

Vol 6

e-ISSN 2539-5343

UNA | Revista de Derecho



"Seis años contribuyendo en la difusión de investigaciones, análisis y opiniones de la academia legal colombiana y latinoamericana"

Nº1
Julio 2021

Facultad de Derecho
Universidad de los Andes
Bogotá, Colombia

DESCRIPCIÓN

UNA Revista de Derecho es una publicación electrónica con periodicidad semestral especializada en temas relacionados con el derecho, desde una perspectiva académica abierta a múltiples disciplinas. Esto incluye, por ejemplo, sociología jurídica, antropología jurídica, teoría del derecho, historia del derecho, hermenéutica, legislación y políticas públicas, derecho internacional, derecho público, derecho privado, estudios de género, etc.

Uno de los objetivos principales de la revista es constituirse como una plataforma para el diálogo académico colombiano y latinoamericano, a través de la publicación de artículos de investigación, reflexión o revisión. La revista va dirigida a académicos y estudiantes del derecho y de las ciencias sociales.

COMITÉ EDITORIAL

Laura Camila Olarte Mojica

Editora General

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Miguel Ángel Ala Pacca

Estudiante de derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Verónica Barrios Forero

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Juan Camilo Boada Acosta

Máster en Derecho

Universidad de los Andes

Diego Jaramillo Vargas

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Juliana Gloria Carbonell

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Sebastián Lozano Parra

Abogado

Universidad Libre - Seccional Socorro

Carla Bonell Pagano

Abogada

Universidad del Atlántico

Valeria Sánchez Aroca

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

Nicolás Parra González

Abogado

Universidad de los Andes

María Camila Jaimes

Estudiante de derecho

Universidad de los Andes

María Lucía Hernández

Abogada

Universidad de los Andes

COMITÉ ACADÉMICO

Catalina Botero Marino

Máster (DEA) en Derecho
Universidad Carlos II de Madrid

Julieta Lemaitre Ripoll

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Lina Fernanda Buchely

Doctora en Derecho
Universidad de los Andes

Helena Alviar García

Doctora en Derecho
Harvard Law School

José Miguel Mendoza

Doctor en Derecho
Oxford University

Mauricio García Villegas

Doctor en Derecho
Universidad Católica de Lovaina

Jorge González Jácome

Doctor en Derecho
Harvard Law School

Esteban Restrepo

Doctor en Derecho
Yale Law School

Diego López Medina

Doctor en Derecho
Harvard Law School

Isabel Cristina Jaramillo

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Daniel Bonilla

Doctor en Derecho
Yale Law School

Liliana Obregón Tarazona

Doctora en Derecho
Harvard Law School

Beatriz Sánchez Mojica

Doctora en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Juan Manuel Amaya Castro

Doctor en Derecho
Universidad Libre de Amsterdam

DIAGRAMADORA

Guadalupe González

Estudiante de Diseño
Universidad de los Andes

ÍNDICE

Editorial - Leer, analizar y discutir: volumen 6 no. 1	7
<i>Laura Camila Olarte Mojica</i>	

ARTÍCULOS ACADÉMICOS

El concepto de identidad constitucional: apuntes sobre su uso en el derecho estatal y supranacional	10
<i>Oscar Andrés Pazo Pineda</i>	

De sentencias, constituciones, tribunales, tratados y discurso académico en el devenir constitucional latinoamericano contemporáneo: una mirada desde el <i>Ius Constitutionale Commune</i>	35
<i>Mario Molina Hernández</i>	

Desplazados ambientales: una mirada desde América Latina	69
<i>Leidy Katherine Ortiz Mendivelso y Santiago Rodríguez Sanmiguel</i>	

La prisión perpetua 'revisable': un viejo debate demagógico	104
<i>Ricardo Posada Maya</i>	

Un análisis de la nueva Ley de Modernización a la Ley de Compañías, cómo Ecuador pasó a estar a la vanguardia del Derecho Societario en América Latina y qué significa esto para la región	136
<i>Jairo Daniel Carreño Monsalve</i>	

To look like a lawyer: anatomopolitics within the hidden curriculum	165
<i>Sergio Iván Anzola Rodríguez y Xavier Moyssén Álvarez</i>	

El proceso y el precrimen: una lectura literaria del uso de la Inteligencia Artificial en la detención preventiva	190
<i>María Fernanda Fernández Villamizar</i>	

El enfoque de género en la actividad judicial colombiana <i>Juliana Rojas Bohórquez</i>	225
--	-----

ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

Comentario a la sentencia del 20 de noviembre de 2020 del Consejo de Estado [Acción de grupo – Radicación 18001233300020130021601]. Una decisión judicial con enfoque de género respecto del encarcelamiento femenino.	254
--	-----

Valeria Echeverry y Norberto Hernández

Manteniendo beneficios en la transición: de Justicia y Paz al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición	267
--	-----

Juan Camilo Boada Acosta y Catalina Boada Acosta

Barreras institucionales que han afectado el goce de derechos de la comunidad transgénero y transexual en Colombia	293
--	-----

Andrea Sofía Bautista Escobar, Laura María Carvajal Giraldo, Niyireth Gonzalez Landaeta, David Santiago Hoyos Daza y Sebastián Quintero Nova

TRADUCCIONES

La doble aversión del proceso constituyente en Chile: Constitucionalismo bolivariano y la Constitución de Pinochet	321
--	-----

Sergio Verdugo y Marcela Prieto (Trad. Diego Andrés Jaramillo Vargas)

LEER, ANALIZAR Y DISCUTIR: VOLUMEN 6 NO.1

LAURA CAMILA OLARTE MOJICA*

UNA Revista de Derecho a lo largo de los años no ha sido inmutable al cambio. De hecho, cada vez que nuevas personas se integran a este proyecto, la revista toma distintas formas y colores. Este año no fue la excepción. Con la llegada de 4 estudiantes y 3 abogados, la revista se convirtió en el escenario de nuevas ideas – incluso colores – que son el resultado y reflejo de lo que es hoy en día la sexta edición y la revista.

SEIS AÑOS DE CONTENIDO INTERDISCIPLINARIO E INCLUSIÓN ACADÉMICA

El sexto volumen de UNA Revista de Derecho, producto del trabajo en equipo, dedicación y esfuerzo de 7 estudiantes y 5 abogados que conforman el Comité Editorial, recoge 9 artículos, 3 líneas de jurisprudencia y 2 traducciones. Detrás de cada uno de dichos textos académicos hay profesores, investigadores jóvenes y estudiantes de distintos países latinoamericanos como Colombia, México y Perú.

En este volumen se hace un recorrido interdisciplinario por distintas áreas del derecho como constitucional, penal, internacional, societario, entre otras. Además, se hacen aproximaciones al derecho desde otras disciplinas como la sociología, la literatura y la filosofía. Esta diversidad creativa y la inclusión académica de nuevas voces en el sexto volumen nos permiten enriquecer la discusión y, con optimismo, cumplir con nuestro objetivo fundacional: crear un diálogo jurídico colombiano y latinoamericano.

A todos los autores y autoras que hacen parte de este volumen, un agradecimiento especial por escoger a UNA Revista de Derecho para difundir sus ideas. Igualmente, un especial reconocimiento a Sergio Verdugo, Marcela Prieto y Martin Loughlin por permitirnos traducir sus textos. Y a todos los pares evaluadores que participaron en el proceso editorial infinitas gracias por su colaboración.

Al Comité Editorial, compuesto por estudiantes y abogados jóvenes, quienes no nos conocemos en persona, pero que haciendo uso de las herramientas tecnológicas pudimos conectarnos y sacar adelante esta edición, les agradezco. Su dedicación y trabajo dio fruto a un espacio de difusión de ideas y conocimientos, que, esperamos, ayude a la inclusión de estudiantes a la academia y a la creación de un diálogo académico.

A ustedes, Camila Jaimes, Diego Jaramillo, Juliana Gloria, Miguel Ala Pacca, Valeria Sánchez, Verónica Barrios,

* Estudiante de derecho de la Universidad de los Andes. Editora General del Sexto Volumen de UNA Revista de Derecho.

María Lucía Hernández, Juan Camilo Boada, Carla Bonell, Nicolás Parra y Sebastián Lozano, les agradezco por creer y hacer parte de este proyecto. Espero conocerlos pronto en persona para que podamos seguir construyendo esta maravillosa revista, que si bien ha cambiado sustancialmente en los últimos dos años, no ha dejado de ser el escenario de nuevas ideas, y eso es gracias a ustedes.

A mi mentora y amiga, Alejandra Garay, le agradezco por compartirme sus conocimientos para poder embarcarme en la tarea de dirigir la revista, pero, más importante aún, por confiar en mí para seguir adelante con este proyecto.

A nuestros lectores, esperamos que disfruten el contenido de la sexta edición, que conozcan a las voces que hoy escriben, y que se animen a participar en el próximo volumen de UNA Revista de Derecho que saldrá en el mes de diciembre. Esta próxima edición tendrá una sección especial sobre criminalidad organizada y responsabilidad penal de personas jurídicas.

¡Invitadas e invitados a participar activamente en esta edición y en las próximas que vendrán!

SEIS AÑOS DE INNOVACIÓN Y AMISTADES ACADÉMICAS

UNA Revista de Derecho ha crecido exponencialmente durante el último año. La difusión continua de blogs, el lanzamiento de la primera temporada de podcasts, el trabajo extensivo en redes sociales y las amistades académicas que hemos concretado en este año nos consolidan como una revista con identidad propia que se encuentra en constante diálogo con estudiantes, investigadores jóvenes y profesores.

Dentro de los proyectos que llevamos a cabo este semestre, se encuentra la celebración de dos alianzas académicas. Por un lado, con *USFQ Law Working Papers*, una serie académico-jurídica ecuatoriana y, por el otro lado, con *IUS ET VERITAS*, revista estudiantil peruana. Con ambas alianzas buscamos llegar a nuevas audiencias y contribuir a la difusión del conocimiento. Esto lo estamos haciendo a partir de la colaboración en blogs, podcasts, eventos y más.

Igualmente, como parte de nuestras amistades académicas, trabajamos en una serie de vídeos con *Al Derecho - Periódico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes* - y con la Asociación Colombiana de Legal Tech (Alt+Co). En esa oportunidad, entrevistamos a expertos en derecho y tecnología para que nos contaran sobre la importancia de rediseñar la educación jurídica frente a la tecnología. Este proyecto nos sirvió para permitirle a los estudiantes adentrarse en un campo que cada vez toma más fuerza y relevancia en el derecho: la tecnología.

Los blogs también se convirtieron en un espacio renovado. Gracias a la participación de invitados especiales como José Elías Turizo, Santiago Vargas Niño, Oscar Sierra Fajardo y María Angélica Patrón, se abrieron nuevas discusiones y reflexiones que nos permitieron llegar a nuevos espacios. Además, los blogs de nuestros editores, en donde se analizaron sentencias, proyectos de ley y artículos académicos, fueron todo un éxito.

Otro gran proyecto, que ya venía en camino y que se materializó este año, es la primera temporada de podcasts en plataformas de Spotify, Deezer y Youtube. Gracias a la dirección de María Lucía Hernández, quien logró sacar adelante la tarea pendiente que teníamos, tuvimos la oportunidad de hablar con Laura Dib, Diana Monsalve, Angélica Cocomá y María Ximena Dávila. Próximamente, saldrán al aire los últimos capítulos de la temporada con Daniel Bonilla Maldonado y Ana María Ramos.

Para terminar, quisiera mencionar que el objetivo de la Revista se está cumpliendo - con variaciones, sí -, pero siempre con miras a consolidar un proyecto duradero y responsable, que recoja distintas voces y que llegue a distintos escenarios. La revista seguirá transformándose, pero siempre con la calidad editorial que siempre nos ha caracterizado.

Los y las invitamos a leer, analizar y discutir el sexto volumen de UNA Revista de Derecho, un volumen de calidad científica y editorial, que el día de hoy, 31 de julio de 2021, les presentamos.

EL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL: APUNTES SOBRE SU USO EN EL DERECHO ESTATAL Y SUPRANACIONAL*

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA**

Recibido: 5 de abril de 2021. Aceptado: 15 de junio de 2021.

RESUMEN

El concepto de identidad constitucional ha cumplido en el derecho comparado dos funciones principales: i) la de servir como límite al proceso de reforma constitucional y ii) presentarse como límite a los procesos de integración. Su contenido, en consecuencia, se encuentra estrechamente vinculado a aquello que no puede ser alterado por el poder reformador. De esta manera, se examinará la forma en que la identidad constitucional ha operado, en el derecho interno, como un límite material a la reforma constitucional. Por otro lado, también se explicará cómo este concepto ha sido utilizado en el contexto de la Unión Europea con el propósito de intentar ciertos avances relativos al proceso de integración.

De similar forma, en esta investigación se pretende brindar elementos que contribuyan a delimitar la noción de identidad constitucional, y para ello se analizará cómo este debate se ha desarrollado en el caso peruano a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la evolución histórica de dicho país.

PALABRAS CLAVE

Identidad constitucional, reforma constitucional, integración, derecho supranacional.

*Artículo de revisión.

**Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Candidato a doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Tutela Supranacional de los Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense (Madrid). Especialista en Derecho Público Global por la Universidad Castilla la Mancha (España). Diplomado en Argumentación Jurídica por la Universidad Alicante (España) en Convenio con la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo:oscar.pazo.pineda@gmail.com.

THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL IDENTITY: NOTES ON ITS USE IN NATIONAL AND SUPRANATIONAL LAW*

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA**

Received: april 5, 2021. Accepted: june 15, 2021.

ABSTRACT

The concept of constitutional identity has fulfilled two main functions in comparative law: i) it serves as a limit to the constitutional reform process, and ii) it presents itself as a limit to the integration processes. Its content, consequently, is closely linked to that which cannot be altered by the reforming power. In this manner, we will explore the way in which constitutional identity has operated in domestic law as a material limit to constitutional reform. On the other hand, it will also explain how this concept has been used in the context of the European Union for the purpose of certain advances related to the integration process.

Similarly, this research aims to provide elements that contribute to define the notion of constitutional identity and, for this aim, it will analyze how this debate has developed in the Peruvian case regarding the jurisprudence of the Constitutional Court and the historical evolution of this country.

KEY WORDS

Constitutional identity, constitutional reform, integration, supranational law.

* Review article.

**Lawyer and Master in Constitutional Law from the University of San Martín de Porras (Peru). Doctor of Law candidate from the Pontificia Universidad Católica del Perú. Specialist in Supranational Protection of Fundamental Rights from the Universidad Complutense (Madrid). Specialist in Global Public Law from the Universidad Castilla la Mancha (Spain). Diploma in Legal Argumentation from the Alicante University (Spain) in agreement with the Pontifical Catholic University of Peru. Email: oscar.pazo.pineda@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

De manera reciente, se han desarrollado una considerable cantidad de estudios académicos dedicados a explorar la idea de identidad constitucional. La mayoría de ellos se ha centrado en la configuración de este concepto y la forma en que interactúa con los procesos de integración regional, particularmente en Europa. Sin embargo, los orígenes de lo que implica la identidad se encuentran bastante alejados, desde el punto de vista temporal, de este debate. De hecho, la noción de “identidad nacional” empieza a consolidarse entre los siglos XVII y XVIII, lo cual coincide con el desarrollo del Estado y el establecimiento de vínculos entre los ciudadanos⁰¹.

La identidad constitucional, por el contrario, es un concepto relativamente reciente y vinculado con los procesos comunitarios. Por ello, los principales debates sobre el alcance de este término empezaron a realizarse, en esencia, con la firma del Tratado de Maastricht. En efecto, la ratificación de este instrumento va a generar una suerte de *juridificación* del término, lo cual va a ocasionar que, al tratarse de una materia legal, pase a ser objeto de análisis por las ciencias jurídicas⁰². De esta forma, se efectuaron importantes esfuerzos académicos para configurar lo que debía entenderse por “identidad nacional”, ya que ella podría operar como un límite a los procesos de integración de la Unión Europea⁰³.

01 La expresión “identidad nacional” es, ciertamente, de carácter reciente. Es importante mencionar que, existen autores que plantean que los problemas asociados con esta construcción recién empiezan a plantearse en el siglo XIX. En todo caso, no se trata, al igual que lo que ocurre con la identidad constitucional, de un concepto cuya definición genere consenso entre los académicos. Mientras algunos parten de la homogeneidad que ha caracterizado a las naciones que evolucionaron de la mano con las estructuras estatales, otros estiman que lo que define a la nación es, precisamente, la heterogeneidad de sentimientos políticos que atraviesa una nación. Ver, al respecto: Gérard Noiriel, “La identidad nacional y la historiografía francesa”, *Anuario del Instituto de Estudios Históricos y Sociales*, n° 10 (1995): 61-72.

02 Ello no quiere decir, evidentemente, que no haya existido alguna preocupación del derecho en relación con el concepto de identidad. Como se procederá a evidenciar en esta investigación, lo que podríamos denominar como la “esencia” de las constituciones nacionales ya fue una cuestión debatida a propósito de los límites de las reformas constitucionales. En Estados Unidos estos debates ya se realizaban aproximadamente en las primeras décadas del siglo XX a propósito de la aprobación de la XVIII Enmienda. Es importante precisar que nos referimos a los cuestionamientos por vicios materiales, ya que existen antecedentes en los que se cuestionaban enmiendas constitucionales por vicios procedimentales, tal y como ocurrió en *Hollingsworth v. Virginia* y la situación de la enmienda XI. Ver: Roberto Rodríguez, *El control constitucional de la reforma a la Constitución* (Madrid: Dykinson, 2006), 37-38.

03 En esta investigación se hará referencia, preferentemente, a los pronunciamientos de los principales tribunales nacionales europeos que se han pronunciado a propósito de los límites a la integración europea, y de forma particular a los tribunales constitucionales. Sin embargo, en la doctrina existen estudios relevantes que han contribuido al diseño y estructuración de la identidad constitucional. Evidentemente, es posible citar una gran cantidad de textos en este punto, pero se recomienda, de forma particular, consultar: Gary Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Massachusetts: Harvard University Press, 2010).

Sin perjuicio del impacto y la magnitud que ha generado esta discusión⁰⁴, lo cierto es que la referencia a alguna clase de identidad constitucional ya se había realizado tanto en la academia como en la jurisprudencia de países con culturas marcadamente distintas. Así, dentro de los Estados que no compartían las amplias atribuciones de la Unión, el debate giraba en torno a la posibilidad de identificar la presencia de alguna clase de espíritu en la norma fundamental que pudiera reflejar la necesidad de trazar límites a los procesos de integración, o por lo menos indagar sobre sus estructuras básicas. Lo que buscaba explorar esta corriente era la posibilidad de establecer límites a la reforma constitucional, invocando, para este fin, la presencia de principios y/o valores fundamentales que no podían ser alterados ni siquiera adoptando el procedimiento establecido para introducir modificaciones a la constitución estatal.

Ahora bien, es importante advertir que, si bien los especialistas en el derecho dieron inicio al debate respecto de lo que debía entenderse por identidad constitucional, lo cierto es que no se realizaron marcados esfuerzos por diferenciar esta idea de la de identidad nacional, pese a que esta última había sido objeto de estudios por otra clase de disciplinas⁰⁵. De este modo, cuando empezó a indagarse sobre la noción de identidad como límite al proceso de integración, se le asoció, en buena medida, a lo que había sido denominado con anterioridad como *espíritu o esencia* de la constitución. Esta postura va a ser confirmada por diversos tribunales o cortes constitucionales de la región europea que, si bien terminaron por validar la ratificación de los tratados de lo que sería actualmente la Unión Europea, se reservaron la posibilidad de poder efectuar alguna especie de control de la labor de los órganos supranacionales si es que ellos afectaban el núcleo de la respectiva norma fundamental estatal.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal recurrió a lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn para justificar la existencia de límites (tales como el principio democrático, el Estado de Derecho, el principio de subsidiariedad o la protección de derechos fundamentales) al poder de integración (*Caso Bananenmarktordnung*, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147). En Italia, se

04 Más allá de todos los debates académicos a propósito de la existencia (o inexistencia) de límites a los procesos de integración regional, podemos aquí referirnos a los principales tribunales que han recogido conceptos cercanos a los de la “identidad constitucional” con la finalidad de frenar los avances de la Unión Europea. Sobre este punto, se pueden mencionar los diversos fallos del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte Constitucional de Italia, el Tribunal Constitucional polaco, el Consejo Constitucional de Francia, el Tribunal Constitucional de Hungría y el Tribunal Constitucional español. Una buena explicación de la posición de estos órganos se puede apreciar en: Luis Gordillo, *Constitución y ordenamientos supranacionales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 43-71.

05 En el terreno del lenguaje, por ejemplo, se ha enfatizado la idea que la identidad nacional supone “una conciencia generalizada de pertenecer a una comunidad idiomática”. Ver, sobre esto: Antonia Badia y Margarit, “Lengua e Identidad Nacional”, *Boletín Oficial de l'Academia de la Llingua Asturiana*, n° 23 (1987): 39. Por otro lado, respecto de la sociología se indica que la preocupación por esta construcción se advierte, aproximadamente, desde 1980, y ello a propósito de los avances de la globalización. Se dice, entre otras cosas, que los grupos humanos se verían amenazados por la “internacionalización de la sociedad”, y de ahí la necesidad de referirse a esta identidad. Ver, sobre esto: Pierre Bon, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 100 (2014), 167.

ha sostenido que los órganos comunitarios no pueden vulnerar los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos de la persona (*Caso Frontini*, Sentencia 183/1973). El Tribunal Constitucional de Polonia ha señalado que el derecho comunitario, por ejemplo, no puede ser contrario a la redacción explícita de la norma fundamental o ser contrario a las funciones mínimas de garantía que se desprenden de la Constitución (Sentencia K 18/04 de 2005). Finalmente, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que estos límites se pueden derivar de las estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios reconocidos en la norma fundamental (DTC 1/2004). Todo ello demuestra que existe una importante discusión en la judicatura -y que ha sido trasladada, por consiguiente, a la academia- respecto del contenido y los límites de los procesos de integración regional.

II. CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL Y SU USO EN EL DERECHO COMPARADO

Formuladas estas precisiones, corresponde indagar el significado concreto de lo que significa la identidad constitucional. Una primera inquietud que surge es si se trata de un concepto presente en todas las constituciones nacionales (esto es, que toda constitución cuente con una suerte de *contenido esencial*) o si es que solo se refiere a la estructura básica de alguna norma fundamental en particular. Si se trata de lo primero, deberían identificarse aquellos elementos característicos de una constitución, y sin los cuales cualquier documento, independientemente de su denominación o que se atribuya para sí mismo la calidad de “supremo”, no puede ser catalogado como la norma fundamental de alguna nación.

Esta aproximación a la idea de lo que necesariamente debe contener una constitución nos traslada al debate de lo que podría denominarse como el *contenido esencial* de la norma fundamental. Este concepto se relaciona con todos aquellos componentes indispensables con los que debería contar toda *carta magna*, y que le permitiría diferenciarse de otros estatutos o cuerpos de leyes. De esta manera, la constitución no es únicamente una ley suprema, ya que también se caracteriza por contener ciertos contenidos mínimos indispensables⁰⁶. Ciertamente, fuera de estas funciones mínimas, se cuenta con

06 Ciertamente, no es una labor sencilla la de reflexionar a propósito del denominados “contenidos mínimos” de las constituciones. En todo caso, es importante en este punto recurrir a Aguiló, quien sostiene que las constituciones de los Estados Constitucionales deben contener los siguientes aspectos: i) deben ser constituciones rígidas, esto es, con una constitución diferenciada de la forma legal ordinaria; ii) deben responder a las exigencias del constitucionalismo político, tales como la limitación del poder y la garantía de los derechos; y, iii) debe ser, además, efectivamente practicada. Ver: Josep Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional* (Lima: Editorial Palestra, 2004), 51-53. Por otro lado, y ya desde una perspectiva ciertamente material, también suele decirse que las constituciones son depósitos de valores, los cuales, naturalmente, no son igualmente centrales. En este punto, existen diversas posiciones en la doctrina que señalan que no es viable, entre otras cosas, reformar o eliminar las garantías básicas o los derechos que son “esenciales en el proceso de autogobierno libre y racional”. Para un amplio panorama sobre este punto, se sugiere consultar: Yaniv Roznai, *Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Los límites al poder de reforma* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 266.

un amplio margen para configurar la norma fundamental, y ello explica que muchos países difieran en cuestiones como el modelo económico, la distribución territorial del poder, o la existencia de un modelo predominantemente concentrado o difuso para el control de constitucionalidad de las leyes⁰⁷. En consecuencia, surge inmediatamente la duda respecto de la función esencial que la norma fundamental debe cumplir.

Sobre esto, algunos autores ya han teorizado sobre los elementos que deben caracterizar a las constituciones de los Estados constitucionales. Por ejemplo, Josep Aguiló indica que, en esta clase de Estado, los sistemas jurídicos se caracterizan por: i) tener una constitución rígida y formal; ii) esta constitución debe responder a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, es decir, limitar el poder político y proteger los derechos de la persona; y iii) debe ser una constitución efectivamente practicada⁰⁸. Esta forma de entender la misión de la norma fundamental se encuentra fuertemente vinculada con lo dispuesto en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento que, si bien fue aprobado en Francia, tuvo una repercusión que no se debe ignorar, particularmente en el mundo occidental. En un sentido similar, Loewenstein planteaba que la Constitución debe encargarse de regular las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de aquellos en el proceso de formación de la voluntad estatal⁰⁹. En un sentido similar, la obra del jurista francés Michael Troper, cuando centra su análisis respecto de los modelos de la constitución como máquina o como norma, también se preocupa, en buena medida, con la forma en que se puede limitar el poder político. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países que han explorado estos asuntos suelen identificar a este elemento como parte integrante de la idea de la identidad constitucional del país¹⁰.

En este mismo sentido, un elemento que, como se indicó, también parece ser parte fundamental

07 Se trata, desde luego, si es que esta posibilidad fuera reconocida, ya que, en la actualidad, aún existen países que cuentan con cláusulas constitucionales en las que no permiten que los tribunales de justicia ejerzan esta clase de control. Para un estudio de las distintas formas en que este se lleva a cabo, consultar: Lucio Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2017), 258 y ss.

08 En todo caso, esta forma de entender al Estado Constitucional, si es que se requiere cumplir los tres elementos, dejaría fuera a experiencias como las de Inglaterra o Nueva Zelanda. Al respecto, revisar: Josep Aguiló, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24 (2001): 450-453.

09 José González, "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", *Revista de Estudios Políticos*, n° 139 (1965): 87.

10 En Estados Unidos, en las primeras dos décadas del siglo XX se realizó un intenso debate sobre la posibilidad que la Corte Suprema Federal examine la validez o conformidad de las enmiendas con la Constitución Federal, lo cual se produjo por lo que sería la décimo octava enmienda. Esto no solo generó el conocido debate *Marbury-Frierson*, sino que también se presentó como el contexto propicio para la realización de estudios relativos a la existencia de contenidos intangibles. Así, en una conocida publicación de 1920, Everett Abbot sostuvo que en ese país se considera como algo axiomático el que se establezcan limitaciones para todo gobierno, por lo que, si esto es así, también deberían existir restricciones para enmendar la Constitución de los Estados Unidos. Ver: Everett Abbot, "Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment", *Columbia Law Review* 20, n° 2 (1920): 195.

de cualquier constitución es el relativo a la garantía de los derechos de la persona. Ahora bien, debe precisarse que, en este punto, el reconocimiento también se relaciona a contenidos mínimos, ya que los Estados cuentan con notables diferencias al momento de regular las libertades. La necesidad de garantizar esta tutela ha generado que pueda advertirse, en la actualidad, un proceso de “internacionalización del derecho constitucional”, en la medida en que la comunidad internacional cada vez está más involucrada en la idea de reconocer a los derechos de la persona como una suerte de patrimonio común de la humanidad¹¹. Este proceso de expansión tiene entre sus consecuencias que difícilmente la norma fundamental de cualquier Estado no cuente con alguna carta o declaración de derechos, sea en la propia constitución o sea a través de un documento legal en el caso de los países que no cuentan con una constitución en sentido formal.

Otro efecto puede advertirse en que, para un sector de la doctrina, estos derechos son uno de los puntos de partida para lo que se ha denominado como el *constitucionalismo global*¹², lo cual obedece a que se trata de atributos que, independientemente de la configuración interna que pueda adoptar un Estado, no pueden dejar de ser reconocidos y garantizados¹³. Los defensores de este modelo cosmopolita también precisan que la base o piedra angular del constitucionalismo es la existencia de personas libres e iguales que se gobiernan a sí mismas a través del derecho, en el marco de una comunidad internacional compuesta por Estados igualmente soberanos, y esto implica que incluso el poder constituyente se encuentra circunscrito normativamente, y las limitaciones que de ahí se derivan operan tanto a nivel nacional como internacional, más allá de los hechos sociológicos vinculados con la entidad y la estructura internacional¹⁴. Se puede apreciar, así, que esta clase de movimientos también estiman que existen límites no solo al poder de reforma, sino al propio poder constituyente mismo, el cual se

11 De hecho, existen hace bastante tiempo diversas obras que hacen referencia a alguna especie de derecho común de la humanidad, lo cual supondría que el derecho internacional actual tenga que dar un paso más y pase a ser tomado en serio. Dentro de los pilares que sostienen esta construcción teórica se encuentra el principio de respeto de los derechos humanos. Consultar, al respecto: Wilfred Jenks, *El Derecho Común de la Humanidad* (Madrid: Tecnos, 1968), 17.

12 No es este el lugar para explicar las diversas concepciones existentes respecto del constitucionalismo global, ni tampoco para examinar la viabilidad de su posible implementación. En todo caso, para un mejor conocimiento de estos movimientos, se puede consultar: Aydin Atilgan, *Global Constitutionalism* (Berlín: Springer, 2018).

13 Para Gomes Canotilho, estos puntos de partida del constitucionalismo global estarían compuestos de los siguientes elementos: progresiva elevación de los derechos humanos, el respeto a la democracia (como fórmula a ser empleada tanto a escala nacional como internacional) y el principio de autodeterminación. Sobre ello, consultar: José Gomes, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Dykinson, 2004), 45-46.

14 Cfr. Mathias Kumm, “Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism – A rejoinder to Neil Walker”, *International Journal of Constitutional Law* 14, n° 4 (1996): 914.

inserta en una comunidad internacional que empieza a compartir un conjunto mínimo de valores¹⁵.

De esta forma, tanto la tendencia de limitar el poder y la necesidad de garantizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona se presentan como componentes fundamentales de las constituciones. Evidentemente, nada impide -como de hecho ya ha ocurrido en el pasado- que, bajo el ropaje de un documento denominado formalmente como “constitución”, solo se intente ocultar la presencia de un marcado autoritarismo. Y es que estos elementos esenciales son el soporte principal de esta clase de normas fundamentales porque, a diferencia de lo que ocurre en las dictaduras, ellos suelen fundamentar el orden político al reconocer la vinculación del poder a un conjunto mínimo de reglas sustantivas y procedimentales. Como bien ha anotado Anne Peters, las constituciones contemporáneas deben garantizar la existencia de cláusulas como las del Estado de Derecho, el principio democrático, la separación de poderes o la descentralización para ostentar un mínimo contenido de legitimidad, por lo que parece que se trata de cuestiones que no pueden ser desligadas de la idea misma de una constitución¹⁶.

Por otro lado, la identidad constitucional podría referirse también a lo que permite diferenciar a una experiencia local de una extranjera. En esta segunda vertiente, este concepto surge como la protección del conjunto de tradiciones, costumbres y prácticas culturales que reafirman la individualidad de un cuerpo territorial determinado. De hecho, es a esta noción de la identidad a la que parecen referirse los instrumentos de integración en Europa. En este punto, es importante diferenciar entre los requisitos para ser parte de una entidad supranacional (como puede ocurrir con la necesidad de garantizar la observancia del principio democrático, del Estado de Derecho, o del respeto de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, en realidad, estarían más asociados con la primera visión de identidad a la que se ha hecho referencia) de los elementos que, según los tratados de integración, deben ser observados por parte de la propia Unión Europea respecto de los Estados que lo integran (como ocurre, por ejemplo, cuando se establece como un límite de respeto a identidad nacional).

De esta forma, mientras algunos instrumentos han requerido la observancia de ciertos principios elementales (que podríamos asociar con el contenido esencial que deberían ostentar todas las normas

15 En este trabajo no se problematizará sobre dicha propuesta, ya que tan solo se desea dejar constancia de la forma en que los derechos de la persona pueden potencialmente condicionar los controles que los tribunales de justicia realizan a las enmiendas o modificaciones de la constitución. De hecho, Pegoraro ha resaltado que, en este modelo, no se efectúa un concepto de constitución científicamente neutral, ya que es particularmente en el mundo occidental en el que, a partir del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que es posible indicar que toda constitución debe reconocer la separación de poderes y la protección de los derechos humanos, aunque ello no sea necesariamente así en otras culturas. Lucio Pegoraro, “Constitucionalización del derecho y Cultura Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n° 104 (2019): 22.

16 Cfr. Anne Peters, “The Globalization of State Constitutions”, en *New perspectives on the divide between national & international law*, dir., Janne Nijman, y André Nollkaemper (Nueva York: Oxford University Press, 2007), 256.

fundamentales) que caracterizan a las constituciones particularmente occidentales -y estos criterios deben ser cumplidos por los Estados que deseen pertenecer a la entidad supranacional-, es posible advertir que el respeto de la identidad de cada uno de los países que integran una entidad como la Unión Europea supone la existencia de límites que deben ser observados, en todo caso, por esta última. Evidentemente, también los Estados deben guardar un nivel importante de apertura a las tradiciones que puedan presentarse en otros países (como, de hecho, también tiene que ocurrir con las costumbres o tradiciones distintas dentro de su propio territorio, sobre todo en Estados multinacionales), pero este deber no se encuentra asociado al deber de garantizar la identidad constitucional, ya que, en los términos aquí expuestos, se trata de una obligación de la propia Unión Europea.

Esta forma de entender la identidad constitucional -esto es, como un límite que invoca un Estado frente al proceso de integración-, también ha sido abordada hace una considerable cantidad de tiempo en el marco del derecho constitucional local. Como se precisó con anterioridad, esta idea no solo ha surgido en el marco de los tratados de la Unión Europea, sino que también ya se había advertido con anterioridad en lo que respecta a los debates sobre la posibilidad de establecer límites a la reforma de la constitución nacional. Fue fundamental, en este punto, lo que inicialmente fue diferenciar entre el *alma* y el *cuerpo* de la constitución. Se dice, sobre esto, que mientras lo segundo puede ser objeto de enmiendas o modificaciones, esto es algo que difícilmente ocurre con el primer elemento, el cual suele ser mucho más complejo de lo que se puede creer¹⁷.

Ahora bien, existen ciertos elementos que pueden observarse en ambos tipos de identidad constitucional. Sobre ello, es importante precisar que, aunque en una primera impresión puede parecer contradictorio, esta idea se caracteriza por su dinamismo y adaptabilidad. En efecto, suele invocarse esta noción para referirse a lo que es perdurable o lo que debe resguardarse del asalto de unas mayorías provisionales y temporales, pero esto no puede ser asociado con la existencia de elementos que sea inmutables o inmodificables con el transcurso del tiempo¹⁸.

En este sentido, si es que las constituciones reflejaron la base esencial del modelo que intentaron resguardar los constituyentes, en Estados Unidos hubiera sido contrario a la idea de identidad el que se apruebe la décimo cuarta enmienda y todas aquellas normas que habilitaban el derecho a

17 William Hard, al analizar el caso de la Constitución de los Estados Unidos, sostiene que forman parte de su espíritu los principios de soberanía del pueblo y el de la separación de poderes. También precisa que el alma de la norma fundamental impregna todo aspecto de la vida, y permite fundamentar el reconocimiento de nuevas libertades. Ver, sobre ello: William Hard, "The Spirit of the Constitution", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 185 (1936): 15.

18 Ver, al respecto: Gary Jacobsohn, "Constitutional Identity", *The Review of Politics*, n° 68 (2006): 372.

votar y participar en política de las comunidades afrodescendientes¹⁹. Del mismo modo, países como Irlanda no hubieran iniciado un lento aunque seguro tránsito hacia la superación de la visión de las instituciones con bases esencialmente religiosas. La identidad, ciertamente, puede presentarse como un límite infranqueable que deben observar órganos como la Unión Europea, pero no puede ser (como nunca lo ha sido) una barrera que las propias sociedades no estén posibilitadas de superar si es que ellas han decidido modificar ciertos patrones o tradiciones que, con anterioridad, se encontraban fuertemente enraizadas.

Sobre este último punto, se han realizado diversos debates respecto de qué entidad sería la habilitada para identificar estos rasgos o características. Por un lado, existen posturas que sostienen que esta clase de discusiones sobre el reconocimiento de lo que debe ser la esencia de alguna constitución debe residir en entidades que sean lejanas a las cortes de justicia²⁰. Este mismo sector de la doctrina también suele demostrarse escéptico en relación con la posibilidad que los tribunales puedan controlar la validez de las reformas constitucionales, sobre todo si las mismas cuentan con refrendo popular. Consideran, en esencia, que estos órganos pueden suponer -de contar con esta atribución de control- un potencial riesgo para el sistema democrático, ya que su entendimiento de lo que es la constitución podría imponerse al de la mayoría de la colectividad.

Un segundo aspecto que ha sido objeto de discusión es el relacionado con la competencia de las cortes para examinar controversias en las que tuviera que dilucidarse qué es lo que forma parte de la identidad constitucional. La idea general que respalda esta posición es que debe diferenciarse el poder constituyente de lo que sería el poder de reforma de la constitución. En este último escenario, órganos como el Parlamento deben observar un conjunto de principios elementales que caracterizan a la constitución local. Esta idea, que se remonta a pensadores como el abate Sieyès, supone que este órgano no puede hacer las veces del poder constituyente.

En todo caso, la discusión es aún muy abierta respecto de los casos en que la propia norma fundamental prevé la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente, y cuáles serían las limitaciones que

19 El caso de Estados Unidos es uno de los más llamativos. No solo porque su Corte Suprema Federal no ha establecido límites implícitos sustantivos al proceso de reforma, sino además porque cuenta con un procedimiento para la enmienda considerablemente complejo. No sorprende, en ese sentido, que se haya sostenido en la doctrina que la idea de que la revisión judicial de las enmiendas sea, para la máxima instancia judicial, una political question, obedece esencialmente a la dificultad existente para insertar cambios en la Constitución de 1787. Cuando en 1920 se desarrolló el debate sobre la enmienda 18, Marbury tuvo la ocasión de sostener que a nadie en ese país se le hubiera nunca ocurrido que la norma fundamental fuese modificada con demasiada facilidad, ya que, por el contrario, existía la percepción de que era casi imposible enmendar el texto, excepto por algo que tuviera la naturaleza de una revolución. Ver: William Marbury, "The limitations upon the Amending Power", *Harvard Law Review* 33, n° 2 (1919): 225.

20 Es importante precisar que, en la doctrina, existen importantes estudios que cuestionan que aspectos relativos a la identidad sean resueltos por una corte de justicia. Sobre ello, revisar: Pietro Faraguna, "Taking Constitutional Identities Away from the Courts", *Brooklyn Journal of International Law* 41, n° 2 (2016).

esta última debería observar. Sin embargo, las cortes de justicia que han examinado casos referentes a la convocatoria de asambleas constituyentes fuera del procedimiento establecido por la norma fundamental, difícilmente han entrado a cotejar la corrección o validez de dicho acto, lo cual no hace sino reflejar el *self-restraint* que, al menos en estas materias, caracteriza el desempeño de las autoridades judiciales²¹. Sin perjuicio de ello, ellas sí han tenido un rol mucho más activo cuando el cuestionamiento es de un procedimiento de enmienda o reforma que ha sido emprendido por un órgano de poder constituido como los parlamentos.

Y es que, en muchas oportunidades, han sido las cortes las que han brindado las herramientas para emprender un estudio de lo que significa la esencia de un documento constitucional en especial. Como se conoce, uno de los primeros desarrollos cercanos a esta noción se presentó en la India, cuya Corte Suprema de Justicia hizo referencia a la *Basic Structure Doctrine* para enunciar aquellos elementos del texto constitucional que no pueden ser alterados por el poder de reforma. En realidad, el desarrollo de las ideas relativas a los límites al poder de modificar la Constitución de ese país se remonta, prácticamente, a la época de su entrada en vigencia. Como bien hace recordar Pathik Gandhi²², dicho tribunal fue tempranamente convocado para analizar si es que el poder contenido en el artículo 368 de la norma fundamental india, tenía que observar, entre otras cosas, el respeto de los derechos de la persona.

De hecho, aunque por lo general se suele considerar como referencia en este tema el fallo en el caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973), lo cierto es que existen importantes antecedentes que se remontan hasta 1952, cuando, en el caso *Sankari Prasad v. Union of India*, se trajo a colación la distinción entre el poder legislativo y el constituyente, aunque sin mayores consecuencias. La discusión, en esencia, era si el artículo 13.2 de la Constitución, que impedía la adopción de leyes que sean inconsistentes con los derechos fundamentales, también aplicaba para el caso de las reformas constitucionales²³. Todo ello fundamentó que la idea central de la doctrina de la estructura básica fuera que era posible formular reformas al texto constitucional, siempre y cuando se preservara la identidad esencial de la

21 Este tema ha sido objeto de un nutrido intercambio de ideas. El profesor Jacobsohn, cuyos estudios han abordado precisamente el debate sobre la identidad constitucional y los límites de la reforma, propone que los tribunales sean especialmente cuidadosos de examinar la validez de las leyes de enmienda o reforma si es que el procedimiento para esta operación es, dentro del ordenamiento respectivo, considerablemente complejo, tal y como ocurre en los Estados Unidos. Ver, al respecto: Gary Jacobsohn, "An unconstitutional constitution? A comparative perspective", *International Journal of Constitutional Law* 4, n° 3 (2006): 487.

22 Pathik Ghandi, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & The Coelho Case)", *Indian Journal of Constitutional Law* 4, n° 1 (2010): 48.

23 Esta disposición establecía que el Estado no podía promulgar ninguna ley contraria a los derechos reconocidos en la carta, bajo sanción de nulidad. La discusión era si es que el término "ley" permitía encajar a las reformas constitucionales. En el idioma inglés, la discusión es más profunda, ya que la traducción del término "law", puede comprender al derecho en general.

carta. Dentro de estos elementos, según precisó dicho Tribunal en el caso *Indira Gandhi vs. Raj Narain*, se encontraban la división de poderes, el principio democrático y cuestiones relativas a la igualdad. De hecho, en una posterior oportunidad (caso *Minerva Mills vs. Union of India*), añadió que la propia competencia de la corte para, en buena cuenta, enjuiciar las reformas constitucionales también era un elemento que no podía ser objeto de modificación.

Otros desarrollos jurisprudenciales relevantes se han presentado en Alemania y en Colombia, y estos han permitido sentar las bases de lo que forma parte de la identidad constitucional²⁴. La idea de poder revisar las reformas emprendidas por los parlamentos ha sido exportada, también a otras latitudes. Por lo general, la mayor cantidad de órganos suele coincidir en que forman parte de esa identidad cuestiones como la separación de poderes, la forma de gobierno, la cláusula democrática, y la idea de no suprimir o restringir severamente los derechos fundamentales.

Sin embargo, no han faltado experiencias que han añadido factores adicionales a los que han sido expuestos. Por ejemplo, la idea de identidad que aquí se ha desarrollado genera preguntas respecto de su aplicabilidad en países en los que la religión y el ordenamiento estatal se encuentran estrechamente vinculados. Aquí podría advertirse un serio conflicto entre la religión como elemento de unión colectiva, frente a un principio como podría ser el de laicidad, cuestión que no ha sido del todo abordada en la doctrina. Este es un asunto considerablemente sensible, ya que el empleo de esta doctrina puede generar que una minoría (por lo general, apreciable en los tribunales de justicia) pueda, de una u otra manera, hacer prevalecer su visión occidental sobre la materia a una considerable mayoría religiosa²⁵.

De esta manera, si se advierte la profusa cantidad de jurisprudencia sobre esta materia, se puede apreciar que los tribunales han sido más receptivos que reacios a esta forma de control. No todos niegan el potencial riesgo, para el proceso democrático, que esto puede suponer; sin embargo, resulta esta posibilidad mucho más conveniente que la de negar cualquier clase de participación a las cortes en este debate. Incluso no han faltado experiencias en las que el rol de los tribunales ha sido determinante para encontrar un importante nivel de equilibrio entre los denominados usualmente

24 Debido a que, en esencia, en este apartado se busca analizar el modelo peruano, no se harán mayores precisiones sobre estas experiencias. En todo caso, se recomienda revisar: Gonzalo Ramírez, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, *Revista Derecho del Estado*, n° 18 (2006).

25 Por ejemplo, Ran Hirschl hace recordar el fallo del año 2008 de la Corte Constitucional de Turquía (órgano evidentemente prokemalista), el cual invocó las doctrinas de la India y Alemania para declarar inconstitucional una “enmienda iniciada por el gobierno del partido AKP, que tenía como intención revisar la visión militantemente secular de Turquía”. Ver: Ran Hirschl, *Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 210.

como “poderes” del Estado. Dos casos que pueden ejemplificar válidamente esta afirmación son los de Israel y la India. En el primer caso, se ha sostenido que la participación y el control que, *de facto*, ejerce el gobierno sobre el proceso legislativo en el *Knesset*, genera un fundado temor de que se emplee el poder constituyente de forma equivocada o incluso abusiva, por lo que la única autoridad que realmente puede equilibrar el funcionamiento de los poderes es la Corte Suprema²⁶. Por otro lado, y quizás es una de las experiencias más conocidas en el derecho constitucional comparado, la Corte Suprema de la India ha sido uno de los órganos que mayor actividad y protagonismo ha tenido en la vida política de su país, dejando un saldo considerablemente favorable y que genera la sensación que esta clase de controles es recomendable ante emergentes autoritarismos, sea por parte de la Asamblea o por parte del Gobierno²⁷.

En efecto, la impresión general es que la potestad de los tribunales de justicia de enjuiciar la validez de las reformas o enmiendas a la constitución deja más un saldo positivo que uno negativo. Evidentemente, ellos deben cuidarse de no caer en lo que podría ser catalogado como un modelo de supremacía judicial, y debe contar, para ello, de un importante nivel de autocontención para conocer en que casos es pertinente su participación y en cuáles no.

Es imposible negar que, mal empleada, esta atribución podría generar una suerte de *gouvernement des juges*. Sin embargo, este es un peligro que puede invocarse respecto de cualquier herramienta humana en el derecho. No nos encontramos gobernados, como ya se advertía en *El Federalista*²⁸, por algún grupo de ángeles, y por ello resulta conveniente que las autoridades políticas no cuenten con un poder absoluto de reforma, sobre todo si ellas pueden ser juez y parte en esta clase de procedimientos. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los tribunales de justicia (los cuales, las más de las veces, conocen un caso a solicitud de parte y no tienen competencia de oficio en esta clase de reclamos), el Parlamento o el Ejecutivo tienen abierto el camino para legislar en beneficio propio, aspecto que, de

26 El caso israelí es bastante llamativo. Desde la aprobación de la Basic Law: Israel as the Nation of the Jewish People, se presentaron una considerable cantidad de reclamos, en los que básicamente se sostenía que dicha Ley Fundamental era antidemocrática y que lesionaba los principios de dignidad de la persona y no discriminación. Esta clase de demandas están orientadas a que esa ley básica pueda ser revisada judicialmente. Para conocer de cerca el debate israelí, se puede consultar: Yaniv Roznai y Suzie Navot, S., “From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel”, *European Journal of Law Reform* 21, n° 3 (2019).

27 Como ya se explicó, es conocido que este órgano desarrolló la basic structure doctrine, la cual permite establecer límites al proceso de la modificación de la constitución. Esto ha permitido que se frenen intentos desde el poder de incluso eliminar la competencia de este tribunal para examinar esta clase de casos. Sin embargo, aunque se ha generado un saldo general positivo, bien advierte Dhavan que se debe ser sumamente cautelosos con el empleo de esta doctrina, ya que coloca al pueblo en la encrucijada de o confiar en el proceso de reforma o depositar su confianza en autoridades judiciales no electas. Recuerda, sobre ello, que en todo caso la Corte Suprema puede erigirse como un baluarte de la democracia, pero en ningún caso debe sustituirla. Ver, al respecto: Rajeev Dhavan, “The Basic Structure Doctrine – A footnote comment”, ed. Rajeev Dhavan, y Alice Jacob, *Indian Constitution: Issues and Trends* (Nueva Delhi: Indian Law Institute, 1978), 178.

