecerse a partir del hecho de que hayan sido víctimas de alguna de las conductas identificadas por la Corte Constitucional en el Auto 092 de 2018 como “riesgos de género en el marco conflicto armado” (p.16). En este Auto, la Corte hizo énfasis en el riesgo de violencia sexual como uno de los riesgos más latentes que las mujeres padecen en diversos escenarios dentro de la guerra; por esto, el criterio de vulnerabilidad de las víctimas por el sexo y género debería estar direccionado a la creación de un macrocaso sobre VSXCA, sobre todo si se considera que de las 15.076 víctimas aproximadas de VSXCA, el 91,6 por ciento son mujeres (CNMH, 2017, p. 25).

La priorización de la VSXCA también cumpliría con los criterios relativos al impacto diferenciado de estos hechos en los pueblos indígenas, afrodescendientes y Rrom en sus territorios, así como en otros sujetos colectivos. Sin duda, la VSXCA además de tener un impacto en las mujeres, tiene efectos diferenciados en los casos en los que estas mujeres eran lideresas o miembros de organizaciones sociales, comunitarias, sindicales y políticas. Este ensañamiento violento con las mujeres por su rol de cohesión social y familiar, por sus profesiones, o por su etnia fue esclarecido en el Informe Nacional de Violencia Sexual en el Conflicto Armado (CNMH, 2017 pp. 64-87).

En lo concerniente al criterio sobre la representatividad de los presuntos responsables, deben considerarse las dificultades probatorias que supone un macrocaso de VSXCA. Sin embargo, un elemento objetivo de este criterio es la participación determinante en la comisión de los crímenes de personas con altos rangos dentro de la organización o institución y de esto conviene resaltar dos cuestiones entrelazadas: la primera, la importancia que tienen las sanciones y normas efectivas para promover o desanimar la VSXCA dentro de un grupo armado, y la segunda, los estándares transnacionales y los desarrollos que ha hecho la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad del superior por omisión en casos de VSXCA.

Una vez abordado el componente subjetivo de impacto, es pertinente analizar si un macrocaso de VSXCA cumple con los tres criterios objetivos de impacto, estos son:

la gravedad de los hechos, la magnitud de la victimización y la representatividad de los hechos. El primero, hace referencia a los “hechos que por su modalidad, duración, o sus efectos afectan más gravemente los derechos fundamentales individuales y colectivos en términos de intensidad de la violencia, sistematicidad, masividad, daños o impactos generados” (SRVR, 2018, p. 19). Evidentemente, la VSXCA es una de las afectaciones más graves a los siguientes derechos: a no ser sometido a tortura, a la libertad, a la integridad física o psicológica, a la salud, entre otros.

Esto, aunado a la magnitud de la victimización, muestra la necesidad urgente de que la VSXCA sea priorizada: de acuerdo con la Red Nacional de Información de la UARIV, para el 30 de noviembre de 2020, 32.869 personas habían sido víctimas de delitos contra la libertad y la integridad sexual, con 34.355 hechos victimizantes, la mayoría de ellos perpetrados en contra de mujeres. Si bien este no es el único elemento objetivo que configura el criterio de magnitud, sí debe considerarse la focalización de estos delitos en contra de las mujeres y que estas cifras superan las víctimas de delitos como la tortura, las minas antipersonales, munición sin explotar y artefacto explosivo improvisado, la vinculación de NNA a actividades relacionadas con grupos armados, el abandono o despojo forzado de tierras, las lesiones personales físicas y las lesiones personales psicológicas (UARIV, 2020).

En cuanto a la representatividad de los hechos, es importante advertir que un macrocaso de VSXCA contribuiría a revelar las motivaciones de estas violencias, en tanto esta es una deuda que se tiene con las víctimas, por lo que tendría un gran significado simbólico para el conjunto de la sociedad e impactos restaurativos significativos, además de que aportaría a las garantías de no repetición. De acuerdo con Eboe-Osuji (2011), la duración e intensidad del conflicto colombiano obliga a asumir esfuerzos elevados para “corregir cualquier malformación cultural mediante la disminución del oprobio que normalmente está asociado a la violencia sexual contra las mujeres” (p. 125). Según el autor, esto implica que haya cero tolerancias para los casos de violencia sexual y una manera puntual de comunicar ese mensaje es perseguir todos los casos de VSXCA independientemente de que el nexo entre el crimen y el conflicto armado sea directo o indirecto. En palabras de Eboe-Osuji (2011),