28 Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El federalista* (México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010), 220.

no fiscalizarse, puede sembrar las bases de un régimen autoritario en el que no sean las libertades las que primen.

Un tercer factor a tomar en cuenta es que las dos dimensiones de la identidad (esto es, como posible barrera a la integración y como límite al poder de reforma constitucional) no parecen ser argumentos de carácter absoluto, en el sentido que su sola invocación pueda ser suficiente para desactivar la competencia de los tribunales de justicia. En efecto, lo primero que tiene que hacerse es examinar si es que el argumento de la autoridad que expidió el cuerpo normativo que es objeto de cuestionamiento calza o no en el concepto constitucional que ha sido alegado. Y es que, más allá de que suele ser usual en el derecho constitucional el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, tanto la doctrina como la jurisprudencia -local o comparada- pueden brindar importantes elementos para examinar la viabilidad del argumento. Por otro lado, es también por lo demás evidente que no puede emplearse la identidad ante las cortes de justicia para sustentar la exclusión de grupos sociales, particularmente de su derecho a participar en la vida política del país. Parece ser este un mínimo que justifique la intervención judicial, ya que se trataría de una sociedad que no trate de manera similar a sus integrantes²⁹.

Una vez precisados estos elementos relacionados con la idea de identidad constitucional, es conveniente examinar el caso peruano, a fin de poder advertir los desarrollos tanto jurisprudenciales como doctrinarios que permitan dotar de contenido a lo precisado por el Tribunal Constitucional respecto de los límites a la cuestión de confianza.

III. REFLEXIONES SOBRE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL PERUANA

Los desarrollos jurisprudenciales existentes en torno a la idea de identidad constitucional han reflejado que no existe consenso en cuanto a la individualización de sus elementos, ni siquiera por los juristas de una misma corte. Esto forma parte de una problemática mayor, la cual se relaciona con el hecho que ni siquiera se conoce con exactitud a qué se refiere esta noción. El apartado anterior ha pretendido brindar luces que permitan un acercamiento respecto de lo que puede significar la identidad constitucional, y en este apartado, en un sentido similar, se busca aportar elementos para aproximarnos a lo que significa esta idea en el ordenamiento peruano.

Este abordaje tomará en cuenta, principalmente, los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional peruano. En todo caso, es evidente que esta clase de análisis no pueden dejar de lado las tradiciones

29 Se conoce, sobre esto, la obra de John Ely, así como las posturas que defienden la idea de una suerte de “constitución procedimental”, la cual esencialmente consiste en que los verdaderos límites que es posible establecer al legislador democrático derivan de las restricciones que puedan imponerse al adecuado ejercicio de los derechos políticos. Una importante obra que aborda los retos de la justicia constitucional frente al principio mayoritario puede consultarse en: Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012).

y la historia del Perú. De hecho, como se advertirá, esa también parece ser la posición del intérprete final de la Constitución peruana, al menos en algunos de sus fallos.

Ahora bien, en la sentencia relativa a la disolución del Congreso de la República³⁰, el Tribunal sostuvo que un límite a la cuestión de confianza era que esta fuese asociada con la supresión o alteración de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución peruana. Al desarrollar este criterio, se mencionó que esta herramienta no podía ser empleada si es que suponía un desconocimiento de los principios que, anclados en la historia republicana, perfilan la identidad de la norma fundamental.

De lo indicado por el Tribunal Constitucional es posible advertir que, ciertamente, la identidad constitucional no puede ser sometida a alguna alteración a través de un pedido del Poder Ejecutivo hacia el Congreso de la República. La jurisprudencia de este órgano ya ha hecho referencia a este concepto con anterioridad, y parece tomar en consideración las dos vertientes de identidad que se han expuesto en esta investigación (es decir, la identidad como contenidos mínimos de cualquier constitución, y la identidad en el sentido de mencionar aquello que permite distinguir a una experiencia constitucional de otra). Por ejemplo, respecto de los elementos indisponibles de cualquier norma suprema, ha mencionado que

[a]unque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicompreensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido³¹.

Se aprecia, pues, que en esta decisión el supremo intérprete de la Constitución peruana vinculó la idea de identidad constitucional con aquellos elementos que deben estar presentes en cualquier documento que quiere caracterizarse como la verdadera norma fundamental del Estado. Con posterioridad a esta decisión, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la reforma al Reglamento del Congreso relativa a la imposibilidad que el Poder Ejecutivo pueda plantear cuestiones de confianza asociadas con leyes, este órgano jurisdiccional señaló que es un rasgo de identidad del constitucionalismo peruano todo lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político³², por lo que el órgano legislativo no estaba autorizado para regular aspectos o materias que correspondían ser ejercidas por el Ejecutivo.

30 STC recaída en el expediente 00006-2019-CC, de fecha 14 de enero de 2020, fundamento 190.

31 STC recaída en el expediente 00014-2002-PI, de fecha 21 de enero de 2002, fundamento 75.

32 STC recaída en el expediente 00006-2018-PI, de fecha 6 de noviembre de 2018, fundamento 49.

De esta manera, el Tribunal Constitucional también toma en cuenta, además de los elementos característicos de cualquier constitución, todos aquellos que se vinculen con la experiencia estrictamente nacional. Ciertamente, la idea de la separación de poderes tiene un importante anclaje en la tradición peruana, ya que, luego de la época del Virreinato, existió un fundado temor en relación con las facultades que pudiera acumular la persona que, en la naciente república, se encargara de conducir el Poder Ejecutivo. Esto generó un importante vacío de poder, ya que la aversión a la pasada monarquía generó que se articule una fórmula de gobierno en la que el Congreso tuvo, en esencia, la conducción del Estado, lo cual fue considerablemente desfavorable porque aún no se había consolidado la independencia y no existía unidad de mando para poder sellarla³³.

No sorprende, por ello, que la idea de la clásica separación de poderes haya estado presente a lo largo del desarrollo histórico del constitucionalismo peruano. De hecho, los principales debates a lo largo de las 12 constituciones que ha tenido este país se han centrado en la fórmula adecuada para equilibrar, principalmente, al Ejecutivo y al Legislativo³⁴. De esta manera, la estabilidad de las normas fundamentales dependía, en muchas oportunidades, de la forma cómo se articulaban estas atribuciones. En todo caso, es bastante llamativo que, pese a los anuncios independentistas, no se generó un afán masivo por suplantar todo el orden previamente creado para reemplazarlo por uno completamente nuevo³⁵. Sobre esto, el historiador peruano Jorge Basadre ha precisado que “[l]a victoria de Ayacucho trajo el vencimiento de los soldados virreinales; pero no de los prejuicios, de las costumbres, de los hábitos virreinales. La revolución fue una realidad militar y política; pero no fue una realidad económica y social. Sucedióse los motines; pero perduró la feudalidad”³⁶. Esto se confirma cuando se advierte que la primera Constitución peruana -que data de 1823- tiene una

33 Como se conoce, uno de los grandes dilemas en los inicios de la independencia peruana fue la forma de gobierno a implementar luego de la salida de José de San Martín del territorio nacional. Los temores existentes respecto de las figuras unipersonales generaron que se apruebe la propuesta del clérigo arequipeño Mariano José de Arce, quien propuso que el Congreso absorbiera las facultades del Ejecutivo, ya que ello era indispensable para no perder la independencia y poder dictar libremente la que sería la Constitución peruana de 1823. Uno de los mejores estudiosos de esta figura peruana ha sostenido que este fue “sin duda, el más grave error doctrinario y político del congreso de 1822”. Ver: Raúl Porras, *Los ideólogos de la emancipación* (Lima: Editorial Milla Batres, 1974), 107.

34 No sorprende, en ese sentido, que uno de los constitucionalistas más destacados de la historia peruana haya sostenido que la Constitución de 1828, que fue el primer documento que intentó encontrar un sano balance entre las atribuciones de ambos órganos, era la “madre de las constituciones nacionales”. Este autor sostenía que todas las cartas restantes, “dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original”. Ver: Manuel Villarán, *Páginas Escogidas* (Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1962), 45.

35 Por lo general, no se demostró un abierto afán de ruptura con España en los inicios de la vida independiente. El artículo 121 de la Constitución de 1823 fue categórica al establecer que “[t]odas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio”.

36 Jorge Basadre, *La Iniciación de la República. Tomo primero*, (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002), 107.

estructura y redacción bastante similar a la Constitución de Cádiz de 1812³⁷.

La influencia española en el desarrollo y cultura de las instituciones peruanas también puede destacarse en uno de los fuertes legados que generó este vínculo, el cual fue el respeto y reconocimiento de la religión católica como la oficial del Estado. Esto pudo advertirse a lo largo de los textos constitucionales del siglo XIX, en muchos de los cuales la religión se establecía como única con la exclusión del ejercicio de cualquier otra. De hecho, la actual Constitución de 1993 no se encarga de establecer una separación tajante entre el Estado y la Iglesia, ya que se establece, en su artículo 50, que “[d]entro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Esta cláusula ha generado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no sea indiferente al valor de la religión dentro de la cultura peruana. De este modo, en un caso relativo al cuestionamiento a la presencia de crucifijos al interior de los juzgados, mencionó que

no es extraño sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la *identidad* que como país nos caracteriza. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestran palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento, se asumen éstos como elementos vivenciales de nuestra propia realidad³⁸ (las cursivas no son del original).

Otro aspecto que suele estar presente en el ideario peruano, y cuya importancia también ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, es el relacionado con el entorno pluri-étnico que caracteriza a la sociedad. Al respecto, Sebastián Lorente -un teólogo y filósofo español que estuvo una buena parte de tiempo residiendo en Lima, Tarma y Jauja- ha señalado que “[l]a variedad sorprendente de civilización se manifiesta en las diversas formas de gobierno, religión y género de vida, que simultánea o sucesivamente han prevalecido en el Perú”³⁹. En efecto, la presencia de variadas tradiciones ha generado la existencia de distintas culturas, muchas de ellas con cosmovisiones diferenciadas del mundo. Eso explica la razón por la que el artículo 17 de la Constitución de 1993 reconoce que es

37 En todo caso, también es importante destacar que este no es un punto sobre el cual exista completa coincidencia. Sobre ello, se ha afirmado que “[e]l transplante integral al Perú, de la religión, las instituciones y la cultura hispánica acabó por modelar personalidades nacionales en cada una de las regiones que significativamente se llamaban reinos. Este hecho preterido, consciente o inconsciente, es la causa fundamental y básica y seguramente la más poderosa entre otras, de la emancipación”. Ver: Víctor Belaúnde, *Peruanidad* (Lima: Ediciones Librería Studium, 1965), 285.

38 STC recaída en el expediente 05416-2009-PA, de fecha 27 de junio de 2011, fundamento 37. Este pronunciamiento fue suscrito por la unanimidad de los integrantes del Tribunal Constitucional.

39 Sebastián Lorente, *Escritos fundacionales de la historia peruana* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005), 294.

función del Estado fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, y se debe encargarse de preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. De hecho, en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución se puede apreciar que se ha acuñado la expresión “Constitución Multicultural” para justamente reflejar el conjunto de cláusulas de la norma fundamental que resguardan esa forma de entender la sociedad peruana como un rasgo de su identidad⁴⁰.

Ahora bien, y más allá que se hayan resaltado los aspectos que caracterizan a la identidad constitucional peruana, algo bastante llamativo del proceso independentista de este país es que se empezó a generar, también, una identidad o vinculación con lo *americano*. Como refiere el historiador De la Puente Candamo, “[a] la conciencia y al vínculo peruanos, se añade la conciencia de integrar un género mayor, el género americano. La idea de América como patria grande es elemento muy útil para concluir en el raciocinio nacional. Aquí puede pensarse en la afirmación de Viscardo, “el nuevo mundo es nuestra patria y su historia es la nuestra”⁴¹. De este modo, el elemento de la integración también ha sido parte de los propósitos esenciales de la nación peruana, lo cual se ha podido advertir en distintos pasajes de la historia, aunque no todos con el éxito debido. Sobre ello, se han realizado diversos estudios que intentan perfilar una identidad en América Latina⁴², dentro de los cuales también se pueden apreciar algunos vinculados con el derecho⁴³. Y, aunque las entidades supranacionales en América Latina no se encuentran en una situación similar a la existente en la Unión Europea, lo cierto es que estos esfuerzos integracionistas existen. Ya en 1965, el jurista Víctor Andrés Belaúnde, al mencionar los aportes del Perú al Derecho Internacional, indicó que uno de ellos era “[l]a solidaridad continental en virtud de la cual la agresión a cualquier país americano debe ser considerada como una agresión a todos ellos”⁴⁴.

Independientemente de lo hasta aquí expuesto, es interesante añadir que el Tribunal Constitucional parece también remitirse a elementos *extra constitutionem*, ya que indica que no pueden ser objeto de cuestión de confianza los principios que se encuentran consolidados en la república peruana. Sobre esto último, es importante precisar que no es la primera vez que el Tribunal Constitucional, al interpretar la norma fundamental, se remite a esta clase de elementos. En la decisión en la que declaró

40 Cfr. STC recaída en el expediente 02765-2014-PA, de fecha 6 de junio de 2017, fundamento 15.

41 También añadirá que “[l]a preocupación por el tema peruano es una consecuencia muy clara del afecto a la propia casta. La geografía, la historia, las costumbres, aparecen frecuentes en diversas exposiciones. Existe un afán muy claro por defender la verdadera realidad de lo peruano frente a errores antes repetidos”. En: José De la Puente, *Notas sobre la causa de la independencia del Perú* (Lima: Sesquicentenario de la Independencia Nacional, 1971), 91.

42 Ver: Ezequiel Martínez, *Diferencias y semejanzas entre los países de la América Latina* (México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962).

43 Ver: Juan Pampillo, *Hacia un nuevo Ius Commune Americano* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012); Armin Von Bogdandy, Antonia Morales y Mac-gregor Ferrer, coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017).

44 Víctor Belaúnde, *Peruanidad* (Lima: Ediciones Librería Studium, 1965), 407.

la inconstitucionalidad del artículo del Reglamento del Congreso que prohibía el transfuguismo en los grupos parlamentarios, dicho órgano precisó que el gobierno popular y representativo formaba parte de la “Constitución Histórica”⁴⁵.

Para ello, el supremo intérprete de la norma fundamental remontó su análisis hasta lo dispuesto en la Constitución de 1823 y en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, documento que fue aprobado en 1822⁴⁶. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el bloque de constitucionalidad en el marco de la Constitución francesa de 1958, no existe propiamente alguna norma que habilite a examinar documentos constitucionales previos. Sin embargo, esta vuelta a la historia puede encontrar sustento en el preámbulo de la Constitución de 1993, el cual recuerda el sacrificio de todas las generaciones precedentes que contribuyeron a la forja de la patria.

Se puede apreciar, de todo lo expuesto, que el Tribunal Constitucional peruano no solo ha reconocido la idea de los elementos esenciales de cualquier norma fundamental, sino que también le ha dado un sustrato estrictamente nacional a la idea de identidad constitucional, la cual le ha permitido enfatizar distintos tópicos que forman parte de nuestra vida republicana y que, por lo general, están fuertemente anclados en la historia. El desarrollo de este concepto le ha permitido ejercer tres funciones al Tribunal: i) emplearla como un límite al proceso de reforma constitucional; ii) otorgar una tutela reforzada a los bienes y/o derechos que se encuentran tras ella; iii) identificar las materias que no pueden ser sometidas a cuestión de confianza.

En relación con el primer aspecto, es consolidada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a su competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad en contra de leyes de reforma de la norma fundamental. Una de las sentencias más relevantes en este punto es la STC 00014-2002-PI, en la cual el Colegio de Abogados del Cusco cuestionaba la validez de la Ley 27600, ya que, según sostenía este órgano, habilitaba al Congreso de la República para arrogarse atribuciones propias del poder constituyente al estar iniciando dicho acto legislativo un proceso de reforma total de la Constitución. Al examinar su competencia para conocer el caso, el órgano jurisdiccional precisó que una de las funciones que le corresponde es velar porque las leyes de reforma no afecten los límites materiales de la norma fundamental, los cuales están referidos “a la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional inmunes a toda posibilidad de reforma”⁴⁷. Esta línea jurisprudencial se ha mantenido y, de manera reciente, el Tribunal confirmó la constitucionalidad de una ley de reforma que prohibía la reelección de los alcaldes, al entender que esta modificación no suponía una vulneración del derecho

45 STC recaída en el expediente 00006-2017-PI, de fecha 29 de agosto de 2017, fundamento 12.

46 Ibid.

47 STC recaída en el expediente 00014-2002-PI, de fecha 21 de enero de 2002, fundamento 74.

a la participación política⁴⁸.

Respecto de la segunda función del concepto de identidad constitucional en el ordenamiento peruano, es posible advertir que ella ha permitido que el Tribunal brinde una especial protección a aquellos elementos que resaltan el ideario nacional. En efecto, se pudo apreciar con anterioridad que el supremo intérprete de la norma fundamental suele otorgarle un importante peso a cuestiones como la identidad cultural o el respeto a las tradiciones religiosas, lo cual obedece a la composición marcadamente pluri-étnica que caracteriza a la sociedad peruana. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, es llamativo que el Tribunal haya indicado que uno de esos valores fundamentales -y que incluso permite controlar la validez constitucional de leyes de reforma- sea el modelo de la economía social de mercado⁴⁹.

Finalmente, la identidad constitucional también ha permitido al Tribunal establecer límites respecto de lo que puede ser objeto de un pedido en una cuestión de confianza. Este punto ya fue abordado *supra*, pero es importante efectuar unas consideraciones adicionales. Ya se había destacado que se había estimado viable el asociar pedidos de confianza con proyectos de ley, y quedó abierta la pregunta respecto de los que serían propuestas de reforma constitucional. Ahora bien, aunque ciertamente no existieron los suficientes votos para examinar esta problemática, lo cierto es que, al restringir estas solicitudes únicamente a la parte *esencial* de la Constitución, el supremo intérprete da a entender, al menos de manera implícita, que sí se podría hacer esta clase de vinculaciones, al menos en relación con los proyectos que abordan aspectos *no esenciales* de la norma fundamental.

También se había mencionado que, para la Comisión de Venecia, esta posibilidad era inusual en el derecho comparado. En todo caso, no debe leerse de manera aislada este extremo de la decisión, ya que el Tribunal desarrolló una serie de cuestiones importantes para entender que no se trata de un asunto en el que el Poder Ejecutivo pueda imponerse. En efecto, la sentencia, en primer lugar, reafirma su competencia para conocer de conflictos competenciales en caso se advierta que se ha obrado incumpliendo los límites fijados a la cuestión de confianza. De hecho, debe destacarse que existe un doble filtro: en primer lugar, el control que puede ejercer el propio Congreso de la República, el cual está también facultado para interpretar la Constitución y puede decidir si es que una cuestión de confianza está vinculada con una materia prohibida; y, por otro lado, también esta clase de situaciones pueden ser de conocimiento del Tribunal Constitucional a través del proceso competencial, por lo que no se trata de un asunto que pueda ser calificado como de *political questions*.

48 STC recaída en el expediente 00008-2018-PI, de fecha 4 de octubre de 2018.

49 STC recaída en el expediente 00050-2004-PI, de fecha 3 de junio de 2005, fundamento 35

En este mismo sentido, la sentencia precisa que el Poder Ejecutivo no puede hacer un uso reiterado o abusivo de la cuestión de confianza, lo cual invita a suponer que un uso desmedido de esta atribución también será objeto de conocimiento por parte del Tribunal. A esto debe añadirse el siempre importante filtro de la opinión pública, la cual puede percibir si es que exista alguna vocación autoritaria por parte del Jefe de Estado. Curiosamente, el texto constitucional de 1993 -aprobado luego del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori Fujimori- es uno de los que más tiempo ha regido en la historia republicana del Perú, y ello obedece, entre tantas cosas, a que el supremo intérprete de la norma fundamental ha desarrollado jurisprudencia que no solo ha velado por el adecuado resguardo de los derechos de la persona, sino que, además, se ha preocupado recientemente por el frecuentemente inexplorado terreno de la parte orgánica de la Constitución. La mayoría de intentos de reforma total o de convocatoria a alguna asamblea constituyente no han prosperado, pese a que se trata de algo que no es del completo desagrado de la ciudadanía, y ello puede obedecer a que, en el fondo, la clase política siente que en la Constitución de 1993 no se encuentran barreras o restricciones que puedan impedir la implementación de planes o medidas en beneficio de la colectividad.

CONCLUSIÓN

La identidad constitucional es, aun, un concepto en formación. Su uso se ha expandido notoriamente en el terreno de los límites a la integración política y a la reforma constitucional, y ha generado un intenso y permanente debate respecto de cuáles serían los principios o estructuras constitucionales básicas que formarían parte de ella. Llama la atención que su configuración sea una labor asignada a los tribunales de justicia, los cuales, en realidad, han operado como una suerte de dobles agentes: por un lado, han sido importantes aliados de los gobiernos al sostener la existencia de un espacio inmune a los procesos de integración política que son promovidos por la Unión Europea; pero, por otro, han invocado la identidad constitucional para decirle al propio gobierno (o al ente legislativo), lo que le está absolutamente vedado por la esencia del texto constitucional.

En el caso peruano, se han advertido diversos usos del concepto de identidad constitucional, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este órgano ha recurrido a dicha construcción con la finalidad de establecer límites a la reforma constitucional y a la cuestión de confianza en manos del Poder Ejecutivo, así como con el propósito de sustentar la existencia de una serie de principios consustanciales a la historia de las instituciones peruanas. Ello no es más que un ejemplo que demuestra que las autoridades jurisdiccionales han adquirido un notable protagonismo al ser las responsables de delimitar lo que deba entenderse por “identidad constitucional”.

En todo caso, la labor de establecerla, si desea ser una empresa próspera, no puede ser ajena a

diversos elementos o características del país. En esta investigación se ha resaltado cómo es que, por ejemplo, los tribunales no deberían ser ajenos a componentes culturales e históricos que cuenten con reconocimiento constitucional a lo largo de diversas generaciones. Hacer lo contrario no solo supondría que estas autoridades impongan sus propias creencias en relación con las de la mayoría, sino también supondría una peligrosa forma de concentración del poder, la cual, naturalmente, debe ser evitada en cualquier sociedad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Abbot, Everett. "Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment". *Columbia Law Review* 20, n° 2 (1920).
- Aguiló, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima: Editorial Palestra, 2004.
- . "Sobre la Constitución del Estado Constitucional". *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24 (2001), 450-453.
- Atilgan, Aydin. *Global Constitutionalism*. Berlín: Springer, 2018.
- Basadre, Jorge. *La Iniciación de la República. Tomo primero*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.
- Badia y Margarit, Antonia. "Lengua e Identidad Nacional". *Boletín Oficial de l'Academia de la Llingua Asturiana*, n° 23 (1987).
- Belaúnde, Víctor. *Peruanidad*. Lima: Ediciones Librería Studium, 1965.
- Bon, Pierre. "La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 100 (2014).
- De la Puente, José. *Notas sobre la causa de la independencia del Perú*. Lima: Sesquicentenario de la Independencia Nacional, 1971.
- Dhavan, Rajeev. "The Basic Structure Doctrine – A footnote comment". Ed. Dhavan, Rajeev y Jacob, Alice. *Indian Constitution: Issues and Trends*. Nueva Delhi: Indian Law Institute, 1978.
- Faraguna, Pietro. "Taking Constitutional Identities Away from the Courts". *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n° 2 (2016).
- Ferrerres, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Ghandi, Pathik. "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & The Coelho

- Case)". *Indian Journal of Constitutional Law* 4, n.º 1 (2010).
- Gomes, José. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2004.
- González, José. "La idea de Constitución en Karl Loewenstein". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 139 (1965).
- Gordillo, Luis. *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El federalista*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Hard, William. "The Spirit of the Constitution". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 185 (1936).
- Hirschl, Ran. *Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Jacobsohn, Gary. *Constitutional Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 2010.
- . "An unconstitutional constitution? A comparative perspective". *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 3 (2006).
- . "Constitutional Identity". *The Review of Politics*, n.º 68 (2006).
- Jenks, Wilfred. *El Derecho Común de la Humanidad*. Madrid: Tecnos, 1968.
- Kumm, Mathias. "Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism – A rejoinder to Neil Walker". *International Journal of Constitutional Law* 14, n.º 4 (1996).
- Lorente, Sebastián. *Escritos fundacionales de la historia peruana*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- Marbury, William. "The limitations upon the Amending Power". *Harvard Law Review* 33, n.º 2 (1919).
- Martínez, Ezequiel. *Diferencias y semejanzas entre los países de la América Latina*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.
- Noiriel, Gérard. "La identidad nacional y la historiografía francesa". *Anuario del Instituto de Estudios Históricos y Sociales*, n.º 10 (1995).
- Pampillo, Juan. *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Pegoraro, Lucio. "Constitucionalización del derecho y Cultura Constitucional". *Revista de Derecho Político*, n.º 104 (2019).

- . *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2017.
- Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”. En *New perspectives on the divide between national & international law*. Dir. Nijman, Janne y Nollkaemper, André. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Porras, Raúl. *Los ideólogos de la emancipación*. Lima: Editorial Milla Batres, 1974.
- Ramírez, Gonzalo. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”. *Revista Derecho del Estado*, n° 18 (2006).
- Rodríguez, Roberto. *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Yaniv Roznai. *Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Los límites al poder de reforma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Roznai, Yaniv y Suzie Navot. “From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel”. *European Journal of Law Reform* 21, n° 3 (2019).
- Villarán, Manuel. *Páginas Escogidas*. Lima: Talleres Gráficos P.L Villanueva, 1962.
- Von Bogdandy, Armin, Antonia Morales y Mac-gregor Ferrer, coords. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

JURISPRUDENCIA

- ATC recaído en el expediente 0006-2019-CC, de fecha 29 de octubre de 2019.
- STC recaída en el expediente 00006-2017-PI, de fecha 29 de agosto de 2017.
- STC recaída en el expediente 00006-2018-PI, de fecha 6 de noviembre de 2018.
- STC recaída en el expediente 00006-2019-CC, de fecha 14 de enero de 2020.
- STC recaída en el expediente 00008-2018-PI, de fecha 4 de octubre de 2018.
- STC recaída en el expediente 00014-2002-PI, de fecha 21 de enero de 2002.
- STC recaída en el expediente 00050-2004-PI, de fecha 3 de junio de 2005
- STC recaída en el expediente 0014-2002-AI, de fecha 21 de enero de 2002.

STC recaída en el expediente 02765-2014-PA, de fecha 6 de junio de 2017.

STC recaída en el expediente 05416-2009-PA, de fecha 27 de junio de 2011.

DE SENTENCIAS, CONSTITUCIONES, TRIBUNALES, TRATADOS Y DISCURSO ACADÉMICO EN EL DEVENIR CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO: UNA MIRADA DESDE EL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE**

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ**

Recibido: 18 de abril de 2021. Aceptado: 29 de junio de 2021.

RESUMEN

En los tiempos que corren, la trayectoria, desarrollo y devenir del constitucionalismo latinoamericano se presentan como un fenómeno extraordinario, tanto por los interesantes procesos nomogénéticos principalmente impulsados desde la función jurisdiccional en sedes nacional e internacional, como por el nutrido discurso académico en torno a estos desarrollos. En ese sentido, el fin que se persigue en este trabajo es trazar una sintética evolución histórica del pensamiento y desarrollo constitucionales en la región, poniendo de relieve su notable naturaleza y funcionamiento multinivel actual.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional latinoamericano, *corpus iuris* interamericano, *Ius Constitutionale Commune*, jurisprudencia interamericana.

* Artículo de revisión.

** Ayudante de profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Correo electrónico: mmolinah95@gmail.com.

ABOUT JUDGEMENTS, CONSTITUTIONS, COURTS, TREATIES AND ACADEMIC SPEECH IN CONTEMPORARY LATINAMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: AN APPROACH FROM *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE**

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ**

Received: april 18, 2021. Accepted: june 29, 2021.

ABSTRACT

In these times, the trajectory, development and future of Latin American constitutionalism are presented as an extraordinary phenomenon, both due to the interesting nomogenetic processes mainly driven from the jurisdictional function in national and international venues, as well as the rich academic discourse around these developments. In this sense, the aim pursued in this work is to trace a synthetic historical evolution of constitutional thought and development in the region, highlighting its remarkable nature and current multilevel functioning.

KEYWORDS

Latinoamerican constitutional law, interamerican *corpus iuris*, *Ius Constitutionale Commune*, interamerican jurisprudence.

* Review article.

** Assistant Professor at the Faculty of Law of Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Degree in law from the Universidad Nacional Autónoma de México. Email: mmolinah95@gmail.com.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL FORMANTE HISTÓRICO DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Dentro de cada uno de los periodos de la historia constitucional latinoamericana pueden encontrarse acontecimientos paradigmáticos. Desde las experiencias primigenias y fundacionales del siglo XIX suscitadas en un contexto de hiperactividad constitucional a ambos lados del atlántico, pasando por la etapa de obscuridad y asfixia de las dinámicas constitucionales en los periodos dictatoriales, hasta el posicionamiento de la región como reflejo de la vanguardia del constitucionalismo a partir de las transiciones democráticas en la región y la articulación multinivel en la protección de los derechos humanos, se encuentran elementos con fuerte eco, que han reformado y transformado el pensamiento constitucional universal.

Es decir, el constitucionalismo mundial difícilmente pudiera ser comprendido adecuadamente si no se reconociera la fuerte influencia y difusión alrededor del globo de diversas categorías constitucionales surgidas y maduradas en América Latina. Por ello, el fin que se persigue en las siguientes páginas es poner de relieve el valor del desarrollo constitucional latinoamericano, a partir de un recorrido histórico.

1.1 PRIMEROS ATISBOS

Siguiendo a Roberto Gargarella, podemos decir que las manifestaciones primigenias del constitucionalismo regional, suscitadas en la primera mitad del siglo XIX, tuvieron como preocupación fundamental las problemáticas propias de la independencia y la necesidad de su consolidación. De ahí que sean constantes los diseños institucionales y disposiciones constitucionales tendientes a la concentración del poder.⁰¹

01 Roberto Gargarella, “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*, coords. Roberto Gargarella y Roberto Niembro (México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 18.

Posteriormente, a mediados del siglo, el objeto central de los empeños constitucionales se centró básicamente en cuestiones económicas y en aspectos territoriales como los relacionados con los desiertos. Así, el establecimiento de libertades económicas y políticas fueron un lugar común en los diseños constitucionales de aquellos años, lo que sin duda supuso un punto de consenso y encuentro entre los ideales sostenidos por liberales y conservadores, históricamente enfrentados de forma violenta.⁰²

Asimismo, otro elemento trascendental de la evolución constitucional de este periodo es el relacionado con la formación de los diseños constitucionales que perdurarían históricamente en la región,⁰³ tales como la estructura básica de la organización constitucional del poder, esa “sala de máquinas de la Constitución” a la que alude constantemente el profesor Gargarella, producto de la tregua y consenso entre liberales y conservadores materializado en textos constitucionales cargados de derechos civiles, pero bastante limitados en cuanto a los derechos de participación política y en lo relacionado con la cuestión social.⁰⁴

1.2 LA CONSOLIDACIÓN

Siguiendo a Villabela Armengol, la configuración constitucional contemporánea de la región estuvo marcada por el importante influjo del neoconstitucionalismo. La introducción de normas e instituciones de talante europeo fue un aspecto predominante en el devenir constitucional regional, buscando una modernización, propiciando la estabilidad democrática y la vigencia de los derechos humanos. La ilusión que se perseguía con esta reingeniería era la transformación estructural. Naturalmente, algunos de los injertos resultaron inoperantes por no responder a las necesidades del contexto cultural, provocaron tensiones políticas e institucionales, o bien, en algunos casos pasaron desapercibidos.⁰⁵

Resulta innegable que estas renovaciones marcaron el inicio de un nuevo devenir del constitucionalismo regional, pues trastocó importantes aspectos fisonómicos de los ordenamientos y de la configuración

02 Ibid., 19. Ejemplo nítido de ello es la experiencia constitucional argentina, pues como pone de relieve el propio Gargarella: “De lo que se trataba era de consagrar un listado de derechos y ‘libertades civiles’ inviolables, que operasen como barreras infranqueables frente a las ansiedades reguladoras del propio Estado”. Véase: Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina* (España: Katz, 2015), 40.

03 Incluso existieron experiencias constitucionales, como la mexicana de 1824, particularmente en lo relacionado con aspectos orgánicos, que pueden ser consideradas como de gran calado por la perdurabilidad histórica y capacidad de implantación en ocasiones constituyentes posteriores. En ese sentido véase, entre otros: David Pantoja, *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional* (México: FCE, 2017), 201.

04 Gargarella, “Recuperar el lugar”, 20.

05 Carlos Villabela, “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, n.º. 149 (2017): 947.

institucional, tales como la soberanía, la concepción de la democracia, el entramado normativo e institucional de los derechos humanos y su protección, entre otros.⁰⁶

En ese sentido, cabe destacar el proceso de renovación impulsado desde los finales de la década de 1980, comenzando con Brasil en 1988, Colombia en 1991, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, y recientemente —de forma preponderante—, Ecuador y Bolivia en 2008 y 2009, respectivamente,⁰⁷ así como México en 2011.⁰⁸ El origen de estas transformaciones, se ha dicho, se encuentra en la necesidad de renovar las constituciones tras los lamentables periodos dictatoriales en diversos países de la región, así como en la adopción de reformas de corte neoliberal en los últimos años de la década de 1980.⁰⁹

A la incorporación de aspectos como la irradiación general de la Constitución, el reconocimiento de los principios, la aplicación directa de las normas constitucionales, la imbricación del orden jurídico nacional con el internacional, entre otros elementos, se le sumaron otros instrumentos de manufactura autóctona, como las cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, el mandato constitucional de fines y objeto de los partidos políticos, la regulación de los derechos sociales, así como los novedosos e interesantes diseños de justicia y jurisdicción constitucionales.¹⁰

Una segunda oleada del nuevo constitucionalismo latinoamericano tuvo lugar en la primera década del siglo XXI, que tildado como constitucionalismo aspiracional por García Villegas, puede ser descrito a partir de cuatro grandes claves: i) el contexto político; ii) la pretensión de cumplimiento fáctico; iii) la ambivalencia entre lo político y jurídico; iv) el impulso político para su efectividad.¹¹

En términos generales, la renovación constitucional de la región tuvo lugar desde la década de los años ochenta, en el marco de las transformaciones constitucionales en Europa.¹² La diversidad de experiencias

06 Ibid., 949. Sobre estas posturas escépticas, por todos véase: Roberto Gargarella, “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n° 1, (2018): 109-129.

07 Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2016), *passim*.

08 Lorenzo Córdova, “La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n°. 256 (2011): 78-79.

09 Roberto Gargarella, “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n°. 4, (2013): 250.

10 Sobre esta cuestión, véase, entre otros: Domingo García, “Los tribunales constitucionales en América Latina” *Revista de Derecho Político*, n° 61, (2004): 309-321

11 Mauricio García, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n° 29, (2013): 82-83.

12 Son diversas, las experiencias constitucionales líderes en Europa que dan cuenta de estas importantes transformaciones. Desde la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1949), la Constitución italiana de 1949, la española de 1978 o la portuguesa de 1976.

latinoamericanas sobre la forma de consolidar regímenes constitucionales democráticos constituye un patrimonio importantísimo sobre el devenir constitucional mundial —a partir de la incorporación de novedosos elementos que hemos repasado líneas arriba—, y los esfuerzos por la consolidación de nuevas realidades en contextos políticos y sociales de elevada complejidad, representan un campo de estudio merecedor de estudio, reflexión y crítica permanente.

1.3 LOS DESARROLLOS CONTEMPORÁNEOS: INTERNACIONALIZACIÓN Y HUMANIZACIÓN

Conforme a los planteamientos de la profesora Mariela Morales, los conceptos de internacionalización y humanización deben entenderse de forma interdependiente, pues ambos han desembocado en el entrelazamiento normativo del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, materializado principalmente en el rango constitucional en el que se encuentran los tratados internacionales, y que en algunos casos gozan de primacía sobre el derecho interno.¹³

Este fenómeno de humanización del derecho en la región, tiene como génesis la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el año de 1948, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y posteriormente, en el año de 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) significó un importante paso en la protección de los derechos humanos, en tanto órgano encargado del seguimiento y monitoreo de los derechos humanos en los países signatarios.¹⁴

El siguiente acontecimiento relevante para la humanización, tuvo lugar veinte años después de la adopción de la Declaración Americana, cuando fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que con el paso del tiempo se posicionó como el documento de mayor relevancia en el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), pues constituye el catálogo de derechos humanos que los Estados ratificantes deben observar y define la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹⁵

Como puede advertirse, el proceso de humanización del derecho en América Latina ha sido el producto

¹³ Mariela Morales, *La protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 136.

¹⁴ Asimismo, véase: Carlos Pelayo, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (México: CNDH, 2015): 14 y 15.

¹⁵ *Ibid.*, 16.

de importantes acontecimientos, desde la adopción de la Declaración Americana,¹⁶ la conformación orgánica del SIDH, la adopción de la CADH, así como la dinámica y desenvolvimiento permanente de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH y el reconocimiento de la fuerza normativa del material jurídico interamericano.¹⁷

En síntesis, la internacionalización entendida como humanización de los regímenes jurídicos nacionales a través de la incorporación de elementos en clave de apertura, constituye el eslabón más acabado de la evolución jurídica de la región. Sin embargo, este proceso no debe comprenderse de forma estática, pues la naturaleza de estas evoluciones es en sí misma de carácter dinámica y operativa. Es decir, la interamericanización debe comprenderse como punto de partida y como proceso en constante evolución.

Como consecuencia de la apertura del Estado a un régimen jurídico eminentemente humanista, se advierte el reto de reconfigurar un concepto vertebral del derecho constitucional clásico: la soberanía¹⁸. Pues es a partir de ese concepto como surge el derecho constitucional, y a partir de este surge todo el orden jurídico nacional. Sin embargo, con un Estado abierto, se transita del universo a un pluriverso normativo, pues el derecho positivo de un Estado no es completamente expresión de un soberano o del poder popular.¹⁹

2. ¿HACIA UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA?

En líneas anteriores de este trabajo hemos revisado la evolución constitucional del constitucionalismo regional, desde las experiencias prototípicas hasta las manifestaciones más acabadas tendientes a la articulación del material normativo supranacional y nacional. En ese sentido, el objetivo siguiente

16 Sobre la gran importancia de la Declaración, existen voces como la de Thomas Buergenthal que hacen alusión a su carácter dual, en tanto instrumento político y jurídico. Véase: Thomas Buergenthal, “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Revista IIDH, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1989): 111.

17 Guillermo Estrada, “Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, coord. Armin von Bogdandy (México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019), 109-15.

18 Por cuanto hace a los aspectos teóricos del concierto de soberanía, destacan las ideas de Armin von Bogdandy cuando refiere que este concepto destaca por su transparencia y coherencia, la idea clásica de la soberanía es por demás contundente y tiene una importante fuerza analítica y normativa, sin embargo, al día de hoy, el ejercicio de la autoridad y del poder público difícilmente puede ser explicado a partir de este. Véase Armin von Bogdandy, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos* (México: UNAM-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 6.

19 Ibid.

en este trabajo es vislumbrar las implicaciones de esta articulación jurídica en la creación de una dinámica y un derecho constitucional común para los países de la región.

2.1 ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DEL ICCAL?

La expresión derecho constitucional común en derechos humanos para América Latina tiene básicamente dos acepciones: una, relacionada con los contenidos normativos positivos; y, dos, aquella que está relacionada con una faceta discursiva y como un enfoque y metodología de aproximación al derecho²⁰ con una perspectiva integral, que toma en cuenta los factores económicos, sociales y culturales.

Los desarrollos teóricos emergentes que pugnan por la reconfiguración de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, así como entre elementos como la soberanía, el Estado y las relaciones internacionales, presentan como novedad un elemento internacional subyacente, pues parten de entender al Estado nacional como un espacio insuficiente para la protección de los derechos humanos, la democracia o el Estado de derecho.²¹

Esto no es baladí si se adopta una postura que atienda a la historia de América Latina, pues como señala Flavia Piovesán, nuestra región cuenta con un pasado de condiciones inaceptables, tales como los regímenes autoritarios y dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, así como la ausencia de Estado de derecho y la precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.²² De tal forma que una integración con miras a la transformación de las condiciones de vida de sus habitantes así como de las estructuras institucionales, bien puede considerarse un modelo válido en la región. Diferente en sus componentes y propósitos al modelo europeo, pues se tratará de otra integración. Una integración, si se quiere ver de esta forma, de y desde abajo.

Dentro del sector discursivo del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (en adelante ICCAL) es lugar común afirmar que dicha corriente teórica asume tres funciones principales: i) una relacionada con una pretensión analítica u ontológica que sirve para describir un fenómeno jurídico; ii) una función normativa encaminada a impulsar la consolidación de un constitucionalismo

20 Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n.º. 34 (2015): 10-11.

21 Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, 8.

22 Flavia Piovesán, “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina*, coords. Armin von Bogdandy et al. (México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011), 370.

transformador en América Latina; y, iii) un enfoque académico integrado por participantes de diversas nacionalidades, que trabaja a partir de la metodología comparativa.²³

Por lo que hace a la primera función podemos decir que el fenómeno al que busca aproximarse o explicar el ICCAL es el relacionado con la interacción normativa entre el corpus iuris interamericano y los textos constitucionales nacionales latinoamericanos (a través de las cláusulas de apertura al derecho internacional contenidas en diversos ordenamientos), que ha derivado en una relación de fortalecimiento mutuo.²⁴

La función normativa del ICCAL se materializa a través del impulso de la transformación social en América Latina, con la finalidad de hacer plenas y efectivas las garantías, deseos y promesas establecidos en las constituciones latinoamericanas posteriores a las experiencias dictatoriales, a partir de la incorporación de diversas perspectivas nacionales en un enfoque común de apoyo mutuo y diálogo, derivado del entendimiento de la insuficiencia del espacio estatal para la protección de los derechos humanos.²⁵

Asimismo, respecto de la naturaleza del ICCAL, existen voces como la de Héctor Fix-Fierro, que señalan que más allá de la identificación de los rasgos, principios y valores comunes entre los ordenamientos constitucionales de la región y de las implicaciones culturales que ello representa, en la actualidad podemos hablar de la construcción de un derecho constitucional común latinoamericano en sentido estricto a través de la expansión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ámbitos constitucionales internos.²⁶

Ahora bien, una de las características principales del ICCAL es su vocación transformadora, pues la región latinoamericana cuenta con un pasado de condiciones de vida que pudieran ser consideradas como inaceptables, tales como los regímenes dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, ausencia de Estado de derecho y una precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos

23 Armin von Bogdandy et al., “*Ius constitutionale commune* en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 21, (2016): 2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583.

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Héctor Fix-Fierro, “Presentación”, en: *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, coords. Armin von Bogdandy (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.), XII-XIII.

27.

2.2 EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como hemos adelantado, el proyecto ICCAL enfrenta diversos retos, tanto en el ámbito práctico como en el teórico. La discusión al respecto puede ser abordada desde dos puntos de vista: i) una, relacionada con las voces reticentes a reconocer los nuevos desarrollos del devenir jurídico latinoamericano; y, ii) otra enfocada en la construcción de un discurso académico que cultive la construcción de un derecho común regional. El sustrato teórico de esta discusión puede ser identificado con la reticencia de pensar dinámicas políticas y constitucionales más allá de los confines estatales por una parte,²⁸ y por la otra la intención de reconfigurar estos paradigmas a la luz de las necesidades jurídicas actuales.²⁹

2.3 EL ESCEPTICISMO HACIA LA INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL INTERAMERICANA

Son diversas las voces que mantienen una postura escéptica respecto de la existencia de dinámicas constitucionales más allá de los confines estatales. Desde aquellas posturas distantes de la construcción de un constitucionalismo global, hasta las que de forma puntual se enfocan en la imposibilidad de construir un constitucionalismo transformador en la región. Al respecto, son destacados los trabajos de Herrera en los que reflexiona en torno a la idea de un derecho común en América Latina con base en sus críticas teóricas³⁰ así como prácticas.³¹

Dentro de estas posiciones escépticas, señala Herrera, destacan las consideraciones de Villagrán y Vecoso,³² o las de Rodiles,³³ quienes en términos generales, sostienen que el ICCAL no representa alguna perspectiva original para entender el derecho público de la región. O bien, lo expuesto por

27 Flavia Piovesán, *Protección de los derechos sociales*, 370.

28 Valdría la pena revisar lo dicho por Carl Schmitt en su célebre concepto de lo político, en el que refiere que: “En general ‘político’ se equipara en alguna forma con ‘estatal’, o por lo menos es referido al Estado. Entonces el Estado aparece como algo político y lo político como algo estatal —evidentemente un círculo poco satisfactorio.” Véase: Carl Schmitt, *El concepto de lo político* (Buenos Aires: Struhart & Cía, 2015), 20.

29 Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del estado* (Madrid: Trotta, 2018), 55.

30 Juan Herrera, “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 25 (2020). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404.

31 Juan Herrera, “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 26 (2020). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652423.

32 Carlos Villagrán y Fabia Vecoso, “A Human Rights Tale of Competing Narratives”, *Revista Direito e Praxis* 8, n.º. 2, (2017): 1613.

33 Alejandro Rodiles, “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *ius commune americanum?*”, en *Comparative International Law*, eds. Roberts, Anthea (Oxford: Oxford University Press, 2018).

Alterio,³⁴ quien refiere que el “constitucionalismo transformador” es un concepto inmaduro que representa un peligro por lo que hace a la excesiva judicialización de la política.

Por otra parte, Castilla igualmente mantiene una postura escéptica con base en tres cuestionamientos: “1. ¿Qué tan común es la Convención Americana y demás tratados interamericanos entre los países latinoamericanos? 2. ¿Qué tan comunes son entre los países latinoamericanos las referidas cláusulas de apertura? 3. ¿En verdad todo eso es tan común?”.³⁵

Respecto del primer interrogante, señala Castilla que actualmente no todos los países que se pueden identificar como latinoamericanos son parte de la CADH, y que no todos han aceptado la totalidad de su contenido. Por lo que hace al segundo cuestionamiento, el autor considera que tan sólo Argentina cuenta con una cláusula de apertura expresa a la CADH. Finalmente, sobre la tercera pregunta, Castilla señala que sólo países como Costa Rica o Ecuador, cumplen a cabalidad los elementos señalados en las dos primeras interrogantes.³⁶

Asimismo, para los posicionamientos escépticos resulta de especial atención el desmedido acento que se ha dado en la función jurisdiccional tanto a nivel internacional como en el plano doméstico. Pues se ha dicho que el comportamiento de estos actores ha derivado en un activismo judicial que implica una traducción judicializante de las demandas sociales y políticas.³⁷ Esto ha traído como consecuencia ignorar a los poderes parlamentarios y ejecutivos³⁸ que igualmente merecen atención, dejando de lado

34 Ana Alterio, “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20, n.º 1 (2018): 2.

35 Karlos Castilla, “Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, *Ventana Jurídica. Blog de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (blog), 21 de junio del 2017. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionale-commune-latinoamericano/>.

36 Ibid.

37 Al respecto, Pedro Salazar ha señalado que: “No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que éstos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional”. Véase: Pedro Salazar, “La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, coords. Armin von Bogdandy et al., (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 43.