La necesidad de acabar tanto con el legado histórico de la violencia sexual contra mujeres como con la cultura distorsionada de su aceptación o tolerancia, inducida o alentada por la guerra, impone un lugar especial para la violencia sexual en cuanto componente necesario del programa de justicia postconflicto y reconstrucción social colombiano. Esta necesidad está acentuada por las constantes quejas de falta de acción dirigidas contra las autoridades legítimas en Colombia con el fin de que hagan esfuerzos firmes para perseguir los crímenes sexuales cometidos.

Los delitos sexuales que han de ser perseguidos deben incluir aquellos que fueron cometidos como una parte integral de los conflictos armados, tales como cuando un determinado delito fue empleado como un arma del conflicto armado o fue cometido por personas que abusaron de sus posiciones militares. Además, han de ser incluidos los crímenes cometidos por personas que se aprovecharon del lapsus en la seguridad pública creado por el conflicto, tales como los delitos sexuales cometidos durante el desvío de la atención de las fuerzas de seguridad (p. 129).

Esto se convierte en otro argumento de peso para la priorización de VSXCA o VBG, pues muestra los efectos simbólicos y reparadores que tienen para la sociedad, y, en especial, para las víctimas, como una reafirmación de la gravedad de lo sucedido y el reproche social al hecho. Esto está relacionado con la divergencia existente entre la justicia ordinaria y la justicia transicional, pues los escenarios de alta degradación que supone un conflicto armado como el colombiano implican que las víctimas y su reparación sean centrales en el mecanismo transicional; lo que incluye el juzgamiento, cuestión que no sucede en el proceso penal ordinario; de ahí que estos efectos simbólicos y reparadores que puede tener la priorización también sean elementos importantes a considerar.

Por último, en lo relativo a la dimensión de la disponibilidad de información deben considerarse las fuentes que han nutrido este trabajo; pero más allá de estas, siempre hay que tener presente la precisión que hizo la SRVR (2018) en su propia guía metodológica y es que

cuando se trate de casos relacionados con violencia de género, especialmente, violencia sexual, al aplicar los criterios de disponibilidad, viabilidad y acceso a la información se deberán considerar las dificultades especiales de acceso y recaudo de información derivadas. Estas surgen, por ejemplo, del paso del tiempo, de la disponibilidad de los medios que permiten probar la ocurrencia de los hechos o de eventuales prevenciones de las víctimas (p. 14).

Finalmente, de esta manera, en este artículo pudimos determinar que los criterios de selección y priorización juegan un papel fundamental en el funcionamiento eficaz de los procesos transicionales; y que existen suficientes argumentos fácticos y jurídicos para que la VSXCA sea priorizada por la SRVR de la JEP. Esto, de acuerdo con una mirada enfocada en los propios criterios establecidos por la SRVR, los cuales permitieron identificar que avocar conocimiento de macrocaso de VSXCA satisface tanto el componente subjetivo como el componente objetivo de impacto y que, en específico, la apertura de este macrocaso podría tener efectos simbólicos y reparadores importantes en las mujeres víctimas y en la manera en la que la sociedad comprende la violencia sexual. Además, en este capítulo

advertimos la importancia de distinguir entre la selección y la priorización, sobre todo al considerar que aunque la VSXCA comprenda delitos no amnistiables, estos podrían ser no seleccionados; de ahí que abogar por la priorización sea a la vez una manera de señalar la gravedad y demostrar la representatividad de estos hechos, para que en el futuro sean seleccionados.

CONCLUSIÓN

Los horrores de la guerra son inmensurables. Por eso, cuando existe una búsqueda por ponerle fin y juzgar los hechos que ocurrieron en ella, la amplitud inmensa de la violencia tiene una consecuencia directa: sobreponer unos hechos a otros, afirmar que existe un horror más allá del horror. Así, en los contextos de transición, es una labor esencial tener una estrategia de selección y priorización de casos, pues al aplicar un criterio maximalista de investigación para juzgar a cada uno de los perpetradores, los derechos de las víctimas pueden verse gravemente afectados.