38 Sobre esta problemática ya nos hemos pronunciado en otros trabajos, véase: Mario Molina, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n.º 2, (2018): 287-299; y, “Derecho administrativo, administración pública y gobernanza global”, en *Derecho administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, coords. William I. Gallo et al., (Belo Horizonte: Fórum, 2018), 409-416.

su potencial respecto de la protección de los derechos humanos.³⁹

Por lo que hace a las críticas prácticas, igualmente la cuestión judicial asume un papel preponderante. Al respecto Herrera ha identificado siete aspectos: i) ¿por qué el énfasis en el poder judicial?; ii) la idea del diálogo judicial en un sistema de derecho común latinoamericano; iii) la relevancia del control de convencionalidad frente a las últimas palabras; iv) protección convencional, coadyuvante y complementaria desde arriba y desde abajo; v) la deferencia y/o el margen de apreciación nacional frente al factor democrático; vi) el factor conceptual y de diseño frente a la deferencia y/o el margen de apreciación nacional; vii) protección estructural de los derechos: ¿judicialización o reacomodación de la separación de poderes?⁴⁰

Las respuestas que ha dado Herrera a las críticas mencionadas en su vertiente teórica, consisten básicamente en la reivindicación de diversas categorías conceptuales que no han sido debidamente valoradas. En ese sentido, sostiene nuestro autor que en el pensamiento jurídico latinoamericano aún pueden detectarse diversas voces que pudieran ser consideradas como “zombis intelectuales”,⁴¹ equiparables a “muertos vivientes”, que aún se mantienen bastante reacias a comprender la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional en una nueva tónica.⁴²

Señala Herrera que de la lectura de las voces detractoras del proyecto del ICCAL, puede advertirse que en el pensamiento jurídico latinoamericano aun deambulan ideas que pueden ser equiparadas a “zombis intelectuales” de otra época, que se empeñan en entender la interacción del derecho internacional con el derecho constitucional en clave monista/dualista y otros extremos binarios, basados en una visión vertical y formalista, alejada por mucho de una concepción de pluralismo jurídico.⁴³

Además, respecto de las posiciones escépticas que ponen en tela de juicio lo relacionado con el elemento común subyacente a las dinámicas políticas y constitucionales en los países de la región,

39 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas, 5.

40 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas, 6-26.

41 Esta expresión por demás elocuente, acuñada por el profesor von Bogdandy, hace referencia a las añejas categorías que buscan explicar las dinámicas constitucionales e internacional contemporáneas. En ese sentido, este autor ha señalado que: “[A]l discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo. Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional, pero desde una perspectiva científica son unos ‘zombis’ intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o ‘reconstruirse’. La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual”. Véase: Armin von Bogdandy, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado supranacional e internacional* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 288.

42 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas, 6.

43 Ibid.

Herrera realiza un análisis cualitativo de la incorporación de aspectos relevantes en los ordenamientos constitucionales para la construcción del ICCAL. En ese sentido, son por demás sugerentes las conclusiones de Herrera en las que pone de relieve la intensa incorporación de aspectos como la cláusulas de apertura al derecho internacional en los países que representan el 89.07% de la región y el 86.06% de la población latinoamericana, lo que sin duda deja en claro la realidad imperante sobre lo común.⁴⁴

Por otra parte, las críticas hacia elementos y materiales neurálgicos del ICCAL como el control de convencionalidad y el rol de la jurisprudencia, basadas principalmente en cuestionamientos como la inexistencia de contenidos literales en la CADH que habiliten la obligatoriedad del control de convencionalidad, o los lineamientos que han de seguirse para interpretar el corpus iuris interamericano, dan cuenta de un recalcitrante empeño en seguir entendiendo al derecho y a la función jurisdiccional de forma literalista, ignorando que el rol contemporáneo del poder judicial está enfocado en la determinación del derecho, su alcance y sus contenidos.⁴⁵

Respecto de las críticas de carácter práctico señaladas líneas arriba, Herrera responde a estas cuestiones. La primera objeción, enfocada en el rol preponderante del poder judicial en la construcción del ICCAL, se señala que ante la falta de voluntad política de otro tipo de actores,⁴⁶ gradualmente se conformó un sistema supranacional fundamentado en el eje de los derechos humanos y las Cortes como motor de transformación. No puede ignorarse el valor del sistema interamericano que, resiliente, ha sobrevivido a las devastadoras y desastrosas etapas autoritarias en la región. Además, no puede ignorarse la función eminentemente subsidiaria de la judicatura, pues su función ha estado asociada a la aplicación e interpretación de las normas y no a la de verdaderas fuentes del derecho, así, su creatividad encuentra como límite la solución de ambigüedades o colmar lagunas jurídicas.⁴⁷

Por lo que hace a los escepticismos respecto del diálogo judicial, señala Herrera que estas perspectivas críticas están basadas en una concepción errónea de unidireccionalidad. Si se asume una óptica más amplia del concepto de dialogo judicial, podemos reivindicar su verdadero valor más bien relacionado

44 Ibid.

45 Ibid, 21.

46 Sobre la politización del espacio jurídico internacional, véase, por todos: Armin von Bogdandy, “Lo público en el derecho internacional a la luz de ‘El concepto de lo político’ de Schmitt”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 1 (2018) 1-32. Además, destacan las consideraciones del mismo autor junto con Ingo Venzke, en: Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013), 85.

47 Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas, 7.

con una conversación o discusión. El diálogo judicial puede ser explicativo o descriptivo, puede ofrecer elementos para proporcionar una comprensión común sobre lo que es el derecho y lejos de ser un “monólogo” o “soliloquio”, la realidad es que este método aspira a encontrar soluciones compartidas que sean mutuamente aceptables.⁴⁸

Otro de los elementos prácticos del ICCAL que enfrenta severas críticas es el control de convencionalidad, que para las voces críticas ha derivado en un “efecto aversivo” de corte soberanista frente a la institucionalidad supranacional interamericana. Estas voces pueden dar lugar a un entendimiento equivocado de intromisiones en la soberanía nacional, cuando la verdad es que a partir de estos mecanismos son una invitación a la expansión y construcción de estándares por medio de los jueces en todos sus rangos.⁴⁹

En el mismo sentido, cabe destacar la obsesión de algunos autores de entender estas dinámicas en términos verticales, reclamando mayor autonomía o “deferencia” para los tribunales nacionales al momento de determinar el alcance y contenido de ciertos derechos. Lo que está detrás de estas afirmaciones, considera Herrera, es una bandera soberanista en su forma más tradicional y básica al reclamar la “intromisión” de un órgano supranacional, que a través de una vía judicial contramayoritaria introduzca aspectos políticos como cambios legislativos en el ámbito doméstico. Sin embargo, la verdadera razón de ser de mecanismos como los mencionados, radica en que, a través de estas dinámicas, los tribunales de cierre en el ámbito nacional y supranacional son órganos en la base de la estructura, pues:

La doctrina del control de convencionalidad está para que todos los intérpretes de la Convención (nacionales y supranacionales) fijen los términos mínimos para el diálogo judicial y para procurar un estándar balanceado de protección. ¿Genera esta fórmula problemas técnicos? Por supuesto que sí. ¿Imposibles de solucionar? No. De allí que a las respuestas no siempre deban ser puramente técnicas, sino además analizadas con los contextos y desafíos de convergencia multidimensional de la región.⁵⁰

Una de las críticas más trabajadas al proyecto del ICCAL es la relacionada con el factor democrático. La democracia es un pilar de la idea de un derecho común para la región y no es un concepto poco explorado, pues es fundamental para determinar el margen de maniobra que legitima la entrada del elemento supranacional al ámbito doméstico. A partir de metodologías como la medición de la

48 Ibid., p. 8.

49 Ibid., p. 14.

50 Ibid., p. 20.

calidad de la democracia es como pueden superarse las problemáticas relacionadas con nociones como “margen de apreciación” o “deferencia”.⁵¹

Como conclusión de este apartado, podemos sostener que en el espacio jurídico latinoamericano en la actualidad está ocurriendo algo de magnitudes importantes. Independientemente de que estos fenómenos supongan algo nuevo o desconocido, el fin que se persigue es aprovechar el potencial transformador del derecho público. Más allá de que las críticas constantes y nutridas, basadas en el rol protagónico del poder judicial, debe reconocerse el valor de esta dinámica institucional, pues como señala Herrera, se trata de: “Una transformación silenciosa y sin sangre, inspirada en un mandato cargado de profunda inconformidad con el presente y la normalización de la desigualdad, la pobreza, la exclusión y otras anomalías”.⁵²

3. LOS RETOS Y PROBLEMÁTICAS COMUNES COMO IMPULSO PARA EL ICCAL

El ICCAL como enfoque jurídico regional, parte de una premisa fundamental: la exclusión de amplios sectores sociales y la escuálida normatividad son problemas comunes a los países de la región. Para hacer frente a estas lacerantes realidades, se tiene la convicción de que la interacción entre los ordenamientos constitucionales y las garantías supranacionales son una poderosa herramienta de transformación. Por ello, más allá de las intensas y nutridas discusiones en torno al constitucionalismo latinoamericano, el ICCAL se presenta como un enfoque renovado de aproximación al derecho como instrumento de emancipación.

3.1 FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

Una de las problemáticas y retos principales para el proyecto ICCAL tiene que ver con el desempeño y empoderamiento institucional. En ese sentido, señala Parra Vera, es necesario apreciar el impacto que han tenido elementos como las sentencias interamericanas en el devenir institucional de los Estados de la región. Para ello, es necesario adoptar una visión renovada del Estado, pues lejos de concebirlo como un ente monolítico o unificado, sería más afortunado concebirlo como polimorfo, es decir como un ente que centraliza distintas redes de poder político.⁵³

⁵¹ Ibid., 21.

⁵² Herrera, La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas, 33.

⁵³ Óscar Parra, “El impacto de las decisiones interamericanas. notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, coord. Armin von Bogdandy et al. (México, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014), 390.

Durante los años primigenios de funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muchos Estados actuaron con una actitud intransigente o reticente, al grado de ser tildados como “enemigos” del Sistema, y aunque en la actualidad aún pueden detectarse algunos casos de relación tensa entre algunos Estados y los órganos del Sistema, la situación en términos generales ha progresado de forma notable. Existen diversos casos en los que funcionarios e instituciones han invocado decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos.⁵⁴

En ese sentido destacan ejemplos como las medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Colombia;⁵⁵ las tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala;⁵⁶ las tensiones entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo en relación con la implementación del caso Gelman;⁵⁷ o bien, las tensiones entre los ámbitos federal y local.⁵⁸ El elemento común subyacente a las experiencias citadas radica en la interacción entre los diversos estados con el Sistema Interamericano en el marco de dinámicas de interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y los órganos estatales nacionales que encontraron resistencia de otros órganos nacionales para la protección de los derechos humanos.⁵⁹

No puede ignorarse el importante rol que ha asumido el material interamericano en el fortalecimiento de los actores institucionales locales. Estas decisiones interamericanas asumen relevancia en el diálogo interinstitucional local, en el que a través de mecanismos como las reformas constitucionales y legales, así como por el impulso jurisdiccional, se ha transformado la realidad para dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁰

3.2 LA CUESTIÓN INDÍGENA, EXCLUSIÓN, POBREZA Y DESIGUALDAD

Históricamente, los derechos humanos, la democracia y el constitucionalismo han sido abordados

54 Ibid, 393.

55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC 1119/09. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3ci.09.sp.htm>.

56 Véase: Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; y, Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

57 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

58 Véase, entre otros: Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; o bien: Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

59 Óscar Parra, El impacto de las decisiones, 395-415.

60 Ibid., 419-420.

desde un punto de vista liberal, incluso existen posicionamientos en los que el liberalismo es una noción indisociable de estos conceptos. Sin embargo, existen otras posturas que reconfiguran los fundamentos de estos conceptos, sustituyendo los liberales por otros de corte emancipador.

En América Latina, la región más desigual del mundo, marcada por la violencia, la marginación, la exclusión, la explotación y el déficit representativo en la arena política, estos postulados encontraron un campo fértil para su desarrollo. Así, tenemos que las constituciones latinoamericanas cuentan con un alto potencial transformador en lo tocante a las relaciones de poder, el respeto de los derechos humanos y conceptos renovados de democracia.⁶¹

En los últimos años se ha desarrollado en la región latinoamericana una novedosa forma de aproximarse al constitucionalismo, en la que se toma plena consciencia de las condiciones estructurales e históricas de marginación, desigualdad y exclusión imperantes en las sociedades de los países latinoamericanos, y es conocida como constitucionalismo transformador.

Ahora bien, existen consenso en que las manifestaciones más acabadas de este fenómeno son las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Además, existen voces, como la de Rainer Grote, que sostienen que un ejemplo primigenio de este fenómeno es la Constitución mexicana de 1917, ya que es un texto con gran atractivo popular y con un fuerte contenido social.⁶²

Asimismo, el derecho internacional ha sido un escenario para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, y podemos mencionar diversos acontecimientos trascendentes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la adopción del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que si bien esta última no representa una gran innovación al no establecer ningún nuevo derecho que no estuviera contemplado en otros ordenamientos, su valor lo constituye la claridad respecto de cómo se relacionan los derechos de los pueblos indígenas con sus condiciones de vida, por lo que funciona como un mapa de acción para los Estados al momento de implementar políticas en derechos humanos.⁶³

Además de estos ordenamientos específicos, otros instrumentos del derecho internacional de

61 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, 2010), 90.

62 Rainer Grote, "La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo?", en *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado. Primera parte*, coords. Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (México: Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017), 81.

63 Rodolfo Stavenhagen, "Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas", *Revista IIDH* 48, (2008): 257-258.

los derechos humanos son de gran valor en tanto que reconocen a los pueblos indígenas todos los derechos individuales universales,⁶⁴ pero por otra parte, como señala Rodolfo Stavenhagen, derivado de los diversos instrumentos del orden jurídico internacional, existen ciertos derechos específicos cuya titularidad únicamente corresponde a estos grupos, como por ejemplo, los derechos de libre determinación o los derechos sobre la tierra, los territorios y los recursos naturales.⁶⁵

En suma, el constitucionalismo transformador es una corriente que renueva los contenidos del constitucionalismo liberal, a través de la inversión de las posiciones de poder de los sectores dominantes y los históricamente marginados y excluidos del juego político, quienes conducen una actividad refundadora del Estado y las instituciones. Su sustrato de derecho positivo se integra por las constituciones nacionales, en las cuales se plasman contenidos enfocados básicamente a la inclusión y la participación popular, así como por los diversos instrumentos internacionales que de forma general o particular están enfocados a la protección de los derechos de los sectores excluidos.

El ICCAL como enfoque transformador del derecho en la región, apunta a la superación de las condiciones sociales y políticas para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Para ello, debe hacer frente a cuestiones sociales muy delicadas como la igualdad o la redistribución de los recursos. Esta problemática se identifica con el concepto de exclusión, que facilita la comprensión de situaciones en las que amplios grupos sociales son ignoradas por el sistema político, económico o legal.

Ha sido por demás explorada la marcada desigualdad y pobreza en América Latina y el Caribe; se cuentan por decenas los estudios académicos, informes de organismos internacionales o de organizaciones no gubernamentales que dan cuenta de esta lacerante realidad. Asimismo, muchos de los textos constitucionales e instrumentos internacionales de la región identifican a los grupos desfavorecidos que sufren esta situación de desigualdad, incluso, estos ordenamientos reconocen que esta situación de carácter estructural difícilmente podrá ser combatida con acciones individuales, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras. En ese sentido, pueden encontrarse diversas tendencias en la jurisprudencia de los tribunales de la región, impulsadas por el elemento interamericano, que hacen frente a esta situación a partir de un enfoque de desigualdad

64 Ibid., 258-259.

65 Ibid., 263-366.

estructural.⁶⁶

Al respecto, Clérico, Ronconi y Aldao advierten cinco categorías sospechosas⁶⁷ presentes en el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, sobre las cuales se ha intentado avanzar por esta vía en el mejoramiento de estas condiciones : i) nacionalidad y migrantes; ii) etnia; iii) edad; iv) discapacidad; v) orientación sexual; y, vi) pobreza.

Las tendencias jurisprudenciales sobre estos fenómenos develan que dentro del imaginario jurídico regional está fuertemente arraigada la concepción de igualdad como no discriminación, pero no puede negarse que el desarrollo jurídico de estas problemáticas tiende hacia la emancipación, y aunque el derecho puede llegar a ser insuficiente para enfrentar condiciones tan profundas, no puede negarse el potencial transformador del mismo.

4. EL MATERIAL NORMATIVO DISPONIBLE

Ya que hemos descrito la naturaleza, orígenes e impulsos para el ICCAL, en este capítulo nos centraremos en aspectos como el sustrato de derecho positivo del proyecto (compuesto por el material constitucional e internacional), así como en la importancia del rol nomogénico⁶⁸ y transformador de la jurisprudencia interamericana y nacional. La finalidad que se persigue en este capítulo es ahondar en las consideraciones conceptuales y analíticas del ICCAL y poner de relieve su valor en el devenir jurídico positivo, más allá de las consideraciones teóricas y académicas.

El proyecto ICCAL progresivamente se ha posicionado como un fenómeno con desarrollo y cumplimiento normativo, aterrizado en el derecho positivo, tanto en el plano nacional como el internacional. En ese sentido, no puede negarse el soporte y efectos que estos postulados han tenido en los ordenamientos nacionales (principalmente en los textos constitucionales y en la jurisprudencia nacional) y en el plano internacional (principalmente en el corpus iuris interamericano). Por ello, nuestra tarea en este capítulo, consiste en la exploración de los diversos elementos jurídicos que han

66 Laura Clérico et al., “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al., (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 22-23.

67 Sobre esta noción, véase: Guillermo Treacy, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 89 (2011): 181-216.

68 La noción de nomogénesis obedece a procesos de creación normativa acontecidos en el ámbito jurisdiccional, así, piénsese por ejemplo en la función de los tribunales constitucionales o de la Corte Interamericana. Al respecto, véase: Néstor Sagües, *La Constitución bajo tensión* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016): 403.

resentido la humanización e interamericanización de manera preponderante y más intensa.

4.1 TEXTOS CONSTITUCIONALES NACIONALES

Desde el punto de vista normativo, el ICCAL se vale del impulso del constitucionalismo transformador subyacente en las experiencias de renovación constitucional posteriores a los regímenes autoritarios y pugna por el cumplimiento efectivo de las promesas principales de dichos ordenamientos. Asimismo, contenidos puntuales como los relacionados con la inclusión, en un marco de democracia constitucional, son relevantes para la construcción e impulso del ICCAL.⁶⁹

Dentro de las aportaciones de los textos constituciones destaca el papel de las cláusulas de apertura al derecho internacional. En ese sentido, podemos identificar a estas disposiciones como aquellas que se encuentran enfocadas a la inserción, recepción y tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los estados.

León y Wong han señalado que esta dinámica puede ser explicada de dos formas: i) inserción explícita, cuando los ordenamientos constitucionales contemplan expresamente los derechos humanos y les dan un tratamiento constitucional;⁷⁰ o bien, ii) una inserción implícita, manifestada principalmente en las cláusulas abiertas. También se ha dicho que la recepción del material normativo internacional puede funcionar con base en cuatro rangos de jerarquización: i) supraconstitucionalización, que implica la supremacía de los tratados sobre la Constitución y determina que la validez del tratado y su vigencia; ii) la constitucionalización propiamente dicha, que implica la declaración del rango constitucional a ciertos documentos internacionales; iii) la subconstitucionalización de primer grado, que significa que los tratados internacionales se subordinan a la Constitución; y, iv) la equiparación legislativa, que implica la nivelación de los tratados internacionales con una ley común.⁷¹

Ahora bien, refiriéndonos a los ordenamientos nacionales que han incorporado cláusulas de apertura al derecho internacional podemos destacar experiencias como la de Chile, que con una formulación

69 Armin von Bogdandy et al., “A manera de prefacio. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coord. Armin von Bogdandy et al., (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law), 20-24.

70 Entre todas, la experiencia constitucional argentina es la mejor lograda en ese sentido, pues en el artículo 75.2 de dicho ordenamiento se encuentra una enumeración nominal de diversos tratados internacionales que gozan de “supremacía constitucional”. Véase: Alejandro Torres, “Los tratados internacionales en la Constitución argentina”, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 67-68, (1997): 287.

71 Carolina León y Víctor A. Wong, “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 18, n.º. 2, (2015): 103-104.

particular de estos elementos, abre la puerta a la adición de nuevos derechos esenciales que no se encuentren dentro de su articulado.⁷² El caso boliviano es igualmente ilustrativo,⁷³ pues señala de forma lacónica que los derechos establecidos en ese ordenamiento no pueden ser entendidos como negación de otros derechos no enunciados.⁷⁴

Por otra parte, existen algunas experiencias que a partir de la dignidad humana basan la apertura del ordenamiento nacional. Tales son los casos de Guatemala, Paraguay, Uruguay, Colombia, Venezuela, Perú, Honduras, Panamá y Ecuador. Existen otros casos basados en conceptos como los “derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”, en “los derechos y garantías de la misma naturaleza que los derechos y garantías fundamentales” o en “la democracia cristiana”; tales son los casos de Puerto Rico, República Dominicana y Costa Rica.

Otro tipo de cláusulas constitucionales son igualmente relevantes para la construcción de un derecho común regional, como las relacionadas con la concepción de “América”, “Latinoamérica”, “Centroamérica” o el espacio caribeño. Estas disposiciones están presentes en diversos ordenamientos, como el artículo 9 de la Constitución de Colombia,⁷⁵ en el que se señala que la política exterior se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.⁷⁶

Como se puede advertir, el material constitucional disponible para construir un derecho común en América Latina es contundente y nutrido, tanto por la vía de la apertura al orden jurídico internacional como por el impulso propiamente nacional. Desde luego no puede dejarse de lado el desarrollo político necesario para tales fines, que si bien resulta deficiente en la mayoría de los casos, consideramos que la base jurídica para tales efectos existe y bastará con la asunción de dichos posicionamientos políticos para consolidar la integración jurídica latinoamericana.

72 Artículo 5º La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

73 Artículo 13.
(...)

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

74 Ibid., 106.

75 Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

76 Peter Häberle, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Peter Häberle y Markus Kotzur, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 124-125.

4.2 DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

Como ya hemos mencionado, uno de los aspectos articuladores principales de todo el proyecto ICCAL es el relacionado con el elemento internacional. En ese sentido, destaca el rol que asume la CADH y el gran cúmulo de material normativo interamericano, integrado principalmente por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.⁷⁷

Ahora bien, lejos de ignorar el valor intrínseco del formante normativo propiamente internacional, sí es digno de destacar el desarrollo y tratamiento que se le ha dado a este en el plano nacional. Al respecto, es indudable la importancia que tuvo el movimiento generalizado de reformas constitucionales en América Latina desde mediados de los ochenta, y particularmente en los años noventa, a través de los cuales, los ordenamientos constitucionales ampliaron el material normativo en favor de las personas. Esta incorporación del derecho interamericano implicó un mejoramiento de la dinámica institucional de los sistemas democráticos.⁷⁸

Aunque no puede hablarse en los términos más optimistas de una apertura o internacionalización íntegra a lo largo y ancho de la región, pues existen ordenamientos nacionales que permanecen intactos, vale la pena destacar el rol nomogénico y activo de sectores como la abogacía, las personas defensoras de derechos humanos, la función gubernamental y demás actores que son fundamentales para dotar de eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico.⁷⁹

Ahora bien, sobre el formante normativo internacional, Acosta Alvarado ha sugerido una clasificación para presentar dicho material. En ese sentido, destaca las siguientes clases de normas: i) los principios de funcionamiento del sistema; ii) las normas sobre obligaciones generales de los Estados; iii) las

⁷⁷ Christian Steiner y Patricia Uribe, “Introducción general”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 12.^a ed., eds. Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014), 6.

⁷⁸ *Ibid.*, 9.

⁷⁹ *Ibid.*

relativas a los derechos de las personas; iv) las relacionadas con la interpretación; y, v) las disposiciones respecto de las sentencias, su obligatoriedad y cumplimiento.⁸⁰

Por lo que hace a la primera categoría, Acosta alude al principio de subsidiariedad del funcionamiento del Sistema Interamericano, establecido en el preámbulo de la CADH, en el que se señala que el Sistema ejerce una protección coadyuvante y complementaria a la establecida en los regímenes constitucionales domésticos.⁸¹ Además, cabe destacar la obligación de respetar los derechos previstos en dicho tratado internacional así como la de adaptar el ordenamiento nacional para tal efecto. Así las cosas, con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas en la CADH y para evitar la activación del mecanismo internacional, los órdenes jurídicos nacionales deben seguir los lineamientos interamericanos respecto del acceso a la justicia.⁸²

Respecto de la segunda categoría de normas propuesta por Acosta se encuentran los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los cuales contienen importantes obligaciones de protección de los derechos, cuya trascendencia ha sido tildada como “el corazón normativo” de la red de protección internacional de los derechos. En ese sentido, retomamos lo señalado por esta autora respecto del artículo 1.1:

Gracias a esta disposición, los Estados y en consecuencia todos sus agentes, están obligados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención en los términos previstos en ella, términos que no se limitan a la redacción de dicho instrumento internacional sino que se construyen, también, desde la propia jurisprudencia interamericana.⁸³

Por lo que hace al artículo 2, el cual prevé la obligación general de adaptación del derecho interno, consistente en que los Estados deben ajustar su orden jurídico nacional para cumplir con el objetivo de protección del SIDH. Esta obligación tiene alcances como el deber de derogar todas las normas internas que contravengan el orden interamericano, de emitir las normas que complementen la consecución de sus cometidos, así como el deber de ceñir el comportamiento de los agentes estatales y sus estructuras, al servicio del SIDH. Con base en esta norma, señala Acosta, la judicatura interamericana ha podido

80 Acosta, *Diálogo judicial*, 50.

81 ... Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

82 *Ibid.*, 51.

83 *Ibid.*, 52.

influir en la reconfiguración de los ordenamientos nacionales en favor de la protección de los derechos.⁸⁴

La tercera categoría normativa contiene los artículos 8 y 25 de la CADH, que determinan el fundamento y contenido del acceso a la justicia en el foro interamericano, que puede ser definido como:

El derecho que tiene todo individuo a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa motivada por el propio individuo.⁸⁵

La efectividad de este derecho, a decir de Acosta Alvarado, está fuertemente entrelazada con la aptitud del desempeño judicial, aspecto que en la mayoría de las ocasiones necesita una articulación normativa, institucional y procesal, así como de la labor jurisdiccional conforme a los parámetros interamericanos. Por ello, el ejercicio de armonización es vital para el cumplimiento de los artículos 8 y 25 para respetar el principio de subsidiariedad.⁸⁶

Con relación a la cuarta categoría normativa propuesta por Acosta, tocante a las normas sobre interpretación, se ha dicho que conforme a lo establecido por el artículo 29 de la Convención, los operadores jurídicos nacionales y regionales deben actuar conforme a la regla del efecto útil de los tratados internacionales, pues con base en esta norma, la judicatura interamericana se ha servido del corpus iuris internacional para determinar el contenido de los derechos previstos en la CADH de la mano de una diversidad de normas nacionales e internacionales que deriven la interpretación más favorable. Así, cualquiera que sea el origen de la interpretación más favorable, la judicatura regional y nacional debe ajustarse conforme a ella. Estamos pues, ante el fundamento de los mayores avances jurisprudenciales de la red de protección multinivel de los derechos y del catalizador para el acoplamiento jurisprudencial nacional e internacional.⁸⁷

Finalmente, la quinta y última categoría normativa propuesta por Acosta está relacionada con el contenido de las reparaciones, la obligatoriedad de los pronunciamientos interamericanos y la

84 Ibid., 53. Asimismo, Véase: CORTE IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

85 Acosta, *Diálogo judicial*, 55.

86 Ibid.

87 Ibid. 56-57.

supervisión de su cumplimiento. Al respecto se ha dicho que a partir del artículo 63 de la CADH, la judicatura regional ha construido una nutrida jurisprudencia respecto de las reparaciones por demás interesante y variada, tales como las indemnizaciones, las medidas de restitución, rehabilitación y garantías de no repetición. En ese sentido, Acosta señala como ejemplos notables los casos en los que el juez regional condenó a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones por las que se condenó a un Estado y se motivó la reapertura de los procesos judiciales. Así, las judicaturas nacionales han podido hacer frente a la reapertura de procesos en torno a las violaciones de derechos humanos superando obstáculos como las leyes de amnistías o normas sobre caducidad o prescripción.⁸⁸

Estos esfuerzos en torno a las reparaciones son reforzados por el mecanismo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias que, establecido en el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH, se ha convertido en un auténtico escenario de diálogo entre los jueces regionales y los nacionales, pues en su desarrollo los representantes del Estado dan a conocer al tribunal interamericano, los obstáculos para el cumplimiento de la condena.⁸⁹

4.3 JURISPRUDENCIA NACIONAL

Por otra parte, un rol fundamental de la jurisprudencia nacional respecto de la construcción del ICCAL es el relacionado con el cumplimiento de las sentencias interamericanas. En el caso mexicano por ejemplo, destaca la resolución del expediente “Varios” 912/2010, considerado como una de las más importantes para el orden jurídico mexicano en los más de 100 años de vigencia de la Constitución de Querétaro. Señala Herrera que, a partir de este acontecimiento, emergió la convicción por parte de la Suprema Corte de interrumpir y modificar un modelo judicial en torno al control de los actos del poder público y de la protección de los derechos humanos ante los tribunales.⁹⁰

La intervención de la Suprema Corte en la recepción y tratamiento de la sentencia interamericana no era obligatoria, pues en este caso (Radilla Pacheco) el tribunal interamericano no analizó ninguna actuación de la Corte mexicana y tampoco determinó alguna obligación atribuible a dicho órgano jurisdiccional. Sin embargo, el tribunal mexicano consideró que el ordenamiento procesal contenía los

88 Ibid., 58. Por todos, véase: Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

89 Ibid., 59.

90 Alfonso Herrera, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región* núm. 8, eds. Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020), p. 203. Asimismo, véase: Corte IDH. Radilla Pacheco Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

elementos normativos suficientes para justificar su competencia e involucrarse en la implementación y cumplimiento de la condena.⁹¹

4.4 JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

El formante jurisprudencial interamericano, construido en los cuarenta años de vida de la Corte IDH, es bastante rico en una diversidad de temas, desde la desaparición forzada, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, de forma más reciente, a la violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas y muchos más. Estos desarrollos han nutrido el derecho interamericano, con base en la interpretación de la CADH y el corpus iuris interamericano.⁹²

A partir de las motivaciones principales de los tratados de derechos humanos, como lo es la construcción de un orden público común, la Corte IDH en sus labores de interpretación del material interamericano ha señalado que la finalidad de estos tratados está en la garantía y goce los derechos y libertades del ser humano y no tanto en buscar un equilibrio de intereses entre Estados. En ese sentido, la Corte ha señalado que con base en el deber de garantía de los derechos humanos, los Estados están obligados a organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁹³

Sentadas las bases a partir de las cuales funciona el devenir jurisprudencial interamericano, podemos destacar algunas aportaciones relevantes de la Corte IDH. Al respecto, uno de los temas principales presentes en el material jurisprudencial es la reparación integral. Y es que desde las primeras sentencias, la Corte ha sido un tribunal pionero en la promoción y aseguramiento de la reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Estas reparaciones pueden ser agrupadas dentro de seis categorías: i) restitución; ii) rehabilitación; iii) satisfacción; iv) investigación de los hechos y sanción si corresponde; v) indemnización; y, vi) garantías de no repetición.⁹⁴

No puede negarse el valor de estas reparaciones, pues a partir de ello, la jurisprudencia interamericana

91 Ibid., p. 204.

92 Pablo Saavedra, “40 años cambiando realidades. Una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, coord. Armin von Bogdandy et al. (México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019), 552.

93 CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

94 Saavedra, 40 años cambiando realidades, 558.

ha tenido lo que Saavedra Alessandri denomina “impacto estructural”. Muestra de esto son las transformaciones en el ámbito estatal suscitadas a partir de las decisiones interamericanas, como lo son las reformas legislativas, la adopción de políticas públicas o la modificación de las prácticas estatales.⁹⁵

En síntesis, el material interamericano constituye un auténtico elemento integrador del orden jurídico, por ello, la reflexión y aportaciones al respecto son una poderosa herramienta de transformación jurídica e institucional. Y además, en la medida en que circulen y se incorporen en los ordenes jurídicos nacionales los contenidos jurisprudenciales interamericanos, estaremos, sin duda alguna, ante la construcción de un auténtico derecho común latinoamericano.

5. EL ICCAL COMO DISCURSO ACADÉMICO

Como ha señalado el profesor von Bogdandy, así como muchos términos jurídicos (derecho constitucional, derecho internacional o derecho de familia), la idea de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere al derecho positivo y al discurso jurídico sobre el mismo.⁹⁶ En ese sentido, este proyecto se basa de forma importante en un discurso común de derecho comparado. Al respecto, uno de los pilares del discurso sobre el ICCAL lo constituye la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en el año de 1974 en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, en el contexto de los regímenes autoritarios en la región.

Asimismo, destaca la iniciativa del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, de la creación del Coloquio Iberoamericano en el año 2004, que ha servido para la reflexión y conceptualización de diversos fenómenos jurídicos en América Latina, particularmente lo relacionado con el constitucionalismo transformador de la región. Esta iniciativa, coordinada por la profesora Mariela Morales Antoniazzi, ha fungido como foro para el intercambio, comparación y contraste de ideas de un nutrido grupo académico con una agenda de investigación común.

Esta plataforma de trabajo común también ha sido integrada por diversos actores institucionales, como los integrantes de judicaturas constitucionales nacionales, integrantes de la judicatura interamericana, ONG, entre otros. Lo que sin duda ha servido para la trascendencia de los desarrollos de este proyecto del ámbito estrictamente académico al devenir institucional fáctico.

95 Ibid., 567.

96 Armin von Bogdandy et al., “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador” en *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Textos básicos para su comprensión, coord.. Armin von Bogdandy et al. (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Plank Institute for Comparative Public Law, 2017), 24.

Finalmente, en lo relacionado con la vertiente del ICCAL como enfoque académico, podemos decir que este se materializa en el sector discursivo sobre este fenómeno, y que se nutre de tres objetivos: respeto a los derechos humanos en la región, desarrollar una estatalidad abierta, y construir instituciones internacionales fuertes y legítimas. Dichos objetivos se pretenden alcanzar a través de tres conceptos clave: diálogo, inclusión y pluralismo normativo. Este enfoque del derecho público puede ser caracterizado de la siguiente forma: busca relacionar el derecho nacional e internacional, las cuestiones argumentativas se realizan con base en principios y se le otorga gran importancia al derecho comparado.

6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El derecho constitucional del siglo XXI enfrenta grandes transformaciones, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización. En la actualidad se posiciona como un derecho enfocado principalmente en la protección de la persona, alejándose cada vez más de su configuración primigenia relacionada con la consolidación de la soberanía y la organización y distribución del poder del Estado.

Por otra parte, se puede advertir la hibridación de los órdenes constitucionales a partir del entrelazamiento de los contenidos normativos de carácter nacional con los de carácter internacional y supranacional. Así, resulta cada vez más complicado hablar de fronteras entre lo nacional-constitucional y lo internacional, pues aunque pueden existir puntos de conflicto y tensión entre ambas categorías, también resulta evidente que se encuentran en una relación de dialogo y fortalecimiento mutuo.

Ahora bien, este fenómeno de intensa desnacionalización del derecho constitucional no debe confundirse con la desaparición del Estado, o que la construcción de un orden jurídico supranacional vendrá a sustituir enteramente a los derechos nacionales, pues el fin que perseguimos desde el inicio de esta investigación es poner de manifiesto la transformación estructural del derecho público nacional e internacional a partir de la interacción entre ambos, así como el cambio del paradigma estatal antiguamente centrado en la soberanía.

El constitucionalismo y el derecho constitucional en América Latina pueden ser explorados desde una óptica de lo común a partir de dos grandes perspectivas: i) a partir de la incorporación de elementos comunes en los diversos desarrollos constitucionales de los países de la región; y, ii) a través de la interacción, circulación, recepción e incorporación de diversos contenidos normativos (particularmente en lo relacionado con la democracia y la protección de los derechos humanos) emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como posibles puntos de partida para la continuación de los estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir principalmente la tensión existente entre los proyectos constitucionales regionales alternativos, señalados en algunas ocasiones como autoritarios, con el devenir jurídico internacional liderado por el desarrollo jurisdiccional de la Corte IDH. Al respecto, destaca la denuncia de la CADH por el estado venezolano o la doctrina de inejecución de sentencias desarrollada por actores judiciales de dicho país.

En el mismo sentido, llama la atención una de las principales críticas dirigidas al ICCAL, enfocada en la desmedida atención y preponderancia del rol judicial en todos sus desarrollos. Por ello, consideramos como un provechoso punto de arranque para futuras investigaciones las complicaciones suscitadas a partir de la tensión teórica relacionada con la preponderancia del poder y la función judicial en el proyecto ICCAL.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Alterio, Ana. “El *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20, n.º 1 (2018): 1-21.

Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2016.

von Bogdandy, Armin. *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado supranacional e internacional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

----- . “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 3-23. México: UNAM-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

----- . “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*, n.º. 34 (2015): 3-50.

----- . “Lo público en el derecho internacional a la luz de ‘El concepto de lo político’ de Schmitt”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 1 (2018): 1-32.

von Bogdandy, Armin, et al. “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 17-51. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck

Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

von Bogdandy, Armin et al. “*Ius constitutionale commune* en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 21, (2016). Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583>.

von Bogdandy, Armin y Venzke, Ingo “¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática”, En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Coordinado por. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García. 83-129. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-OEA-UNAM, 2013.

Buerghenthal, Thomas. “La relación conceptual y normativa entre la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, número especial en conmemoración del cuadragésimo aniversario de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1989): 111-119.

Castilla, Karlos, “Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano”, *Ventana Jurídica. Blog de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (blog), 21 de junio del 2017. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/blog/que-tan-comun-es-lo-comun-del-ius-constitutionale-commune-latinoamericano/>.

Clérico, Laura et al. “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”. En: *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. 21-95. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, MC 1119/09. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3ci.09.sp.htm>

Córdova, Lorenzo “La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º. 256 (2011)

Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

----- Caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

----- Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

----- Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

- . Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162.
- . Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- . Radilla Pacheco Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- . Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.
- . Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.
- Estrada, Guillermo. “Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. Coordinado por Armin von Bogdandy, 99-119. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- Fix-Fierro, Héctor. “Presentación”, en , *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. XI-XV. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I.
- García, Domingo. “Los tribunales constitucionales en América Latina” *Revista de Derecho Político*, n° 61, (2004): 309-321.
- García, Mauricio. “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n° 29, (2013): 77-97.
- Gargarella, Roberto. “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, n° 4, (2013): 245-257.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*. España: Katz, 2015.
- . “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución”, en *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*. Compilado por Roberto Gargarella y Roberto Niembro. 15-61. México: UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas-Instituto de Estudios

- Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- “Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n.º 1, (2018): 109-129.
- Grote, Rainer. “La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo?”. En *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado*. Primera parte, coords. Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 81-114. México: Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017).
- Häberle, Peter. “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, En *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Peter Häberle y Markus Kotzur. 1-83. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Herrera, Alfonso. “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento”. En *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, n.º 8. Editado por Víctor Bazán, Víctor y Marie-Christine Fuchs. 201-222. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020.
- Herrera, Juan. “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas prácticas”, *MPIL Research Paper Series*, n.º 26 (2020). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652423.
- “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”, *MPIL Research Paper Series*, n.º. 25 (2020). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404.
- León, Carolina y Wong, Víctor A. “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas”. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 18, n.º. 2, (2015): 93-125.
- Molina, Mario. “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* 5, n.º 2, (2018): 287-299.
- “Derecho administrativo, administración pública y gobernanza global”, en *Derecho administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Coordinado por William I. Gallo et al. 409-416. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- Morales, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Pantoja, David. *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*. México: FCE, 2017.

- Parra, Óscar. “El impacto de las decisiones interamericanas. notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 383-420. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- Pelayo, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015.
- Piovesán, Flavia. “Protección de los derechos sociales: retos de un ius commune para Sudamérica”, en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al., 339-380. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- Rodiles, Alejandro. “The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward *ius commune americanum*?”. En *Comparative International Law*. Editado por Anthea Roberts. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Saavedra, Pablo. “40 años cambiando realidades. Una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 551-612. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- Sagües, Néstor. “¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, en *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Coordinado por Eduardo Ferrer MacGregor y Rogelio Flores Pantoja. 831-847. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- Salazar, Pedro. “La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*”, en *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Coordinado por Armin von Bogdandy et al. 37-59. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, 2010.
- Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2015.

- Stavenhagen, Rodolfo. “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”. *Revista IIDH* 48. (2008). 257-268.
- Steiner, Christian y Uribe, Patricia. “Introducción general”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editado por Christian Steiner y Patricia Uribe. 2-17. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014.
- Torres, Alejandro. Los tratados internacionales en la Constitución argentina”. *Lecciones y Ensayos*, n.º. 67-68. (1997): 285-304.
- Treacy, Guillermo. “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 89 (2011): 181-216.
- Villabela, Carlos. “El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México*, n.º. 149 (2017): 943-978.
- Villagrán, Carlos y Vecoso, Fabia, “A Human Rights Tale of Competing Narratives”, *Revista Direito e Praxis* 8, n.º. 2, (2017): 1603-1651.

DESPLAZADOS AMBIENTALES: UNA MIRADA DESDE AMÉRICA LATINA*

LEIDY KATHERINE ORTIZ MENDIVELSO** Y SANTIAGO RODRÍGUEZ SANMIGUEL***

Recibido: 18 de abril de 2021. Aceptado: junio 25, 2021.

RESUMEN

En medio de la pluralidad de marcos jurídicos de protección para personas que se movilizan alrededor del mundo por diversas causas, no existe actualmente una que dé respuesta al fenómeno del desplazamiento ambiental. De hecho, existe una ausencia de consensos sobre el particular, que va desde los debates respecto de cómo denominar a esta población hasta qué régimen de protección debe aplicarse. Sin embargo, puede decirse que existe una preocupación cada vez mayor por las movilizaciones humanas motivadas por causas medioambientales, debido a la acelerada degradación ambiental que sufre la Tierra. Es por eso que, en este artículo se estudian los diferentes regímenes de protección que existen respecto de las movilizaciones humanas en general, el concepto de desplazados ambientales y su protección internacional. Con tales insumos, se analizará la problemática de las movilizaciones por causas ambientales en América Latina y se elaborará una propuesta de protección de los desplazados ambientales en la región.

PALABRAS CLAVE

Desplazados ambientales, refugiados, migrantes, cambio climático, medio ambiente, derechos humanos.

* Artículo de reflexión.

** Estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Observatorio Latinoamericano de Empresas y Derechos Humanos. Correo: ortizleidy28@gmail.com.

*** Estudiante de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Observatorio Latinoamericano de Empresas y Derechos Humanos. Correo:santiagorodri98@hotmail.es.

ENVIRONMENTALLY DISPLACED PEOPLE: A VIEW FROM LATIN AMERICA*

LEIDY KATHERINE ORTIZ MENDIVELSO** Y SANTIAGO RODRÍGUEZ SANMIGUEL***

Received: april 18, 2021. Accepted: june 25, 2021.

ABSTRACT

Despite the plurality of legal protection frameworks for people who move around the world for various reasons, there is currently no answer to the phenomenon of environmental displacement. In fact, there is a lack of consensus on the matter, from the debates regarding how to name this population to what protection regime must apply to them. However, it can be said that there is a growing concern about human mobilizations motivated by environmental causes, due to the accelerated environmental degradation that the Earth suffers. That is why this article studies the different protection regimes that exist -with respect to human mobilizations in general-, the concept of environmentally displaced people and their international protection. With these inputs, it will be analyzed the problem of mobilizations for environmental causes in Latin America and it will be put forward a proposal for the protection of environmentally displaced persons in the region.

KEY WORDS

Environmentally displaced people, refugees, migrants, climate change, environment, human rights.

* Analytical article.

** Law student from Universidad Externado, Bogotá-Colombia. Member of Observatorio Latinoamericano de Empresas y Derechos Humanos, Universidad Externado, Bogotá-Colombia. Email: ortizleidy28@gmail.com

*** Law student from Universidad Externado, Bogotá-Colombia. Member of Observatorio Latinoamericano de Empresas y Derechos Humanos, Universidad Externado, Bogotá-Colombia. Email: santiagorodri98@hotmail.es.

INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno inherente tanto para el ser humano como para los animales. Desde los tiempos más remotos, la migración ha sido esencial para la especie humana, a tal punto que hoy en día es un derecho humano⁰¹. En un principio, la razón de ser de las migraciones voluntarias tenía un trasfondo cultural, es decir, las personas migraban a grandes ciudades a título de privilegio de las clases más altas de la sociedad⁰². Con la llegada de los años sesenta del siglo XX, el móvil de la migración cambió - las razones laborales y profesionales fueron las protagonistas. De la misma forma, la migración tuvo un mayor alcance, ya no limitándose a las personas con mayores recursos, sino aumentando masivamente la movilización rural, indígena, y de personas de escasos recursos⁰³, grupos que fácilmente pueden caer en un estado vulnerable⁰⁴.

Además del factor vulnerabilidad que acompaña a gran parte de los migrantes, debe recordarse que no todo cambio de residencia es voluntario. Guerras internacionales, conflictos armados internos, conflictos étnicos o religiosos, persecución política, entre otros, son factores que producen migración forzada⁰⁵. Recientemente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) manifestó que los riesgos climáticos fomentarán el incremento de movilizaciones forzadas en los próximos años⁰⁶. Si bien la migración por razones ambientales ocurre con mayor frecuencia en

01 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, arts. 12 y 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, art. 22.

02 Teófilo Altamirano Rúa, *Refugiados ambientales, cambio climático y migración forzada* (Lima: Universidad Católica del Perú, 2014), 74.

03 Ibid.

04 “Diversos órganos internacionales de derechos humanos han sostenido de manera reiterada que por el hecho de ser migrantes, las personas suelen enfrentar múltiples violaciones a sus derechos humanos a lo largo del proceso migratorio”. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Aprobado el 31 de diciembre de 2015, párr. 8

05 Ibid, párr. 17.

06 Guy S Goodwin-Gill y Jane McAdam. *Cambio climático, desastres y desplazamientos* (Ginebra: ACNUR, 2017), 38.

África Subsahariana, Oceanía y Asia, esto no implica que este fenómeno afecte únicamente a estos continentes. De hecho, fenómenos naturales como el Huracán Iota demuestran que esta problemática también afecta directamente a los habitantes de América Latina. En ese sentido, el presente artículo tendrá por objeto analizar la protección internacional de los desplazados ambientales y su importancia para la región.

Para ello, la investigación abordará (1) el régimen general de protección de migrantes, refugiados y desplazados a nivel internacional, (2) el concepto de desplazado ambiental, (3) su protección a nivel internacional y (4) el fenómeno del desplazamiento ambiental en América Latina. Finalmente, se presentarán las respectivas conclusiones, generando propuestas sobre la categoría de desplazado ambiental y su aplicación en Latinoamérica.

1. RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE MIGRANTES, REFUGIADOS Y DESPLAZADOS A NIVEL INTERNACIONAL

Hasta el día de hoy, aquellas personas que migran coercitivamente a causa de desastres naturales o del cambio climático no tienen un régimen de protección específica, empero, esto no implica que no exista una protección general a nivel internacional para quienes se movilizan. A raíz de la Segunda Guerra Mundial, emergieron una serie de instrumentos que constituyeron un hito en materia de protección de derechos de los migrantes. Por una parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue piedra angular para el surgimiento de los derechos más esenciales que tienen los seres humanos al momento de migrar. Por otra parte, en 1951 fue elaborada la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de los Refugiados), instrumento que por primera vez abordó de manera sistemática la protección legal de los refugiados y sus obligaciones para con los Estados de acogida⁰⁷.

En ese sentido, a finales de la primera mitad del siglo XX surgieron dos regímenes internacionales de protección de aquellas personas que vieron la necesidad de movilizarse a otro Estado: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados y de las personas apátridas. Debe resaltarse que ulteriormente surgirían otros regímenes como la protección de las personas desplazadas a nivel interno y de los trabajadores internacionales⁰⁸. No obstante, en el presente acápite solamente se analizarán a profundidad la protección brindada por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el régimen internacional que

07 Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Preguntas y respuestas, septiembre de 2007, 5.

08 CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos*, 81.

protege a los desplazados internos.

1.1. MIGRANTES Y EL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los avances más significativos de la DUDH fue establecer disposiciones que protegen a toda persona humana, sin importar su nacionalidad, estatus migratorio o condición de apatridia⁹⁹. Con este punto de partida, se consolidaron en la órbita internacional el derecho a no ser detenido arbitrariamente (artículo 9, DUDH), el derecho a circular libremente dentro de un Estado (artículo, 13 DUDH), el derecho a salir y a regresar a cualquier país (artículo, 13 DUDH), el derecho a solicitar asilo (artículo 14 DUDH), entre otros. Ulteriormente, la incorporación de estos derechos fue reiterada en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 13, PIDCP) y, a nivel regional, en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22, CADH). Por consiguiente, en la actualidad cualquier persona de la especie humana tiene protegida internacionalmente la inherente prerrogativa del migrar.

Ahora bien, los migrantes no solamente son titulares de los derechos relacionados con la circulación y el desplazamiento. Como se dijo en un principio, los migrantes tienden a ser vulnerables y son susceptibles a la violación de otros derechos humanos, diferentes al derecho a migrar. De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), los factores que generan esta vulnerabilidad no son solo los político-institucionales – trabajo y condición migratoria –, sino también sociodemográficos – género, raza, etnia, edad, condición socioeconómica, entre otros –.¹⁰

Siguiendo esa línea, Felipe Pérez manifiesta que los derechos humanos socavados al momento de migrar, especialmente en contextos de movilizaciones forzosas por razones ambientales, pueden ser categorizados de la siguiente manera:

la protección de la vida, la seguridad y la integridad física, mental y moral; la protección de los derechos relacionados con las necesidades básicas de la vida; la protección de otros derechos socio-económicos y culturales (educación, propiedad y posesiones, hogar, etc.) y, por último, la protección de otros derechos civiles y políticos (libertad de movimiento, derechos electorales, expresión, asociación, etc.).¹¹

99 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 83.

10 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Migración y desarrollo sostenible: la centralidad de los derechos humanos Textos seleccionados 2008-2019* (Santiago: Naciones Unidas, 2019), 93.

11 Beatriz Irene y Felipe Pérez, “Las migraciones climáticas: retos y propuestas desde el derecho internacional” (Tesis doctoral, Universitat Rovira I Virgili, 2016), 179; IASC. (2008). *Human Rights and Natural Disasters. Operational Guidelines and Field Manual on Human Rights Protection in Situations of Natural Disasters*. Washington DC

Considerando esta clasificación, existen tratados internacionales de derechos humanos que protegen los derechos de los migrantes, tales como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) –derecho a la igualdad y a la no discriminación–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) –derechos económicos, sociales y culturales (DESC)–, la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) –igualdad de derechos entre mujeres y hombres–, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) –prohibición de la tortura–, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990) –derechos de los trabajadores migratorios –derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares–, entre otros.¹²

A pesar de la pluralidad de instrumentos, el régimen de derechos humanos puede presentar diversos problemas respecto a la protección de aquellas personas que se ven forzadas a migrar por razones medioambientales. En primer lugar, si bien se le reconoce a todo ser humano el derecho a solicitar asilo, este no se relaciona necesariamente con el derecho al asilo o a la obligación de que se conceda, y, por ende, no es incondicional.¹³ En otras palabras, actualmente esta figura es limitada para los desplazados ambientales, en tanto que su concesión está ligada a requisitos puntuales de los distintos tratados internacionales que cobijan la figura.¹⁴

En segundo lugar, la relación entre el cambio climático y las violaciones de derechos humanos es muy reciente, situación por la cual la mayoría de los organismos internacionales no se han pronunciado lo suficiente sobre la problemática.¹⁵ Si bien las personas tienen derecho a migrar, esto no implica que esta protección sea absoluta o que sea suficiente para salvaguardar a quienes dejan sus hogares por razones medioambientales.

Incluso, con la existencia de las garantías generales de los derechos humanos, no se deriva directamente

¹² Por su parte, a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se pueden encontrar instrumentos jurídicos como: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Protocolo de San Salvador, 1988), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994), la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013), entre otros.

¹³ Teresa Vicente Giménez, “Refugiados climáticos, vulnerabilidad y protección internacional”, SCIO. *Revista de Filosofía*, n.º 19 (2020): 68, DOI: 10.46583/scio_2020.19.694.

¹⁴ La Convención de Ginebra de 1951 liga la protección a la condición de refugiado (artículo 1). A pesar de ser un régimen distinto, la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático establece la discrecionalidad del Estado receptor como la base para que sea concedido el asilo (artículo 2).

¹⁵ Felipe Pérez, “Las migraciones climáticas”, 178-179.

el derecho en cabeza de los migrantes a permanecer en un Estado determinado; de hecho, el régimen general de derechos humanos no brinda herramienta alguna para definir el estatus migratorio o las reglas de admisión en otro Estado en favor de los desplazados medioambientales.¹⁶ En ese sentido, en un principio puede decirse que la protección general de los derechos humanos tiene grandes vacíos y es insuficiente para cobijar a quienes migran por motivos ambientales.

1.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

En cuanto al régimen del derecho internacional de los refugiados, la piedra angular es la Convención de los Refugiados (1951), instrumento que incorpora una serie de protecciones a partir de su artículo 1.A (2), es decir, la definición de refugiado. A diferencia de los migrantes, los refugiados no deciden voluntariamente desplazarse, sino que son toda persona que:

Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.¹⁷

Aquellos catalogados con este estatus jurídico, tienen derecho a la no devolución (*non refoulement*) (artículo 33),¹⁸ a la libre circulación (artículo 26), a la salud, al trabajo (artículos 17-19), a un documento de identidad (artículo 27), entre otros. Adicionalmente, la Convención establece que el estándar de trato de un refugiado debe ser el mismo de un extranjero en general (artículo 7).

Sin embargo, un gran inconveniente de este tratado fue su ámbito de aplicación, toda vez que se limitaba a aquellas personas que como resultado de acaecimientos anteriores al 1º de enero de 1951, ocurridos en Europa o en otro lugar, adquirieran la calidad de refugiadas. En consecuencia, la

¹⁶ Ibid., 184; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). “Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos”, Doc. A/HCR/10/61, 2009.

¹⁷ Naciones Unidas, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, artículo 1.A(2).

¹⁸ “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. (Convención de Refugiados, artículo 33)”. A nivel interamericano, este principio se encuentra recogido en la Convención Americana de Derechos humanos, en su artículo 22 (8): “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

comunidad internacional consideró pertinente elaborar un tratado que volviera universal el alcance de la Convención de los Refugiados, razón por la cual fue elaborado y aprobado el Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de Refugiados (1967), eliminándose así tanto los límites espaciales como temporales de la Convención.

A nivel de América Latina, se destaca la iniciativa de la Declaración de Cartagena (1984), mediante la cual a escala interamericana se debatió respecto de los desafíos en materia de refugiados para la región de Centroamérica y el Caribe. Se destaca de este documento su tercera conclusión, por medio de la cual se promueve la ampliación del concepto de refugiado a situaciones como la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.¹⁹

En el contexto de la Unión Europea, desde 1999 se ha venido construyendo el Sistema Europeo Común de Asilo compuesto por una pluralidad de directivas cuyo propósito es garantizar a los solicitantes de asilo igualdad de trato en un sistema justo y transparente.²⁰ Una de las directivas más importantes del sistema es la conocida Directiva sobre Requisitos (2011/95/CE),²¹ que determina los criterios que dan lugar a la concesión de protección internacional, dividiendo entre: refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria (artículos 13-19).

De esta forma, el sistema no solo protege a quienes han sido perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social (artículo 10), sino que incluye una protección subsidiaria para quienes sufran daños ligados con la pena de muerte, la tortura o amenazas graves contra la vida o la integridad en contextos del conflicto armado (artículo 15). Estos regímenes son muy similares e incluyen la protección del *non refoulement*, permisos de residencia, documentos de viaje, acceso al empleo y a la educación, protección social, entre otros (artículos 20-35). Si bien se trata de una protección subsidiaria, debe decirse que es complejo realizar una subsunción en la que los desplazados ambientales encuadren, en tanto que está ligada con conceptos muy lejanos a los motivos del desplazamiento ambiental.

Por el contrario, la Directiva de Protección Temporal (2001/55/CE) incorpora una protección temporal

19 Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. “Declaración de Cartagena sobre refugiados”. 1984. Conclusión tercera.

20 Comisión Europea, *Un Sistema Europeo Común de Asilo* (Luxemburgo: Unión Europea, 2014), 3.

21 Directiva 2011/95/UE del Consejo de Europa, de 13 de diciembre de 2011, “por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida”. Diario Oficial n° L337/9.

“en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen” (artículo 1). Siguiendo el objeto de la Directiva, se deduce que el escenario de los desplazados ambientales podría encuadrar bajo esta protección, empero, la figura jurídica lastimosamente no se ha utilizado y se limita a la hipótesis de la afluencia masiva de desplazados.²²

Para concluir con el análisis del régimen de refugiados, es imprescindible mencionar la Declaración de Nueva York (2016) y del Pacto Mundial de los Refugiados (2018), instrumentos que surgieron a causa de la crisis de refugiados generada por el conflicto sirio. El primero es un documento que compila múltiples principios en materia de refugiados, los cuales pretenden que opere la responsabilidad compartida de todos los Estados, el enfoque integral ante la gestión de la crisis de refugiados y la aplicación efectiva del principio de *non refoulement* y las garantías procesales al momento de determinar el estatus jurídico.²³ Lo anterior no obstó para que los Estados incluyeran a su vez disposiciones en las que resaltan su derecho al control fronterizo y las medidas necesarias para evitar la migración irregular.²⁴

Por su parte, el Pacto Mundial de los Refugiados es un compromiso político, asumido en el contexto de la reunión de Jefes de Estado más amplia en la materia, cuyos objetivos son “reducir las presiones sobre los países de acogida; impulsar su autosuficiencia de los refugiados; ampliar la disponibilidad de soluciones en terceros países y colaborar con los países de origen para crear condiciones que permitan un retorno seguro de los refugiados.”²⁵ No obstante, debe decirse que pese a que estas herramientas representan un gran avance político en la protección internacional de los refugiados, no se analiza profundamente el problema de las movilizaciones forzosas causadas por circunstancias ambientales, situación lamentable considerando la dimensión del encuentro internacional.²⁶

Ahora bien, aunque el régimen de protección de los refugiados tenga elementos clave de protección como el *non-refoulement* o el estándar de trato de los extranjeros, este presenta problemas por la restringida definición de refugiado y la ambigüedad del concepto “persecución”, base de la definición

22 Directiva 2001/55/CE del Consejo de Europa, de 20 de julio de 2001, “relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembro”, Diario Oficial n° L 212/12; Vicente Giménez, “Refugiados climáticos, vulnerabilidad y protección internacional”, 69.

23 Pilar Pozo Serrano. “El Pacto Mundial sobre Los Refugiados: Límites y Contribución a la Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados”. *REEI*, n.º 38, diciembre (2019):10, DOI: 10.17103/reei.38.03.

24 *Ibid.*, 11.

25 *Ibid.*, 14.

26 Asamblea General de Naciones Unidas. “Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018 (Pacto Mundial de los Refugiados)”, Doc A RES/73/151. 2018.

de la Convención de los Refugiados.²⁷ A pesar de la ampliación de la noción refugiado evidenciada en instrumentos como la Convención de la Organización de Unidad Africana (OUA) que regula los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, instrumento donde se incluyen las agresiones externas o la dominación extranjeras como causas para convertirse en refugiado, es muy difícil que con las categorías actuales del régimen internacional de refugiados se pueda proteger satisfactoriamente a los desplazados ambientales.

1.3. RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

En lo referente a aquellas personas que se movilizan forzosamente dentro del territorio de un Estado –desplazados internos–, debe decirse que con base en los principios de soberanía y no intervención, primordialmente el régimen que los cobija es el derecho interno, complementado con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario –en caso de conflicto armado–. En ese sentido, los desplazados internos gozan de los mismos derechos que el resto de la población de su Estado bajo el marco nacional e internacional.²⁸

Sin embargo, considerando que muchas veces el Estado mismo es el responsable del desplazamiento interno y que este fenómeno tiende a ser menos visible que la movilización de los refugiados, se suscitó la necesidad de recopilar los mandatos de los regímenes de protección ya existentes para crear principios enfocados en la materia. El resultado fue la creación de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, los cuales fueron aprobados por la extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) de la mano del Representante Especial del secretario general para Desplazados Internos, Francis Deng.²⁹ Esta iniciativa consistió en 30 principios que aplican para todas las fases del desplazamiento e identifican los derechos y garantías más relevantes para proteger a los desplazados forzados y asistirlos durante su movilización y al momento de su retorno, reasentamiento y su reintegración.³⁰ No obstante, debe recordarse que este documento no tiene carácter vinculante.

Con respecto a instrumentos regionales, la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala, 2009) es el más representativo; se basa en los Principios Rectores, consagra el derecho a la protección ante el

27 Felipe Pérez, “Las migraciones climáticas”, 244.

28 Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección. *Manual para la protección de los desplazados internos; Las Migraciones Climáticas: Retos y Propuestas desde el Derecho Internacional* (Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, 2010), 22.

29 Fernanda Queiroga Silva et al. “Instituciones internacionales: políticas y problemas en la protección internacional de los desplazados internos colombianos”, *Relaciones Internacionales*, n° 40, 2019: 147-151.

30 Robert K. Goldman, “Internal Displacement, the Guiding Principles on Internal Displacement, the Principles Normative Status, and the Need for their Effective Domestic Implementation in Colombia”, *ACDI* 2 (2009): 66.

desplazamiento arbitrario (artículo 4), establece la obligación de adoptar medidas para proteger y ayudar a las personas que han sido desplazadas a causa de desastres naturales o producidos por el ser humano –incluyendo el cambio climático– (artículo 5), entre otras características relevantes. Ahora bien, aunque este instrumento sea sumamente innovador, considerando su vinculatoriedad y la protección directa a aquellos que se ven forzados a desplazarse por motivos ambientales, no incorpora herramientas para garantizar un cumplimiento efectivo y una implementación oportuna.³¹

En cuanto a América Latina, si bien no existe un instrumento en concreto que regule este particular, la Corte Interamericana ha declarado que, a partir de la interpretación evolutiva del artículo 22 de la CADH, se puede proteger el derecho a no ser desplazado forzosamente.³² Todos estos avances representan insumos para proteger a quienes deben abandonar sus hogares a causa de desastres naturales o cambio climático, empero, aun con los instrumentos ya mencionados, gran parte de la doctrina considera que la garantía de los derechos de los desplazados ambientales no es efectiva con las categorías actuales del derecho internacional. Por ende, es menester analizar qué se ha dicho sobre los desplazados ambientales y si estos deben constituir una categoría *sui generis* a nivel del derecho internacional.

2. CONCEPTO DE DESPLAZADOS AMBIENTALES

La terminología en este particular es todo un galimatías. No existe una definición legal para este grupo de personas que migran debido a procesos o eventos medioambientales. Es por eso que son diversas las denominaciones que han recibido; desde el elemento subjetivo se habla de refugiados, desplazados o migrantes y desde el elemento causal se les denomina ambientales, climáticos o ecológicos.³³ Así, son nueve las variantes que pueden surgir de tal escollo terminológico que acrecienta la situación de incertidumbre jurídica en que se encuentra este sector de la población.

2.1. ¿CLIMÁTICO, AMBIENTAL O ECOLÓGICO?

Empezando por el elemento casual que motiva a las personas a movilizarse, es importante clarificar si es preferible referirse a causas climáticas, ambientales o ecológicas. En primer lugar, debe mencionarse que la principal discusión está entre acompañar el elemento subjetivo con el factor del cambio climático

31 Felipe Pérez, “Las migraciones climáticas”, 269.

32 Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134. Párr. 187-188; Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. párrs. 208-209.

33 Fernando López Ramón, “Los refugiados climáticos”, Actualidad Jurídica Ambiental n.º. 68 (2017): 1; Swapnil Tripathi, “Climate Refugees: Acknowledging the Existence of an Imminent Threat”, NLUJ Law Review 4.1 (2017): 26.

o factores medioambientales. Sin embargo, hay autores como WOOD que utiliza la denominación de *ecomigrants* para referirse a aquellas personas que se movilizan voluntariamente a nuevas áreas con el fin de explotar sus recursos naturales, así como a quienes se ven forzados a trasladarse cuando los recursos de los que dependen se destruyen o se ven severamente degradados. Él emplea el prefijo “eco” para aludir a dos términos claves simultáneamente: ecología y economía, considerando que ambos aspectos están íntimamente relacionados.

No obstante, la posición que aquí se sostiene es que, en estricto sentido, las causas económicas y ambientales si bien pueden estar relacionadas no pueden ni deben ser comparadas.

Por otro lado, si simplemente se alude al adjetivo “ecológico”, se debe tener en cuenta que “ecología”, según la Real Academia de la Lengua Española, tiene dos acepciones y conforme a la segunda de ellas se equipara con “medio ambiente”. De modo que, para efectos de definir el elemento causal se entenderá que puede usarse indistintamente ecológico y ambiental.

Ahora bien, referirse a migrante o desplazado climático conlleva un alcance muy restrictivo, en tanto que solo relaciona los impactos ocasionados por el cambio climático, esto es “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables”.³⁴

Aun así, resulta vago atribuir ciertos fenómenos exclusivamente al cambio climático, puesto que, si bien se ha dicho que este incrementa la frecuencia e intensidad de los desastres naturales,³⁵ ¿cómo determinar que el factor exclusivo es el cambio climático? Por ejemplo, sus efectos adversos en los fenómenos meteorológicos podrían ilustrarse con el huracán Katrina que azotó la Costa del Golfo de los Estados Unidos en agosto de 2005 y desplazó temporalmente a más de un millón de personas. Sin embargo, en un análisis más exhaustivo también se puede concluir que los efectos devastadores de tal huracán fueron consecuencia de una mala planificación en caso de desastres, falta de inversión para mantener los diques que protegían la ciudad y la destrucción sistemática de los humedales del delta del Mississippi, que podrían haber mitigado la fuerza de la tormenta.³⁶

Por otro lado, hablar simplemente de movilizaciones por el cambio climático excluiría otro tipo

34 Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1992, artículo 1.2.

35 Bo MacInnis y Jon A. Krosnick, “Climate Insights 2020. Surveying American Public Opinion on Climate Change and the Environment” (Resources for Future, 2020).

36 Oil Brown, “Migración y Cambio Climático”, Serie de estudios de la OIM sobre la migración n° 31: 12-13.

de causas también relacionadas como lo son: la degradación ambiental no causada como resultado del cambio climático, los accidentes químicos, nucleares, biológicos e industriales, los proyectos de desarrollo, de adaptación y mitigación,³⁷ entre otros desastres naturales repentinos o fenómenos de degradación lenta que pueden llevar a la desaparición de ciertos territorios.³⁸ En suma, resulta más apropiado atribuir el fenómeno de desplazamiento a causas ambientales y no simplemente climáticas, ya que incluye los impactos de procesos o eventos tanto naturales como los ocasionados por actividad humana y mixtos.

2.2. ¿REFUGIADO, DESPLAZADO O MIGRANTE?

2.2.1. REFUGIADO AMBIENTAL, CLIMÁTICO O ECOLÓGICO

Las primeras aproximaciones a la problemática que aquí se trata hacían referencia al término *environmental refugee*. Así lo hizo LESTER BROWN en 1976 –ambientalista fundador del *Worldwatch Institute* y del *Earth Policy Institute*– para referirse a personas forzadas a abandonar su hogar debido a cambios en el medio ambiente que les rodea, comprometiendo su bienestar y sustento.³⁹ Luego, en 1985 ESSAM EL-HINNAWI proporcionó la que sería la primera definición de “refugiados ambientales” dentro del debate público en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.⁴⁰ Como director de ese Programa definió “refugiados ambientales” como aquellas personas que se han visto forzadas a abandonar su hábitat tradicional, temporal o permanentemente, debido a una disrupción medioambiental (natural y/o desencadenada por las personas) que pone en peligro su existencia y/o afecta seriamente su calidad de vida. Este autor entendió por “disrupción medioambiental” cualquier cambio físico, químico y/o biológico en el ecosistema (o recurso de base) que lo hacen, temporal o permanentemente no apto para sustentar la vida humana.⁴¹ Esta primera definición se caracteriza por

37 María de las Mercedes Rodríguez Fontán Luchino, “Hacia la construcción de un régimen jurídico Internacional de los desplazados ambientales forzados o refugiados ambientales” (Tesis de doctorado, Universidad Nacional de La Plata, 2016), 67-68.

38 Carre Geo & Environment, “Migración por motivos ambientales para dummies: Inventario de reflexiones sobre la migración ambiental desde el punto de vista de la solidaridad internacional.” (2019): 6.

39 Haydée Bermúdez Guevara, “El migrante climático y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional” *Invest. pens. crit.* 5, n°1 (2017): 66.

40 Carlos Espósito y Alejandra Torres, “Cambio climático y derechos humanos: El desafío de los ‘nuevos refugiados’” *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, n° 1 (2012): 13.

41 Traducción propia. Versión original en inglés:

“(…) environmental refugees are defined as those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life. By “environmental disruption” in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life.” Essam El-Hinnawi, *Environmental Refugees* (Nairobi, United Nations Environmental Programme, 1985): 4.

ser amplia y flexible en cuanto a su alcance temporal, espacial y material⁴²:

1. Alcance temporal: Incluye las movilizaciones tanto temporales como permanentes, de modo que carece de relevancia el carácter irreversible o no de la disrupción medioambiental.
2. Alcance espacial: No distingue entre movilizaciones transnacionales y nacionales, puesto que lo relevante no está en el punto de llegada sino en el punto de partida, esto es, el hábitat tradicional de la persona.
3. Aspecto material: Centra la causa de la movilización en una disrupción ambiental, sin importar si esta se debe a fenómenos naturales o causados por actividad humana, sino destacando el hecho de que afecta la vida humana o su calidad.

En todo caso, a pesar de lo amplio de esta definición, es claro que en esta no podrían encajar personas desplazadas por razones políticas y conflictos civiles o que están guiadas únicamente por móviles económicos.⁴³

Por último, dentro de esta misma línea terminológica también cabe resaltar al profesor MYERS, quien contribuyó ampliamente a la literatura en la materia. Este autor se refirió a los “refugiados ambientales” como aquellas personas que no pueden ganarse la vida de manera segura en sus países de origen debido a sequías, erosión del suelo, desertificación, deforestación y otros problemas ambientales.⁴⁴

Pues bien, tras El-Hinnawi han sido diversos los autores que han seguido empleando esta denominación de “refugiado ambiental”, “refugiado climático” o incluso “refugiado ecológico”.⁴⁵ No obstante, este término de “refugiado” ha tendido a caer en desuso debido a las fuertes críticas que ha merecido por su inocuidad en el campo del derecho internacional. En efecto, tal como se explicó en acápite anteriores, los refugiados son acreedores de ciertas protecciones a la luz del derecho internacional de los refugiados, particularmente la Convención de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos se refiere a factores ambientales. Esto se debe justamente a la época en que fueron diseñados; momento en el cual el tema

42 Espósito y Torres, “Cambio climático y derechos humanos”, 13-14

43 El-Hinnawi, “Environmental Refugees”, 4

44 Traducción propia. Versión original en inglés:

“people who can no longer gain a secure livelihood in their homelands because of drought, soil erosion, desertification, deforestation and other environmental problems, together with associated problems of population pressures and profound poverty. In their desperation, these people feel they have no alternative but to seek sanctuary elsewhere, however hazardous the attempt. Not all of them have fled their countries, many being internally displaced. But all have abandoned their homelands on a semi-permanent if not permanent basis, with little hope of a foreseeable return”. Norman Myers y Jennifer Kent, *Environmental Exodus: An emergent crisis in the global arena* (Washington DC, Climate Institute, 1995), 14

45 Etienne Piguet, *New Issues in Refugee Research*, n.º 153: Climate change and forced migration (UNHCR, 2008): 4.

medioambiental no constituía un punto relevante dentro de la agenda internacional. Es por eso mismo que, para cierto sector de la doctrina, en la actualidad deberían poder aplicarse las protecciones del derecho internacional de los refugiados a las personas que se movilizan debido a factores climáticos o medioambientales. No obstante, el propio ACNUR sigue sin respaldar tal concepto de “refugiado climático”, lo cual se puede sustentar en que:

1. Después de todo, lo cierto es que para considerar a una persona como “refugiada” se establece como requisito que la causa del desplazamiento sea el “temor a la persecución” y la realidad es que ni el cambio climático ni el impacto medioambiental son considerados aún como causas de persecución;⁴⁶ mucho menos individualizada o personal. De manera que, el término refugiado no es legalmente apropiado dentro del derecho internacional para referirse a una persona que se moviliza por tales motivos.
2. El régimen de refugiados solo se refiere a quienes atraviesan fronteras internacionales, por lo que adoptar este término sería excluyente de las personas que se movilizan al interior de un país por las mismas causas climáticas o medioambientales. Por lo tanto, esta sería una opción que podría tender a restar importancia al problema, en especial considerando que la mayoría de las movilizaciones que se realizan por estas causas se dan al interior de los Estados.
3. El concepto de “refugiado” lleva implícito un derecho de regreso cuando haya cesado la causa de la persecución, lo cual puede tornarse imposible cuando los terrenos se vuelven inhabitables de manera permanente.

En conclusión, si bien el término de refugiado climático, ambiental o ecológico ha tendido a usarse masivamente en distintos escenarios, es impreciso si el objetivo es referirse a una protección internacional bajo el derecho internacional de los refugiados. Además, las fuertes prerrogativas que traería consigo la extensión de tal protección no luce atractiva para los Estados. Por lo que, insistir en una protección desde ese ámbito probablemente solo perpetuaría el limbo jurídico en que se encuentran las personas que se movilizan por motivos medioambientales.

2.2.2. MIGRANTE AMBIENTAL, CLIMÁTICO O ECOLÓGICO

Ante la dificultad de llegar a un consenso sobre la denominación para personas que se movilizan por motivos ambientales, en la sesión nonagésimo cuarta del Consejo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en 2007, donde se discutió sobre la relación entre la migración y el medio ambiente, se propuso una definición de migrantes medioambientales: personas o grupos de personas que, por razones poderosas de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afecten

46 Carre Geo & Environment, “Migración por motivos ambientales para dummies”: 6

negativamente sus vidas o sus condiciones de vida se ven obligadas a abandonar su domicilio habitual o eligen hacerlo, ya sea temporal o permanentemente y se movilizan dentro de su país o al extranjero.⁴⁷ Esa definición se conserva casi idéntica según el glosario de 2019 de la OIM,⁴⁸ donde se define al “migrante por motivos ambientales” como:

Persona que, debido principalmente a cambios repentinos o graduales en el medio ambiente que inciden negativamente en su vida o en sus condiciones de vida, se ve obligada a abandonar su lugar de residencia habitual, o decide hacerlo, con carácter temporal o permanente, y se desplaza a otras partes de su país de origen o de residencia habitual, o fuera del mismo.⁴⁹

Asimismo, de manera separada se define la “migración por motivos climáticos” como:

Movimiento de una persona o grupo de personas que, principalmente debido a un cambio repentino o gradual en el medio ambiente como consecuencia del cambio climático, se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual, o deciden hacerlo, con carácter temporal o permanente, dentro de un país o a través de una frontera internacional.⁵⁰

De esta manera, se destaca en estas definiciones varios aspectos. Por un lado, el hecho de que se diferencie entre los motivos ambientales y climáticos. Sin embargo, como se mencionó líneas atrás, los motivos medioambientales incluyen los motivos climáticos. Por otro lado, estas definiciones incluyen las movilizaciones tanto internas como internacionales, así como las forzadas y voluntarias, empero, esto puede resultar problemático.

La dicotomía entre las movilizaciones forzadas y voluntarias es ampliamente debatida, en tanto se sustenta que existen situaciones que no pueden clasificarse en alguno de esos extremos.⁵¹ Este es

47 Traducción propia. Versión original en inglés:

“Environmental migrants are persons or groups of persons who, for compelling reasons of sudden or progressive changes in the environment that adversely affect their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within their country or abroad”. “Discussion Note: Migration and the Environment”, 1 noviembre 2007, MC/INF/288, 1-2.

48 Tanto esta como las demás definiciones que proporciona la OIM y que son citadas en este artículo no necesariamente tienen una vocación legal vinculante, empero, han sido traídas a colación para efectos de acotar los diferentes conceptos como guía para el análisis que aquí se realiza.

49 OIM, *Derecho Internacional sobre Migración: Glosario de la OIM sobre Migración* (Ginebra, OIM, 2019), 138.

50 *Ibid.*, 129.

51 Carmen Egea Jiménez y Javier Iván Soledad Suescún. “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto.” *Cuadernos Geográficos* 49 (2011-2): 201-215.

el caso de las movilizaciones de carácter preventivo con las que se busca hacer frente a fenómenos medioambientales, como sucede especialmente en las zonas rurales donde las familias eligen migrar de manera preventiva antes que esperar a que sus hogares se tornen inviables para su sostenimiento.⁵² Asimismo, esta situación podría ser la de un grupo familiar en la que se elige a uno de sus miembros para enviarle a trabajar fuera de su hábitat tradicional donde el ambiente se ha visto degradado, pero que todavía permite la vida del resto de la familia.⁵³

No obstante, en este artículo se opta por considerar que, en toda movilización por causas ambientales, aunque confluyen diversos factores que determinan el grado de voluntariedad, lo cierto es que siempre llevan de suyo un motivo forzoso detrás que debe estar relacionado, en este caso, los motivos ambientales. Además, es justamente el carácter forzoso lo que puede hacer que este grupo de personas sea merecedor de una protección especial. Así las cosas, aunque en este artículo se considera que la definición proporcionada para “migraciones por motivos ambientales” es apropiada, debería descartarse la expresión “o decide hacerlo”, en referencia a las migraciones voluntarias por motivos ambientales.

2.2.3. DESPLAZADO AMBIENTAL, CLIMÁTICO O ECOLÓGICO

Un sector de la doctrina se refiere a desplazados para tratar el fenómeno que en este artículo se viene comentando. Este es el caso de autores como Zartner que utiliza la denominación “*environmental displaced people*”, Adamo que emplea “*environmentally induced population displacement*” y Arenas que usa el sintagma “desplazados por causas ambientales”.⁵⁴

Pues bien, el desplazamiento según la OIM es definido como:

Movimiento de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado de los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de **catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, o bien para evitar dichos efectos.**⁵⁵

Si bien esta es una definición basada en el punto 2 de los Principios Rectores de los Desplazamiento

⁵² International Organization for Migration, IOM OUTLOOK ON MIGRATION, ENVIRONMENT AND CLIMATE (2014), 22.

⁵³ Felipe Pérez, “Las migraciones climáticas”, 164.

⁵⁴ Felipe Pérez, “Las migraciones climáticas”, 147-148.

⁵⁵ OIM, “Glosario”, 61

Internos,⁵⁶ según la definición de la OIM, es claro que el desplazamiento abarca tanto los desplazamientos internos como los transfronterizos. Además, este fenómeno también incluye de manera diáfana el elemento causal medioambiental. Aun así, la OIM ofrece una definición específica para “desplazamiento causado por desastres”:

Movimiento de personas que se ven forzadas u obligadas a dejar su lugar de origen o residencia habitual a raíz de un desastre o para evitar ser afectados por los efectos de una amenaza natural inmediata y previsible.⁵⁷

En este tipo de desplazamiento las personas afectadas están expuestas a amenazas naturales, incluidos los efectos adversos del cambio climático, frente a las cuales son demasiado vulnerables y no pueden hacer frente a sus repercusiones.⁵⁸ Este desplazamiento causado por desastres puede adoptar la forma de una huida espontánea, una evacuación ordenada o impuesta por las autoridades o un proceso ineludible de reubicación planificada.⁵⁹

Ahora bien, considerando la postura que aquí se sostiene respecto del carácter forzoso de las movilizaciones por causas medioambientales y que el “desplazamiento” es per se forzoso, pareciera que el término de “desplazado medioambiental” sería el más apropiado para referirse a las personas objeto de estudio en este artículo.

Con base en lo expuesto, se comparte la propuesta de definición de Rodríguez Fontán:

El desplazado forzado ambiental es toda persona, pueblo o parte de un pueblo que es obligado a dejar su hábitat, debido a un desastre ambiental o degradación ambiental, porque estos colocan su vida en peligro, o porque no permiten asegurar su sobrevivencia, que sufre la violación de los derechos humanos y que por esa situación es obligado a trasladarse a otro lugar dentro o fuera de su país, y que no puede ser obligado a retornar a sus hábitats mientras dure esa situación de inseguridad para su vida y sus derechos, a quien necesariamente se le debe aplicar el Principio de Asistencia a la Víctima.

Sin embargo, se hace la salvedad de que se considera redundante referirse a desplazados forzados, porque como ya se mencionó el desplazamiento siempre es forzado.

56 Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, 30 septiembre 1998, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2.

57 OIM, “Glosario”, 62

58 Ibid., 62

59 Ibid., 63

3. REGULACIÓN DE LOS DESPLAZADOS AMBIENTALES

Por el momento, la comunidad internacional no ofrece a los migrantes medioambientales un “hogar” ni en el sentido propio, ni en el figurado.⁶⁰ Esto pese a que desde 1990, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés)⁶¹ en su Primer Informe de Evaluación observó que el mayor efecto del cambio climático podría recaer sobre las migraciones humanas. Además, calculaba que en 2050 150 millones de personas podrían ser desplazadas por fenómenos relacionados con el cambio climático como la desertificación, la creciente escasez de agua y las inundaciones y tormentas. Adicionalmente, se estimaba que los desplazamientos relacionados con el cambio climático se producirán principalmente a nivel nacional y afectarán primordialmente a las regiones y países más pobres.⁶²

Teniendo en cuenta su condición de vulnerabilidad, es menester regular la protección de estas personas en concreto. Como sostiene Rodríguez Fontán:

Tal vez ellos sean los muertos vivos, que deambulan entre lo que ha quedado de la construcción de la central hidroeléctrica o de la ruta, de las inundaciones, del ciclón, del terremoto, de la avalancha. Ellos son los desplazados ambientales forzados.⁶³

El principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 (Declaración de Estocolmo) refleja el reconocimiento general de la interdependencia y la interrelación de los derechos humanos y el medio ambiente al señalar que:

El hombre (sic) tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar.

Sin embargo, desde que en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

60 Brown, “Migración y Cambio Climático”, 36.

61 “Principal organismo internacional para la evaluación del cambio climático. Fue establecido por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Meteorológica Mundial en 1988 para proporcionar al mundo una visión científica clara sobre el estado actual de los conocimientos sobre el cambio climático y sus posibles impactos ambientales y socioeconómicos.” “Organization”, Intergovernmental Panel on Climate Change, acceso el día 10 de abril 2021, <https://archive.ipcc.ch/organization/organization.shtml>

62 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe anual del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general, 15 de enero de 2009, A/HRC/10/61, 20.

63 Rodríguez, “Hacia la construcción de un régimen jurídico Internacional de los desplazados ambientales forzados o refugiados ambientales”, 64.

de 1992 (CMNUCC) se estableció un marco internacional común y amplio para hacer frente a los problemas del cambio climático, el enfoque principal fue científico y técnico. Solo a partir de la Resolución 2005/60 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, se empezaron a sentar las bases de un nuevo enfoque del cambio climático basado en los derechos humanos donde se reconoce las relaciones entre este fenómeno y las migraciones.⁶⁴ De ahí que en 28 de marzo de 2008, adoptara la Resolución 7/23 sobre derechos humanos y cambio climático, donde se solicitó a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que realizara un estudio analítico detallado de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos. En efecto, este estudio se plasmó en la Resolución A/HRC/10/61 del 15 de enero de 2009, en la cual se señala, entre otras cosas, que “las personas que, de manera voluntaria o forzosa, se desplazan cruzando una frontera internacional a causa de factores ambientales deberían tener derecho a las garantías generales de los derechos humanos en el Estado receptor (...)”⁶⁵ y concluye que:

Los efectos relacionados con el cambio climático expuestos en los informes de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático tienen una serie de consecuencias para el goce efectivo de los derechos humanos. Los efectos en los derechos humanos pueden ser de carácter directo, como la amenaza que los fenómenos meteorológicos extremos pueden suponer para el derecho a la vida, pero a menudo tienen un efecto indirecto y progresivo en los derechos humanos, como el aumento de la tensión sobre los sistemas de salud y de las vulnerabilidades relacionadas con la migración inducida por el cambio climático.⁶⁶

Asimismo, en 2008 aparece el primer informe sobre cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano elaborado por ACNUR. A partir de este momento, la relación entre cambio climático, derechos humanos y migraciones es objeto de informes periódicos realizados por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ACNUR y el Relator Especial sobre las repercusiones del calentamiento global para los derechos humanos.

Ahora bien, en el marco de la CMNUCC se encuentran diversos acuerdos y mecanismos relacionados con las migraciones medioambientales, entre ellos:

1. Marco de Adaptación de Cancún, adoptado en la Conferencia de las Partes (COP)16 en 2010, cuyo objetivo principal es mejorar la acción de adaptación al cambio climático para lo cual invita a

64 Vicente Giménez, “Refugiados climáticos, vulnerabilidad y protección internacional”, 73.

65 Ibid., 21

66 Ibid., 2

intensificar “la adopción de medidas para mejorar el entendimiento, la coordinación y la cooperación en lo que respecta al desplazamiento, la migración y el traslado planificado como consecuencia del cambio climático, cuando corresponda, a nivel nacional, regional e internacional.”⁶⁷

2. Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños, constituido por la COP19 en el año 2013. Su objetivo es poder afrontar las pérdidas y los daños relacionados con las repercusiones del cambio climático, especialmente para los países más vulnerables. En particular, alienta a las Partes a que consideren “los fenómenos extremos y los fenómenos de evolución lenta, las pérdidas no económicas, los desplazamientos, la migración y la movilidad humana, así como la gestión integral del riesgo, en los planes y medidas pertinentes, según proceda (...)”.⁶⁸

3. De lo logrado en la COP21, se destacan dos aspectos relevantes:

a. Se otorgó el mandato a su Comité Ejecutivo para que creara un Grupo de Trabajo sobre Desplazamiento, el cual presentó sus recomendaciones para enfoques integrados con el fin de evitar, minimizar y abordar el desplazamiento relacionado con los impactos del cambio climático; su mandato se extendió en el año 2018.

b. El Acuerdo de París establece en su preámbulo lo que se cita a continuación: Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.⁶⁹

Pese a estos acuerdos, el tema no ha recibido la debida atención. Además, en estas COP no hubo participación de especialistas en temas migratorios; hubo falta de interés político debido a la crisis con los refugiados sirios en el tratamiento del problema; y se estableció una protección limitada solo a las víctimas de desastres ambientales relacionados con el cambio climático.⁷⁰

También es importante mencionar algunas iniciativas particulares, tales como:

67 Marco de Adaptación de Cancún, 2010, párr. 14.f.

68 Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños, 2013, párr. 9.

69 Acuerdo de París, 12 de diciembre de 2015.

70 Ana Carolina Barbosa Pereira Matos y Tarin Cristino Frota Mont'Alverne, “O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP 21”, Revista de Direito Internacional 13 n.º 12 (2016): 65, doi: 10.5102/rdi.v13i2.3931

- a. La Iniciativa Nansen (2012-2015), implementada con la Agenda para la Protección de Personas Desplazadas a través de Fronteras en el contexto de Desastres y Cambio Climático. Su objetivo es servir de complemento a los marcos y mecanismos ya existentes, buscando consensos entre los Estados afectados sobre cuál es la mejor forma de responder a los problemas del desplazamiento transfronterizo en el contexto de los desastres, incluidas las repercusiones negativas del cambio climático.⁷¹
- b. Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres (2016) liderada por los Estados que continúa con la labor de la Iniciativa Nansen y reúne a un grupo comprometidos en apoyar la ejecución de la Agenda de Protección, la cual ofrece a los países una caja de herramientas para reforzar la prevención de los desplazamientos y estar mejor preparados para afrontar esta situación antes de que ocurra un desastre.⁷²
- c. Directrices para la Protección de Migrantes en Países Afectados por Conflictos o Desastres Naturales (2014) con la finalidad de informar, sustentar y orientar las acciones destinadas a la protección de los migrantes en los países afectados por estas situaciones de crisis tanto en la fase de preparación como de respuesta y operaciones consecutivas a la crisis.⁷³
- d. Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres y aprobado en 2015. Su objetivo es reducir sustancialmente el riesgo de desastres y de las pérdidas de todo tipo ocasionadas por los desastres, lo que impactaría sobre las migraciones ambientales, pues los desastres se podrían contener.⁷⁴

En suma, si bien hay distintos llamados de atención al tema de la migración ambiental, lo cierto es que no ha habido avances legalmente vinculantes en relación con la protección de estas personas en el plano internacional. Tal desprotección ya se ha puesto de manifiesto en casos como el de los Inuit y el del señor Teiotiota.

3.1. CASO DE LOS INUIT

Los Inuit son una comunidad indígena que habita la región ártica de Canadá, Alaska, Groenlandia

71 Walter Kälin, “La Iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres”, *Migraciones Forzadas: Desastres y desplazamiento en un clima cambiante* (2015), <https://www.fmreview.org/es/cambioclimatico-desastres/kaelin>

72 “Plataforma sobre desplazamiento por desastres. Una iniciativa liderada por los estados con miras a brindar una mejor protección para las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático”: 5, acceso el día 10 de abril de 2021: 5 <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e586ee44.pdf>

73 Iniciativa Migrantes en Países en Situaciones de Crisis: 19, acceso el día 10 de abril de 2021, https://micicinitiative.iom.int/sites/default/files/document/micic_guidelines_spanish_web_17_10_2016.pdf

74 Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, UNISDR/GE/2015, 12

y Rusia. Esta es una región compuesta principalmente por tundra, la cual necesita estar permanente helada en las capas inferiores y los aumentos de temperatura rompen su frágil equilibrio, derritiendo hielo con más intensidad y creando corrientes que desembocan en el mar. Esto trae consigo graves impactos para el pueblo Inuit, que fueron puestos de presente a través de una solicitud por parte del Círculo Polar Ártico ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en nombre de todas las regiones árticas de Estados Unidos y Canadá, en contra de los Estados Unidos por su responsabilidad en relación con los impactos del calentamiento global en su modo de vida, debido a sus acciones y omisiones en relación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el PIDCP, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y algunos instrumentos internacionales de derecho ambiental.⁷⁵

Desafortunadamente, la Comisión rechazó la solicitud alegando que la información allí contenida no satisfacía los requerimientos pertinentes y no permitía determinar si los hechos alegados podrían declararse como violatorios de los derechos protegidos por la Declaración Americana.⁷⁶

3.2 CASO TEITIOTA

Ione Teitota es un nacional de la República de Kiribati, territorio insular que junto a Maldivas, Tuvalu y Tokelau están amenazados por el aumento del nivel del mar. Desde los años 2000, junto a su esposa tuvo que enfrentarse a una vida en tierras de mala calidad y constantemente expuesta a inundaciones. Por esa razón, en 2007 decidió dejar su hogar en Tarawa e irse a Nueva Zelanda hasta que sus visas se vencieron, lo cual conllevaba necesariamente a su deportación a Kiribati. Fue por ello que comenzó una lucha legal para solicitar asilo o refugio conforme al Immigration Act 2009 de Nueva Zelanda, la Convención de los Refugiados de 1951 y otros tratados de derechos humanos.⁷⁷

Respecto al asilo en Nueva Zelanda, el Tribunal de Inmigración y Protección rechazó su solicitud. Asimismo, la Cámara de Apelaciones y la Suprema Corte rechazaron las consiguientes apelaciones del autor en este sentido. En primera instancia, el Tribunal reconoció que la normativa interna de Nueva Zelanda obliga a reconocer a los refugiados de acuerdo con lo establecido en la Convención de 1951 y no excluyó la posibilidad de que pueda abrirse un camino para brindar tal protección por razones de

75 Inuit People Petition 1413/05 vs. The United States, Diciembre 7, 2005: 1-8.

76 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Inuit People Decision 1413/05 vs. The United States, Noviembre 16, 2006.

77 Simon Behrman y Avidan Kent, “The Teitiotia Case and the limitations of the human rights framework”, QIL, Zoom-in 75 (2020): 26-27, 25-39.

degradación ambiental.⁷⁸

Luego, la Corte Suprema de Nueva Zelanda denegó la apelación de la decisión del Tribunal el 20 de julio de 2015. Consideró que no había pruebas de que el Gobierno de la República de Kiribati no estuviera tomando medidas para proteger a sus ciudadanos de los efectos de la degradación ambiental en la medida de lo posible. Además, concluyó que el autor no enfrentaba objetivamente un riesgo real de ser perseguido si regresaba a Kiribati, ya que no había participado en disputas de tierras en el pasado y tampoco había evidencia de que pudiera participar en el futuro. Por lo tanto, el autor debía poder ser capaz de encontrar medios de subsistencia en Kiribati. En consecuencia, no se otorgó la protección como “refugiado” y tampoco se consideró que existieran motivos sustanciales para creer que estarían en peligro de una privación arbitraria de la vida en los términos del artículo 6 del PIDCP.⁷⁹

En un último intento, el señor Teitota, representado por el abogado Michael J. Kidd presentó una comunicación al Comité de Derechos Humanos fundada en que la deportación a la República de Kiribati por el Estado de Nueva Zelanda violó su derecho a la vida (artículo 6 del PIDCP), porque había sido privado de sus medios de subsistencia, debido a que sus cosechas habían sido destruidas por los depósitos de sal en el suelo, a las frecuentes e intensas inundaciones, a la sobrepoblación, a las violentas disputas por la creciente escasez de tierra habitable en Tarawa, y a su falta de acceso al agua potable; así que las autoridades de Nueva Zelanda no evaluaron adecuadamente el riesgo inherente a su deportación.⁸⁰ Esta comunicación fue admitida, a trámite por el Comité.

Después de estudiar a fondo el asunto, con dos votos disidentes, el Comité de Derechos Humanos concluyó que, a pesar de la continua responsabilidad de Nueva Zelanda de tener en cuenta en futuros casos de deportación la situación sobre los efectos del cambio climático en la República de Kiribati, el Comité no estaba en condiciones de sostener que los derechos del señor Teitona fueron violados tras su deportación a la República de Kiribati en 2015 conforme al artículo 6 del PIDCP. Además, no se podía concluir que la evaluación de las autoridades del Estado neozelandés –que sostenía que las medidas adoptadas por la República de Kiribati serían suficientes para proteger el derecho a la vida del autor– era claramente arbitraria o errónea o equivalía a una denegación de justicia, más aún cuando se encontró que la República de Kiribati estaba tomando medidas de adaptación para reducir las vulnerabilidades existentes y aumentar la resistencia frente los daños relacionados con el cambio

78 Comité de Derechos Humanos, “Ioane Teitiota c. Nueva Zelanda” trad. Laureano Rodríguez Di Santo e Ignacio Odrizol, *Revista Internacional de Derechos Humanos* 10, n.º 2 (2020): 267, revistaidh.org

79 *Ibid.*, 272-274.

80 Comité de Derechos Humanos, “Ioane Teitiota c. Nueva Zelanda” trad., 289.

climático.⁸¹

En definitiva, si bien existe un reconocimiento de la problemática de los desplazamientos medioambientales a nivel político y legal, la población afectada sigue estando en un limbo jurídico. Pese a la riqueza de los debates en la materia, no existe ni un reconocimiento legal de este tipo de desplazamiento ni mucho menos un tratamiento jurídico uniforme.⁸²

4. EL FENÓMENO DEL DESPLAZAMIENTO AMBIENTAL EN AMÉRICA LATINA

Una vez analizado a profundidad los insumos teóricos relativos a la necesidad de protección de los desplazados ambientales, surge la pregunta: ¿es de utilidad abordar esta problemática en Latinoamérica? Para responderla, resulta pertinente describir cómo se ha desarrollado este fenómeno en la región. En primer lugar, de acuerdo con un estudio del Banco Mundial, la proyección en cuanto a esta problemática en el continente está de la siguiente manera:

Se predice que, en 2050, los denominados “migrantes climáticos internos”, es decir, las personas forzadas a desplazarse dentro de sus países debido a los efectos climáticos de evolución lenta, como escasez de agua, pérdida de cosechas y aumento del nivel del mar, oscilarán entre 9.4 millones y 17.1 millones de personas en América Latina (hasta el 2.6 % de la población total de la región).⁸³

Respecto a casos concretos, vale la pena destacar el caso de Centroamérica, una de las regiones más afectadas por fenómenos climáticos de evolución rápida como los huracanes y las inundaciones.⁸⁴ Si bien esta situación ha suscitado mayormente desplazamiento interno, esto no obstó para que se generaran movilizaciones forzadas internacionales, principalmente a través de rutas migratorias desde países como El Salvador, Honduras y Nicaragua rumbo a México y Estados Unidos.⁸⁵

Entre los fenómenos más destacados están: el huracán Mitch (1998), los terremotos de Nicaragua (1972)

81 Vicente Giménez, “Refugiados climáticos, vulnerabilidad y protección internacional”, 82.

82 Bermúdez, “El migrante climático”, 70.

83 David James Cantor, *Desplazamiento Transfronterizo, Cambio Climático Y Desastres: América Latina Y El Caribe* (ACNUR, 2018), 14; Grupo Banco Mundial, “Internal Climate Migration in Latin America”, Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration, Nota de política N.º 3, 2018.