En Colombia la intensidad del conflicto y su extensa duración han causado 11.401.222 de hechos victimizantes y han dejado 9.078.038 de víctimas (UARIV, 2020). De ahí que, aún con los tres ámbitos de competencia (personal, material y temporal) con los que fue creada la JEP, la selección y priorización jueguen un papel fundamental para que la jurisdicción salga adelante en el cumplimiento de sus objetivos: “satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerles verdad y contribuir a su reparación, con el propósito de construir una paz estable y duradera” (JEP, 2020).

En este artículo, se hizo énfasis en que la VSXCA debe ser priorizada por la SRVR y, para ello, se desglosaron argumentos de diversa índole: en primera medida, cuando se expuso el uso de la VSXCA en Colombia, se pudo establecer que estos delitos tienen una alta magnitud de victimización, que todos los actores armados perpetraron la violencia sexual y que esta fue ejercida no solo de manera oportunista, sino que cumplió objetivos en el marco de confrontación. En ese sentido, se expusieron tres tipos ideales en los que se ha ejecutado la VSXCA: i) el escenario de disputa armada, en el que la violencia sexual fue usada para desplazar, atemorizar o castigar a la población; ii) el escenario de control territorial, donde la VSXCA fue útil para que los grupos armados consolidaran su autoridad al expresar su orden moral en los cuerpos de las mujeres y al apropiarse de ellos; y iii) el escenario intrafilas, en el que mayormente se perpetró violencia reproductiva (CNMH, 2017, pp. 55-186).

Si bien estos escenarios fueron caracterizados en el Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado del CNMH, la información allí expresada es concor-

dante con las demás fuentes consultadas, como los informes de organizaciones internacionales y organizaciones de víctimas. Así, encontramos que la VBG y en específico, violencia sexual perpetrada durante el conflicto colombiano, impone la incorporación de una perspectiva de género que sea transversal a la JEP. Sin duda, asumir este enfoque es una oportunidad para contribuir al reconocimiento de la gravedad de estos delitos y, también, para superar las barreras de acceso a la justicia que tienen las mujeres: sea porque han sido silenciadas, por los estereotipos de género de los funcionarios judiciales o por las dificultades probatorias de estos delitos. De acuerdo con la normativa y organización de la JEP, observamos que este Tribunal transicional goza de un alto componente de enfoque de género y, por esta razón, advertimos que priorizar la VSXCA al interior de los nuevos macrocasos podría ir en contravía del mismo mandato fundacional determinado en el Acuerdo de Paz.

La incorporación del enfoque de género al sistema de SIVJRNR y en particular a la JEP no es fortuito, sino que responde a los desarrollos transnacionales relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de la VSXCA, que han reconocido la gravedad de estos delitos y el mérito de ser investigados de manera autónoma.

Los estándares jurisprudenciales y normativos deben observarse como fuente de derecho que no puede ser desconocida en los procesos de justicia transicional. Esto se erige en otro argumento para priorización de VSXCA en la JEP, pues, al priorizar estos hechos, los estándares serán aplicados de manera integral a los casos, lo que permitirá comprender los patrones de macrocriminalidad, las dinámicas detrás de la comisión de estos delitos y su grado de victimización. Igualmente, se posibilitará la construcción de verdades tanto individuales como colectivas con el fin de determinar las causas de la violencia para que esta pueda ser sancionada, reconocida y reparada buscando así la reconciliación. En un conflicto tan extenso y complejo como el colombiano, encontrar las prácticas, estrategias y máximos actores responsables de la VSXCA no es posible con un abordaje desde el caso a caso, pues vista de esta manera, los hechos aparecen como meras acciones oportunistas y sin conexión

La JEP fue creada como un Tribunal autónomo y especial que de acuerdo con el artículo 23 de la LEJEP tiene como marco jurídico principal el DD.HH. y el DIH, integrado con el Código Penal Colombiano; lo que impone a la JEP aplicar los estándares expuestos en materia de VSXCA. Adicionalmente, resaltamos la creación de la Comisión de Género cuyo propósito es que el enfoque de género sea implementado e integrado de manera transversal a todas sus actuaciones. Si bien la JEP aún se encuentra en un proceso de consolidación de sus líneas jurisprudenciales, es importante que lo conceptualizado por los expertos de la Comisión sea utilizado con la rigurosidad debida en sus decisiones. Por esto, consideramos que la Comisión como cuerpo técnico y experto debe hacer

seguimiento a la incorporación de sus conceptos; sin que esto implique socavar la función interpretativa de la magistratura, sino que se haga énfasis en interiorizar y articular los estándares transnacionales cuando son aplicables a los casos de VSXCA estudiados por la JEP.