84 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Los efectos de evolución lenta del cambio climático y la protección de los migrantes transfronterizos* (ACNUDH, 2018). 47-50.

85 Ibid

y El Salvador (2000), los fenómenos climáticos de El Niño (1973 y 1983), el Huracán Otto de 2016,⁸⁶ y, recientemente, el Huracán Iota (2020). Sobre este último, es menester mencionar que tuvo alcances insólitos, a tal punto de generar prácticamente la destrucción de la isla colombiana de Providencia, generando gran número de desplazados.⁸⁷ Del mismo modo, diversas poblaciones en Panamá vieron la necesidad de desplazarse a causa del aumento del nivel del mar, sequías prolongadas, pérdida de cultivos y escasa disponibilidad de recursos hídricos.⁸⁸ Lo anterior evidencia que los fenómenos climáticos de evolución lenta también afectan la región.

En Suramérica, han acontecido fenómenos tales como sequías que generan migraciones tanto permanentes como temporales. Por ejemplo, en la región de Coquimbo, Chile, las sequías han azotado a la población, a tal punto que son la principal causa de desplazamiento de las personas hacia los centros urbanos más grandes del país.⁸⁹ Sin embargo, en América del Sur los desastres de evolución lenta no son los protagonistas en suscitar una elevación representativa en los índices de movilidad humana.⁹⁰ Por el contrario, los desastres repentinos ocasionaron más de 11 millones de desplazados internos y algunos casos transfronterizos, como el desplazamiento por inundaciones de Colombia a Ecuador y de Bolivia a Brasil, y el desplazamiento a causa de terremotos de Chile a Argentina.⁹¹ Por su parte, en el Caribe los huracanes, las erupciones volcánicas y los terremotos han generado un aumento de la migración dirigida hacia Estados Unidos.⁹²

A raíz de esta situación, con ocasión al trigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena, los países latinoamericanos se comprometieron a trabajar en la búsqueda de soluciones para la coyuntura de los desplazados, refugiados y apátridas en la región, creando la Declaración y el Plan de Acción de Brasil de 2014. En aquel instrumento, se reconoce la relación entre los desastres ambientales, el cambio climático y el desplazamiento transfronterizo, razón por la cual denota un gran avance en la política regional frente a la problemática.⁹³

86 Ibid

87 Tatiana Rojas Hernández, “Cambio climático: ¿damnificados o desplazados? Un debate necesario”, *El Tiempo*, 26 de noviembre de 2020, acceso 10 de abril de 2021, <https://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/providencia-damnificados-o-desplazados-un-debate-necesario-551124>

88 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Efectos de evolución lenta del cambio climático”, 2020.

89 Marco Fajardo, “Proyecto transmedia saca a la luz el drama de los migrantes climáticos en Chile”, *El Mostrador*, 20 de abril de 2021, acceso 10 de abril de 2021, <https://www.elmostrador.cl/cultura/2020/04/20/proyecto-transmedia-saca-a-la-luz-el-drama-de-los-migrantes-climaticos-en-chile/>

90 David James Cantor, 7-11.

91 David James Cantor, 18.

92 Ibid

93 David James Cantor, 7-11.

En lo referente a aquellos megaproyectos que afectan el medio ambiente, América Latina es una de las regiones en las que mayor desplazamiento se ha generado a causa de estas obras. De hecho, los organismos internacionales de carácter regional han tenido la oportunidad de abordar estas problemáticas vía judicial o cuasijudicial. Por ejemplo, en 2011 la CIDH concedió una medida cautelar para detener la construcción de la represa de Belo Monte, proyecto que ha generado el desplazamiento de miles de personas.⁹⁴ Lastimosamente, por falta de voluntad política del Estado la medida no fue cumplida a cabalidad.⁹⁵

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tangencialmente ha estudiado el desplazamiento causado por megaproyectos, especialmente, enfocados en industrias extractivas. Por ejemplo, en *Sarayaku v. Ecuador*, un caso cuyo marco fáctico yace en la concesión de un permiso a una empresa para la explotación de petróleo en un territorio indígena, la Corte a través de una prueba pericial identificó que el interés petrolero y políticas estatales sin garantías desplazaron a población indígena y fomentaron la desaparición de estos pueblos étnicos.⁹⁶

A pesar del carácter destacable de estos pronunciamientos, estos organismos no han abordado la problemática de la movilización cuyo origen son los fenómenos climáticos de evolución lenta o repentinos. Lo más relevante se ha establecido tangencialmente en los estándares interamericanos de movilización humana de la CIDH –en los que se reconoce al cambio climático y los desastres naturales como factores influyentes en la migración nacional e internacional–⁹⁷ y la Opinión Consultiva 23-17 de la Corte IDH, que reconoce una relación interdependiente entre protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.⁹⁸

En ese sentido, considerando el carácter *sui generis* de la coyuntura y su impacto en la región latinoamericana, es necesario encontrar una alternativa con el fin de proteger jurídicamente a los desplazados ambientales en el continente. Con base en lo analizado, el punto de partida debe distinguir entre el régimen de refugiados y este nuevo régimen, en tanto que el contexto político del concepto

94 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingú, N°382/10 Brasil, 11 de noviembre, 2009.

95 Danielle Pamplone y Danielle Anonni. La protección del medio ambiente según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: socioambientalismo y el caso Belo Monte. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, VII n.º 1, (2016):18-20.

96 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2013. Serie C, n° 245, párr. 170.

97 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares Interamericanos, párr. 17.

98 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17. “Medio Ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”, 15 de noviembre de 2017, Serie A n.º 23, párr. 53.

de “refugiado” y las particularidades de los desplazados ambientales hacen más práctico y técnico un régimen autónomo. Asimismo, este innovador régimen no debería excluir ni a los desplazados internacionales ni a los internos; sencillamente debe haber un enfoque diferenciado, pero con un marco común.

Para ello, debe existir un conjunto de normas mínimas que protejan a los desplazados ambientales y se adapten a su contexto. Como punto de partida podrían tomarse los lineamientos de la Directiva de Protección Temporal (2001/55/CE), implementando una protección temporal que facilite temas como: documentación, ayuda administrativa, ejercer actividades retributivas, acceso a la educación, entre otros, sin limitarse a la hipótesis de la afluencia masiva.

De esta forma, se garantizaría una protección que se acople a esta especial coyuntura, sin que se trate del mismo modo que el régimen de refugiados, lo cual permitiría avances políticos de una forma más expedita. Puntualmente, con el propósito de concretar estas ideas en material palpable para una salvaguarda efectiva, se sugieren dos métodos:

1. La aplicación, por parte de los organismos regionales, de la interpretación evolutiva incorporada en el artículo 29 de la CADH, que consiste en analizar los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos e implementar una interpretación que considere la evolución de los tiempos y los contextos en particular.⁹⁹ Este modelo ya ha sido aplicado en ámbitos como el derecho de propiedad, el cual ha sido utilizado por la Corte IDH para proteger los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente.¹⁰⁰ De hecho, con el movimiento de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el caso *Lhaka Honhat v. Argentina*, puede interpretarse que de este derecho se deriva la obligación estatal de proteger a quienes son desplazados por razones medio ambientales; incluso, se deriva la necesidad de reconocer el estatus general de desplazados ambientales.¹⁰¹

2. Sumado al punto anterior, a través de la voluntad política de los Estados podría crearse

99 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El Derecho a La Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Serie A n°16, párr. 114.

100 Andrés Fernando Moreno Cisneros “La Interpretación Jurídica Evolutiva En La Corte Interamericana De Derechos Humanos Aplicada Al Derecho A La Propiedad” (Disertación previa a la obtención del título de licenciado en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Del Ecuador, 2013), 81.

101 Fernando Carlos Terreros Calle. “Derecho a la protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales* 18, n°2 (2020):175; Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C N°. 400, para. 289.

un instrumento a nivel regional vinculante, que permita la protección de los desplazados ambientales enfocada a las complejidades de América Latina.

CONCLUSIONES

En esta investigación se ha analizado la complejidad del fenómeno de desplazamiento por motivos ambientales, a raíz de lo cual se pueden destacar varias ideas:

1. Teniendo en cuenta que la migración es un fenómeno históricamente conocido, la comunidad internacional ha creado diversos regímenes para la protección de las personas en este aspecto. Sin embargo, los nuevos tiempos y necesidades han sometido a debate cuestiones novedosas como el desplazamiento ambiental, a las cuales los regímenes existentes no responden de manera adecuada. De un lado, el régimen del derecho internacional de los derechos humanos resulta insuficiente para dar algún estatus a los desplazados ambientales del cual se deriven garantías precisas. Por otro lado, el derecho internacional de los refugiados es muy restrictivo en cuanto a su ámbito de aplicación, por lo que no solo es difícil jurídicamente encuadrar los desplazamientos ambientales en esta categoría, sino que es políticamente inviable, al menos en un futuro cercano. Finalmente, en cuanto al régimen de desplazamiento interno, lo cierto es que no es un referente importante en la protección de los desplazados ambientales, puesto que no está plenamente consolidado y aún deja muchos aspectos relegados a la soberanía estatal.

2. Existe un amplio debate en relación con la terminología de las movilizaciones por motivos ambientales. Esta discusión no es menor considerando la multiplicidad de regímenes de migración y la necesidad de brindar una protección adecuada a quienes padecen hoy más que nunca las consecuencias del cambio climático y otros fenómenos ambientales. De hecho, la falta de un entendimiento común sobre la denominación de esta problemática dificulta el consenso para crear un marco de regulación en la materia. Por lo tanto, se requiere definir un término apropiado, que debería ser “desplazado ambiental”, en el cual predomina el carácter forzado de la movilización a causa de fenómenos ambientales ya sea de aparición repentina o progresiva y debido a causas naturales o por actividad humana. Además, este término incluye movilizaciones tanto individuales como colectivas, a nivel nacional o transfronterizo y temporales o permanentes.

3. El fenómeno del desplazamiento ambiental no merece menos importancia en América Latina. Constantemente acontecen fenómenos ambientales tanto naturales como ocasionados

por actividad humana –especialmente por industrias extractivas– que sitúan a las poblaciones en escenarios bastante problemáticos. Esto es debido a la ausencia de consensos sobre normas mínimas de protección de los desplazados ambientales en la región. Si bien no se propende por la intromisión desproporcionada en la soberanía de los Estados, sí debe existir un marco de respuesta común frente a estos fenómenos de manera paralela a la regulación interna de cada país. Por ello se propone crear un régimen de protección latinoamericano para los desplazados ambientales que incluya mecanismos de prevención, respuesta y adaptación para futuros desastres. En aras de tal regulación puede hacerse uso de aquellas iniciativas que dan una luz frente a este problema. En ese sentido, puede tomarse como punto de referencia la Directiva de Protección Temporal (2001/55/CE) para facilitar los mecanismos de respuesta frente a la circulación y asentamiento de las poblaciones afectadas, en donde puedan tener garantías dependiendo sus necesidades. Así mismo, deberían tomarse en consideración las iniciativas particulares ya existentes para fortalecer los procesos estatales de prevención frente a fenómenos medioambientales. Sin embargo, considerando el tiempo que lleva crear consensos entre los Estados, también se propone que el activismo judicial contribuya a la regulación de esta problemática. Así, desde el SIDH puede abogarse por interpretaciones evolutivas desde el derecho de circulación para darle un estatus y garantías a los desplazados ambientales, teniendo en cuenta además la consolidación de la justiciabilidad y autonomía de los DESCA en el Sistema, especialmente, del derecho a un medio ambiente sano.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Altamirano Rúa, Teófilo. *Refugiados ambientales, cambio climático y migración forzada*. Lima: Universidad Católica del Perú, 2014.
- Barbosa Pereira Matos, Ana Carolina y Frota Mont'Alverne, Tarin Cristino. "O regime internacional do clima e a proteção aos "refugiados climáticos": quais desafios da COP 21". *Revista de Direito Internacional* 13 n. 12 (2016): 52-77. doi: 10.5102/rdi.v13i2.3931
- Behrman, Simon y Kent, Avidan. "The Teitiota Case and the limitations of the human rights framework". *QIL, Zoom-in* 75 (2020): 25-39.
- Brown, Oil. "Migración y Cambio Climático", Serie de estudios de la OIM sobre la migración n.º 31.
- Cantor, David James. "Desplazamiento Transfronterizo, Cambio Climático Y Desastres: América Latina Y El Caribe". ACNUR, 2018.
- Carre Geo & Environment, "Migración por motivos ambientales para dummies: Inventario de

- reflexiones sobre la migración ambiental desde el punto de vista de la solidaridad internacional”. 2019.
- El-Hinnawi, Essam. “Environmental Refugees”. Nairobi, United Nations Environmental Programme, 1985.
- Espósito, Carlos y Alejandra Torres. “Cambio climático y derechos humanos: El desafío de los ‘nuevos refugiados’”. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, n.º 1 (2012): 67-86.
- Fajardo, Marco “Proyecto transmedia saca a la luz el drama de los migrantes climáticos en Chile”, *El Mostrador*, 20 de abril de 2021, acceso 10 de abril de 2021 <https://www.elmostrador.cl/cultura/2020/04/20/proyecto-transmedia-saca-a-la-luz-el-drama-de-los-migrantes-climaticos-en-chile/>
- Goldman, Robert K, “Internal Displacement, the Guiding Principles on Internal Displacement, the Principles Normative Status, and the Need for their Effective Domestic Implementation in Colombia”, *ACDI* 2 (2009): 7-426.
- Goodwin-Gill, Guy S y McAdam, Jane. *Cambio climático, desastres y desplazamiento*. Ginebra: ACNUR, 2017.
- Grupo Banco Mundial, “Internal Climate Migration in Latin America”, Groundswell: Preparing for Internal Climate” Migration, Nota de política N.º 3, 2018.
- Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección. “Manual para la protección de los desplazados internos; Las Migraciones Climáticas: Retos y Propuestas desde el Derecho Internacional”. Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, 2010.
- Bermúdez Guevara, Haydée. “El migrante climático y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico internacional” *Invest. pens. crit.* 5 n.º 1 (2017): 65-72.
- Jiménez, Carmen Egea y Javier Iván Soledad Suescún. “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto.” *Cuadernos Geográficos* 49 (2011-2): 201-215.
- Kälin, Walter. “La Iniciativa Nansen: crear consenso sobre el desplazamiento en el contexto de los desastres”, *Migraciones Forzadas: Desastres y desplazamiento en un clima cambiante* (2015), <https://www.fmreview.org/es/cambioclimatico-desastres/kaelin>
- López Ramón, Fernando. “Los refugiados climáticos”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º. 68 (2017): 1-6.
- MacInnis, Bo y Krosnick, Jon A. “Climate Insights 2020. Surveying American Public Opinion on Climate Change and the Environment”. Resources for Future, 2020.
- Moreno Cisneros, Andrés Fernando. “La Interpretación Jurídica Evolutiva En La Corte Interamericana De Derechos Humanos Aplicada Al Derecho A La Propiedad”. Disertación previa a la obtención del título de licenciado en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Del Ecuador, 2013.

Myers, Norman y Kent, Jennifer. “Environmental Exodus: An emergent crisis in the global arena”. Washington DC, Climate Institute, 1995.

Pamplona, Danielle y Annonni, Danielle. La protección del medio ambiente según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: socioambientalismo y el caso Belo Monte. *Revista Catalana de Dret Ambiental* VII, n.º. 1, (2016): 1-27.

Pérez, Felipe y Beatriz Irene. “Las migraciones climáticas: retos y propuestas desde el derecho internacional”. Tesis doctoral. Universitat Rovira I Virgili, 2016.

Piguet, Etienne. *New Issues in Refugee Research, n.º 153: Climate change and forced migration*. UNHCR, 2008.

Pozo Serrano, Pilar. “El Pacto Mundial sobre Los Refugiados: Límites y Contribución a la Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados”. *REEI*, n.º. 38 (2019) DOI: 10.17103/reei.38.03

Queiroga Silva, Fernanda, Ana Paula Maielo Silva, Jeane Silva de Freitas y José Késsio Flore Lemos. “Instituciones internacionales: políticas y problemas en la protección internacional de los desplazados internos colombianos”, *Relaciones Internacionales*, n.º 40 (2019): 133 - 170.

Rodríguez Fontán Luchino, María de las Mercedes. “Hacia la construcción de un régimen jurídico Internacional de los desplazados ambientales forzados o refugiados ambientales”. Tesis de doctorado, Universidad Nacional de La Plata, 2016.

Rojas Hernández, Tatiana, “Cambio climático: ¿damnificados o desplazados? Un debate necesario”, *El Tiempo*, 26 de noviembre de 2020, acceso 10 de abril de 2021, <https://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/providencia-damnificados-o-desplazados-un-debate-necesario-551124>

Swapnil Tripathi, “Climate Refugees: Acknowledging the Existence of an Imminent Threat”, *NLUJ Law Review* 4.1 (2017).

Terreros Calle, Fernando Carlos. “Derecho a la protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales* 18, n.º 2 (2020): 151-183.

Vicente Giménez, Teresa. “Refugiados climáticos, vulnerabilidad y protección internacional”. *SCIO. Revista de Filosofía*, n.º 19 (2020): 63-99 DOI: 10.46583/scio_2020.19.694

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CIDH Y CORTE IDH

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Inuit People Decision 1413/05 vs. The United States, noviembre 16, 2006.

----- Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingú, N°382/10 Brasil, 11 de noviembre, 2009.

----- Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y

desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aprobado el 31 de diciembre de 2015.

Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C N^o. 400.

----- Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005; Serie C No. 134.

----- Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

----- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2013. Serie C, n^o 245.

----- Opinión Consultiva OC-16/99, “El Derecho a La Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”.

----- Opinión Consultiva OC-23/17. “Medio Ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”, 15 de noviembre de 2017, Serie A n.º 23.

DOCUMENTOS ONU

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Preguntas y respuestas, septiembre de 2007.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, Doc. A/HCR/10/61, 2009.

----- “Los efectos de evolución lenta del cambio climático y la protección de los migrantes transfronterizos”, ACNUDH, 2018.

Asamblea General de Naciones Unidas. “Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2018 (Pacto Mundial de los Refugiados)”, Doc A RES/73/151. 2018.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “Migración y desarrollo sostenible: la centralidad de los derechos humanos Textos seleccionados 2008-2019” Santiago: Naciones Unidas, 2019.

Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe anual del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general, 15 de enero de 2009, A/HRC/10/61, 20.

Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1992, artículo 1.2.

Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, 30 septiembre 1998, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2.

DOCUMENTOS UNIÓN EUROPEA

Comisión Europea: Un Sistema Europeo Común de Asilo: Luxemburgo: Unión Europea, 2014.

Directiva 2001/55/CE del Consejo de Europa, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembro. Diario Oficial n° L 212/12

Directiva 2011/95/UE del del Consejo de Europa, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Diario Oficial n° L337/9

OTROS

“Discussion Note: Migration and the Environment”, 1 noviembre 2007, MC/INF/288

“Organization”, Intergovernmental Panel on Climate Change, acceso el día 10 de abril 2021, <https://archive.ipcc.ch/organization/organization.shtml>

“Plataforma sobre desplazamiento por desastres. Una iniciativa liderada por los estados con miras a brindar una mejor protección para las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático”: 5, acceso el día 10 de abril de 2021, <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e586ee44.pdf>

Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Declaración de Cartagena sobre refugiados. 1984.

Comité de Derechos Humanos, “Ioane Teitiota c. Nueva Zelanda” trad. Laureano Rodríguez Di Santo e Ignacio Odriozol, *Revista Internacional de Derechos Humanos* 10, n. 2 (2020): 265-297, revistaidh.org

Iniciativa Migrantes en Países en Situaciones de Crisis: 19, acceso el día 10 de abril de 2021, https://micicinitiative.iom.int/sites/default/files/document/micic_guidelines_spanish_web_17_10_2016.pdf

International Organization for Migration, IOM OUTLOOK ON MIGRATION, ENVIRONMENT AND CLIMATE (2014)

Marco de Adaptación de Cancún, 2010, párr. 14.f.

Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, UNISDR/GE/2015, 12

Mecanismo Internacional de Varsovia para las Pérdidas y los Daños, 2013, párr. 9.

OIM, “Derecho Internacional sobre Migración: Glosario de la OIM sobre Migración”, Ginebra, OIM, 2019.

LA PRISIÓN PERPETUA ‘REVISABLE’: UN VIEJO DEBATE DEMAGÓGICO*

RICARDO POSADA MAYA**

Recibido: 17 de febrero de 2021. Aceptado: 10 de mayo de 2021.

RESUMEN

El presente texto analiza las condiciones materiales de inconstitucionalidad de la prisión perpetua revisable, que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2020 al artículo 34 de la Constitución Política de 1991. En tal sentido, plantea que la prisión perpetua revisable incumple los requisitos del estándar mínimo de política criminal para ser una propuesta respetuosa de los derechos humanos, en particular, de los principios fundamentales a la dignidad humana, la proporcionalidad, la igualdad material y las normas rectoras de la ley penal colombiana. La infracción grave de dichos principios implica una transformación de los parámetros de la protección y el postulado de humanidad, que sustituye el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Dicha pena comporta, además, un trato cruel, inhumano y degradante que se agrava por el estado de inconstitucionalidad característico de las prisiones en Colombia y perpetúa el desconocimiento generalizado y masivo de los derechos de los condenados. En definitiva, la prisión perpetua desdibuja el carácter personalista de la Constitución y supone una pena inútil, excesiva, violenta e innecesaria, por sus dudosos efectos preventivos.

PALABRAS CLAVE

Prisión perpetua, sustitución de la Constitución, dignidad humana, principios y normas rectoras del derecho penal, resocialización, fines de la pena.

* Artículo de investigación científica y tecnológica. El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. El autor agradece la asistencia de las abogadas María Lucía Mosquera Ramírez y María Camila Serna Yepes como asistentes de investigación.

** Profesor de Derecho Penal y Constitución y Democracia, Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Universidad de Los Andes, Bogotá-Colombia. Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Especialista en Derecho penal por la Universidad de Antioquia. Correo: rposada@uniandes.edu.co

THE ‘REVIEWABLE’ PERPETUAL PRISON: AN OLD DEMAGOGICAL DEBATE*

RICARDO POSADA MAYA**

Received: february 17, 2021. Accepted: may 10, 2021.

ABSTRACT

This text analyzes the material conditions of unconstitutionality of the revisable life imprisonment, which was incorporated by the Legislative Act 01 of 2020 to article 34 of the 1991 Political Constitution. In this sense, it states that the revisable life imprisonment does not comply with the requirements of the standard minimum of criminal policy to be a proposal that respects human rights, in particular of the fundamental principles of human dignity, proportionality, material equality and the governing norms of Colombian criminal law. The serious infringement of these principles implies a transformation of the parameters of protection and the postulate of humanity, which replaces the model of the social and democratic State of Law. Said penalty also entails cruel, inhuman, and degrading treatment that is aggravated by the state of unconstitutionality characteristic of prisons in Colombia and perpetuates the generalized and massive ignorance of the rights of those convicted. In short, life imprisonment blurs the personal character of the Constitution and implies a useless, excessive, violent and unnecessary penalty, due to its dubious preventive effects.

KEY WORDS

Life imprisonment, replacement of the Constitution, human dignity, principles and rules governing criminal law, resocialization, purposes of the penalty.

* Article of scientific and technological research. This article is part of a line on the fundamental aspects of a substantive criminal law and criminal procedure of the Research Group on Criminal Law de Investigaciones and Transitional Justice “Cesare Beccaria” at the Faculty of Law, Universidad de los Andes. The author wants to acknowledge the assistance of María Lucía Mosquera Ramírez and María Camila Serna Yepes as research assistants.

** Professor of Criminal Law and Constitution and Democracy. Director of the Area of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminology at the University of los Andes, Bogotá-Colombia. Doctor of Law from Universidad de Salamanca, Spain. Specialist in Criminal Law from Universidad de Antioquia. Email: rposada@uniandes.edu.co.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

La creación de nuevos delitos y el incremento de la severidad de las penas privativas de la libertad se han convertido en recursos políticos usuales mediante los cuales el Estado busca generar la sensación de estar tomando medidas efectivas, contra aquella criminalidad que produce una enorme conmoción social; tal y como ocurre con los delitos contra los menores de 18 años. Desde luego, todos estamos de acuerdo con la imperiosa necesidad de disminuir la impunidad de tales crímenes atroces y de proteger los derechos de las víctimas. Sin embargo, si alguna cosa demuestra el debate nacional sobre esta clase de medidas punitivas es que resultan inadecuadas para gestionar la violencia, prevenirla o proteger a las víctimas. Esto se debe, en gran parte, a su falta de adecuación constitucional y criminológica. Son disposiciones que pasan a la historia como manifestaciones propias de un *derecho penal simbólico*⁰¹, es decir, como instituciones punitivas ineficaces que a lo sumo generan expectativas sociales o envían mensajes políticos de dudoso cumplimiento; pero que pagan el altísimo costo de causar graves daños a los derechos fundamentales de los ciudadanos. A su vez, el incumplimiento de dichas expectativas de justicia incrementa progresivamente el descontento popular y deslegitima a los jueces.

01 Sergio Bonini, *La funzioni simbolica nel Diritto penale Del bene Giuridico* (Trento: Università degli Studi di Trento, 2018), 39 y ss.

Una de las características de esta forma de enfrentar la criminalidad, también denominada *populismo punitivo o demagogia penal*⁰², es que el legislador crea nuevas figuras penales con desconocimiento de los estándares que ha dispuesto la Corte Constitucional (en adelante CConst.) en materia de política criminal, por ejemplo, en la sentencia T-762 de 2015. Dentro de este grupo de medidas se encuentra la prisión perpetua 'revisable', incorporada al artículo 34 de la Constitución Política de 1991 (en adelante C.N.), por medio del Acto Legislativo 01 de 2020⁰³.

Este escrito, pues, presenta algunas consideraciones jurídicas que permiten ahondar en las principales irregularidades materiales de la mencionada sanción penal. Así, *en primer lugar*, afirma la opinión de que el Acto Legislativo 01 de 2020 comporta una reprochable sustitución de la Constitución de 1991, en punto al modelo de Estado social y democrático de Derecho, y la intangibilidad de algunos derechos fundamentales como la dignidad humana, la igualdad material y la libertad personal; pero también, que torna irreconocibles los cimientos constitucionales que identifican una verdadera aplicación democrática del derecho penal.

02 Emiro Cáceres-González, "Prisión perpetua en Colombia. Análisis de las iniciativas legislativas para su autorización, y de los argumentos «racionales» para su incorporación en el ordenamiento colombiano", en: *Revista Nuevo Foro Penal* 15, No. 93, (2019): 150 y ss, <https://doi.org/10.17230/nfp.15.93.4>; Giovanni Fiandaca, "Populismo político e populismo giudiziario", en: *Criminalia Annuario di scienze penalistiche 2013* (Firenze: Editorial ETS, 2013), 95 y ss; Aldo Figueroa Navarro, "La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho penal", en *El sistema de penas en el derecho penal*, coord. José Hurtado Pozo (España: Asociación peruana de Derecho Penal, 1999), 275 y 276, señala que "(...) la utilización de las medidas penales para movilizar a la opinión pública contra la criminalidad sin que se resuelvan en el fondo los problemas que se promete solucionar. De este modo, se genera el riesgo de agravarlos, sumiendo a la opinión pública en un círculo vicioso en el que nunca se terminará por dar 'more of the same'; Domenico Pulitanò, "Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale", en: *Criminalia Annuario di scienze penalistiche 2013* (Firenze: Editorial ETS, 2013), 123 y ss. En la misma línea, Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo, Por una refundación democrática del derecho penal*, (Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2016), 23, añade que el derecho penal actual es hostil hacia la democracia, "porque tienden a vincular democracia con hiperpunitivismo, con populismo penal, con demagogia punitiva. [...] confundir democracia con populismo punitivo es un error derivado de una concepción inicial pésima, paupérrima, de la democracia".

03 Acto Legislativo No. 01 del 22 de julio de 2020, "Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable". Diario Oficial No. 51.383 de 22 de julio de 2020. El Congreso de Colombia DECRETA: Artículo 1°. Modifíquese el artículo 34 de la Constitución Política, el cual quedará así: "Artículo 34. Se prohíben penas de destierro y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua. Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico. En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado. Parágrafo Transitorio. El Gobierno nacional contará con un (1) año contado a partir de la fecha de promulgación del presente Acto Legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley que reglamente la prisión perpetua. Se deberá formular en el mismo término, una política pública integral que desarrolle la protección de niños, niñas y adolescentes, fundamentada principalmente en las alertas tempranas, educación, prevención, acompañamiento psicológico y la garantía de una efectiva judicialización y condena cuando sus derechos resulten vulnerados. Anualmente se presentará un informe al Congreso de la República sobre el avance y cumplimiento de esta política pública. Así mismo, se conformará una Comisión de Seguimiento, orientada a proporcionar apoyo al proceso de supervisión que adelantará el Legislativo. Artículo 2°. El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación".

En segundo lugar, sostiene que la prisión perpetua ‘revisable’ es un instrumento punitivo corporal, infamante e ilegítimo. Es un instrumento en extremo violento que, dada la realidad del sistema de justicia colombiano, resulta inútil e inefectivo para prevenir el aumento de la delincuencia contra los menores de edad⁰⁴. Es más, esta expresión del poder punitivo –como se ha dicho– menosprecia y flexibiliza las garantías derivadas de la dignidad humana y la igualdad material, al tiempo que promueve un inconsistente ‘encarnizamiento punitivo’ agravado por el estado de cosas inconstitucional característico de las prisiones colombianas. Lo dicho implica reconocer que la sociedad también tiene el derecho democrático a no ser sometida a formas de castigo autoritarias que vulneren de forma desmesurada, irrazonable e innecesaria los derechos fundamentales⁰⁵; y que, en consecuencia, desdibujen la identidad humanista de la C.N. de 1991.

En tercer lugar, subraya que la incorporación de la prisión perpetua ‘revisable’ en la C.N., no fue debidamente soportada por estudios empíricos serios que demuestren la relación –directa o indirecta– entre su aplicación y la prevención eficaz de los delitos sexuales o los homicidios en contra de los menores de edad; ni con la reducción eficiente, sostenible, efectiva y evaluable de la reincidencia

04 De igual opinión, Lina Mariola Díaz Cortés, “Reflexiones sobre la propuesta de reforma constitucional en Colombia para la introducción de la cadena perpetua: respuesta al “sexual predator” en los delitos contra menores”. *Derecho penal y Criminología* 30, no. 88 (2009): 161. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=11350>. Así lo señala la Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia” (Bogotá: Ministerio de Justicia y el Derecho, Documento inédito del 23.05.2019), disponible en: https://diazdiazgroup.com/index.php/k2/item/download/81_9958cfe892564a10dc10b9e6d183eccc, 5 y 6, cuando señala que “la prisión perpetua es una pena “(..), además de innecesaria, inútil y desproporcionada, instrumentaliza al ser humano y lo inocuiza (prevención especial negativa), para comunicar un mensaje social de exclusión que resulta contrario a los fines de la pena admisibles en el Estado constitucional como, por ejemplo: la resocialización del condenado”; Angélica María Pardo López, Ana Lucía Moncayo Albornoz y Ángela Marcela Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia* (Bogotá: Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, 2019), 15 y ss., señalan que la prisión perpetua no tiene relación preventiva con los problemas que busca resolver.

05 Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 80, recuerda que “(..) todos los sujetos a los que están constitucionalmente atribuidos los diversos tipos de derechos fundamentales, en cuanto titulares de estos, lo son también de las normas sustanciales de las constituciones que se los confieren a la vez que imponen a los poderes políticos como límites y vínculos condicionantes de la legitimidad de su ejercicio”. Ello tiene especial trascendencia para reconocer el verdadero alcance de la prohibición de la prisión perpetua, como un derecho fundamental de todos los ciudadanos.

en el contexto colombiano⁰⁶. La ausencia de fundamentos estadísticos creíbles convierte a esta pena retributiva en un peligroso experimento social intuitivo, que carece de objetivos político–criminales consistentes y articulados –a corto y largo plazo– diferentes a la *ilegítima anulación, separación social o inocuización de las personas condenadas* en una sociedad democrática⁰⁷. Además, tampoco se ha estudiado con rigor cómo estas restricciones tienen la capacidad de proteger o ayudar de manera efectiva a las víctimas de crímenes similares.

En definitiva, se advierte que la prisión perpetua 'revisable' instaura un verdadero derecho penal de autor (subjetivista) propio de un modelo político transpersonalista, cercano al derecho penal del enemigo⁰⁸. Este se fundamenta en presunciones indemostrables sobre la peligrosidad criminal, la 'irrecuperabilidad' e imposibilidad de resocialización de los delincuentes, la comisión 'cierta' de delitos a futuro⁰⁹ y la necesidad ilimitada de defensa social, que deterioran las libertades connaturales al Estado social y democrático de Derecho, lo que resulta en una contravención constitucional.

II. LA PRISIÓN PERMANENTE COMO VIOLACIÓN A LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES MÍNIMOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal es el conjunto de herramientas teóricas y técnicas que buscan mejorar la gestión

06 Ricardo Antonio Cita Triana e Iván González Amado. *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Ministerio de Justicia, Observatorio de política criminal, Ibáñez, 2017. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/LaPropoPenLeCol.pdf?ver=2017-03-29-110809-953>, 243, advierten que “Si bien el legislador debe tomar en cuenta los intereses generales, toda norma penal que se proponga expedir debe fundamentarse en razones adecuadas y evidencia empírica, de forma tal que se controlen los excesos fundamentados en el populismo punitivo. Quiere decir lo anterior que las penas deben ser asignadas teniendo en cuenta no solamente el daño causado con el delito, sino la función que se persigue que cumpla la sanción penal y la forma como el Estado puede desarrollar la ejecución de la pena acorde con dicha finalidad. Una pena que persigue simplemente brindar respuestas simbólicas a los comportamientos delictivos es una pena injusta y desproporcionada. La evidencia empírica tiene que estar relacionada con la capacidad del Estado para imponer y ejecutar la sanción asignada, pero también con los casos que la pena puede resolver y la incidencia que puede tener en la desocialización del autor de un hecho punible y en los demás miembros de su grupo familiar”. Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 24 y ss.

07 Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed. (Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2010), 489.

08 Manuel Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto* (Madrid: Reus, 2010), 37, afirma que el derecho penal del enemigo se caracteriza por cuatro aspectos: a) la anticipación de las barreras de punición, b) la desproporción de las consecuencias jurídicas, c) eliminación de las garantías procesales, y d) identificación de categorías de sujetos como enemigos y la construcción de un derecho penal de autor; que se cumplen sin dudas en la legislación penal colombiana, y que fortalecen el ordenamiento como un modelo de lucha contra ciertos sujetos seleccionados como peligrosos por la comunidad; Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal* (Bogotá, Ibáñez-Universidad Santo Tomás, 2006), 17 y ss.

09 Lucía Martínez Garay, “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en *Contra la cadena perpetua*, edit. Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Mercedes Pérez Manzano y coord. Cristina Rodríguez Yagüe (Cuenca: Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016), 139–162.

del conflicto social, la racionalización y contención de la violencia estatal y la prevención del delito¹⁰ en los diferentes procesos de criminalización primaria y secundaria. Se compone de dos aspectos complementarios: (i) *la política penal*, entendida como aquellas medidas o reformas a la legislación penal, procesal penal y penitenciaria que permiten ajustar las instituciones jurídicas aplicables en cada caso al delito, con perfecto ajuste a la Constitución; y (ii) *la política social criminal*, es decir, aquellas disposiciones de naturaleza política que buscan mitigar las causas, condiciones y manifestaciones sociales que tienen incidencia en el delito y en la eficacia del control social¹¹. Ambas herramientas buscan otorgar una protección democrática a los derechos fundamentales de los asociados, teniendo en cuenta siempre la contradicción de los intereses sociales (visibles e invisibles) y los matices que surgen de un verdadero debate público.

A partir de ambas perspectivas, la doctrina y la jurisprudencia precisan cuidadosamente el “**Estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos**”. Esto es, una serie de exigencias que permiten afirmar que una modificación punitiva constituye una mejora sustancial del ordenamiento jurídico, que es respetuosa de la estabilidad y la vigencia de los derechos fundamentales, y se ajusta a los principios del modelo de Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, la CConst. dice, por ejemplo en las Sents. T-388 de 2013 y T-762 de 2015, que: *a) La política criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como última ratio; b) La política criminal debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada. c) La política criminal debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados. d) Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales. e) La política criminal debe ser coherente. f) La política criminal debe estar sustentada en elementos empíricos. g) La política criminal debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos. Y h) la política criminal debe proteger los derechos humanos de los presos.*

A continuación se presenta una simple verificación de dichas exigencias que permitirá concluir que la pena de prisión perpetua ‘revisable’ incorporada a la C.N. desconoce ampliamente el mencionado estándar constitucional mínimo, y por ello resulta irrespetuosa de los derechos humanos. Se trata de una sanción que, al parafrasear la Sent. T-738 de 2013, es la expresión de una política criminal “(...) desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y

¹⁰ Por su parte, la CConst, Sent. C-646 de 2001, la ha definido como “el conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción. En esa medida, busca combatir la criminalidad a partir de diferentes estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros”.

¹¹ Alessandro Baratta, “Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Criminología y sistema penal* (compilación *in memoriam*), dir. Carlos Alberto Elbert (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004), 328, dice: “(...) la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representa mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la única alternativa democrática a la política criminal” (énfasis agregado).

supeditada a la política de seguridad nacional¹². De este modo:

En primer lugar, debido a la ausencia de estadísticas confiables y a la necesidad de publicidad política y réditos electorales, etc., el debate sobre la prisión perpetua 'revisable' se convirtió en un 'monólogo de oídos sordos', guiado por ideologías o intereses políticos que desprecian el marco constitucional: *quien más agite las entrañas sociales gana el debate, aunque no tenga la razón*. Mediante este tipo de penas se acoge un derecho penal ampliamente politizado e influido por la idea de *venganza social*¹³, claramente popular pero sumamente peligroso al carecer de sustento empírico. Por ello, es necesario insistir en que esta sanción no es un mecanismo que proteja o mejore la democracia sustancial. Por el contrario, es una expresión política profundamente autoritaria, incoherente y populista que deteriora notablemente la calidad y la protección de los derechos fundamentales de los condenados.

En segundo lugar, la prisión perpetua 'revisable' no es un instrumento preventivo-general adecuado de disuasión de la criminalidad ni a corto plazo ni a largo plazo. No puede olvidarse que en el imaginario popular y en la realidad está profundamente arraigada la impunidad delictiva, lo que facilita la decisión de los criminales para cometer infracciones graves contra los menores de 18 años. Es más, resulta un sinsentido que el gobierno y los legisladores le ofrezcan a la opinión pública aplicar sanciones ejemplarizantes y reactivas, que contradicen la realidad de un sistema punitivo, cuando este demuestra su impotencia estructural para disminuir la criminalidad y emplea incluso penas desmedidas como la prisión hasta 60 años en los casos de concursos delictivos. Vale la pena mencionar que una pena de prisión de 60 años, con una expectativa de vida en Colombia de 68 años, constituye una sanción punitiva excesiva que cumple, en términos prácticos, el estándar de restricción de derechos que buscaba la reforma constitucional.

La prisión perpetua se incorporó al ordenamiento jurídico de manera irreflexiva, como un mecanismo de *prima ratio*, sin que el Estado adopte políticas públicas de naturaleza sectorial u otros instrumentos

12 En igual sentido se ha manifestado la Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, "Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano", (Bogotá: Ministerio de Justicia y el Derecho, APC, UE; 2012). Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/o/documento/Informe%20de%20la%20Comisión%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>, 27 y ss.; José Luis Díez Ripollés, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, No. 6 (2004): 1 y ss. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=930922>; Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 27 y ss.

13 Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2018), 56, señala que "En efecto, el derecho penal no nace como desarrollo, sino como *negación de la venganza*, no como continuidad, sino como discontinuidad, y en conflicto con ella; y se justifica no ya con el fin de asegurarla, sino con el de impedir la". Usualmente se señala que estamos en presencia de un aparato canalizador de venganza (Eugenio Raúl Zaffaroni, "El aparato canalizador de venganza", en *La cuestión criminal* (Bogotá: Ibáñez, 2013), 289-302).

penales alternativos¹⁴ orientados a prevenir y sancionar los delitos contra la vida y la libertad sexual de los menores de 18 años, ni garantizar la existencia de condiciones de eficacia pre-delictiva como la educación, la salud, la formación de redes sociales de prevención de riesgos criminales o la adecuada comunicación de políticas públicas. Naturalmente, no se trata de confundir la política criminal preventiva con las políticas públicas, aunque ambas hagan parte de la política en general.

Si se observa con detenimiento, es el mismo Acto Legislativo 01 de 2020 el que ordena la creación de una “(...) una política pública integral que desarrolle la protección de niños, niñas y adolescentes, fundamentada principalmente en las alertas tempranas, educación, prevención, acompañamiento psicológico y la garantía de una efectiva judicialización y condena cuando sus derechos resulten vulnerados”. Por lo anterior, se reitera, la prisión perpetua desconoce el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. Se reconoce que antes de su implantación no existía una política criminal coherente que justificara su adopción en el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, esta pena corporal e infamante no es un mecanismo preventivo-especial diseñado para lograr la resocialización del condenado, pues no satisface los requerimientos señalados por la CConst., por ejemplo, en la sentencia T-762 de 2015. En ella se indica que:

i. La pena y su fin resocializador debe tener tiempos mínimos y máximos para ser ejecutados, para que brinden una expectativa seria de vida en libertad al condenado. Sin embargo, la determinación de estos tiempos requiere de una investigación empírica que no se ha realizado aún. (...) ii) Es necesario reestructurar los modelos de trabajo, estudio y enseñanza en los centros de reclusión para que sean tomados como formas de resocialización, y no como simples factores de redención de la pena (...) (énfasis propio).

Se puede decir, entonces, que en términos político-criminales la prisión permanente y la resocialización son por esencia fenómenos excluyentes, pues esa sanción niega una “expectativa seria de vida en libertad al condenado”¹⁵. Incluso, la sola pérdida permanente de la esperanza de libertad ya supone un trato no deseable y cruel en un sistema democrático, que anula la posibilidad de resocialización del individuo durante su vida en reclusión¹⁶.

¹⁴ Sobre dichas medidas, véase ampliamente: Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”, 22-27.

¹⁵ Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Observaciones de la Comisión Asesora para el diseño de la política criminal del Estado Colombiano, a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores”, (Bogotá: Ministerio de Justicia y el Derecho, julio de 2011), disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/conclusiones%20comisión%20asesora.pdf>, 27.

¹⁶ Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 62 y ss.

Y, en cuarto lugar, como lo señaló la Comisión Asesora en Materia de Política criminal, esta propuesta punitiva carece de estudios fiscales adecuados sobre su sostenibilidad económica. Obsérvese:

(...) la prisión perpetua genera costos injustificados para el Estado y la comunidad, y es inútil en la medida en que no proporciona ningún beneficio distinto a la inocuización ciudadana de hombres y mujeres en edad productiva (que podrían pagar penas racionales y reincorporarse a la sociedad). También es una pena desproporcionada, excesiva e innecesaria, porque, por una parte, no genera ningún tipo de resocialización que pueda ser benéfica para el condenado o que reduzca la reincidencia; pero sí debe reparar los casos en los cuales el sistema judicial falla y condena de manera injusta a una persona. Por la otra, supone invertir los escasos recursos del Estado en los victimarios, en vez de reparar a las víctimas o prevenir el crimen mediante políticas públicas eficaces, preventivas y coherentes. A cambio de esta inversión económica para la violencia, el Estado no recibiría ningún beneficio sustancial¹⁷.

Según este punto de vista, el Estado no puede continuar construyendo respuestas punitivas improvisadas, coyunturales, inefectivas y carentes de fundamentos criminológicos serios para gestionar la violencia y prevenir la criminalidad. En cambio, debe agotar primero otros mecanismos públicos para proteger a los menores de edad. De hecho, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho no es factible tolerar que penas capitales como la prisión perpetua 'revisable' sean una salida 'fácil' para disminuir la reincidencia criminal y anular a su paso derechos fundamentales como la dignidad humana y la libertad personal del condenado. En realidad, solo será posible evitar que los condenados y pospenados vuelvan a la vida criminal, si el Estado adopta penas y condiciones que favorezcan verdaderos procesos de resocialización y reincorporación a la vida social y productiva del país.

A partir de lo anterior, se evidencia que el Acto Legislativo en cuestión no solo omite el estándar constitucional mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos, sino que lo contradice de forma directa y sin justificación alguna. Ello debería bastar en cualquier sociedad civilizada para declarar contrario a la Carta este tipo de medidas y educar a la población acerca de la importancia del respeto por los derechos fundamentales de todos, sin excepciones.

17 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, "Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia", 13. En la cita 22, agrega con razón que "Además, no pueden ignorarse los costos indirectos de la prisión perpetua como, por ejemplo, los costos familiares durante el encarcelamiento (un ingreso menor, esfuerzos económicos extra para tratar de morigerar las duras condiciones de un familiar privado de la libertad, ausencia de una de las cabezas de familia en el hogar y repercusión en la crianza de los hijos), los costos de oportunidad (la pérdida de oportunidad de invertir los recursos que se van en la cárcel en proyectos de inversión social), los costos sociales (disminución de los tributos que podría aportar quien está privado de la libertad, por ejemplo) y otras consecuencias de carácter personal como son los trastornos psicológicos o la dependencia en sustancias psicoactivas". En similar sentido, v. Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 71 y ss.

III. LA PRISIÓN PERPETUA, LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA VULNERACIÓN PROFUNDA DE LA DIGNIDAD HUMANA

El modelo de Estado social y democrático de derecho está ligado indisolublemente a los derechos fundamentales que el Estado se ha comprometido a garantizar a sus ciudadanos. El más básico de ellos es, como se ha dicho, el principio de *dignidad humana* (C. N., art. 1; CConst., Sent. C-143 de 2015, entre otras), que constituye por supuesto el fundamento político y jurídico del derecho penal moderno¹⁸. Por tal motivo, la facultad soberana de castigar a los ciudadanos por la realización de conductas punibles está condicionada al respeto de la garantía material de *indemnidad personal* (Código Penal, art. 1º, en adelante C.P.; Código de Procedimiento Penal, art. 1º, en adelante C.P.P.; Código Penitenciario y Carcelario, art. 5º, en adelante C. P. Y C.). Estos postulados son vinculantes para las autoridades de la República y hacen parte del corazón de la C.N. de 1991.

Cuando las garantías derivadas del principio de dignidad humana son vulneradas, por ejemplo, a través de una norma legal, es indudable la inconstitucionalidad de la disposición respectiva. Cuando es la Constitución misma la que lo transforma o desconoce, al desdibujar su esencia o haciendo irreconocibles sus garantías, tampoco habría dudas acerca de la sustitución total o parcial del modelo de Estado adoptado por otro diferente, menos humanista. En este orden de ideas, puede afirmarse que la naturaleza de la prisión perpetua ‘revisable’, su ilimitada restricción de la libertad, las condiciones de su ejecución y los efectos psicofísicos y sociales que produce, modifican formal y materialmente los límites originales que el Constituyente esbozó en materia de dignidad humana. Límites que la CConst. precisó en las sentencias T-881 de 2002 y C-143 de 2015¹⁹, para contener la aplicación desmedida o

18 Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal, Parte general*, tomo 1 (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2009), 92 y ss.