Lo anterior, nos permitió indicar que una concentración de casos de VSXCA podría hacer frente a las dificultades que entraña la investigación de estos casos, por ejemplo, en lo referido a la configuración del nexo de la violencia sexual con el conflicto armado; asimismo, esto permitiría indagar y avanzar en lo relacionado con la violencia sexual intrafilas. Reiteramos que con el análisis caso a caso, la sistematicidad puede quedar desdibujada y traducirse en hallazgos parciales de verdad. La VSXCA no es un acto inevitable de la guerra y por eso, judicializarla es un imperativo. Aunque los actores armados en Colombia manifiestan haber prohibido la violencia sexual, la magnitud de victimización parece señalar lo contrario, o por lo menos, indica su tolerancia.

Esto, aunado a los desarrollos normativos transnacionales sobre VSXCA, muestra que estas violencias contra las mujeres no son una cuestión aislada y que son crímenes perpetrados de manera sistemática que deben ser reconocidos y sancionados. Ciertamente, los sensatos requerimientos de las víctimas y de distintas organizaciones para que se abra el macrocaso en la JEP se enmarcan en esta realidad fáctica y normativa, pero también en el reconocimiento de los efectos simbólicos que tendría para erradicar esta forma de violencia.

Finalmente, al analizar la VSXCA en Colombia a la luz de los criterios de priorización determinados en la Guía de la SRVR de la JEP, concluimos que la priorización de la VSXCA satisface los componentes subjetivo y objetivo de impacto y que si bien tiene el reto concerniente a la disponibilidad de información, esto no deja de lado su inminente imperatividad. La JEP se encuentra en un momento histórico para consolidar y hacer efectivos los desarrollos transnacionales en materia de VSXCA; y así, responder a las víctimas con el reconocimiento de la gravedad de la VSXCA y el esclarecimiento de la verdad. De manera que, antes que ser un requerimiento, este artículo es la constatación de que la JEP tiene el deber priorizar la VSXCA.

REFERENCIAS

- Acto Legislativo 01 de 2012. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Julio 31 de 2012. DO. N.º 48.508.
- Acto Legislativo 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Abril 4 de 2017. DO. N.º 50. 196.
- Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Noviembre 24 de 2016. https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=ofpYAO
- ABColumbia, Corporación Sisma Mujer & The U.S. Office on Colombia. (2013). *Colombia: Mujeres, Violencia Sexual en el Conflicto y el Proceso de Paz*. <https://www.abcolombia.org.uk/wp-content/uploads/2017/06/4-Sexual-ViolenceSpanish.pdf>
- Alianza 5 Claves. (2019). *Conexidad entre la violencia sexual y el conflicto armado: un llamado al no retroceso en la Jurisdicción Especial para la Paz*. https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/arch_contenidos/i_e_63809_q_Final_cinco_claves.pdf
- Ambos, K. (2012). Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional. *Cuadernos de política criminal*. II(107), 5-50. <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/11/K.-Ambos-Viol.-sexual-CPC-107-oct.-2012-5-50.pdf>
- Amnistía Internacional. (2004). *Colombia Cuerpos marcados, crímenes silenciados*. AmniInternacional. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23128.pdf>
- Bergsmo, M & Saffón, M. (2011). Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales? En K. Ambos (Ed.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado* (pp. 23 – 112). Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf>
- Chaparro, L. R. (2017). Reflexiones sobre la investigación de crímenes de violencia sexual en el marco de la justicia transicional. En Instituto Pacífico

S.A.C. (Ed.), *Género y derecho penal. Homenaje al prof. Wolfgang Schöne* (pp. 465-492).