19 En la sentencia T-881 de 2001, se señala lo siguiente: “Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ‘dignidad humana’, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte tres lineamientos claros y diferenciables: (I) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características –vivir como quiera–. (II) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia –vivir bien–. Y (III) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral –vivir sin humillaciones–”. En tal sentido, Juan Antonio Lascuráin Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en *Contra la cadena perpetua*, edit. Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Mercedes Pérez Manzano y coord. Cristina Rodríguez Yagüe (Cuenca: Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016), 40 y 41; Diego Alejandro Borbón Rodríguez, “Prisión perpetua en Colombia: Funciones de la pena, política criminal y neuroderecho”, *Dos mil tres mil* No. 22. (2020): 8. Doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/22250>; Henrik López Sterup, “Introducción”, en *Manual de Constitución y Democracia*. Vol. I. 2a ed., coord. Henrik López Setup y Ricardo Posada Maya. 21-29 (Bogotá: Ed. Uniandes, 2007); Martínez Garay, “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, 155 y ss.; Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 37 y ss.

excesiva del derecho penal²⁰ y evitar disminuir los contenidos iusfilosóficos que sustentan la identidad del ser humano en el ordenamiento nacional.

Así lo reconoció la Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, cuando afirmó:

La modificación del artículo 34 de la Constitución Política para incluir la sanción de prisión perpetua, comporta una sustitución de la Constitución Política, toda vez que se afecta la esencia del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, el diseño teleológico de las sanciones penales previsto por el constituyente, y los límites y la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos en Colombia²¹.

Sobre el particular pronunciamiento cabe hacer algunas precisiones adicionales. *En primer lugar*, la prisión perpetua –incluso si se admite una eventual y excepcional remisión de la condena– le impide al condenado ejercer de manera efectiva el derecho fundamental a diseñar su vida a largo plazo o a determinarse con autonomía social, por fuera de las reglas de sujeción de su libertad personal. Por ello, esta se califica como una pena *eliminatória*, similar a *la muerte civil*:

La “perpetuidad” de la privación de la libertad, que está destinada a no terminar jamás, modifica en efecto radicalmente la condición existencial del detenido, sus relaciones consigo mismo y con los demás, su percepción del mundo, su visión del futuro. (...) Primero, porque se trata de una privación de vida y no solo de libertad; una privación de futuro, un exterminio de la esperanza. Segundo, porque es una pena eliminatória, no en el sentido físico, pero sí en el sentido que excluye para siempre a una persona del consorcio humano²².

En segundo lugar, la ‘prisionización’ permanente somete al penado a unas condiciones de existencia material muy reducidas y precarias, cuya calidad resulta gravemente afectada por el estado de cosas

20 Tal desestructuración es palpable incluso en la exposición de motivos del Acto Legislativo 1 de 2020, cuando se afirma que la vigencia de la dignidad futura del condenado debe supeditarse a un test de igualdad, que la compare con la dignidad de las víctimas. V. Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*. Senado y Cámara, Año XXIX, No. 278, Bogotá, DC., 3 de julio de 2020, 10. En igual sentido, Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 35 y ss.

21 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”, 7.

22 Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 170–171; el mismo, “Ergástolo y derechos fundamentales”, en *El sistema de penas en el derecho penal*. Coordinado por José Hurtado Pozo. España: Asociación peruana de Derecho Penal, 1999. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_13.pdf, 297 y ss., 300 y ss. Agrega Édgar Carpio Marcos, “Cadena perpetua y Constitución”, en: *Justicia viva* (Lima: PUCP, 2003), 16–24, que esta pena no limita la libertad, sino que la vacía de contenido; Jon-Mirena Landa Gorostiza, “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 17 (2015): 35. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-20.pdf>

inconstitucional característico de las prisiones de Colombia (CConst., Sents. T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2016²³). En estos eventos, la sentencia penal condenatoria a prisión perpetua ‘revisable’ hace invisible –por medio de simples formalismos o sofismas– una realidad de marginalidad para los condenados. Ello, perpetúa el incumplimiento de la obligación de respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los penados, que, como minorías sociales en estado de vulnerabilidad manifiesta, han sido desconocidos históricamente de forma generalizada y masiva en el ámbito penitenciario nacional.

De igual forma, la privación perpetua de la libertad constituye *un caso paradigmático de sometimiento a un trato cruel, inhumano y degradante* (C.N., art. 12, Pacto de Derechos Políticos y Civiles, art. 7 y CConst., Sents. C-806 de 2002, C-143 de 2015, C-328 de 2016, entre otras). Lo anterior, teniendo en cuenta: (i) la sobrepoblación penitenciaria; (ii) la ausencia de condiciones materiales de ejecución de la pena, para que los condenados puedan adquirir las capacidades que posibiliten su reintegro digno a la sociedad; y (iii) “la mala calidad de la infraestructura física penitenciaria y carcelaria” del país. Además, le impone al condenado (y a su entorno familiar) la obligación de soportar circunstancias de vida humillantes que, en ningún caso, se justifican por la existencia de una condena penal previa²⁴.

Por si fuera poco, *en tercer lugar*, el sometimiento del condenado a las condiciones de ejecución señaladas impide cumplir los *derechos innominados a la resocialización (o no desocialización) y a la reintegración*

23 En la sentencia T-762 de 2005 se afirma que “La figura del Estado de Cosas Inconstitucional, es aquella mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”; Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 67 y ss.

24 Corte Interamericana de Derechos Humana, Caso Mendoza y otros, vs. Argentina. Sentencia del 13.05.2013. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; Antonio Cuerda Riezu, “La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio”, en: *Contra la cadena perpetua*, edit. Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Mercedes Pérez Manzano y coord. Cristina Rodríguez Yagüe (Cuenca: Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016), 135-138.

social²⁵, como elementos inherentes a la definición del Estado social y democrático de Derecho (CConst., Sents. C-261 de 1996²⁶, C-658 de 1997, C-634 de 2016, T-265 de 2017, entre otras). Es importante anotar que hasta el Acto Legislativo 1 de 2020, el derecho penal vigente reguló penas de presidio o prisión con base en restricciones temporales de la libertad²⁷, conforme a los fines esenciales de la ejecución de la pena, hoy previstos en el C.P., arts. 3.º y 4.º, el C.P. y C., arts. 9.º y 10.º y el Pacto de derechos Civiles y Políticos, art. 3.º (Ley 74 de 1968).

Estas finalidades, interpretadas desde la perspectiva del principio de dignidad humana, solo tienen cabida cuando el sentenciado mantiene una expectativa razonable de recuperar su libertad al finalizar la ejecución de la pena y volver a integrarse a la sociedad y a su familia, con el propósito de “desarrollar un papel activo en ella” y rehabilitar plenamente sus derechos constitucionales y legales (CConst.,

25 En tal sentido, la Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”, 7, sostiene: “Es evidente que la pena de prisión perpetua está diseñada para impedir la reinserción y la posibilidad de una vida armoniosa del condenado con la sociedad; pero también, para librar al Estado, por la fuerza de las circunstancias, de proporcionar las medidas necesarias para favorecer su resocialización. Con ello se le niega al condenado el fin último de la sanción penal, esto es, evitar su asocialización, discriminación, marginación y exclusión de la sociedad”. Sobre el concepto de resocialización, ver: Antonio Lascuráin Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, 60 y ss; Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés (Madrid: Editorial Trotta, 1995), págs. 264-272; Juanatey Dorado, Carmen. “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, Fascículo 1 (2012): 127-153. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548504>; Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, 2.ª ed. (Bogotá: Temis, 2012), pp. 81 y ss.

26 Según esta sentencia: “Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que éste es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, puesto que *el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo*” y agrega: “En efecto, en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general. La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. *La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo*. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (énfasis propio).

27 Así lo precisa la CConst., Sent. C-087 de 2000, según la cual, los derechos de los asociados no deberían ser limitados de manera indefinida. Además, téngase en cuenta que ningún Código penal nacional de Colombia, desde el C.P. de 1837 hasta el C.P. de 2000, ha previsto esta pena corporal, infamante y perpetua; por lo que resulta completamente extraña a nuestra tradición jurídica. En este sentido, no tiene fundamento presentar como precedente la vigencia de la prisión perpetua prevista en el art. 77 del Estatuto de Roma, que introdujo al ordenamiento nacional la Ley 743 de 2002. Esta sanción es facultativa por parte del Tribunal internacional, solo aplicable en aquellos casos de extrema gravedad internacional cuando sea activada la competencia de la CPI, y siempre teniendo en cuenta las circunstancias personales de condenado. No es posible suponer una compatibilidad punitiva entre dicho estatuto y las normas que rigen el derecho penal nacional.

sents. C-806 de 2002, T-213 de 2011, T-267 de 2015, T-718 de 2015, entre otras²⁸).

Por el contrario, la pena desconoce el principio de *teleología democrática de las sanciones penales*²⁹ y pierde su vocación resocializadora, cuando la C.N. permite abolir la libertad de locomoción, para obligar al condenado a permanecer el resto de su vida útil y productiva en medios de prisionización que anulan su autonomía personal y su capacidad de diseñar su plan de vida. También, cuando se le exige forzosamente al condenado que *deba resocializarse para recuperar de manera incierta y condicionada su libertad a través de los mecanismos de revisión*, pues ello traslada los deberes del Estado al sentenciado³⁰, al implementar *tratamientos penitenciarios personalistas, que le impongan al sujeto alguna forma de conversión moral forzada, la reeducación de su personalidad, la adopción de valores personales o el cambio de pensamiento político, religioso, social, etc.*

De esta manera, *el sofisma de la eventual remisión discrecional y condicionada de la privación de la libertad* no elimina su ilegitimidad, ni le otorgan a esta pena una vocación resocializadora en el contexto de las prisiones colombianas. Tampoco la convierten en una *simple amenaza de sanción permanente*. Los elementos discriminatorios y el rasgo selectivo de la reclusión vital demuestran que *ab initio* no busca

28 Por ejemplo, la CConst., Sent. T-153 de 1998, señala lo siguiente: “Actualmente, se acepta que las penas no tienen un fin único. Por eso, el Código Penal determina en su artículo 12 que “la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora.” Sin embargo, como bien lo señala el Código Penitenciario la función primordial de ella sí debe ser la resocialización. Ello por cuanto esta función es la que materializa en mejor forma, en este campo, la definición del Estado colombiano como social de derecho y el principio de la dignidad de la persona humana, una de las piedras angulares de la Constitución Política. Del derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinsertarse en la sociedad”.

29 Sobre la compatibilidad de la prisión perpetua y los fines de la pena, v Silvio Cuneo, “Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras”. *Polít. Crim* 11, No 21 (2016): 5 y ss. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100001&lng=en&nrm=iso&tlng=en. En general, sobre los fines de la pena, ver Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 291-471; Velásquez Velásquez, *Derecho penal, Parte general*, 307-320.

30 Lascuráin Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, 45, dice que “Tras este argumento se esconde la idea de que la prisión permanente revisable **pone en manos del reo la llave de su libertad, y, que, por tanto, será “culpa” suya si no resulta excarcelado**. La excarcelación, sólo posible tras el período de seguridad, dependería de la propia actuación del reo, de la propia gestión de su autonomía personal durante el período de privación de libertad obligatoria. Pero también **este argumento es profundamente falaz**, pues el carácter revisable de la pena no pone en manos del reo una posibilidad cierta de ser liberado, ni permite justificar su mantenimiento en prisión como merecido por no haber hecho lo suficiente para resocializarse”. Pero subsiste una pregunta: ¿Qué sucede con aquellos condenados que no son capaces de reinsertarse?

la resocialización, por lo que sigue siendo profundamente inhumana³¹, especialmente para aquellas personas a quienes se les niegue finalmente el derecho de reincorporación social o los incentivos para reorientar su vida. En general, la expectativa de constitucionalidad de la pena de prisión perpetua 'revisable' tropieza con la desesperanza de su permanencia, debido a la incertidumbre de la revisión y la presunción de peligrosidad, y con su fatal inconstitucionalidad cuando se advierta que la pena ya no resulta revisable³².

En cuarto lugar, se reitera que las condiciones que produce la prisión permanente (revisable o no) infringen de manera grave el sistema de valores democráticos de humanidad y protección personal que deben caracterizar al derecho penal colombiano durante la ejecución de las penas (Código Penal, art. 4.º y CConst., Sent. C-565 de 1993)³³. Recuérdese que la moderna teoría de las consecuencias jurídicas del delito señala que las sanciones penales no pueden servir –como política de Estado– para cosificar al ser humano, incocuzarlo o anularlo, bien sea como mecanismo de control social; como medios para enviar mensajes de temor o intimidación generalizados (prevención general negativa o intimidatoria)³⁴; o para deshumanizar física, mental o moralmente al condenado, convirtiéndolo en un ejemplo para los potenciales delincuentes. Son estos mismos fines los que señala sin ningún recato la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2020, al afirmar que:

Tratar de negar funciones de la pena y de la política criminal, para reducirla a que su único fin compatible con la columna vertebral de las bases estructurantes del Estado Colombiano, es la resocialización de la pena, es negar nuestro peso cultural histórico y negar que como sociedad hemos tenido que bogar *en suplica por la necesidad de protección de sujetos que han acorralado a la sociedad y que en muchos apartes de nuestra codificación penal llamamos “sujetos de especial peligrosidad”, y frente a los cuales la sociedad reclaman su inocuización como única forma de garantizar sus derechos mínimos a preservar su vida, crear falacias argumentativas es quizás lo único que no merecen los niños, niñas y adolescentes que esperan se garanticen sus derechos frente a sujetos de especial peligrosidad que atentan y acechan su posibilidad de desarrollar su individualidad y su*

31 Ibid., 29 y ss. y 33, cuando reiteran que “(...) la cadena perpetua es denigrante porque priva al reo del atributo que le hace humano, su libertad; la cadena perpetua es cruel e inhumana porque ocasiona graves padecimientos psíquicos al condenado; la cadena perpetua es cruel e inhumana porque produce el deterioro de la personalidad del reo y un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales; la cadena perpetua es inhumana y degradante porque, consecuencia de lo anterior, ha de ser catalogada como pena corporal”; José Luis De la Cuesta Arizmendi. “Principio de humanidad y prisión perpetua”, en *Contra la cadena perpetua*, edit. Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascaraín Sánchez y Mercedes Pérez Manzano y coord. Cristina Rodríguez Yagüe (Cuenca: Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016), 216; Ferrajoli, *El paradigma garantista*. 172 y 173, que ha considerado dicho argumento como un verdadero sofisma.

32 Lascaraín Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, 33-38 y ss.

33 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 385 y ss.

34 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”.

plan de vida de manera libre (énfasis agregado)³⁵.

De igual manera, aquellas penas que superan una expectativa razonable de privación de los derechos ciudadanos en comparación con la gravedad del delito cometido, cumplen con el efecto contrario al que propenden los fines de la pena en Colombia³⁶, pues se transforman en una *fuerza de daño personal permanente para los condenados*. La consecuencia de admitir la prisión perpetua en el ordenamiento jurídico, sería legitimar un derecho penal autoritario que hace irreversibles a los ciudadanos. En estas inadmisibles condiciones, la prisión perpetua ‘revisable’ solo cumple una función de *venganza social institucionalizada* y de “cobertura ideológica”³⁷.

En conclusión, la facultad de sancionar graves crímenes no puede convertirse en una excusa para flexibilizar el más importante principio del Estado social de derecho: *la dignidad humana*. La prisión perpetua ‘revisable’ en realidad introduce un nuevo sistema de valores sancionatorios, que no solo resultan opuestos al ideario humanista diseñado por el Constituyente de 1991 (CConst., Sent. 053 de 2016), sino que desmejoran los estándares de protección de los derechos humanos de los condenados (CConst., Sents. C-552 de 2003). La incorporación de esta clase de mecanismos injustos es todavía más dudosa, cuando la restricción excesiva de la libertad personal se fundamenta en prejuicios

35 Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso*. Senado y Cámara, Año XXIX, No. 278, Bogotá, DC., 3 de julio de 2020, 10. Un discurso de semejante naturaleza antiguarantista es criticado, por ejemplo, por Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho penal*, 159, cuando afirma que “Pero la falsa disyuntiva entre seguridad y garantías está desmentida por toda la historia y por toda la información empírica, pues se trata de una simple deducción en el mundo del *deber ser*, que no se verifica en el mundo del *ser*. Se parte del dogma de que el poder punitivo provee seguridad frente a las agresiones a bienes jurídicos, cuando lo único verificable es (?) que los penalistas y los políticos afirman que debe proporcionarla y (?) que el poder punitivo fue el principal y mayor agente de la lesión y aniquilamiento de bienes jurídicos en forma brutal y genocida a lo largo de toda la historia de los últimos ocho siglos”.

36 Juan Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 3ª ed. (Bogotá: Temis, 2014), pág. 227, advierte que “No se trata, pues, de una proporción objetiva entre daño y pena, sino principalmente de una adecuación valorativa de naturaleza y magnitud de la pena concreta a la forma y al grado de culpabilidad o merecimiento de castigo por el autor del daño (...)” (énfasis propio); lo contrario sería confundir proporcionalidad y ley del talión. Sobre el tema Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016), pp. 172-215.

37 En cuanto a la venganza social, Emiro Sandoval Huertas, *Penología: partes general y especial* (reimpresión) (Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998), 425, dice: “Y, en la actualidad, el ánimo de venganza hállase disimulado en la mayor parte de los autores contemporáneos bajo el rubro de *retribución*, cuyo inicial significado económico ha sido sustituido por el interés vindicativo, y en otros casos, se le mimetiza con la apariencia de un presunto ‘sentimiento de justicia’, el cual se aduce como justificación para el mantenimiento de la pena privativa de la libertad, como si los sentimientos fueran comunes a todos los miembros de cualquier colectividad, como si vindicta y justicia fueran sinónimos y como si la prisión constituyera la única forma posible de reacción institucional ante el delito”; respecto a la función de cobertura ideológica que legitima el status quo, señala, *idem*, 425 y 426: “Esta se manifiesta en dos sentidos. En primer lugar ocultando la gran responsabilidad social en el surgimiento de la criminalidad, para atribuírsela íntegra y exclusivamente al privado de la libertad, especialmente si ha sido condenado. Y en segundo término, dando la falsa impresión de que la ley penal se aplica universalmente a quienes producen daño a la colectividad. Uno y otro constituyen encubrimientos ideológicos de situaciones aberrantes (...)”.

indemostrables como la peligrosidad del criminal³⁸ o en posturas colectivas como la defensa social sin límite alguno. Al final, estos discursos diluyen el carácter personalista de la Constitución de 1991³⁹.

En fin, si bien es cierto que la C.N. le otorga al Estado la facultad para castigar de manera proporcional a los criminales, también lo es que cualquier modificación en ese sentido debe ser plenamente coherente con los postulados esenciales del modelo de Estado social y democrático de Derecho. La prisión perpetua, revisable o no, resulta altamente incompatible con los estándares que la Corte Constitucional desarrolla en materia de derechos humanos y reincorporación social (CConst., Sent. C-144 de 1997). Su eliminación sería “un acto elemental de civilidad”⁴⁰.

IV. LA PRISIÓN PERPETUA ‘REVISABLE’: UNA FIGURA QUE DESCONOCE LAS NORMAS RECTORAS DEL DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) *Los principios de igualdad y ofensividad material en la determinación de la sanción.* Una de las características fundamentales del sistema de sanciones de Colombia es la posibilidad de su individualización judicial, mediante la facultad que tiene el juez de fijar la pena concreta que impone a un condenado por el acto injusto cometido. Lo anterior, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: “(...) la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o disminuyan la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención y la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto” (C.P., arts. 39, num. 3.^o y 61, inc. 3.^o).

Dicho sistema es el resultado de los principios de *separación de poderes* y *de pesos y contrapesos* acogidos por el ordenamiento jurídico. Por un lado, el legislador tiene la potestad autónoma de determinar los

38 Cuya fuente más reconocida es el positivismo criminológico del siglo XIX y que llevó a la materialización de los totalitarismos europeos de la primera mitad del siglo XX.

39 En este sentido, José Cerezo Mir y José Luis Díez Ripollés. “Un nuevo sistema de penas: ideas y propuestas. Comité Nacional Sueco para la prevención del delito. Informe No. 5 (Estocolmo, Suecia, julio de 1978)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 32, Fascículo 1 (1979): 196. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2796456>, sostienen que “Si, al determinar las condenas por infracciones graves, se usa como criterio el riesgo de una criminalidad futura, resultará que, o la mayoría de aquéllos a los que se desea neutralizar quedarán en libertad, o, por el contrario, se actuará contra muchos individuos que en realidad no van a cometer en el futuro las infracciones que se predicen. En el primer caso, la inocuización es tan ineficaz que su valor es despreciable, mientras que en el segundo caso se origina un conflicto inaceptable con importantes y consolidadas exigencias de seguridad jurídica. / El problema ético consiste en que la utilización de la inocuización como motivo de las intervenciones penales significa que se pena a una persona, no por lo que ha hecho, sino por lo que se cree que puede hacer en el futuro. Por tanto, una persona sometida a una sanción más grave que la correspondiente normalmente al delito cometido, y que se pretende justificar por la prevención de la reincidencia, cumplirá condena con base en un delito que no cometió y que, además, es dudoso que lo fuera a cometer alguna vez”.

40 Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 75.

límites mínimos y máximos de las sanciones penales aplicables a los condenados. Naturalmente, se trata de una valoración abstracta limitada por los derechos fundamentales y por principios como la dignidad humana, la igualdad material, la proporcionalidad, la necesidad y la razonabilidad (C.P., art. 3.^o). A su turno, los jueces penales tienen la potestad de imponer la pena concreta, luego de valorar la gravedad del delito y la culpabilidad del autor. Así, se logra una ponderación para garantizar “la equidad penal”⁴¹ como elemento esencial del juicio penal y el debido proceso.

En este sentido, la prisión perpetua ‘revisable’ quiebra la jurisdiccionalidad y el sistema general de individualización de las penas, provocando graves daños a la igualdad material, la responsabilidad individual por el hecho y la consideración de la ofensividad real de los delitos⁴². Precisamente, según el Acto Legislativo 01 de 2020, la prisión perpetua es una pena general y abstracta para las siguientes conductas punibles: *homicidio doloso, acceso carnal violento, acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y acceso carnal en persona incapaz de resistir*, a condición de que el sujeto pasivo sea una persona menor de 18 años.

De lo señalado se infieren varias consecuencias:

Primero. Esta pena indeterminada en su límite máximo imponible tiene como ejes el delito y la calidad del sujeto pasivo, en vez de fundamentarse en el injusto concreto realizado por el autor. Recuérdese que la prisión perpetua es una sanción legislativa que le impide al juez individualizar con autonomía su severidad, conforme a los hechos debidamente probados en el proceso. De este modo, por ejemplo, en su imposición no tendrían efecto criterios como la intensidad de dolo o las circunstancias de menor punibilidad que concurran en el delito (C.P., arts. 55, 57, 39, num. 3.^o y 61, incs. 3.^o y 4.^o)⁴³.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, el legislador presume que es de igual gravedad la comisión de un delito contra la vida que uno contra la libertad sexual cuando el sujeto pasivo sea un menor de 18 años. Dicha presunción no solo resulta desproporcionada atendiendo a la jerarquía de ambos bienes jurídicos personalísimos (es claro que la vida es además un derecho fundamental constitutivo); sino que, también, desconoce los principios de lesividad –según el cual la pena se debe ajustar al daño o

41 Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 174 y 175.

42 *Ibíd.*, 402, señala que la prisión perpetua carece de justificación externa porque “(...) es inhumana y no graduable equitativamente por el juez” y porque se sustrae al principio igualitario de proporcionalidad, en la medida en que “(...) tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Observaciones de la Comisión Asesora para el diseño de la política criminal del Estado Colombiano, a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores”, 26.

43 Respecto al mandato de determinación de la pena, ver Lascuráin Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, 49 y ss.; 56 y ss.; Martínez Garay, “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, 152 y ss.

peligro causado a los bienes jurídicos tutelados— (C.P., art. 11), bien sea que se trate de un delito sexual o contra la vida del menor⁴⁴.

De igual manera, dicha presunción afecta el principio de culpabilidad (C.P. art. 12), pues no solo se equipara la exigibilidad de los partícipes del delito sino que la pena se aplica por igual a todos ellos, incluso si estos han realizado injustos diferentes en términos fácticos y sustanciales. En definitiva, la pena supone la misma responsabilidad objetiva para todos. Con ello, el Acto legislativo 01 de 2020 comete la “(...) equivocación asumir de que todas las personas que cometen un determinado género de delitos (homicidios, delitos sexuales, etc.) pertenecen a un mismo tipo de criminalidad; por el contrario, los delitos graves se cometen en diferentes contextos y por personas que tienen diversas características sociales y culturales”⁴⁵.

Tercero, la imposición de una pena formalmente igual (en términos de restricción de la libertad) por hechos sustancialmente distintos, también desconoce la *igualdad material* (C.N., art. 13; C.P., art. 7.^o), pues la pena no debería alcanzar por igual a todos los seres humanos sin contrastar la gravedad diferencial del delito y los efectos que ella pueden tener en sus autores⁴⁶. De hecho, se olvida que la ley penal regula múltiples formas típicas de homicidio y de delitos sexuales; tales diferencias legales deberían poder ser consideradas por el juez al momento de imponer la sanción correspondiente en el caso concreto. Dicha desigualdad no se remedia con el mecanismo de revisión, pues, paradójicamente, puede suceder que un individuo que ha cometido un delito menos grave termine privado de manera permanente de su libertad cuando no cumpla con las condiciones legales para su revisión mientras que otro sujeto, al realizar un delito más grave, puede alcanzar su libertad excepcional.

Esta generalización punitiva también es problemática en términos de política criminal. *Primero*, porque incrementa la posibilidad de que los agresores cometan delitos más graves o en mayor cantidad contra los menores de edad, sin que la pena sea incrementada. En estos casos, la prisión perpetua

44 Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 175.

45 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”, documento del 23.05.2019, 18; id., “Observaciones de la Comisión Asesora para el diseño de la política criminal del Estado Colombiano, a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores”, 13, señala que “Una pena imperativa y automática de ese alcance y para esos delitos es del todo irracional, pues –sin importar las circunstancias en que se cometan, el grado de culpabilidad del autor, o la diversidad misma de las conductas punibles señaladas–, siempre habría lugar a imponer la cadena perpetua. Ello desconoce el principio constitucional de culpabilidad en virtud del cual esa categoría es susceptible de ser graduada (véase, art. 29 de la Carta Política) y, con él, se arrasa el principio de culpabilidad”; Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 61 y ss.

46 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”, documento del 23.05.2019, 9; Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 45 y ss.; Velásquez Velásquez, *Derecho penal, Parte general*, 99 y ss.

‘revisable’ absorbería las condenas proferidas por otros delitos. *Segundo*, esta sanción invisibiliza las dimensiones físicas, espirituales y psicológicas del condenado al momento de cometer el hecho criminal. Y, *tercero*, estas penas envían mensajes preventivos equivocados a la población, basados en *el terror penal* y en el populismo punitivo. Se trata de mensajes ineficaces y simbólicos que, además, con niveles de impunidad cercanos al 97 % en Colombia⁴⁷, no disuaden a los delincuentes potenciales ni logran integrar a la comunidad en torno a la ley, para dar eficacia preventiva a la sanción.

b) *El principio de proporcionalidad*. Se ha dicho que la culpabilidad del sujeto es el límite máximo de la pena aplicable, y por ello, constituye un límite implícito para la restricción de los derechos del condenado⁴⁸. En este sentido, surge la necesidad de reforzar la exigencia de proporcionalidad de la pena en términos constitucionales. Eso es justamente lo que desaparece con la pena de prisión perpetua ‘revisable’, pues, como se ha dicho, en ella resulta imposible medir la correspondencia entre la gravedad del delito, la exigibilidad al autor y la restricción de la libertad del condenado⁴⁹.

Agréguese que la libertad no es el único derecho personal que resulta limitado de manera permanente por la prisión perpetua. Piénsese en los derechos a la intimidad, las comunicaciones, los derechos familiares, el derecho al trabajo y a la recreación, el derecho al estudio y la formación, entre muchos otros. De manera que el debate sobre los efectos de la prisión perpetua es mucho más amplio de lo previsto. Un buen ejemplo son los efectos psicológicos devastadores que produce la prisión perpetua (revisable o no) para el ser humano, como producto de la permanente exclusión social, económica y familiar. En este sentido, Arroyo Zapatero, Lascuraín Sánchez, Pérez Manzano y Rodríguez Yagüe, señalan:

La prisión permanente deteriora la personalidad del preso, produciéndole un menoscabo cierto de sus capacidades y habilidades cognitivas y sociales. Estudios científicos realizados en distintos países y cárceles han evidenciado que a partir de un cierto período de privación de libertad, se produce un **grave deterioro en el núcleo esencial** de la persona, en su personalidad. Se dañan las capacidades cognitivas, emocionales, comunicativas y sociales del reo. Estos graves menoscabos suponen una afección, por tanto, de su integridad física y moral: un **daño suplementario que se añade al inherente a la restricción de libertad** que es propia de la pena de prisión. Y si bien este deterioro es paulatino, hay acuerdo en señalar que los daños comienzan a ser irreparables a partir de un momento que puede fijarse en torno a los veinte

47 Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia: Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento* (Bogotá: USAID, 2015), 284.

48 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 397 y ss.; Velásquez Velásquez, *Derecho penal, Parte general*, 106 y ss.; 121 y ss.

49 Lascuraín Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, 42 y 45; Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 52 y ss.

años. No se trata de menoscabos leves, que son inherentes a cualquier pena de prisión, sino de daños especialmente graves y de carácter permanente e irreversible⁵⁰. Y agregan: Conforme a los conocimientos neurológicos actuales, el deterioro cognitivo, emocional y comunicativo, es un **daño físico**, tanto como lo es una mutilación; los daños psíquicos, las alteraciones en la configuración de las estructuras neuronales son el efecto y la explicación biológica de las modificaciones en la personalidad y en las capacidades psíquicas del penado. **La prisión permanente no es, entonces, tan sólo una pena que priva de su libertad al reo, es una pena corporal que cercena las capacidades psíquicas del reo**, como las mutilaciones cercenan otras partes o funciones del cuerpo humano. **La prisión permanente supone un cambio cualitativo en el contenido y naturaleza de la prisión porque no se trata de efectos sólo posibles, sino ciertos e irreversibles⁵¹.**

En definitiva, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad el Estado también incumple el *principio de economía de la violencia*. La pena de prisión perpetua 'revisable' *restringe de manera extrema y costosa los derechos humanos de los condenados y no se ha demostrado más efectiva para prevenir los delitos contra los menores de 18 años, que una simple pena de prisión de mediana duración*. De esta forma, se puede concluir que autoriza el uso de un *ius puniendi* que encuentra fundamento en el discurso de la defensa social y en una postura mucho menos garantista.

c) *Los principios de determinación de la pena y de culpabilidad por el hecho*. Una de las distinciones teóricas más importantes en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, tiene relación con los principios de merecimiento y necesidad de la pena⁵². En principio, el merecimiento de la pena es predicable de un autor que ha cometido una conducta punible (C.P., art. 9.^o), mientras que la necesidad tiene relación —aunque no siempre— con la imposición o ejecución efectiva de la sanción, teniendo en cuenta los

50 Lascuráin Sánchez *et al.*, "Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable", 31; Francisco Javier De León Villalba, "Prisión permanente revisable y derechos humanos", *Contra la cadena perpetua*, edit. Luis Arroyo Zapatero, Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Mercedes Pérez Manzano y coord. Cristina Rodríguez Yagüe (Cuenca: Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016), 96–102; Aleksey Detkov *et al.*, "Life Imprisonment: 25 years of criminological and psychological research (1993-2018)". *Religación. Revista de ciencias sociales y humanidades* 4, no. 19 (2019): 191-195. Disponible en: <https://www.neliti.com/publications/331848/life-imprisonment-25-years-of-criminological-and-psychological-research-1993-2018#cite>; Consejo de Europa. Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, *Normas CPT*. CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2010 Español, 27. Una explicación de ellos en: Rodríguez Yagüe, Cristina. "Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. No. 17 (2017): 225-275. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6446359>; sobre estos efectos, ver United Nations. Office at Vienna. Crime Prevention and Criminal Justice Branch. *Life imprisonment. Document ST/CSDHA/24*. En: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/UNODC-1994-Lifers.pdf>, 6 y 7.

51 Lascuráin Sánchez *et al.*, "Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable", 32; Borbón Rodríguez, "Prisión perpetua en Colombia: Funciones de la pena, política criminal y neuroderecho", 13 y ss.

52 Sobre el principio de necesidad, ver Velásquez Velásquez, *Derecho penal, Parte general*, 115 y ss.

efectos que esta tiene en el condenado. Justamente, la ausencia de necesidad le permite a los jueces del Estado matizar la pena, mediante la aplicación de un sinnúmero de figuras previstas en la ley penal sustantiva y procesal como, por ejemplo: los subrogados penales de suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, la libertad condicional, la inexecución de pena, las penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, el principio de oportunidad, entre otros mecanismos con vocación resocializadora. De este modo, no siempre que un autor merezca una sanción penal, esta debe ejecutarse sin matices sino que debe imponerse teniendo en cuenta sus efectos y su necesidad concreta (C. P., arts. 3.º y 61, inc. 3.º).

En este sentido, la prisión perpetua desconoce el postulado de necesidad de ejecución de la pena, pues su carácter retributivo no solo presume su necesidad de ejecución vitalicia –o al menos durante 25 años ininterrumpidos⁵³– sino también la naturaleza en extremo peligrosa del autor para la comunidad⁵⁴. Ello admite dos consideraciones: *en primer lugar*, la presunción mencionada supondría que el sujeto condenado a prisión perpetua ‘revisable’ nunca se entienda formalmente resocializado antes de cumplir los 25 años de privación de la libertad. Ello permite preguntarse si: ¿es racional que una persona que puede demostrar su resocialización efectiva antes de los 25 años de privación de la libertad, deba permanecer efectivamente sin revisión de la condena? ¿Puede negarse dicha revisión con base en la sola referencia abstracta a la gravedad del delito? ¿Se puede seguir ejecutando una pena que ya cumplió con sus fines constitucionales?⁵⁵

En segundo lugar, como se ha dicho, la prisión perpetua distorsiona el fin de la resocialización de la pena (prevención especial positiva), pues la impone como una obligación para obtener la remisión de la condena y con ello la libertad.

Con fundamento en el análisis precedente, resulta un error equiparar la prisión perpetua con las penas

53 Lascuraín Sánchez *et al.*, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable”, 64, indican que 25 años resulta ser un tiempo que resulta disfuncional para los procesos de resocialización. En otras palabras, ¿es posible mantener un proceso de resocialización discontinuo y personalizado durante 25 años? ¿dicho período en realidad no es conderá un verdadero proceso de inocuización penal?

54 La peligrosidad es un sentimiento de prognosis criminal futura que resulta indemostrable: Martínez Garay, “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, 139-162; Velandía Montes, Rafael y Gómez Jaramillo, Alejandro. “Cadena perpetua y predicción del comportamiento. Un análisis sobre la delincuencia en contra de menores de edad y la política penal en Colombia”, *Revista Republicana*, No. 25 (2018): 260. Disponible en: <https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/492>, advierten: “Al carecer de respaldo científico, el carácter de incorregibilidad no debe ser tenido en cuenta en la definición de la política penal. Empero, su actual empleo en materia de delincuencia sexual constituye un peligro por el riesgo de su expansión a otros ámbitos de criminalidad y la violación de principios del Derecho penal como el del acto”.

55 Buenos ejemplos de la inexecutable de límites sancionatorios indeterminados en su máximo pueden encontrarse en las sentencias C-176 de 1993 y C-312 de 1993, respecto a las sanciones de medida de seguridad para sujetos inimputables. En ambos casos la CConst. los declara contrarios a la “preceptiva constitucional”.

de presidio o prisión comunes, pues su naturaleza definitiva e irrehabilitable, su particular justificación política, sus efectos corporales y su ejecución humillante la hacen parte de las denominadas *penas capitales*⁵⁶. Tampoco es posible asimilarla con la pena prevista en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, no solo por la exclusividad de su aplicación por parte del tribunal internacional de manera complementaria, sino también, por la prohibición de ser aplicada directamente del Estatuto por los tribunales nacionales⁵⁷. Una simplificación en ambos sentidos constituiría un grave error doctrinal.

En fin, puede concluirse que las presunciones sobre la necesidad de la pena basadas en la peligrosidad criminal del condenado, sin duda alguna vulneran el principio de culpabilidad, además de otros postulados de rango constitucional. Una sanción basada en las características del autor o en prejuicios se aleja sustancialmente de un derecho penal de acto y acoge un claro derecho penal de autor.

V. OTROS EFECTOS DE LA PRISIÓN PERPETUA

Además de los efectos señalados, es posible advertir otras repercusiones derivadas de la incorporación de la prisión perpetua 'revisable' en el ordenamiento jurídico:

Primero. El tratamiento penal del sujeto sometido a un proceso judicial en casos de amplia difusión e irritación social es, cuando menos, aflictivo, debido a la interferencia que suponen los juicios paralelos en el cumplimiento de las garantías del debido proceso⁵⁸. En muchos casos, la sola posibilidad de imponer a un procesado la pena de prisión perpetua 'revisable' supone una grave sanción social anticipada a la que podrían aplicar los jueces. Así mismo, los juicios paralelos afectan seriamente la imparcialidad –objetiva o subjetiva– del juez. En efecto, ello puede obligar a los jueces –para constatar que no se está cometiendo una injusticia– a que eleven el estándar probatorio al imponer una pena de

56 Ibid., 32; Sergio Cámara Arroyo, “Cadena perpetua en España: la falacia de su justificación en el derecho comparado y estado actual de la cuestión”, *Derecho y cambio social*, No. 57 (2019): 337 y ss. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7014388->; Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 170; Velásquez Velásquez, Respuesta al Oficio No. ORAMV 0031. Universidad Sergio Arboleda, 2018. Disponible en: <https://www.usergioarboleda.edu.co/wp-content/uploads/2018/09/concepto-cadena-perpetua-dr-fernando-velazquez-universidad-sergio-arboleda.pdf>. 29.

57 En general, ver Kai Ambos, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, Núm. 5 (2000): 166-167. Disponible: <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24743>; Marchesi, Diletta. “Imprisonment for life at the International Criminal Court”, *Utrecht Law Review* 14, No. 1 (2018): 97 y ss. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.422>. En todo caso, no se puede desconocer que la Constitución Política traza en materia de sanciones un estándar superior (pleno) de protección de los derechos humanos al previsto en el Estatuto de Roma (disminuido): Zendejas, Montero, Maldonado Arcón y Manrique Molina, María Zendejas, “Prisión perpetua revisable: El caso colombiano desde la perspectiva constitucional”, *IUSTITIA*, No. 15 (2017): 80. DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.voi15.2086>.

58 Cigüela Sola, Javier. “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político cultural”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, No. 12 (2020): 4 y ss. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf>

semejante severidad; o que, vistas las dificultades para recaudar elementos probatorios que permitan la condena, decidan imponer la sanción con la consiguiente utilización del sujeto procesado como un modelo para enviar mensajes sociales de intimidación. Cualquiera de estas situaciones, sin duda, son contrarias al debido proceso legal.

Segundo. Conocida la poca efectividad del sistema penal, la elevada impunidad, la enorme cifra desconocida de criminalidad en materia de delitos contra los menores de edad y la poca posibilidad de judicialización de los criminales, la prisión perpetua se convierte en una sanción cuyos efectos son muy difíciles de comprobar y evaluar a futuro, desde la perspectiva de sus pretensiones preventivas.

Tercero. Reformas como la prisión permanente generan una insalvable contradicción en el sistema general de penas del ordenamiento nacional (C.P., arts. 32 y ss.)⁵⁹. En este sentido, por ejemplo, se advierte la existencia de algunos delitos de homicidio contra los menores (C.P., arts. 103 y ss.) sancionados con prisión perpetua, en comparación con otros delitos más graves como el genocidio o los crímenes de guerra (algunos de ellos contra los menores), sancionados con penas privativas de la libertad de mediana duración. Todo un sinsentido en términos de política criminal. Este desequilibrio también se advierte entre diversas modalidades del mismo delito. Así, un delito de homicidio múltiples veces agravado por alguna de las distintas circunstancias previstas en el art. 104 del C.P. (parentesco, conexidades, sevicia, aprovechamiento de circunstancias de indefensión o inferioridad de la víctima), tendrá una pena inferior a un homicidio simple cometido contra un menor de edad.

Esta desestructuración del marco de sanciones, sumada al desconocimiento del sistema de individualización de la pena, incrementa el carácter selectivo del derecho penal y el desequilibrio del Código Penal vigente en esta materia en comparación con los bienes jurídicos tutelados⁶⁰.

Cuarto. El artículo 34 de la C.N., modificado por el acto legislativo, es problemático, toda vez que no distingue la aplicación de la prisión perpetua entre autores y partícipes en los delitos sexuales y en los homicidios en contra de los menores de edad (C.P., arts. 29 y 30). Así, no queda claro el régimen de individualización de la pena para los cómplices, pues su sanción siempre depende de los límites mínimos y máximos impuestos al autor. De igual manera, termina equiparando la actividad del determinador con la del autor, sin medir la eficacia de la determinación en la individualización de

59 Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Informe final, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano”, 30.

60 Un completo estudio sobre el tema: Cita Triana y González, *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*, 17 y ss. y 59 y ss., en el cual concluyen: “En materia de proporcionalidad de las penas, de la mano de las frecuentes reformas legales se ha registrado la alteración de algunas estructuras del Código Penal que inexorablemente desembocan en el examen de las alternativas, calidades y cantidades de sanciones y castigos que el derecho penal establece en las leyes, utiliza en el efectivo control de la criminalidad y, finalmente, aplica en forma de privación de la libertad”.

la pena. No resulta conveniente, en todo caso, regresar a un concepto unitario de autor donde pierde relevancia el compromiso individual de cada sujeto en la comisión del delito.

Quinto. La prisión perpetua 'revisable' impide la prescripción de la sanción penal. Como quiera que esta pena comporta una restricción ilimitada de la libertad, resulta inaplicable su extinción, por vía de la aplicación del instituto de la prescripción prevista en el C.P., arts. 88, num. 4.º y 89, mod. L. 1709 de 2014, art. 99. Según esta norma, “La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en los tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado en ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años contados a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia”, término máximo que naturalmente está definido por la vida del condenado⁶¹.

Esta contradicción también desconoce la C.N., art. 28, según el cual “En ningún caso podrá haber (...) penas o medidas de seguridad imprescriptibles”. Recuérdese que la prohibición de imprescriptibilidad está directamente relacionada con el interés del Estado para que el Condenado pueda resocializarse en un período de tiempo determinado.

Sexto. La naturaleza imprescriptible, moralista y permanente de la prisión perpetua 'revisable' tiene el efecto adicional de afectar la rehabilitación de los derechos del condenado, en particular, el derecho constitucional de libertad de locomoción, cuando no se conceda el beneficio procesal de remisión de la condena. Por ello, es bueno recordar que la CConst. prohibió aplicar una *restricción ilimitada de los derechos fundamentales* (Sents. C-176 de 1993 y C-087 de 2000).

Séptimo. El Acto Legislativo 01 de 2020 prevé la figura del control automático de la prisión perpetua ante el superior jerárquico del juez que la ha impuesto. Sin embargo, esta forma de control –semejante a la consulta y extraña al sistema de procedimiento penal vigente– resulta muy confusa cuando se intenta hacerla compatible con otras figuras que garantizan el derecho a la doble instancia, como el recurso de apelación o la doble conformidad, cuya naturaleza también supone que la sentencia penal condenatoria sea 'revisada' por el superior funcional o por otro órgano jurisdiccional diferente de aquel que profirió la condena (CConst., Sent. T-146 del 2020). Esta superposición de instituciones genera contradicciones insalvables con grave perjuicio de la seguridad jurídica.

61 Pardo López, Moncayo Albornoz y Olarte Delgado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, 48 y 49.

VI. CONCLUSIÓN

La pena de prisión perpetua revisable es una sanción puramente retributiva que vulnera de forma excesiva, innecesaria e irrazonable, los derechos fundamentales y los postulados más básicos del derecho penal moderno. Esta clase de transgresiones cambia por completo los principios axiológicos que caracterizan el modelo de Estado social y democrático de Derecho, los límites humanistas de las sanciones penales, y las bases democráticas de un derecho penal de acto, tal y como han sido concebidas originalmente por el constituyente de 1991.

Se ha podido señalar que dicha incorporación no cumple con el *estándar constitucional mínimo que debe cumplir una política criminal respetuosa de los derechos humanos*, por varias razones: i) no se ha comprobado que sus graves efectos contra los derechos fundamentales estén justificados por su capacidad preventiva para controlar o disminuir de manera eficaz los delitos sexuales o los homicidios en contra de los menores de 18 años. También se subraya la carencia de estudios empíricos que puedan demostrar una eventual reducción de la reincidencia criminal. ii) Esta pena desconoce ampliamente el postulado de *ultima ratio (carácter auto restrictivo de la violencia estatal)*, al no haberse agotado otro tipo de medidas punitivas o de políticas criminales que, siendo más eficaces, comporten menos costos personales y sociales para los derechos fundamentales de los condenados. Con ello se arrasa con otro postulado fundamental: *el principio de intervención mínima*⁶². iii) La prisión permanente, revisable como mínimo a los 25 años de reclusión, implica una restricción desproporcionada del derecho a la libertad personal, en condiciones de ejecución que en Colombia se pueden considerar como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

También, iv) la restricción permanente de la libertad afecta sustancialmente el derecho innominado a la resocialización. No puede perderse de vista que el objetivo de la resocialización es que el condenado pueda adquirir, en ambientes de autonomía y libre desarrollo de la personalidad, las condiciones y competencias que le permitan reintegrarse a la sociedad y jugar un papel activo en ella. v) Los efectos de la pena de prisión perpetua no son coherentes con el programa penal de la Constitución y con el sistema punitivo previsto en la ley penal. Además, esta sanción resulta contraria al deber de protección de los derechos humanos que tiene el Estado frente a personas vulnerables sometidas a semejante régimen de privación de la libertad. Y, vi) esta sanción penal atenta contra el derecho a la igualdad, en la medida en que la norma constitucional equipara la pena para diferentes delitos y delincuentes, sin que se tomen en consideración las particularidades del primero y los efectos que la pena habrá de tener en ellos. De hecho, tiende a asumir un concepto unitario de autor.

62 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 394 y ss.

En consecuencia, es un recurso punitivo maximalista, violento y excluyente, fundado en presunciones de peligrosidad criminal o en tesis de defensa social basadas en políticas de seguridad, que contradicen la democracia como método de protección de las garantías individuales. Esta restricción desproporcionada de la libertad personal encuentra explicación en el evidente fracaso de la prevención delictiva, los escasos procesos penitenciarios de resocialización de condenados en el país y la fallida reinserción de pospenados a la vida social.

Así las cosas, el Estado y los ciudadanos no deberían tolerar la incorporación de penas que disminuyan sustancialmente el régimen de los derechos humanos de los colombianos o sustituyan el carácter personalista de la Constitución de 1991. En este sentido, la Corte Constitucional tiene la tarea y la responsabilidad de recobrar y racionalizar el equilibrio constitucional en materia jurídico-penal, declarando contraria a la Constitución la institución de la prisión perpetua “revisable”, con el fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Se debe exhortar al gobierno nacional para que, en adelante, disponga la elaboración de verdaderas políticas criminales eficaces que obtengan a corto, mediano y largo plazo una verdadera prevención o reducción de los delitos cometidos en contra de los menores de edad. Estos tienen el derecho fundamental a ser protegidos plenamente de agresiones contra su vida o su libertad sexual, pero dentro de los baremos de una Constitución respetuosa de los derechos humanos; no por fuera de ella. Debe recordarse que cualquier esfuerzo desperdiciado en la implantación de penas ineficaces e inconstitucionales, es un esfuerzo menos por implementar políticas criminales o públicas que verdaderamente protejan a los menores en el sentido que promete, pero no logra, el Acto Legislativo 1 de 2020.

Como dice Ferrajoli:

(...) nuestra iniciativa por la abolición de la cadena perpetua quiere ser un intento de levantar una barrea contra esta cultura del suplicio, de reivindicar, en una fase de clara regresión política y moral, y de ofuscamiento de los valores básicos del estado de derecho, los principios de derecho y razón que deberían inspirar una reforma de nuestro sistema penal, de confutar, por último, una vez más, el manido prejuicio, denunciado hace ya más de dos siglos por Cesare Beccaria, de que la severidad de las penas –y no su certeza y la eficacia de los juicios– es un factor disuasorio para el desarrollo de la criminalidad⁶³.

63 Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 175.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, Comares, 2001.
- Ambos, Kai. “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, En: *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, Núm. 5, 2000, 127-169.
- Arroyo Zapatero, Luis; Lascurain Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes (Edit.) y Rodríguez Yagüe, Cristina (Coord.). *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016.
- Baratta, Alessandro. “Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”. En: *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*. Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2004, 299-333.
- Borbón Rodríguez, Diego Alejandro. “Prisión perpetua en Colombia: Funciones de la pena, política criminal y neuroderecho”, En: *Dos mil tres mil*, No. 22, e250., 2020. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/22250>
- Bonini, Sergio. *La funzioni simbolica nel Diritto penale Del bene Giuridico*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2018.
- Cáceres González, Emiro. “Prisión perpetua en Colombia. Análisis de las iniciativas legislativas para su autorización, y de los argumentos «racionales» para su incorporación en el ordenamiento colombiano”, En: *Revista Nuevo Foro Penal* 15, No. 93, julio-diciembre 2019, 111-124, Universidad EAFIT, Medellín, 111-166.
- Cámara Arroyo, Sergio. “Cadena perpetua en España: la falacia de su justificación en el derecho comparado y estado actual de la cuestión”, En: *Derecho y cambio social*, No. 57, Julio-Set., 2019, 335-367.
- Cancio Meliá, Manuel. *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Madrid, Reus, 2010.
- Carpio Marcos, Édgar. “Cadena perpetua y Constitución”, En: *Justicia viva*, Lima, PUCP, 2003, 16-24.
- Cerezo Mir, José y Díez Ripollés, José Luis. “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas. Comité Nacional Sueco para la prevención del delito. Informe No. 5 (Estocolmo, Suecia, julio de 1978)”, En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979, págs. 177-221.
- Cigüela Sola, Javier. “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político cultural”, En: *RECPC*, 22-12, 2020, 40.
- Cita Triana, Ricardo Antonio y González Amado, Iván. *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*, Bogotá, Ministerio de Justicia, Observatorio de política criminal, Ibáñez, 2017. En línea: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/o/documento/LaPropoPenLeCol.pdf?ver=2017-03-29-110809-953>

- Comisión Asesora en Materia de Política Criminal, “Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia”, Ministerio de Justicia y el Derecho, Bogotá, documento inédito del 23.05.2019, En línea: https://diazdiazgroup.com/index.php/k2/item/download/81_9958cfe892564a10dc10b9e6d183ecce
- *Informe final*, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano, Bogotá, Ministerio de Justicia y el Derecho, APC, UE, 2012.
- *Observaciones de la Comisión Asesora para el diseño de la política criminal del Estado Colombiano, a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua a ciertos delitos realizados contra menores*, Bogotá, Ministerio de Justicia y el Derecho, julio de 2011, 36 p. En: <https://www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/conclusiones%20comisión%20asesora.pdf>
- Consejo de Europa. Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, *Normas CPT*. CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2010 Español / Spanish / Espagnol, En línea: consultado 23.01.2021. Link: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d7882702>
- Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento USAID, Bogotá, 2015.
- Cuerda Riezu, Antonio. “La cadena perpetua vulnera el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier trato discriminatorio”, En: Arroyo Zapatero, Luis; Lascaraín Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes (Edit.) y Rodríguez Yagüe, Cristina (Coord.). *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016, 135-138.
- Cuneo, Silvio. “Prisión perpetua y dignidad humana. Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras”, En: *Polít. Crim* 11, No. 21 (Julio 2016), art. 1, 1-20. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A1.pdf].
- De la Cuesta Arizmendi, José Luis. “Principio de humanidad y prisión perpetua”, En: Arroyo Zapatero, Luis et al. *Contra la Cadena Perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, España, 2016.
- De León Villalba, Francisco Javier. “Prisión permanente revisable y derechos humanos”, En: Arroyo Zapatero, Luis; Lascaraín Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes (Edit.) y Rodríguez Yagüe, Cristina (Coord.). *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016, 91-106.
- Detkov et al, “Life Imprisonment: 25 years of criminological and psychological research (1993-2018)”, En: *Religación, Revista de ciencias sociales y humanidades* 4, No 19, Quito, 2019, 191-195.
- Díaz Cortés, Lina Mariola. “Reflexiones sobre la propuesta de reforma constitucional en Colombia para la introducción de la cadena perpetua: respuesta al “sexual predator” en los delitos contra menores”, En: *Derecho penal y Criminología* 30, n. 88, 2009, 135-164, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=11350>
- Diéz Ripollés, José Luis. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, En: *RECPC* 06-03, 2004, 40.

- Fernández Carrasquilla, Juan. *Concepto y límites del derecho penal*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan Carlos Bayón Mohino/Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés (trads.), 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- *El paradigma garantista*, Filosofía crítica del derecho penal, Madrid, Trotta, 2018.
- “Ergástolo y derechos fundamentales”, En: *El sistema de penas en el derecho penal*, José Huertado Pozo (coord.), Anuario de derecho penal, España, 1999, 295-306.
- https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi8y5PA-bLuAhWNmVkKHZ6HBecQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fperso.unifr.ch%2Fderechopenal%2Fassets%2Ffiles%2FAnuario%2Fanuario%2Fan_1997-13.pdf&usq=AOvVaw23rAinllObCEuK2BCDVEjN
- *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
- Fiandaca, Giovanni. “Populismo político e populismo giudiziario”, En: *Criminalia*, Firenze, ETS, 2013, 95-122.
- Figueroa Navarro, Aldo. “La involución del sistema de penas en el contexto de la politización del derecho penal”, En: *Anuario derecho penal, El sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, Grijley, 1999, págs. 273-293.
- Fuentes Osorio, Juan L. “Los medios de comunicación y el derecho penal”, En: *RECPC* 07-16, 2015, 50.
- Gargarella, Roberto. *Castigar al prójimo*, Por una refundación democrática del derecho penal, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2016.
- Juanatey Dorado, Carmen. “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, En: *ADPCP*, vol. LCX, t. 65, Fasc/mes 1, 2012, 127-153.
- Landa Gorostiza, Jon-Mirena. “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-20, 1-42. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-20.pdf>
- Lopera Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- López Sterup, Henrik. “Introducción”, En: *Manual de Constitución y Democracia*, Vol. I De los derechos, H. López y R. Posada (coord.), 2ª ed., Bogotá, Ed. Uniandes, 2007, 21-29.
- Marchesi, Diletta. “Imprisonment for life at the International Criminal Court”, En: *Utrecht Law Review* 14, issue 1, 2018, 97-115. <http://doi.org/10.18352/ulr.422>
- Martínez Garay, Lucía. “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, En: Arroyo Zapatero, Luis; Lascuraín Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes (Edit.) y Rodríguez Yagüe, Cristina (Coord.). *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2016, 139-162.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2012.
- Pardo López, Angélica María; Moncayo Albornoz, Ana Lucía y Olarte Delgado, Ángela Marcela.

- Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Política Criminal, 2019.
- Pulitanò, Domenico. “Populismi e penale. Sulla attuale situazioni spirituale della giustizia penale”, En: *Criminalia*, Firenze, ETS, 2013, 123-140.
- Rodríguez Yagüe, Cristina. “Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del comité europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes”, En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, N.º. 17 (enero de 2017), págs. 225-275.
- Sandoval Huertas, Emiro. *Penología: partes general y especial* (reimpresión), Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2010.
- United Nations. Office at Vienna. Crime Prevention and Criminal Justice Branch, *Life imprisonment*, United Nations, Vienna, 1994, document ST/CSDHA/24.
- Velandia Montes, Rafael y Gómez Jaramillo, Alejandro. “Cadena perpetua y predicción del comportamiento. Un análisis sobre la delincuencia en contra de menores de edad y la política penal en Colombia”, En: *Revista Republicana*, num. 25, julio-diciembre de 2018, Bogotá, 241-263.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal, Parte general*, t.I, Santiago, Jurídica de Chile, 2009.
- . Respuesta al Oficio No. ORAMV 0031, Universidad Sergio Arboleda, 2018.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El aparato canalizador de venganza”, En: *La cuestión criminal*, Bogotá, Ibáñez, 2013, 289-302.
- . *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Ibáñez-U. Santo Tomás, 2006.
- Zendejas, María; Montero, Daniel; Maldonado Arcón, Fernanda y Manrique Molina, Filiberto Eduardo R. “Prisión perpetua revisable: El caso colombiano desde la perspectiva constitucional”, En: *IUSTITIA*, No. 15, enero-diciembre 2017, 57-84. <https://doi.org/10.15332/iust.voi15.2086>

LEY DE MODERNIZACIÓN A LA LEY DE COMPAÑÍAS, CÓMO ECUADOR PASÓ A ESTAR A LA VANGUARDIA DEL DERECHO SOCIETARIO EN AMÉRICA LATINA Y LO QUE SIGNIFICA PARA LA REGIÓN*

JAIRO DANIEL CARREÑO MONSALVE**

Recibido: 17 de abril de 2021. Aceptado: 18 de junio de 2021.

RESUMEN

Con la entrada en vigor de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías el pasado 10 de diciembre de 2020, Ecuador entró en un nuevo periodo de innovación en temas de derecho de sociedades. El fortalecimiento de instituciones que permiten la protección efectiva de accionistas minoritarios, los cambios respecto al régimen de administradores o la modificación de algunas instituciones como la causal de disolución por pérdidas dan cuenta de un esfuerzo coordinado por la Superintendencia de Compañías y por el legislador ecuatoriano para renovar el régimen de sociedades, hacerlo más accesible al sector empresarial y fomentar su uso como vehículo para el desarrollo económico del país. Un esfuerzo que no es aislado y que se suma al ya realizado con la promulgación de la Ley de Emprendimiento e Innovación en abril del año pasado, que, entre otras cosas, consagró la figura de la S.A.S. en el ordenamiento ecuatoriano. Es precisamente este impulso innovador proveniente del país vecino lo que lo posiciona a la vanguardia del derecho societario latinoamericano y lo que abre la posibilidad a que en la región se sigan sus pasos en busca de un derecho societario mucho más innovador y avanzado.

PALABRAS CLAVE

Ecuador, innovación, Ley De Modernización, vanguardia, América Latina, Derecho Societario.

* Artículo de investigación científica y tecnológica.

** Estudiante de derecho con opción en economía de la Universidad de los Andes. Monitor de derecho societario, miembro del semillero de derecho societario y miembro del área de Private equity & Venture capital del Finance and Investment Club Uniandes. Actualmente, trabaja en Gómez-Pinzón. Correo: jd.carreno10@uniandes.edu.co

THE MODERNIZATION LAW TO THE COMPANIES ACT, HOW ECUADOR CAME TO BE AT THE FOREFRONT OF CORPORATE LAW IN LATIN AMERICA AND WHAT IT MEANS FOR THE REGION*

JAIRO DANIEL CARREÑO MONSALVE*

Received: april 17, 2021. Accepted: june 18, 2021.

ABSTRACT

With the enactment of the Modernization Law to the Companies Act on December 10th, 2020, Ecuador entered a new period of innovation in matters of corporate law. The strengthening of institutions that allow the effective protection of minority shareholders, the changes regarding the directors' regime, or the modification of some institutions such as the dissolution due to losses give account of a coordinated effort by the Superintendency of Companies and the Ecuadorian lawmaker to renew the corporate regime, making it more accessible to the business sector and promoting its use as a vehicle for the economic development of the country. An effort that is not isolated, and that adds on to the one already made with the enactment of the Entrepreneurship and Innovation Law in April last year, which, among other things, established the figure of the S.A.S. in the Ecuadorian legal system. It's precisely this innovative drive from the neighboring country that positions it at the forefront of Latin American corporate law and which opens the possibility for the region to follow its footsteps on the search of a much more innovative and advanced corporate law.

KEY WORDS

Ecuador, innovation, Modernization Law, forefront, Latin America, Corporate Law.

* Article of scientific and technological research.

** Law student with a minor in economics from Universidad de los Andes. Teacher assistant of corporate law, member of a research group in corporate law and member of the Private equity & Venture capital area of the Finance and Investment Club Uniandes. Currently, he is working in Gómez-Pinzón. Correo: jd.carrenoro@uniandes.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el desarrollo del derecho societario en América Latina ha sido paquidérmico. Incapaces de seguir el paso de la constante evolución e innovación del mundo empresarial y de los negocios, nuestros ordenamientos jurídicos han estado condenados al rezago, no sólo frente a países como Estados Unidos o Reino Unido, que son líderes en temas del derecho de la empresa, sino frente a casi la totalidad de economías. Algo que ha traído consigo una serie de efectos nocivos para nuestros países, pues la incapacidad de crear ordenamientos competitivos y vanguardistas ha afectado, entre otras cosas, la facilidad en la creación de empresa, la capacidad para celebrar negocios y el atractivo de nuestras economías frente a inversionistas extranjeros, lo que, a la postre, ha supuesto un detrimento para nuestro desarrollo empresarial y económico. Esto se debe a que, en la gran mayoría de casos, el derecho societario latinoamericano ha estado sujeto a excesivos formalismos, a instituciones y a prácticas antiquísimas de difícil uso y a la incapacidad de los legisladores y de la academia de llegar a acuerdos. Es por ello que, salvo contadas excepciones, las reformas legislativas al régimen societario han sido puramente testimoniales y han fallado a la hora de abordar las cuestiones y problemáticas realmente importantes para el desarrollo de nuestros ordenamientos.

Sin embargo, han existido algunos casos de éxito. En el contexto colombiano, por ejemplo, la promulgación de la Ley 1258 de 2008, la cual estableció la figura de las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante “S.A.S.”), terminó por provocar un cambio en el paradigma societario nacional, al introducir figuras tan innovadoras como la acción por abuso del derecho de voto, o permitir la constitución de este tipo de sociedades por medio de documento privado, lo que significó un aumento exponencial en la creación de compañías⁰¹. Aun así, en este caso, el papel de innovar y mantener vigente el régimen societario ha provenido principalmente de la actividad judicial. Concretamente, de la mano de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, que en su papel de juez especializado ha desarrollado figuras como la *business judgment*

01 Superintendencia de Sociedades, boletín jurídico mayo de 2018, 3, https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2018/Boletin_Mayo2018.pdf

*rule*⁰² o los deberes fiduciarios de los socios controlantes⁰³. Instituciones realmente vanguardistas que en su momento no tenían presencia en otros ordenamientos de América Latina y que permitieron a Colombia estar a la cabeza del derecho societario de la región por muchos años.

En el caso de Ecuador, el régimen societario está sujeto principalmente a la llamada Ley de Compañías de 1964, que a su vez bebe de la influencia del Código de Comercio de 1906. Lo anterior, según Esteban Ortiz, intendente de Compañías regional Quito, suponía que el ordenamiento societario ecuatoriano estuviera pensado para un momento y para unas circunstancias históricas más cercanas al siglo XIX que para las realidades y acontecimientos del siglo XXI⁰⁴. Por lo cual, la necesidad de una pronta reforma al régimen de sociedades era más que evidente, pues instituciones tan anticuadas afectaban de forma manifiesta el desarrollo del país. Como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley de Modernización a la Ley de compañías (en adelante Ley de Modernización), este ordenamiento desconocía cuestiones tan fundamentales como la protección de accionistas minoritarios y estaba provocando estragos de cara a la impresión que el sector empresarial y los inversionistas extranjeros tenían de Ecuador. Un ejemplo es el índice *Doing business*⁰⁵ desarrollado por el Banco Mundial en el año 2019⁰⁶, donde este país ocupó la posición 123 entre las 190 economías analizadas y la número 18 entre los 32 países de América Latina y el Caribe, lo cual da cuenta de la precaria situación en la que se encontraba Ecuador.

En este contexto, el año 2020 fue finalmente el momento en el que Ecuador decidió emprender las reformas necesarias para la modernización de su derecho societario. En primer lugar, en abril, con la promulgación de la Ley de Emprendimiento e Innovación, que introdujo la figura de la S.A.S. al ordenamiento ecuatoriano; para luego, de la mano de la Superintendencia de Compañías y de algunos académicos del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, radicar el proyecto de modernización a la Ley de Compañías, que fue finalmente aprobado por la Asamblea Nacional el 8 de diciembre y publicado en el registro oficial dos días después. Esta Ley es un esfuerzo realmente ambicioso y exhaustivo por renovar el régimen societario ecuatoriano.

02 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 801-000072 del 11 de diciembre de 2013, caso Pharmabroker. Superintendente Delegado: José Miguel Mendoza.

03 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-000052 del 9 de junio de 2016, caso Gyptec. Superintendente delegado: José Miguel Mendoza.

04 Tributación de hoy, “Invitado Dr. Esteban Ortiz tema nueva Ley de compañías” Telesucesos HD, 13 de enero de 2021, video, 2:31-3:00, <https://www.youtube.com/watch?v=uRQP2r-IttI&t=488s>

05 Esta medición realizada anualmente por el Banco Mundial, mide la efectividad y aplicación de las regulaciones para hacer negocios, tiene en cuenta aspectos como, la facilidad para abrir una empresa, la protección a inversionistas, la capacidad para hacer cumplir los contratos o la facilidad para obtener créditos.

06 World Bank Group, “*Doing Business 2019: training for reform, comparing business regulation for domestic firms in 190 economies*”, acceso el 26 de marzo de 2021, https://espanol.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf

Así las cosas, con este artículo se busca analizar las principales reformas que han sido introducidas con esta normatividad, haciendo énfasis en las relativas al régimen de administradores y especialmente en aquellas orientadas a la protección de accionistas minoritarios, dada la gran importancia que este tema reviste para el derecho societario latinoamericano en general. En este orden de ideas, las reformas que serán objeto de análisis de este artículo se abordarán y categorizarán de la siguiente forma: (i) innovaciones tecnológicas, (ii) derogación, modernización y creación de instituciones, (iii) reformas al régimen de administradores y (iv) reformas orientadas a la protección de accionistas minoritarios.

2. INNOVACIONES TECNOLÓGICAS

2.1 RESPECTO A LAS JUNTAS GENERALES Y ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

La situación actual del mundo provocada por la pandemia obligó a que muchos países tuvieran que adaptar sus instituciones a circunstancias donde la presencialidad y el contacto físico no son una opción y, a pesar de las terribles implicaciones que el Covid-19 ha tenido en el desarrollo de la vida en sociedad, no todos sus efectos han sido perjudiciales. Un caso paradigmático ha sido el del derecho, el cual se ha visto obligado a adoptar cambios estructurales para hacer uso de los medios tecnológicos, los cuales en muchos países hace tiempo que estaban pensados, pero que simplemente no se llevaban a cabo. En este marco, la Ley de Modernización introduce algunas reformas en lo que se refiere a la celebración de las juntas generales y asambleas de accionistas, a sabiendas de la imposibilidad que existe en el contexto actual de celebrar la reunión del máximo órgano social de forma presencial, y aprovechando todas las facilidades que el uso de la tecnología puede suponer para la realización de este tipo de actos.

Así las cosas, se adapta la figura de las juntas generales y asambleas de accionistas, permitiendo su celebración por medios telemáticos⁹⁷. Esto significa que los socios, previa convocatoria del administrador, podrán acudir a la junta o asamblea ya sea de forma virtual, por medio de plataformas como *Zoom* o *Teams*, o por medios telefónicos, mediante una llamada de audio tradicional o por videollamada a través de sus dispositivos móviles. Adicionalmente, esta norma confiere una nueva obligación para el administrador, quien debe encargarse de verificar la asistencia de cada socio por el medio seleccionado, del mantenimiento del quórum y de la corroboración de la votación de los asociados. Igualmente, se dispone que la convocatoria para la junta se realizará por medio de correo electrónico en los plazos contemplados por el estatuto, lo cual impone el deber a cada socio de suministrar su dirección electrónica al administrador y a este último de mantener un registro actualizado. Vale la pena resaltar que la libertad que la Ley otorga a las sociedades en lo que respecta

07 Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 10 de diciembre de 2020. *Registro oficial* N. 347., Art. 15 y 63.

a los medios de celebración de la reunión del máximo órgano social se adapta perfectamente a la realidad del mercado empresarial ecuatoriano. Lo anterior, en razón de que la mayoría de empresas ecuatorianas son pequeñas sociedades de familia que cuentan con pocos accionistas, lo que facilita la logística en la convocatoria y celebración de las juntas por medios tecnológicos. Por esta misma razón, y ante la dificultad que supondría, esta disposición normativa no se hace extensiva a las sociedades abiertas que cotizan en bolsa.

Adicionalmente, la Ley contempla una disposición realmente interesante y típica de las S.A.S., que se hace extensiva a otros tipos societarios, la cual confiere a los accionistas la posibilidad de renunciar a su derecho de asistir a una determinada junta o asamblea⁰⁸. Dicha renuncia, debe ser expresa y comunicada al representante legal de forma escrita o por comunicación electrónica. Sin embargo, lo realmente importante e innovador en este punto es que la inasistencia del socio o socios no afecta el quórum deliberativo ni decisorio. Al respecto, las acciones de los socios ausentes se deben computar a la hora de instalar la reunión. Adicionalmente, se les permite comunicar al representante legal el sentido de su voto para los asuntos que se discutirán ese día. Únicamente en caso de no manifestar su voto positivo o negativo la Ley entiende que estos se abstuvieron de votar. Visto lo anterior, es claro el interés del legislador en facilitar el desarrollo y la celebración de las reuniones sociales, adaptándolas a las vicisitudes del mundo contemporáneo mediante el uso de herramientas tecnológicas. De esta forma, ahora es posible que se celebren juntas o asambleas con algunos socios de forma presencial, otros que tal vez se encuentran fuera del país por medio virtual y con la inasistencia de los accionistas que así lo decidan, quienes, además, podrían haber comunicado con anterioridad sus votos al representante legal, con lo cual no se verían vulnerados sus derechos.

2.2 INTRODUCCIÓN DEL *BLOCKCHAIN*

Un aspecto aún más interesante y realmente vanguardista es el tratamiento que la Ley de Modernización da a la herramienta conocida como cadena de bloques o *blockchain*. Esta tecnología, propia de la era digital, consiste en una base de datos que puede ser compartida por una gran cantidad de usuarios y que permite el almacenamiento de información de forma inmutable y ordenada⁰⁹. Entre sus principales beneficios, cabe resaltar: i) la eficiencia, en tanto resultan más sencillos los procesos de reconciliación de la información con la contraparte, auditores y reguladores, ii) la seguridad, debido a que se pueden verificar las transacciones y la forma de almacenamiento de la información permite corroborar su autenticidad, iii) la transparencia, dado que la identidad de los usuarios de *blockchain* esta protegida

08 Ibid., art. 15 y 43.

09 Carlos Dolader, Joan del Roig y Jose Luis Muñoz, “La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas”, *Economía industrial*, N. 405 (2017): 34, <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicaciones-periodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MU%C3%91OZ.pdf>

criptográficamente; y, iv) la accesibilidad, ya que cualquier usuario habilitado puede consultar la información¹⁰. En este orden de ideas, dados sus beneficios, el uso de esta herramienta se ha extendido a muchos sectores. En materia legal, académicos como De Filippi y Wright¹¹ han argumentado que en el contexto de una infraestructura digital la mejor regulación es su propio código, una idea que ubica a esta tecnología como un nuevo paradigma en el derecho, que eventualmente, con el surgimiento de figuras como los *smart contracts*, podría llegar disminuir significativamente la necesidad del regulador e intermediario humano.

Ahora bien, sin importar si el *blockchain* termina por convertirse o no en esta tecnología paradigmática, lo cierto es que su uso en el derecho societario ya ha sido propuesto. Para Magnier y Barban, la implementación de esta herramienta puede traer beneficios en muchos campos, desde facilitar el acceso en tiempo real a la información de la compañía, hasta la consecución de una administración más eficiente o la prevención de operaciones con partes vinculadas¹². Con este espíritu, la Ley de Modernización introduce dos disposiciones relativas al *blockchain*; la primera es la llamada “tokenización” de las acciones, la cual implica que de ahora en adelante las acciones de las sociedades anónimas y de las S.A.S podrán estar representadas por certificados emitidos en formato electrónico, siempre que estos estén asociados a una base de datos distribuida tipo cadena de bloques¹³. En segundo lugar, se contempla la posibilidad de que las compañías puedan llevar sus libros y registros contables a través de medios tecnológicos, pero lo que es aún más importante, se les dota de equivalencia funcional frente a los documentos físicos¹⁴. Es decir que el valor probatorio de los libros de la sociedad y de los registros contables que se lleven de forma electrónica será el mismo que tendrían si se llevaran de forma tradicional.

Las reformas antes mencionadas son realmente innovadoras, por lo menos para la región, y su uso correcto puede traer muchos beneficios para el derecho societario ecuatoriano, evitando problemas tan simples como los que se podrían derivar de una posible pérdida o destrucción de los libros de la sociedad, contribuyendo a la transparencia en los registros contables o motivando una constante inspección por parte de los accionistas frente al desempeño de los administradores, dada la facilidad

10 Nuria Porxas y María Conejero, “Tecnología blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 48 (2018): 25-28, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5799/documento/arto2.pdf?id=7875>

11 Aaron Wright y Primavera De Filippi, *Blockchain and the law: The rule of the code* (Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2018), 49-51.

12 Veronique Magnier y Patrick Barban, “The potential impact of blockchain on corporate governance: a survey on shareholders rights on the digital era”, *Journal for the international and european law, economics and market integrations* 5, no. 2 (2018): 198, 210, 215. <https://core.ac.uk/download/pdf/212488321.pdf>

13 Ley de modernización a la Ley de compañías, disposición general cuarta.

14 Ibid., disposición general tercera.

que se tendría para acceder a los documentos de la sociedad. Sin embargo, el mayor reto radica en lo preparado que se encuentre el sector empresarial para adaptarse y aplicar esta tecnología, que, *a priori*, parecería ser bastante compleja. Es por ello que en el grado de aceptación que tenga esta herramienta está la clave para observar si su uso se estandariza en la mayoría de sociedades, o si, por el contrario, es una tecnología para la que el sector empresarial no está listo. Al respecto, es probable que con el paso del tiempo y a medida que la curva de aprendizaje aumente, también aumentará la aceptación y el uso que se haga del *blockchain* en el contexto societario. Así pues, observar detalladamente cómo se desarrollan y se les da aplicación a estas normas en Ecuador supondrá una labor obligada para los demás países de la región, que eventualmente consideren introducir esta tecnología en sus ordenamientos societarios.

3. DEROGACIÓN, MODERNIZACIÓN Y CREACIÓN DE INSTITUCIONES

3.1 SOBRE LA OPOSICIÓN DE TERCEROS, EL CERTIFICADO CONSULAR PARA SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS Y LA FIGURA DEL COMISARIO

En sus 83 páginas y más de 140 artículos, la Ley de Modernización busca adaptar la normatividad societaria a los tiempos actuales, esto implica la eliminación o modificación de instituciones decimonónicas que no cumplieran fin alguno y sí causaban costos, ya fueran de tiempo o de recursos. Un ejemplo de este tipo de instituciones era la llamada oposición de terceros a actos societarios, que es derogada por el artículo 9 de la Ley de Modernización. Esta institución que había caído en desuso, pues según datos de la Superintendencia de Compañías hace décadas que no se interponía una¹⁵, permitía a terceros que se considerarían afectados oponerse a la inscripción de actos, tales como el cambio de nombre o de domicilio de la sociedad, la disminución del capital o la disolución anticipada¹⁶. Actos que para el ente controlador realmente no revisten mayor amenaza de fraude a terceros, mientras que la existencia de esta institución si se podía llegar a traducir en demoras para la formalización de los actos, pues llevar a buen término el proceso de oposición podía tomar varios días. Así las cosas, dado el eminente anacronismo que suponía esta norma, y ante los potenciales perjuicios que podía causar a los empresarios, se le removió del ordenamiento jurídico.

De igual forma, otra institución que es eliminada por la Ley de modernización es la que señalaba como requisito para las sociedades extranjeras que quisieran iniciar operaciones en Ecuador la presentación ante la Superintendencia de Compañías de un certificado expedido por el cónsul ecuatoriano del respectivo país¹⁷. Dicho certificado debía indicar que la sociedad en cuestión estaba legalmente

15 Ibid., exposición de motivos.

16 Ley de compañías, 1964, *registro oficial* N. 312 de 5 de noviembre de 1999., Art. 33.

17 Ibid., Art. 415.

constituida en el país de origen y que tenía la potestad para operar en el exterior. Ahora bien, el artículo 126 de la disposición objeto de análisis suprime este requisito, considerando que la exigencia de este certificado es un trámite redundante y costoso, teniendo en cuenta que esta misma información debía ser suministrada por la empresa interesada mediante la entrega de los documentos constitutivos y de los estatutos sociales. De esta forma, se evidencia el interés por reducir las barreras de acceso y simplificar los trámites para las empresas extranjeras que quieran operar en Ecuador, en aras de incentivar la llegada de capital proveniente del exterior y aumentar el atractivo y la competitividad de la economía ecuatoriana.

Otro cambio significativo es el que se llevó a cabo respecto a la figura del comisario¹⁸, pues la existencia de este órgano fiscalizador garante de la información financiera figuraba como una obligación legal para las sociedades anónimas. Sin embargo, su presencia no traía beneficios reales para las empresas y sí suponía un coste excesivo¹⁹, ya que este órgano pensado para dar transparencia a las cifras y operaciones de las compañías que además debe fungir como una herramienta para la protección de minoritarios y de terceros, en la práctica, se había visto limitado a consignar información absolutamente general y sin valor real para el cumplimiento de sus fines. Esto se debe, entre otras razones, a que la forma en la que se lleva a cabo su nombramiento, a saber, por mayoría absoluta de la junta, hace que pueda ser fácilmente influenciado por el accionista controlante, a quien en la mayoría de los casos debe su designación. Es por ello que la obligatoriedad de esta figura resulta innecesaria y por lo que la reforma abre la puerta a que cada sociedad adopte sus propios medios de fiscalización. En este sentido, se les da total autonomía a los socios para que por medio de disposición estatutaria decidan si tendrán o no este tipo de órgano, salvo en los casos de algunas empresas que superan un monto de activos establecido por la Superintendencia de Compañías, para las cuales, se mantiene la obligación de realizar auditorías externas.

3.2 REFORMAS RESPECTO A LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

Por otro lado, en materia de disolución de sociedades mercantiles se llevan a cabo algunas reformas muy interesantes. En primer lugar, se elimina para las sociedades anónimas la causal de disolución por reducción en el número de accionistas²⁰, según la cual la sociedad quedaba disuelta por ministerio de la Ley en el momento en el que contara con un único socio. De esta forma, se permite a las sociedades anónimas subsistir con sólo un accionista y se elimina una disposición anacrónica que no respondía a las necesidades del mercado, considerando que, en Ecuador, más de la mitad de compañías están

18 En Colombia, su equivalente sería la figura del revisor fiscal.

19 Aurelio Gurrea y César Coronel, coords. "Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador", Instituto iberoamericano de derecho y finanzas, working paper series, 2 (2019): 21.

20 Ley de Modernización a la Ley de Compañías, Art. 23.

conformadas por un único socio y aproximadamente el 98% tienen entre uno y cuatro. Por lo cual, resulta claro que, tratándose de una economía típica de América Latina donde el sector empresarial está conformado en su inmensa mayoría por MiPyMES, es contradictorio y perjudicial mantener disposiciones normativas que consagran la pluralidad de socios como requisito de subsistencia de la empresa.

De forma similar, la Ley de Modernización relativiza la causal de disolución por cumplimiento del plazo²¹. Así las cosas, ahora las compañías podrán constituirse por un término indefinido, además, la vocación de permanencia de la sociedad se presumirá ante la ausencia de un plazo de duración fijado expresamente en los estatutos sociales. De este modo, la nueva interpretación de la causal restringe y da carácter de excepcional a una visión antigua del contrato de sociedad, según la cual las compañías nacen con una fecha de caducidad. Igualmente, supone una reducción de costos, en el sentido de que los empresarios no tendrán que someterse obligatoriamente al proceso de prórroga, el cual no solo demanda una observancia constante de los plazos, sino que requiere de una decisión formal del máximo órgano social elevada a escritura pública y de la autorización de la Superintendencia de Compañías.

Sobre este mismo tema, también se modifica la reglamentación referente a la causal de disolución por pérdidas, en tanto la norma señalaba su ocurrencia ante una reducción del 50% o más del capital social, mientras que, bajo la nueva normatividad, es una reducción del 60% o más del patrimonio de la sociedad lo que provoca su disolución. Un cambio que ciertamente es acorde con el pensamiento de la doctrina mayoritaria, para quienes la verdadera garantía de los acreedores sociales no es el capital de la compañía sino su patrimonio. En este sentido, la norma busca evitar la disolución de compañías que enfrentan pérdidas que pueden parecer significativas frente a su capital, pero que de cara a su patrimonio total no ponen en peligro la continuidad de las operaciones o el cumplimiento de las obligaciones sociales. Cabe resaltar, que estas modificaciones son un gran paso para lograr una normatividad eficiente en temas de disolución de compañías, algo que como lo señalan diversos autores, no sólo resulta relevante para facilitar la salida de empresas del mercado, la protección de terceros y la asignación eficiente de recursos en una economía, sino que también motiva la constitución de empresas. Pues reduce los costes asociados a la disolución de sociedades, los cuales pueden afectar ex ante los incentivos de los emprendedores para llevar a cabo su actividad empresarial por medio de una sociedad comercial.

Sobre este mismo tema, también se modifica la reglamentación referente a la causal de disolución por pérdidas, en tanto la norma señalaba su ocurrencia ante una reducción del 50% o más del capital

²¹ Ibid., Art. 87.

social, mientras que, bajo la nueva normatividad, es una reducción del 60% o más del patrimonio de la sociedad lo que provoca su disolución²². Un cambio que ciertamente es acorde con el pensamiento de la doctrina mayoritaria, para quienes la verdadera garantía de los acreedores sociales no es el capital de la compañía sino su patrimonio²³. En este sentido, la norma busca evitar la disolución de compañías que enfrentan pérdidas que pueden parecer significativas frente a su capital, pero que de cara a su patrimonio total no ponen en peligro la continuidad de las operaciones o el cumplimiento de las obligaciones sociales. Cabe resaltar, que estas modificaciones son un gran paso para lograr una normatividad eficiente en temas de disolución de compañías, algo que como lo señalan diversos autores²⁴, no sólo resulta relevante para facilitar la salida de empresas del mercado, la protección de terceros y la asignación eficiente de recursos en una economía, sino que también motiva la constitución de empresas. Pues reduce los costes asociados a la disolución de sociedades, los cuales pueden afectar *ex ante* los incentivos de los emprendedores para llevar a cabo su actividad empresarial por medio de una sociedad comercial.

En un campo similar, el de la liquidación, se establece un procedimiento encaminado a facilitar la salida y cancelación de compañías, algo que en la práctica resultaba realmente difícil y que había tenido como efecto la existencia de muchas de las llamadas sociedades *zombies*²⁵. En este sentido, para los casos en los que la masa de la liquidación no es suficiente para cubrir los pasivos sociales, la norma ordena que se levante un acta de carencia de patrimonio²⁶, que, junto a una declaración juramentada y notariada, debe dar cuenta de la carencia patrimonial de la empresa, y debe ser remitida a la Superintendencia de Compañías para que esta emita la respectiva resolución de cancelación. De esta forma, como se mencionó anteriormente, se busca reducir los costos *ex ante* que asumen los emprendedores y que se encuentran asociados a la dificultad en la disolución y salida de empresas del mercado.

Sin embargo, esto no es todo, pues también se busca disminuir los costos *ex ante* que afrontan emprendedores y administradores asociados a la imputación de responsabilidad. En este orden de ideas, la norma señala que a los administradores que actúan como liquidadores y a los socios no se les podrá hacer responsables por la imposibilidad de pagar la totalidad de los pasivos, salvo que se logre probar la existencia de un fraude. Así las cosas, de cumplirse este supuesto, se verían obligados a responder solidaria e ilimitadamente frente a las acreencias insatisfechas, lo cual resulta ser una medida efectiva de protección a terceros y que limita los casos de responsabilidad de socios y administradores.

22 Ibid., Art. 96.

23 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo II* (Bogotá: Temis, 2017), 446-447.

24 Gurrea y Coronel, *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*, 56.

25 Las llamadas sociedades zombies son aquellas empresas que mantienen su existencia jurídica, pero que en la práctica no llevan a cabo ninguna actividad económica.

26 Ley de modernización a la Ley de compañías, Art. 109.

3.3 SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN, LA EMISIÓN DE ACCIONES Y LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL

En lo que se refiere al derecho de separación de los socios disidentes o no concurrentes en temas de transformaciones, la Ley de Modernización realiza algunos cambios y adiciones relevantes²⁷. En primer lugar, el ejercicio del derecho podrá hacerse tanto de forma escrita como por medios digitales, mediante comunicado dirigido al representante legal en los cinco días siguientes a la notificación de la decisión de transformación. Por otro lado, al reembolso del valor de la participación al que tiene derecho el socio o accionista disidente se le adiciona el cómputo del interés máximo convencional, que se debe calcular a partir del día en que se notifica el ejercicio del derecho de separación. De igual forma, se contempla que el valor al que se deben compensar las acciones puede ser acordado de forma libre entre el accionista y la compañía, permitiendo que se pueda reconocer un valor por encima del señalado en el balance de transformación, algo útil en caso de que la sociedad quiera reconocer el desempeño o el papel de alguno de los socios. En caso contrario, cuando no se llegue a un acuerdo respecto al valor del reembolso, este podrá ser calculado a solicitud de la empresa o de cualquiera de los socios por un perito designado por la Superintendencia de Compañías, quien en el término de dos meses a partir de su designación deberá remitir el informe en el que conste la valoración.

Finalmente, en este apartado, la Ley de Modernización contempla otras dos disposiciones que vale la pena analizar. En primer lugar, en lo que respecta al tema de emisión de acciones, el artículo 26 contempla la posibilidad de fijar una prima en la emisión cuando las acciones son adquiridas por terceros y no por los accionistas en ejercicio de su derecho de preferencia. Esto significa que el tercero interesado deberá pagar un costo por encima del valor nominal de las acciones a la hora de adquirir la participación, el cual será fijado previo acuerdo entre el comprador y la sociedad²⁸. En todo caso, dicho excedente que se constituirá como una reserva facultativa y no como parte del capital social, busca fungir como compensación frente a la desvalorización inherente que sufrirán las acciones antiguas. En consecuencia, corresponde a la junta de accionistas decidir de qué forma se le va a dar uso o como se va a repartir esta nueva reserva producto de la prima en la emisión de acciones. En segundo lugar, en lo que concierne a la reducción del capital, se dispone que únicamente será posible cuando este haya sido íntegramente pagado²⁹. De esta forma, la disposición nace como un medio que busca evitar la evasión de la obligación de los socios de pagar sus aportes, así como, la posibilidad de que existan fraudes hacia terceros. Cabe resaltar que, de la mano con esta disposición, se consagra el derecho de reparto

27 Ibid., Arts. 77 y 78.

28 Ibid., Art. 26.

29 Ibid., Art. 37.

en casos de disminución del capital social, el cual, por su vocación como herramienta de protección a accionistas minoritarios, será analizado más adelante.

4. RÉGIMEN DE ADMINISTRADORES

Un régimen de administradores equilibrado resulta fundamental para el desarrollo de cualquier economía, pues un marco normativo demasiado inquisitivo que castigue en exceso a los administradores sociales puede derivar en la generación de costes y desincentivos que terminan por alejar a las personas más capacitadas de las posiciones de dirección, o que las transforman en administradores en exceso cautelosos, que por miedo a ser castigados evitan tomar oportunidades o asumir riesgos que pueden desembocar en el beneficio de la empresa. *Contrario sensu*, un régimen demasiado laxo tiene el potencial de generar incentivos perversos que llevan a los administradores a actuar en detrimento de los intereses de la sociedad. Es por ello, que para cualquier legislación resulta prioritario buscar un balance entre la discrecionalidad de la que gozan los administradores a la hora de desarrollar sus funciones y los medios de control e imputación de responsabilidad para los casos en los que se causen perjuicios a la sociedad.

Ahora bien, en países como los latinoamericanos, donde las sociedades en su gran mayoría son estructuras de capital concentrado³⁰, el desarrollo de un buen régimen de administradores comporta un fin doble. Como primera medida, se deben establecer estrategias que permitan mitigar el llamado primer problema de agencia³¹, donde los administradores sociales actúan en detrimento de la sociedad y en beneficio de sus intereses personales. Ahora bien, a pesar de que este problema no es muy relevante en nuestro contexto dada la presencia de socios de control en casi la totalidad de compañías, los cuales cuentan con los incentivos económicos para vigilar el desempeño del administrador y con el poder político para removerlo, esto no significa que el problema desaparezca en su totalidad. Sin embargo, es claro que lo más importante para nuestro contexto es idear un ordenamiento que brinde herramientas

30 De forma general, las sociedades de capital concentrado son aquellas donde la participación se encuentra en manos de pocos accionistas, lo que tradicionalmente deriva en la existencia de socios o bloques de control. Por el contrario, las sociedades de capital disperso, propias de economías como Estados Unidos, que cuentan con un mercado de valores muy desarrollado, son aquellas en las que la participación se encuentra distribuida a través de muchos socios, lo que genera que el porcentaje de control que cada uno detenta sea muy bajo. Al respecto, consultar: Alber. H. Choi, “Concentrated ownership and long - term shareholder value”, *Harvard business law review* 8 (2018). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619462

31 Los problemas de agencia son aquellos que surgen entre dos partes, una denominada principal y otra denominada agente, estos son producto de la asimetría en la información que existe entre el principal y el agente, la cual puede motivar a este último a actuar en su propio beneficio y en detrimento de los intereses del principal. En el derecho societario, se han identificado tres problemas de agencia principales: i) entre administradores y accionistas, ii) entre accionistas mayoritarios y minoritarios y iii) entre la sociedad y terceros interesados o stakeholders. Al respecto, consultar: John Armour, Henry Hansmann y Reinier Kraakman, “Agency problems and legal strategies”, en *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*. Kraakman et al. (Oxford: Oxford University Press, 2017), 29-30.

capaces de prevenir y de remediar los casos en los que los socios controlantes, ya sea de forma directa o influenciando a los administradores, toman decisiones en desmedro de la minoría. Al respecto, cabe resaltar que esta forma en la que se manifiesta el llamado segundo problema de agencia, que ocurre entre accionistas mayoritarios y minoritarios, es típica de ordenamientos con estructuras de capital concentrado, donde el accionista controlante tiene todas las facilidades para influir de forma directa o indirecta en las decisiones de la administración³², dado su rol instrumental en la designación y remoción de sus miembros.

Visto lo anterior, una de las principales estrategias que los ordenamientos comparados han adoptado para evitar este tipo de comportamientos ha sido el desarrollo de los deberes fiduciarios de los administradores. De forma general, estos deberes implican que los directores deben actuar en beneficio de la compañía y de sus accionistas, orientando todas sus acciones y esfuerzos hacia la procuración del correcto funcionamiento de la empresa, la consecución de su objeto social y la maximización y obtención de utilidades. Salvo en los casos donde la empresa ha caído en insolvencia, momento a partir del cual los deberes fiduciarios dejan de predicarse únicamente en beneficio de los accionistas y pasan a cobijar los intereses de algunos *stakeholders* como los acreedores³³. Como parte de estos deberes fiduciarios, destacan principalmente dos: i) el de deber de cuidado, donde se desarrolla la llamada regla de la discrecionalidad o *business judgment rule*, y ii) el deber de lealtad, en el que se analiza el actuar del administrador en el marco de posibles conflictos de interés u operaciones con partes vinculadas³⁴. De esta forma, siguiendo el ejemplo comparado, la Ley de modernización consagra estos deberes que hasta el momento no habían tenido desarrollo ni legal ni jurisprudencial en Ecuador. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se analizarán las respectivas normas que los consagran y algunas de las vicisitudes que pueden devenir de su aplicación.

4.1 SOBRE EL DEBER DE CUIDADO O DE DEBIDA DILIGENCIA

El deber de cuidado o de debida diligencia hace referencia al grado de prudencia adecuada que deben mantener los administradores sociales en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, por lo menos en los ordenamientos latinoamericanos y en general en los influenciados por el *civil law*, esta categoría de prudencia o diligencia ha resultado ser excesivamente ambigua. Ordenamientos como el colombiano han señalado que en lo que se refiere a la administración de la sociedad los administradores deben actuar

32 Paúl Noboa, “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, working papers series, 5 (2020): 14-15. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513599

33 Bo Becker y Per Stromberg, “Fiduciary duties and equity-debtholder conflicts”, *Review of Financial Studies* 25, no. 6 (2012): 2. <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9491449>

34 Gurrea y Coronel, *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*, 34.

como lo haría un “buen hombre de negocios”³⁵, una categoría que implica un grado de profesionalidad y de diligencia mayor al que tendría el “buen padre de familia”. Como se puede observar, estas son categorías obsoletas con un contenido ambiguo y subjetivo, cuyo uso en el derecho societario puede generar más problemas que soluciones. En primera instancia, porque da la potestad a los jueces, que son expertos en derecho, de decidir sobre la idoneidad o no de las decisiones de negocios. Y, de otra parte, porque los jueces suelen analizar estas decisiones desde la perspectiva del momento en el que son llevadas a juicio (es decir, cuando ya se conocen los efectos de la decisión de negocios), sin tener en cuenta las condiciones empresariales o de mercado que existían cuando se tomaron. Lo anterior puede provocar que decisiones que para su momento parecían ser lógicas y necesarias para el bienestar de la empresa, al momento de ser analizadas por el juez parezcan actuaciones temerarias y poco diligentes, lo que expondría a los administradores a una eventual declaratoria de responsabilidad. Es por ello que muchos de estos ordenamientos han decidido adoptar ya sea por vía legal o jurisprudencial la regla de la discrecionalidad o *business judgment rule*.

Esta regla, concebida en los Estados Unidos, opera como una presunción que existe en favor del administrador y de sus decisiones de negocios. Dicha presunción supone que, a la hora de tomar las decisiones propias de su labor empresarial, los administradores actuaron de buena fe, de manera informada, en ausencia de conflictos de interés y teniendo en mente el beneficio de la compañía³⁶. Así las cosas, de forma general, la parte que busque desvirtuar judicialmente la protección de la *business judgment rule* tendrá que probar que la decisión fue tomada en violación del deber de lealtad, de forma poco informada o que supuso una actuación abusiva por parte de los administradores³⁷.

Ahora bien, esta regla ha sido trasplantada a diversos ordenamientos, por lo cual, los supuestos a probar cuando se busca desvirtuarla pueden variar³⁸. De hecho, en algunas jurisdicciones, como la alemana, se contempla la inversión de la carga de la prueba, entendiéndose que corresponde a los administradores probar que sus actuaciones efectivamente se adaptaron a los postulados de la regla de buen juicio empresarial³⁹. Aun así, en cualquiera de sus variantes, la aplicación de esta regla persigue el fin fundamental de proteger a los administradores en la toma de las decisiones de negocios. Un fin verdaderamente deseable, en tanto la certeza que esta regla da a los administradores remueve

35 Ley 222 de 1995, 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial* 42.156. Art. 23.

36 Felipe Suescún, “The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, *Vniversitas* 127 (2013): 342, doi: 10.1144/Javeriana.VJ127.bjre.