Cardoso Onofre de Alencar, E. (2011). La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la exYugoslavia y Ruanda. *InDret- Revista para el análisis del derecho*, 1-30. https://www.researchgate.net/publication/254560038_La_violencia_sexual_contra_las_mujeres_en_los_conflictos_armados_Un_analisis_de_la_jurisprudencia_de_los_tribunales_ad_hoc_para_la_ex-Yugoslavia_y_Ruanda/citations#fullTextFileContent

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2017). *La guerra inscrita en el cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado*. Imprenta Nacional <https://centrodememoriahistorica.gov.co/la-guerra-inscrita-en-el-cuerpo/>

Colombia en Transición. (2020, mayo 29). Fiscalía de la CPI reitera su apoyo al trabajo de la JEP. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/fiscalia-de-la-cpi-reitera-su-apoyo-al-trabajo-de-la-jep/>

Comisión de la Verdad. (2020, septiembre 17). Violencia reproductiva en el conflicto armado

colombiano: una verdad pendiente [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=GI5Hlr7MdVE>

Corte Constitucional. Auto 092-08. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa; Abril 14 de 2008).

Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Agosto 28 de 2013).

Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 2019. (M.P. Cristina Pardo Schlesinger; Diciembre 11 de 2019).

Global Rights, & AFRODES. (2008). *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de las Mujeres Afrocolombianas en Situación de Desplazamiento Forzado: Vidas ante la adversidad*.

González, F. E. (2014). *Poder y Violencia en Colombia: colección territorio, poder y conflicto*. Bogotá: CINEP.

De Greiff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional *Anuario de Derechos Humanos 2011*, 17-39. <http://corteidh.or.cr/tablas/r29408.pdf>

De Greiff, P. (2012). *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf

Directiva 001 de 2012. Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación. Octubre 4 de 2012.

Eboe-Osuji, C. (2011). Persecución de la violencia sexual contra mujeres: un componente necesario de la estrategia postconflicto de justicia y reconstrucción social en Colombia. En K. Ambos (Ed.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado* (pp. 113 – 130). Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25829.pdf>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Julio 1 de 2002.

Fiscalía General de La Nación. (2013). *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016/07/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad-2013.pdf>

International Justice Monitor. (2018, Julio 8). Ntaganda Convicted at ICC for Rape, Sexual Violence, and Murder. <https://www.ijmonitor.org/2019/07/ntaganda-convicted-at-icc-for-rape-sexual-violence-and-murder/>

International Justice Monitor. (2018, Junio 8). Bemba Acquitted of War Crimes at the ICC <https://www.ijmonitor.org/2018/06/bemba-acquitted-of-war-crimes-at-the-icc/>

Jiménez, N & Sánchez, A. (2020) La selección y priorización de casos en la Jurisdicción Especial para la Paz. *UNIVERSITAS*, 69. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/29011>

Jurisdicción Especial para la Paz. (2018, Junio 28). Criterios y metodologías de priorización de casos y situaciones de la Sala de Reconocimiento de Ver-

dad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVRDH). <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologia-DePriorizacion.pdf>

Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal Especial para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA-502 (Marzo 4 de 2020).

Jurisdicción Especial para la Paz. (2020, Mayo 29). La JEP recibe espaldarazo de la Fiscal de la Corte Penal Internacional. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-recibe-espaldarazo-de-la-Fiscal-de-la-Corte-Penal-Internacional.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz. (2020, Junio 30). JEP recibe informe de 21 casos de violencia sexual en Norte de Santander. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-recibe-informe-de-21-casos-de-violencia-sexual-en-Norte-de-Santander.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz (2020). *La JEP vista por sus jueces 2018-2019*. <https://www.jep.gov.co/DocumentsJEPWP/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUECES.pdf>

Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). *Preguntas frecuentes sobre la JEP*. <https://www.jep.gov.co/ServicioAlCiudadano/Paginas/preguntas.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). ¿Qué es la JEP? <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz. Reglamento Interno. Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz. Marzo 9 de 2018. Acuerdo No. 001 de 2018.

Jurisdicción Especial para la Paz. (2022, Febrero 21). Medellín: Audiencia de observaciones de las víctimas y priorización de nuevos casos. <https://www.youtube.com/watch?v=iO7rVTyszsQ>

Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas. Auto No. 007 (Enero 19 de 2022).

Justicia. (2020, mayo 12). ¿Casos por abusos sexuales en el conflicto están en el limbo? *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/casos-de-violencia-sexual-en-el-conflicto-que-estan-en-la-mira-de-la-cpi-494372>

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. DO No. 44.097

Ley 1592 de 2012. Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones. Diciembre 03 de 2013. DO No. 48633

Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. Diciembre 30 de 2016. DO. No. 50.102.

Ley 1922 de 2018. Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. Julio 18 de 2018. DO. No. 50.658.

Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Junio 6 de 2019. DO. No. 50.976.

López Morales, J. D. (2020, junio 27). Por vacíos, insisten a la JEP abra caso de violencia sexual. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/razones-por-las-que-insisten-a-la-jep-que-abra-caso-de-violencia-sexual-511926>

Mantilla, J. (2015). La Justicia Transicional y los Derechos de las Mujeres: posibilidades y retos. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 208-223., <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15659>

Martínez, L. M. (2018). Construcción de la verdad con perspectiva de género: un marco teórico feminista y narrativo para el esclarecimiento de la guerra en Colombia. *Análisis político*, 93 (mayo-agosto), 79-92.

Parada, V. (2020, junio 19). Organizaciones de mujeres reclaman que la violencia sexual sea un macrocaso en la JEP. *El Espectador* <https://www.elespectador.com/colombia2020/justicia/jep/piden-priorizar-la-violencia-sexual-en-la-jep/>

Redacción Judicial. (2020, noviembre 2). La CPI dice que la JEP puede convertirse en un referente mundial. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/la-cpi-dice-que-la-jep-puede-convertirse-en-un-referente-mundial/>

- Rúa Delgado, C. F. (2015). Los momentos de la justicia transicional en Colombia. *Revista de Derecho*, (43), 71-109. <https://www.redalyc.org/pdf/851/85138494004.pdf>
- Rubio-Marín, R. (2010). El género de las reparaciones: La agenda pendiente. En *¿Y qué fue de las mujeres?: género y reparaciones de violaciones de derechos*. (pp. 20-51). Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Sánchez Gómez, O. A., López Vivas, J. N., Rubriche Cárdenas, D., & Rengifo Cano, M. del P.(2011). Primera encuesta de prevalencia Violencia sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano 2001-2009. Resumen Ejecutivo.
- Stewart, J. (2018). El rol de la CPI en el proceso de Justicia Transicional en Colombia. Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín. https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/2018oSpeechDP_ESP.pdf
- Tribunal Especial para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA-502 (Marzo 4 de 2020).
- Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas. (2020). *Día nacional por la dignidad. Mujeres víctimas de violencia sexual*. <https://www.unidad-victimas.gov.co/especiales/ViolenciaSexual/index.html>
- Uprimny, R. (2005). Justicia transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. DEJUSTICIA. <https://www.dejusticia.org/justicia-transicional-en-perspectiva-comparada-procesos-transicionales-formas-de-justicia-transicional-y-el-caso-colombiano/>
- ONU. (2010). *Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición*. http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf
- Wood, E. (2009). Violencia sexual durante la guerra: hacia un entendimiento de la variación. *Análisis Político* (66), 3-27. Obtenido de <http://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/45907>
- Wood, E. (2012). Variación de la violencia sexual en tiempos de guerra: la violación en la guerra no es inevitable. *Estudios socio-jurídicos*, 19-57. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73324087002>

Revista Pensamiento Jurídico

Instrucciones para los autores de artículos a publicar

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

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

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

f) **Números:**

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas 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 citaciones en relación con el texto.

- a) Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos:

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976).

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010).

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998).

- b) Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

c) Integrar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica, ...

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones.

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

Sistema ICONTEC: se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecedido al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a) Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

d) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

e) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

f) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

Ibíd., p. 23.

g) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit. p. 176.

h) Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

5. BIBLIOGRAFÍA

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

a) Cuando se refiere a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

b) Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Documentos electrónicos:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, en *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, Publicación digital en la página web de la Biblioteca 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 Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793-1853", en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

- g) Sentencias judiciales:

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, *Gaceta Judicial No....*, fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009).

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.

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.

Journal Pensamiento Jurídico

Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
 - a) *Content:* minimum structure with three subtitles.
 - b) *Conclusion:* Preliminary conclusion.
 - c) *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
 - a) *Article name* in Spanish and English
 - b) *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
 - c) *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
 - d) *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
 - e) *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
 - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
 - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
 - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.
 - f) *Numbers:*
 - 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.

- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions
52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them...

- g) *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The ilustrations:

- 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 parapolítica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drawn up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia *et al* 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

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)².

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.

2 The APA System has a 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.

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 Gazzette 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:
- Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
 - 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.

Constitucionalismo iushumano en América Latina: Historia y presente

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 grs,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.
Diagramación: Fabio Jiménez Martínez.