37 *Ibid.*, 348-349

38 Gurrea y Coronel, *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*, 30.

39 Gerhard Wagner, “Officers and Directors Liability under German Law - A potemkin Village”, *Theoretical inquiries in Law* 16 (2015): 74-75, <https://din-online.info/pdf/th16-1-4.pdf>

los desincentivos mencionados anteriormente, los cuales pueden alejar a las personas más capaces de las posiciones directivas. Igualmente, esta protección les permite tomar más riesgos y aprovechar oportunidades que bajo otro marco probablemente no habrían tomado, las cuales se pueden llegar a traducir a nivel micro en un aumento en los retornos de los accionistas y, a nivel macro, en un crecimiento de la innovación, el emprendimiento y el desarrollo⁴⁰.

En este orden de ideas, la Ley de Modernización en su artículo 48 consagra el deber de debida diligencia y la regla de la discrecionalidad. Al respecto, la norma establece que el estándar exigido a los administradores será el de un “ordenado empresario”, el cual se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, es decir, sin que medie un conflicto de interés, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado⁴¹. Una disposición interesante, en tanto mantiene la institución de la debida diligencia de un “ordenado empresario”, pero la dota de objetividad, sobrepasando el problema de la excesiva ambigüedad al señalar los requerimientos precisos que los administradores deben cumplir para que se considere que actuaron conforme al deber de cuidado. Por otro lado, la norma le da el carácter de presunción a la regla de la discrecionalidad y mantiene la carga de la prueba en cabeza de quien alega la responsabilidad del administrador, señalando los casos en los que podrá ser desvirtuada, a saber, cuando se logren probar actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por conflictos de interés. De esta forma, Ecuador adopta una visión de la *business judgment rule* más cercana a la doctrina de la abstención desarrollada en Delaware, donde los operadores judiciales no se pronuncian respecto a la idoneidad de las decisiones de negocios salvo en un número muy específico de casos.

No obstante, hay algunas circunstancias que pueden resultar problemáticas y llegar a dificultar la correcta aplicación y efectividad de esta norma. En primer lugar, surge el problema de que Ecuador no cuenta con un tribunal o juez especializado para la resolución de conflictos societarios. Esto genera que los casos donde un accionista busque desvirtuar la regla de la discrecionalidad sean conocidos por los jueces civiles, quienes pueden estar más o menos capacitados en temas societarios y que tendrán que aprender y adaptarse a este nuevo tipo de instituciones. En segundo lugar, la decisión de mantener la carga de la prueba en cabeza del demandante puede resultar excesiva, especialmente en un contexto donde el acceso a la información relativa a los actos y negocios adelantados por los administradores puede ser difícil. Por ejemplo, a un minoritario que busque probar que el actuar del administrador estuvo viciado por un conflicto de interés le resultaría particularmente arduo, pues su acceso a los documentos que dan cuenta del proceso, de las motivaciones y de las cifras del negocio sería realmente

40 Aurelio Gurrea, “Re-examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its implementation in Non - US jurisdictions”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, working papers series 2 (2016): 7-8.

41 Ley de modernización a la Ley de compañías, Art. 48.

limitado. Sin embargo, estas problemáticas se ven mitigadas con otra serie de cambios que introdujo la Ley, que tienen que ver con el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la posibilidad de llevar este tipo de conflictos a tribunales arbitrales y la consagración de buenas prácticas de gobierno corporativo que facilitan el acceso a la información, las cuales se abordarán en el punto relativo a la protección de accionistas minoritarios.

4.2 SOBRE EL DEBER DE LEALTAD

En cuanto al deber de lealtad, este hace referencia a que, en el ejercicio de sus funciones, los administradores o directivos deben actuar de buena fe y buscando el mejor interés de la compañía y de los accionistas, no el beneficio propio o de terceros. Como se mencionó con anterioridad, este toma una relevancia aún mayor en sistemas como los latinoamericanos, donde en muchos casos los socios de control ocupan los puestos de dirección o se valen de su poder para influenciar a los administradores, tomando decisiones mediante las que se extrae valor de la compañía en desmedro de los minoritarios. Esta extracción o *tunneling*⁴², puede manifestarse de varias formas: **i)** se pueden extraer recursos de la empresa mediante la fijación de una remuneración excesiva para los directivos o la realización de préstamos al socio de control u otros *insiders* por debajo del interés de mercado (*cash flow tunneling*), **ii)** se puede diluir la participación de los minoritarios vía maniobras como *freeze-outs* (*equity tunneling*), o, **iii)** se pueden extraer activos productivos de la sociedad mediante operaciones realizadas con *insiders* donde se vende por un valor inferior al precio de mercado (*asset tunneling out*) o se compra por encima de este (*asset tunneling in*).

En consecuencia, uno de los principales caminos que han tomado los diferentes sistemas jurídicos para controlar este oportunismo ha sido regular las llamadas operaciones con partes vinculadas. En estas, la compañía contrata con el administrador o con el socio de control, ya sea de forma directa o indirecta a través de personas naturales o jurídicas relacionadas con estos, como familiares u otras sociedades donde desempeñen funciones directivas o tengan una participación accionaria relevante. Aun así, se debe mencionar que estas operaciones no son intrínsecamente perjudiciales, pues en ocasiones pueden traer beneficios para la compañía, por ejemplo, facilitando el funcionamiento de las sociedades matrices y sus sucursales o la adquisición de bienes y servicios a un mejor precio. Sin embargo, los casos donde la operación va en contravía de los intereses sociales, pero los administradores incurso en un conflicto de interés se ven orientados a favorecer su bienestar o el del socio de control, son las situaciones en las que realmente se quebranta el deber de lealtad y cuya sanción debe preocupar al derecho societario.

42 Al respecto, consultar: Vladimir Atanasov, Bernard Black y Conrad Ciccotello, "Law and Tunneling", *The Journal of Corporation Law* 37 (2011), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444414

De la mano con lo anterior, el artículo 49 de la Ley de Modernización consagra en el ordenamiento ecuatoriano el deber de lealtad de los administradores sociales. Esta norma contiene algunas previsiones generales sobre el deber, conminando a los administradores a no ejercer sus facultades con fines distintos a los que les han sido señalados y a guardar la confidencialidad respecto de los negocios e información sensible de la empresa. Empero, las disposiciones más interesantes y relevantes son las consagradas en los literales c, d y e de este artículo, en las cuales se señala que los administradores deben: **i)** abstenerse de contratar directa o indirectamente con la compañía, salvo algunos casos señalados en la Ley, **ii)** desempeñar sus funciones libres de la influencia e instrucciones de terceros y **iii)** evitar incurrir en situaciones donde por cuenta propia o ajena sus intereses puedan entrar en conflicto con el interés social.

Con estas disposiciones se ve claramente la intención del legislador ecuatoriano por regular las operaciones entre vinculados. Al respecto, con el literal c, al limitar la posibilidad de los administradores de contratar directa o indirectamente con la compañía⁴³, se busca reducir la posibilidad de oportunismo por parte de estos, con el fin de que no actúen en beneficio propio o de sus relacionados⁴⁴ y en detrimento de la sociedad. Un ejemplo es que a pesar de que se permite la enajenación de activos sociales en favor del administrador, este tipo de operaciones debe contar con la aprobación de la junta de accionistas como un mecanismo de protección *ex ante*, en virtud del cual se requiere del voto favorable de la totalidad del capital social⁴⁵, so pena de que la operación adolezca de nulidad.

Por otro lado, con los literales d y e, la norma reconoce la problemática que supone la capacidad con la que cuenta el socio controlante para influir sobre las decisiones de la administración. Para ilustrar esto, supongamos un caso donde a la administración se le propone enajenar en favor del socio mayoritario o de alguno de sus relacionados un activo social valorado en \$200.000.000. Sin embargo, dicha transacción se lleva a cabo a un precio de \$150.000.000, claramente por debajo del valor de mercado, lo que termina por causar a la compañía un perjuicio económico de \$50.000.000 y trae al socio de control un beneficio equivalente. Bajo este supuesto, el administrador estaría incurso en un claro conflicto de interés, pues se vería obligado a ponderar si prefiere actuar en beneficio de la

43 La limitación se circunscribe a unos cuantos supuestos contenidos en el Art. 47 de la Ley de modernización, que modifica el Art. 261 de la Ley de compañías. Entre estas excepciones se encuentran, por ejemplo: el mutuo sin intereses realizado por el administrador en favor de la compañía, la adquisición de acciones en casos de aumento en el capital o la prestación de servicios profesionales o personales por parte del administrador o sus relacionados, siempre que estos se pacten en condiciones de mercado.

44 Como relacionados del administrador el Art. 47 de la Ley de modernización contempla al cónyuge, al conviviente legalmente reconocido y a cualquier pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Igualmente, a cualquier persona jurídica donde el administrador o las personas mencionadas anteriormente detenten un cargo de administración con facultades decisorias o el 51% o más de la participación accionaria, sea de forma individual o conjunta.

45 Ley de modernización a la ley de compañías, Art. 47, literal h.

empresa desestimando la operación y arriesgándose a que el controlante lo remueva de su puesto, o si, por el contrario, prefiere beneficiar al accionista de control, manteniendo su puesto en el proceso, pero perjudicando claramente el interés social. Así, con el fin de mitigar este tipo de casos, la norma dispone que los directivos deben actuar libres de la influencia de terceros y no incurrir en conflictos de interés por cuenta propia o ajena, so pena de incurrir en una violación al deber fiduciario de lealtad.

Así las cosas, consagrar estas reglas como parte del deber de lealtad de los administradores sociales es un paso positivo para evitar su oportunismo y el de los socios de control, que se manifiesta en la extracción de valor de la compañía por medio de operaciones entre partes relacionadas. Pese a esto, dichas disposiciones deben ir acompañadas de una serie de medidas que faciliten su aplicación, pues de nada sirve consagrar normativamente el deber de lealtad si en la práctica no hay consecuencias para quienes incurran en su violación, o si el proceso para acreditar dicha violación va a ser sumamente difícil para los accionistas. Es por ello que la Ley de Modernización también contempla algunos cambios orientados a facilitar el *enforcement* de las normas relativas a este deber. Concretamente, dispone que la sanción judicial producto de su infracción comprenderá no sólo el cargo de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino la obligación del administrador de regresar a la compañía el enriquecimiento injustificado que hubiese obtenido como producto de su accionar ilegítimo. Finalmente, se dictan algunas reformas respecto al ejercicio de la acción social de responsabilidad cuando esta se fundamenta en una violación al deber de lealtad, las cuales, por estar fundamentalmente orientadas a garantizar la protección de los asociados de la minoría, se analizarán en el siguiente apartado.

5. PROTECCIÓN DE ACCIONISTAS MINORITARIOS

Lograr la protección adecuada de los socios minoritarios es un fin que debería propender cualquier ordenamiento jurídico, pues un alto índice de protección contribuye a brindar seguridad a los inversionistas, a aumentar la creación de empresas y a motivar el interés y la participación del público general en el sector empresarial. Esto se evidencia al observar las economías más desarrolladas, en las cuales la participación de los ciudadanos, ya sea en empresas cotizadas en bolsa o en pequeños emprendimientos o *startups*, es bastante alta. Estas economías se caracterizan por tener herramientas que protegen de forma eficiente a los accionistas minoritarios. Por el contrario, un índice bajo de protección termina ahuyentando la inversión, tanto institucional como la proveniente del ciudadano de a pie, pues los inversionistas tienen el miedo fundado de que en este tipo de ordenamientos se pueda llegar a perder su inversión. Lo anterior se debe a que una protección deficiente de la minoría hace más probable la ocurrencia de actos expropiatorios y es la representación de un sistema judicial que falla a la hora de reprender de forma pronta y adecuada este tipo de acciones.

De acuerdo con el Banco Mundial, para el cálculo del índice de protección de los inversionistas minoritarios se tienen en cuenta varios aspectos, desde los derechos con los que cuentan los asociados, pasando por el grado de transparencia corporativa y la regulación existente en temas de conflictos de interés, hasta la facilidad que tienen los socios para interponer demandas⁴⁶. De esta forma, el desarrollo de un régimen societario capaz de proveer un marco de protección efectiva para minoritarios debe desarrollar estrategias tanto *ex ante* como *ex post* que permitan abordar las problemáticas existentes respecto a estas cuestiones. Así, teniendo en cuenta que Ecuador ocupa el puesto 125 entre los 190 países analizados en el índice de protección a minoritarios⁴⁷, uno de los puntos centrales de la Ley de Modernización es ofrecer todo un catálogo de medidas orientadas a mejorar la situación de estos accionistas.

5.1 SOBRE LA PROHIBICIÓN DE IMBRICACIÓN

Una de las medidas que según la exposición de motivos de la Ley de modernización tiene como fin procurar la protección de los minoritarios es la llamada prohibición de imbricación⁴⁸. En virtud de esta norma, se consagra la imposibilidad de que las subsidiarias adquieran acciones con derecho de voto emitidas por sus sociedades matrices. Esta prohibición también se hace extensible a los administradores de las subsidiarias y se señala que cualquier adquisición realizada en contravía de lo dispuesto será nula. Sin embargo, el uso que se le puede dar a esta figura como un medio de protección de accionistas minoritarios no es muy claro. En este sentido, la doctrina mayoritaria ha concebido este mecanismo como una disposición más orientada hacia la protección de los terceros, pues en la práctica, la imbricación genera una duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados que puede llegar a generar confusión respecto a la verdadera cuantía del patrimonio de la empresa⁴⁹.

Por lo cual, la medida de prohibir este tipo de prácticas es mucho más beneficiosa para los terceros, especialmente para los acreedores, a quienes interesa conocer de forma certera el valor real del patrimonio de la sociedad, pues este funge como prenda general de las obligaciones contraídas y le permite al acreedor hacerse una idea más clara sobre la situación de la empresa. Ahora bien, si consideramos esto último como un beneficio extrapolable a los accionistas, ya que podría llegar a contribuir al aumento en la transparencia en tanto facilita el conocimiento efectivo de los porcentajes de participación reales de cada socio, se podría argumentar que la disposición cumple con su objetivo de mejorar la posición de los minoritarios, aunque sea de forma tangencial.

46 World Bank Group, *Doing Business 2019*, 98-102.

47 *Ibid.*, 168.

48 Ley de modernización a la Ley de compañías, Art. 33.

49 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario Tomo II*, 333.

5.2 SOBRE LAS REFORMAS RELATIVAS A LAS JUNTAS DE ACCIONISTAS Y AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Una serie de reformas claramente orientadas a mejorar la posición de los minoritarios en cuanto al ejercicio de sus derechos son las que la Ley de Modernización consagra respecto a las juntas y asambleas de accionistas. Como primera medida, se reduce el porcentaje de acciones necesario para convocarlas, pasando del 25%⁵⁰ al 15%⁵¹. De este modo, los socios o accionistas que representen por lo menos este porcentaje del capital accionario podrán solicitar al administrador que proceda a realizar la convocatoria del máximo órgano social con el fin de tratar los temas que señalen en su petición. Adicionalmente, en caso de negarse o de no realizar la convocatoria dentro del término de quince días, la Ley contempla la posibilidad de que quienes realizaron la solicitud acudan directamente a la Superintendencia de Compañías con el fin de que se lleve a cabo la convocatoria. Un esfuerzo direccionado a lograr un mayor activismo por parte de los asociados minoritarios, consagrando herramientas que les permitan exponer ante el máximo órgano de decisión los temas que consideren necesarios y que fortalecen su derecho a deliberar y a hacer parte de la toma de decisiones de la compañía. Así mismo, esta disposición busca evitar que un posible bloque o socio de control se valga de las normas sobre convocatoria y las utilice como una herramienta para silenciar a la minoría, evitando que estos sean capaces de exponer temas o preocupaciones en el momento que lo consideren.

De acuerdo con lo anterior, también se prevé la posibilidad de que los accionistas minoritarios que representen como mínimo el 5% del capital social puedan proponer temas para ser incluidos en el orden del día de una junta ya convocada⁵². Estos puntos deben ser puestos en conocimiento de los demás accionistas y su deliberación se debe llevar a cabo en el marco de la junta como si hubieran hecho parte de los temas a tratar en la convocatoria primigenia. Dicho esto, si el administrador no considera pertinente su inclusión en el orden del día puede rechazarlos. Cabe resaltar que esta negativa debe estar debidamente motivada, pues si los minoritarios consideran inexistentes o insuficientes las razones esgrimidas por el administrador para negar su petición, pueden acudir a la Superintendencia de Compañías para que esta decida si convoca una nueva junta únicamente dirigida a tratar los temas propuestos por los asociados de la minoría. Como se puede observar, esta disposición junto con la desarrollada en el párrafo anterior busca hacer mucho más tangible la participación de los minoritarios en el máximo órgano de la compañía, permitiendo que sus intereses sean tenidos en cuenta con más frecuencia por la administración y los demás socios.

50 Ley de compañías, Art. 213.

51 Ley de modernización a la ley de compañías, Art. 38.

52 Ibid., Art. 42.

No obstante, las medidas encaminadas a lograr una mayor protección de los socios minoritarios no se limitan únicamente a proteger y fortalecer su derecho a deliberar y a ser escuchados. En este sentido, una reforma que dota a la minoría de la capacidad real para defender sus intereses y los de la compañía es la que se adopta respecto al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Según lo señala esta reforma normativa, los minoritarios que posean por lo menos el 5% de las acciones, ya sea de forma individual o conjunta, pueden interponer la acción social de responsabilidad por cuenta y en nombre de la compañía en dos supuestos. Primeramente, cuando el ejercicio de la acción haya sido aprobado por la junta de accionistas y se haya designado a una persona encargada de presentarla, pero esta no lo hubiera hecho dentro del término de un mes contado a partir de la decisión del máximo órgano social. Y, en segundo lugar, cuando el ejercicio de la acción se fundamente en una violación del deber de lealtad, circunstancia en la cual su presentación no requerirá de la aprobación de la junta o asamblea de accionistas⁵³.

Es menester resaltar que esta disposición constituye una estrategia *ex ante* que soluciona uno de los mayores problemas existentes respecto a la acción social de responsabilidad, no solo en Ecuador sino en Latinoamérica en general. A saber, en los países de nuestra región, su ejercicio resulta prácticamente imposible, pues en los casos de infracción al deber de lealtad donde el controlante se ve beneficiado por la operación, es muy común que este bloquee su ejercicio, dado que el requerimiento de aprobación por parte de la asamblea hace que su voto positivo sea indispensable y este nunca votaría a favor de adelantar una acción que lo pueda llegar a perjudicar. Así, la eliminación de este requisito facilita la oposición de la minoría a actos mediante los que se puede extraer valor de la compañía, como son las operaciones con partes vinculadas que se manifiestan en una vulneración del deber de lealtad de los administradores por incurrir en un conflicto de interés. Ciertamente, esta es una de las reformas más importantes e innovadoras que ofrece la Ley de Modernización, pues en ningún otro país de la región se da una prerrogativa tan importante a los accionistas minoritarios⁵⁴, lo que constituye un paso en la dirección correcta que con el paso del tiempo demostrará ser fundamental para lograr la protección efectiva de sus derechos.

5.3 SOBRE LAS REGLAS RELATIVAS A LA APROBACIÓN DE LAS OPERACIONES CON PARTES VINCULADAS

En el apartado relativo al deber de lealtad de los administradores sociales se analizaron las disposiciones introducidas por la Ley de Modernización respecto a las operaciones con partes vinculadas y los

53 Ibid., Art. 55.

54 José Miguel Mendoza, “Retrosceso”, Blog Societario (Blog), 23 de febrero de 2021. <https://www.blogsocietario.com/post/retrosceso>

posibles conflictos de interés en los que pueden incurrir los directores. Sin embargo, por su relevancia para el tema de protección a minoritarios, las reglas establecidas por esta Ley para la aprobación de operaciones llevadas a cabo con los socios o sus relacionados se abordarán en esta sección. Mediante estas reglas, la Ley reconoce que en el contexto latinoamericano la problemática de las operaciones con partes relacionadas se predica más respecto de los socios, particularmente, respecto del socio controlante, y no así respecto de los administradores. Por lo cual, la norma determina que las operaciones mediante las que se enajenen o graven los activos sociales en favor de alguno de los socios o de sus relacionados⁵⁵ quedan sujetas a la aprobación de la junta de accionistas. Lo fundamental es que esta aprobación tiene algunas reglas particulares: **i)** requiere del voto favorable de la totalidad del capital social y **ii)** los socios directa o indirectamente interesados en la operación no podrán votar, por lo que, para efectos prácticos, los accionistas que no tuvieran prohibido votar constituirán la totalidad del capital.

Para ilustrar de una forma más clara esta disposición, consideremos una empresa que cuenta con tres accionistas, un controlante que posee el 80% de la participación y dos minoritarios que cuentan cada uno con un 10%. Ahora, supongamos que se lleva ante la junta de socios para su aprobación una operación donde se plantea vender uno de los activos de la sociedad a la cónyuge del controlante. En este caso, de acuerdo con la norma, el socio de control tendría prohibido participar en la votación por encontrarse indirectamente interesado en esta, por lo cual su aprobación quedaría condicionada al voto favorable del total del capital habilitado para votar, es decir, del 20% restante que se encuentra en cabeza de los dos accionistas minoritarios. Esta es una medida muy inteligente, que hace necesaria la constitución de una “mayoría de minoritarios” para aprobar este tipo de transacciones⁵⁶ y que ayuda a mitigar el problema de agencia existente entre los accionistas. De esta forma, se soluciona uno de los problemas presentes en ordenamientos como el colombiano, donde para la aprobación de este tipo de operaciones se permite el voto del accionista interesado, un sinsentido que priva al requisito de aprobación por parte del máximo órgano social de cualquier tipo de beneficio o utilidad que pueda tener a la hora de garantizar la protección de minoritarios y evitar que se adelanten operaciones en contravía del interés social.

Ahora bien, esta norma por sí sola, aunque supone una mejora enorme respecto al régimen anterior, debe ir acompañada de otras disposiciones que faciliten a los minoritarios tanto el acceso oportuno a la información de los negocios que adelanta la compañía, como la persecución de la declaratoria de

55 El concepto de relacionados de los accionistas es el mismo que la Ley consagra para los administradores, al respecto consultar el pie de página 42.

56 Aurelio Gurrea, Esteban Ortiz y Paúl Noboa, “Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador” Oxford Business Law Blog (Blog), 27 de enero de 2021. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>

nulidad. Pues únicamente cuando se tiene acceso a la información de la empresa, los asociados pueden darse cuenta de si se han aprobado transacciones en contravía del procedimiento legal, en cuyo caso, se encontrarán legitimados para perseguir la declaratoria de nulidad de estas operaciones. Finalmente, cabe mencionar que los actos aprobados en contravía de esta normativa adolecen de nulidad relativa⁵⁷, por ende, esta puede ser saneada con su aprobación posterior, que, en todo caso, corresponderá a los votos favorables de la totalidad de socios o accionistas no interesados directa o indirectamente en la operación.

5.4 SOBRE LAS BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO Y EL ARBITRAJE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS

A lo largo de este texto, se ha hecho referencia a la necesidad de introducir medidas relacionadas con la capacidad y facilidad de los accionistas minoritarios para acceder a la información de la compañía, pues esta resulta esencial para el correcto ejercicio de muchas de las medidas orientadas a proteger sus derechos. Así, en América Latina, este es uno de los principales obstáculos que encuentran los socios minoritarios cuando buscan emprender acciones dirigidas a defender sus intereses y los de la compañía. Por ejemplo, en un caso donde el minoritario busque la declaratoria de nulidad de una operación realizada con el socio mayoritario que supuso un perjuicio para la compañía, al no contar éste con una forma de acceder a la documentación relativa a la transacción, se ven frustradas sus posibilidades de probar en juicio los motivos ilegítimos y consecuencias perjudiciales que tuvo el negocio. Tanto así que, en Colombia, la Superintendencia de Sociedades siendo consciente de esta problemática, abrió la puerta a que en este tipo de casos el juez pueda decretar la inversión de la carga de la prueba⁵⁸, obligando al administrador y al socio controlante a probar que la operación no supuso un perjuicio para la sociedad, considerando que estos tendrían una mayor facilidad, pues cuentan con acceso a los documentos de la operación y conocen todos sus detalles.

Por otra parte, la solución a este problema planteada por la Ley de Modernización es mucho más simple y consiste en la regulación a nivel legal de algunas prácticas de buen gobierno corporativo, las cuales facilitan el acceso a la información de la compañía, consagrando el derecho de los socios a examinar todo tipo de documentos, sean contratos, estados financieros, informes de auditores, o cualquier otra documentación relativa a la administración de la sociedad. Este mecanismo, que sirve para garantizar el acceso a la información, también formula obligaciones en cabeza de los socios,

57 Paúl Noboa, “Regulación de las operaciones entre partes relacionadas en el Derecho Societario del Ecuador”, Blog Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (Blog), 13 de enero de 2021. <https://www.derechoyfinanzas.org/regulacion-de-las-operaciones-entre-partes-relacionadas-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>

58 Superintendencia de Sociedades, Auto 800-6317 del 25 de abril de 2016, caso Embotelladora del Huila. Superintendente delegado: José Miguel Mendoza.

quienes deben guardar reserva respecto de la información contenida en documentos no divulgados que contengan proyectos futuros o posibles estrategias empresariales⁵⁹. A fin de cuentas, se puede afirmar que esta medida se acopla a la perfección con las demás reformas adelantadas por la Ley, pues constituye una herramienta sin la cual muchas de las disposiciones que buscan la efectiva protección de los accionistas minoritarios serían mucho más difíciles de aplicar.

Otro de los obstáculos señalados a lo largo del artículo es la inexistencia de un juez especializado en la resolución de conflictos societarios en Ecuador y, si bien, esta problemática no se soluciona de forma definitiva con la Ley de modernización, sí se adoptan medidas que permiten mitigarla. Específicamente, la posibilidad de que en el estatuto social se incluya una cláusula compromisoria que permita resolver estos conflictos mediante el uso del arbitraje. Lo anterior trae consigo varios beneficios, pues, como lo han planteado algunos autores⁶⁰, se evita tener que acudir a la jurisdicción ordinaria que comúnmente se encuentra congestionada con un sin fin de casos civiles y comerciales. Igualmente, someter los conflictos a arbitraje abre la posibilidad de que se designen árbitros expertos en materia societaria, lo que resultaría en una decisión mucho mejor fundamentada y ajustada al conocimiento especializado. Finalmente, dada la inapelabilidad de los laudos arbitrales dispuesta por el ordenamiento ecuatoriano, los socios estarían desde un primer momento ante una decisión en firme que daría seguridad jurídica respecto de la situación bajo disputa. Aun así, esto no significa que la disposición sea perfecta, pues se deben analizar situaciones como los costos que pueden derivar del arbitraje y cómo estos serán asumidos, pues puede darse el caso de que resulten ser excesivos para los minoritarios y que el socio de control se limite a cubrir sus gastos mediante el uso de la caja de la compañía. Lamentablemente, este problema no tiene una solución inmediata, pues, contrario a lo que sucede en Colombia con la Superintendencia de Sociedades, en Ecuador, la Superintendencia de Compañías no cuenta con facultades jurisdiccionales, dado que la Constitución prohíbe la delegación de este tipo de funciones a entidades administrativas⁶¹. Por lo anterior, sólo mediante una reforma constitucional se podría lograr el establecimiento en Ecuador de un juez o tribunal especializado en materia societaria.

5.5 SOBRE EL DERECHO DE REPARTO EN CASO DE DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Por último, en lo que se refiere a las medidas introducidas por la Ley de Modernización con el objetivo de lograr la protección eficaz de los accionistas minoritarios, se debe mencionar el derecho de reparto prorata consagrado en el artículo 36 de esta norma. Dicha figura se crea con el fin de evitar actuaciones

59 Ley de modernización a la Ley de compañías, Art. 4.

60 Gurrea y Coronel, *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*, 37.

61 Ibid.

abusivas del controlante frente a una reducción del capital aprobada por la junta, y busca mitigar el problema de agencia que existe entre mayoritarios y minoritarios, protegiendo los intereses de estos últimos. En relación con esto, las actuaciones abusivas surgen cuando el socio de control decide actuar de forma predatoria y aprueba una reducción del capital social donde él será el único beneficiario de la devolución de los aportes. Por lo tanto, como respuesta ante esta posibilidad, la Ley consagró el derecho de reparto como una facultad de los asociados indisponible por vía estatutaria. De este modo, en los casos de reducción del capital se aplicarán las normas relativas al derecho de preferencia, lo cual implica que a cada socio se le restituirá el valor proporcional al capital que tengan para el momento de la descapitalización⁶², lo que hace imposible que el controlante utilice las descapitalizaciones para llevar a cabo actos expropiatorios. Es importante mencionar que, a pesar de que este derecho no es disponible por vía estatutaria, sí lo es por otras vías. Concretamente, los accionistas podrían renunciar a este mediante una manifestación expresa que debe constar por escrito. Pero, en todo caso, esta renuncia sólo es vinculante para el accionista que la ejerce y de ninguna manera es extrapolable a los demás.

6. REFLEXIONES FINALES

La Ley de Modernización es una disposición extensa y ambiciosa que transforma radicalmente el panorama del derecho societario ecuatoriano. De su texto, se puede extraer el propósito de mejorar sistemáticamente el ordenamiento societario y de no limitarse a introducir cambios aislados. Sus reformas abarcan desde temas que pueden parecer simples como la disolución de compañías, hasta verdaderos desafíos que ha enfrentado el derecho de sociedades, como la regulación de las operaciones con partes vinculadas o la protección de accionistas minoritarios. Este seguramente sea el intento más atrevido e innovador que ha emprendido cualquier país latinoamericano con el fin de modernizar su régimen societario y sin dudas es el más completo. Esto no significa que no existan desafíos. La Ley es simplemente un marco regulatorio. Darle uso y dotarlo de efectividad queda en manos de los operadores judiciales, de las entidades como la Superintendencia de Compañías y, sobretodo, de los empresarios. De estos últimos, de la mentalidad con la que reciban reformas tan innovadoras como la implementación de nuevas tecnologías y de su capacidad para adaptarse a ellas, aprender sus ventajas e incorporarlas al día a día de su actividad empresarial, depende en gran medida el éxito que pueda tener la Ley. Dicho esto, no habiendo transcurrido ni siquiera un año desde su entrada en vigor, aún es muy pronto para observar efectos sustanciales y lo cierto es que observar el desarrollo de Ecuador en los años venideros constituirá un ejercicio verdaderamente interesante y de obligatorio cumplimiento para cualquier persona interesada en el derecho societario.

62 Ley de modernización a la Ley de compañías, Art. 36.

Como reflexión final, para Latinoamérica esta norma y, sobre todo el ánimo reformista que ha demostrado Ecuador, debe servir como ejemplo y como un modelo que emular en futuras ocasiones. Así, las similitudes existentes entre los diferentes ordenamientos de los países de la región hacen posible que se puedan adoptar con mayor facilidad algunas de las medidas introducidas por la Ley de Modernización, que resultarían muy beneficiosas al tratar de mitigar las problemáticas que son comunes al derecho de sociedades latinoamericano. Lo anterior parece algo necesario, pues, como se mencionó al inicio de este trabajo, tradicionalmente América Latina siempre ha estado a la cola del derecho societario global, lo que ha terminado por causar muchos efectos negativos a nivel del desarrollo empresarial y económico de la región. En este orden de ideas, sería realmente positivo que se produjera una especie de efecto contagio, que motivara a los gobiernos latinoamericanos a seguir los pasos de Ecuador y emprender las reformas necesarias para mejorar sus regímenes societarios. Sin embargo, al igual que en el caso local, aún es muy pronto para saber qué impacto tendrá la Ley de Modernización en el panorama regional, pero lo que parece inequívoco es que esta tiene el potencial para marcar un antes y un después en el derecho societario de América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

- Armour, John, Henry Hansmann y Reinier Kraakman. “Agency problems and legal strategies”. En *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*. Kraakman et al, 29-47. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Atanasov, Vladimir, Bernard Black y Conrad Ciccotello. “Law and Tunneling”. En: *The Journal of Corporation Law*. 37 (2011): 1-49. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444414
- Becker, Bo y Per Stromberg. “Fiduciary duties and equity-debtholder conflicts”. En: *Review of Financial Studies* 25, N. 6 (2012): 1931-1969. <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9491449>
- Choi, Albert. “Concentrated ownership and long - term shareholder value”. En: *Harvard business law review.*, 8 (2018): 53-100. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619462
- De Filippi, Primavera y Aaron Wright. *Blockchain and the law: The rule of the code*. Cambridge Massachusetts: Harvard University press, 2018.
- Dolader, Carlos, Joan del Roig y Jose Luis Muñoz. “La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas”. En: *Economía industrial*, N. 405 (2017): 33-40. <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MU%C3%91OZ.pdf>
- Gurreea, Aurelio. “Re-examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its implementation in Non - US jurisdictions”. En: *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, working papers series 2* (2016): 1-27.

Gurrea, Aurelio y César Coronel, coords. “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador”. En: *Instituto iberoamericano de derecho y finanzas*, working paper series, 2 (2019): 1-75.

Gurrea, Aurelio, Esteban Ortiz y Paúl Noboa. “Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador”. *Oxford Business Law Blog (Blog)*, 27 de enero de 2021. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>

Ley de compañías, 1964, *registro oficial* N. 312 de 5 de noviembre de 1999.

Ley 222 de 1995, 20 de diciembre de 1995. Por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial* 42.156.

Ley de modernización a la ley de compañías, 10 de diciembre de 2020. *registro oficial* N. 347. https://portal.supercias.gob.ec/wps/wcm/connect/33294f39-6628-4fb6-8a6b-59114b880d41/Registro_Oficial_Ley_Modernizacio%CC%81n_Ley_de_Compan%CC%83i%CC%81as.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=33294f39-6628-4fb6-8a6b-59114b880d41

Magnier, Veronique y Patrick Barban. “The potential impact of blockchain on corporate governance: a survey on shareholders rights on the digital era”. En: *Journal for the international and european law, economics and market integrations* 5, N. 2 (2018): 189-226. <https://core.ac.uk/download/pdf/212488321.pdf>

Mendoza, José Miguel, “Retroceso”, En: *Blog Societario (Blog)*, 23 de febrero de 2021. <https://www.blogsocietario.com/post/retroceso>

Noboa, Paul. “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano”. En: *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, working papers series, 5 (2020): 1-44. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513599

_____. “Regulación de las operaciones entre partes relacionadas en el Derecho Societario del Ecuador”. *Blog Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (Blog)*, 13 de enero de 2021. <https://www.derechoyfinanzas.org/regulacion-de-las-operaciones-entre-partes-relacionadas-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>

Porxas, Nuria y María Conejero. “Tecnología blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados”. En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 48 (2018): 24-36. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5799/documento/arto2.pdf?id=7875>

Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario Tomo II*. Bogotá: Temis, 2017.

Suescún, Felipe. “The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”. En: *Universitas*, 127 (2013): 341-371. doi:10.1144/Javeriana.VJ127.bjre

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-000072 del 11 de diciembre de 2013. Superintendente

Delegado: José Miguel Mendoza.

----- Auto 800-6317 del 25 de abril de 2016. Superintendente delegado: José Miguel Mendoza.

----- Sentencia 800-000052 del 9 de junio de 2016. Superintendente delegado: José Miguel Mendoza.

----- Boletín jurídico mayo de 2018., https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2018/Boletin_Mayo2018.pdf

Tributación de hoy, “Invitado Dr. Esteban Ortiz tema nueva Ley de compañías”. Telesucesos HD, 13 de enero de 2021, video. <https://www.youtube.com/watch?v=uRQP2r-IttI&t=488s>

Wagner, Gerhard. “Officers and Directors Liability under German Law - A potemkin Village”. En: *Theoretical inquiries in Law*, 16 (2015): 69-106. <https://din-online.info/pdf/th16-1-4.pdf>

World Bank Group, *Doing Business 2019: training for reform, comparing business regulation for domestic firms in 190 economies*, acceso el 26 de marzo de 2021, https://espanol.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf

TO LOOK LIKE A LAWYER: ANATOMOPOLITICS WITHIN THE HIDDEN CURRICULUM IN MEXICAN LEGAL EDUCATION*

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ **

XAVIER MOYSSÉN ÁLVAREZ***

Recibido: 5 de abril de 2021. Aceptado: 20 de mayo de 2021.

ABSTRACT

In Volume 1 of *The History of Sexuality*, Foucault defines two branches of biopolitics: one centered on controlling and regulating populations, the other, seemingly developed earlier, “centered on the body as a machine: its disciplining, the optimization of its capabilities, the extortion of its forces, the parallel increase of its usefulness and its docility, its integration into systems of efficient and economic controls, all this was ensured by the procedures of power that characterized the disciplines: an anatomopolitics of the human body” (Foucault, 1998, p. 139). We propose that the hidden curricula within Mexican legal education contains strong anatomopolitical components which regulate the bodies and appearances of law students under the discourse of “formality” and “professional image”. Following the approaches made by Entwistle (2001), we extend anatomopolitics not only to the body, but its public presentation, i.e. its dressing. “Foucault’s notion of discourse can enable the analysis of fashion as a discursive domain which sets significant parameters around the body and its presentation” (Entwistle, 2001, p. 39). In order to present this theory, we interviewed 40 law students from 22 different law schools in Mexico, and 15 teachers from 7 law schools about their lived experience.

KEY WORDS

Biopolitics, hidden curricula, professional appearance.

* Article of scientific and technological research

** LLB from Universidad de los Andes, LLM from University of Helsinki and PhD in Law from Universidad de los Andes). Research Coordinator at the Center of Studies for the Teaching and Learning of Law (CEEAD), Monterrey-Mexico. CEEAD is an autonomous, non-profit research center committed to transforming legal education in Mexico, located in the city of Monterrey. Our research is intended to impact higher education institutions, law students, legal practitioners, and related institutions from other countries.

*** Bachelor in Sociology from Universidad de Monterrey, Bachelor in Humanistic and Social Sciences from Universidad de Monterrey). Researcher at CEEAD. Studies the Sociology MA at The New School for Social Research.

PARECER UN ABOGADO: ANATOMOPOLÍTICA EN EL CURRÍCULUM OCULTO DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA MEXICANA*

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ **

XAVIER MOYSSÉN ÁLVAREZ***

Received: april 5, 2021. Accepted: may 20, 2021.

RESUMEN

En el Volumen 1 de *Historia de la Sexualidad*, Foucault define dos polos de la biopolítica: uno centrado en controlar y regular poblaciones, y el otro, aparentemente desarrollado primero: “centrado en el cuerpo como máquina: su disciplina, la optimización de sus capacidades, la extorsión de sus fuerzas, el incremento paralelo de su utilidad y docilidad, su integración a sistemas de control eficientes y económicos, todo esto asegurado por procedimientos de poder que caracterizaron las disciplinas: una anatomopolítica del cuerpo humano (Foucault, 1998, p. 139). Proponemos que el currículum oculto de la educación legal Mexicana contiene componentes anatomopolíticos importantes, que regulan los cuerpos y apariencias de los estudiantes de Derecho bajo el discurso de “formalidad” e “imagen profesional”. Siguiendo a Entwistle (2001), extendemos la anatomopolítica no solo al cuerpo, sino a cómo se presenta públicamente, i.e. su atuendo. “La noción de Foucault del discurso permite el análisis de la moda como un dominio discursivo que sitúa parámetros alrededor del cuerpo y su presentación” (Entwistle, 2001, p. 39). Para presentar esta teoría, entrevistamos a 40 estudiantes de Derecho de 22 diferentes escuelas de Derecho en México, y a 15 profesores de 7 escuelas de Derecho sobre su experiencia.

PALABRAS CLAVES

Biopolítica, currículum oculto, apariencia profesional.

* Artículo de investigación científica y tecnológica

** Abogado de la Universidad de los Andes, Maestría en Derecho de la Universidad de Helsinki y Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Coordinador de Investigación en el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD), Monterrey-México. CEEAD es un centro de investigación autónomo y sin fines de lucro comprometido con la transformación de la educación jurídica en México, ubicado en la ciudad de Monterrey. Nuestra investigación tiene como objetivo impactar en instituciones de educación superior, estudiantes de derecho, profesionales del derecho e instituciones relacionadas de otros países.

** Licenciado en Sociología de la Universidad de Monterrey, Licenciado en Ciencias Humanísticas y Sociales de la Universidad de Monterrey. Investigador del CEEAD. Estudia la Maestría en Sociología en The New School for Social Research.

INTRODUCTION

In *The Will to Knowledge*, the first volume of *The History of Sexuality*, Foucault states that biopolitics developed in two different, yet interconnected, poles. One of those poles had the objective of regulating biological processes of populations: birth and mortality rates, life expectancy, and other mechanisms were developed in order to supervise and administer life. The other pole, which was seemingly developed earlier, “centered on the body as a machine: its disciplining, the optimization of its capabilities, the extortion of its forces, the parallel increase of its usefulness and its docility, its integration into systems of efficient and economic controls, all this was ensured by the procedures of power that characterized the disciplines: an anatomopolitics of the human body”⁰¹. It is in this pole that this paper wishes to inquire, in terms of the anatomopolitics within the hidden curricula of legal education.

Foucault states that education was instrumental for the development of anatomopolitics: “With regard to discipline, this development was embodied in institutions such as the army and the schools, and in reflections on tactics, apprenticeship, education, and the nature of societies, ranging from the strictly military analyses of Marshal de Saxe to the political reveries of Guibert or Servan”⁰². Therefore, schools are some of the most important places in which discipline is learnt and transmitted. Althusser, a Marxist contemporary of Foucault, in his work regarding ideology and ideological state apparatuses even goes as far as to say that schools have the role as the main ideological reproduction apparatus of capitalist societies⁰³. Although we are not comparing schools with universities or other institutions of higher learning, we do share the idea that educational institutions are of tremendous importance in terms of reproducing ideology and the status quo within society.

01 See, Michel. Foucault, *The Will to Knowledge* (London: Penguin Books, 1998), 139.

02 Foucault, *The Will to Knowledge*, 140.

03 See, Louis Althusser, *On the Reproduction of Capitalism : Ideology and Ideological State Apparatuses* (Brooklyn, NY: Verso, 2014).

The existence of the hidden curricula within law school is well known in academic circles. We propose in this paper that there is an anatomopolitical component within these hidden curricula, in which the student's bodies and appearance are implicitly regulated under the standard of "formality". However, following the theoretical approaches made by Entwistle, we do not limit anatomopolitics exclusively to bodies, we also propose that the dressing of the bodies is anatomopolitical, since dress is also a discursive component in how people present themselves, particularly professionally. "Foucault's notion of discourse can enable the analysis of fashion as a discursive domain which sets significant parameters around the body and its presentation"⁰⁴.

Although lawyers are not mandated by any specific law to wear a uniform (except for judges in jurisdictions where they have to use a robe during hearings), visiting a law firm, a court or a legal department of a corporation provides a similar experience to that of visiting a seminary or a military base. Even though the legal profession allows for differentiation among its members regarding their apparel, there is no doubt that there is an underlying dressing code for the practice of law. It's safe to say that the fact that the bar is stratified does not affect this uniformity⁰⁵. From solo practitioners to transactional lawyers who work for global law firms, the two pieces' suit reigns supreme with eventual spaces for some slight variations.

We interviewed 40 junior law students from different parts of Mexico⁰⁶. This paper wishes to inquire which are the ways in which anatomopolitical status quo is socialized towards law students in institutions of higher learning. However, as Foucault has previously stated, wherever there is power, there must also be resistance. Our results are presented in the following pages.

1. THEORETICAL FRAMEWORK: ANATOMOPOLITICS, DRESS, AND THE LEGAL PROFESSION.

Since law can be broadly defined as a series of norms, practices and traditions that are created and sustain to regulate society and social life, the biopolitics of legal education can be understood as the ways in which law school teaches students to "supervise and administer life", specifically through law and legal processes. This article, however, inquires on the ways in which law school regulates the appearance and bodies of future legal professionals, and *integrates them into systems of economic controls*. In Mexico, there is no formal legal rule that obliges lawyers to appear before judges under a certain dress code. However, socialization processes started at law school and reinforced through working spaces and popular culture send a message of how lawyers should look like, the name of the famous

04 Joanne Entwistle and Elizabeth Wilson, *Body Dressing* (Oxford; New York, 2001), 39.

05 John P Heinz et al., *Urban Lawyers: The New Social Structure of the Bar* (Chicago: University of Chicago Press, 2005).

06 We are grateful to CEEAD for sharing its database with us in order to contact law professors and students.

TV show “Suits” is just one of many examples.

There are a variety of cases on how law regulates what can and can't be worn inside certain spaces, for example: courtrooms. In an educational context, for example, American courts had a strong say in the dress codes allowed within school classrooms, particularly in high school, where the student's identities begin shaping and expressing themselves with different types of dress, or body modifications, like piercings, tattoos, or longer hair⁰⁷. However, in law school, where students are of legal age, these restrictions on bodies and their appearance become harder to implement, and must take a different route: the hidden curricula, and implicit (and sometimes explicit) socialization.

A. BODIES AND DRESS AS A FORM COMMUNICATION

First of all, it is necessary to clarify that there's no clear theoretical separation between bodies and their dressing: “In *Discipline and Punish* Foucault (1977) argues that bodily practices are part of the capillary like operations of power which work to render bodies docile, obedient. [...] Indeed, Foucault's notion of discourse can enable the analysis of fashion as a discursive domain which sets significant parameters around the body and its presentation”⁰⁸. Since bodies are presented to society dressed up, differentiating between one and the other is not necessary, what the public realm sees is neither a dress nor a body, but a dressed body. But why would bodily appearance be important within the legal profession, and therefore, legal education?

Dress and appearance are important to the legal profession, and therefore to legal education, because it's a form of social communication. “The suit enables the man's body to blend into uniformity and to use dress as the symbol of his power (...) Masculine elegance provides a good example of the way man asserts himself through standardization and through control over his body”⁰⁹. Dress serves to “advertise the social, professional, or intellectual standing of the wearer”¹⁰. Law firms emphasize that although dress has little to do with being a good lawyer, it has everything to do with how others perceive legal capabilities¹¹. This is even worse in the case of women, who are even more scrutinized and

07 See James Podgers, “What to wear: courts agree on principle of school dress codes, disagree on their reach”, *ABA Journal* 81, n.º 11 (November 1995): 60. Retrieved from: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/abaj81&div=255&id=&page=>

08 Entwistle and Wilson, *Body Dressing*, 39.

09 Richard Collier, “‘Nutty Professors’, ‘Men in Suits’ and ‘New Entrepreneurs’: Corporeality, Subjectivity and Change in the Law School and Legal Practice,” *Social & Legal Studies* 7, no. 1 (1998): 27–53.

10 Entwistle and Wilson, *Body Dressing*, 15.

11 See, John Remsen, “Enough Is Enough: Lawyers Should Look like Lawyers!,” *The Remsen Group* (blog), n.d., <http://www.theremsengroup.com/articles-full/2015/9/28/enough-is-enough-lawyers-should-look-like-lawyers>

criticized in, still, a very much male-dominated environment and profession¹²¹³. For example, women are expected to “suppress” the “feminine” elements out of their outfits when in court, in order to avoid “eroticizing” the courtroom with “non-rational elements corrosive to legality”¹⁴.

Entwistle also sustains that the more traditional and conservative an occupation is, the more parameters on what bodies may wear will be present¹⁵. Lawyering, one of the oldest professions in history, is one that barely allows exceptions to the expected presentation: formality is key. For most courtrooms in most countries, suit and tie are requirements for legal professionals, as an article that gives recommendations to lawyers state: “Just as costumes in the theater have psychological importance for the actors who wear them, what you wear to court will impact your performance. The formality and dignity of the courtroom should be reflected in your dress.”¹⁶. A research made by Garth and Martin in the United States indicates that *general appearance and demeanor* is, in fact, a factor taken in consideration while hiring graduates in law firms¹⁷. We believe that Mexico’s hiring processes in law firms follow the same criteria.

Even more telling is the fact that the suit and tie appearance transcends most cultural settings, at least in the majority of the western world: “Though modified by cultural context, from the English ‘gentleman Lawyer’ to the machismo of an ‘LA Law-type’ corporate culture, men are ‘seen’ in the context of the business world by virtue of wearing a suit. To dress otherwise is, in a sense, to be ‘seen’ as deviant and to be categorized accordingly”¹⁸. Exercising legal professionals in Mexico maintain a high level of homogeneity in physical appearance, something that might not be as evident in other professions.

Manipulation of the body is also a form of communication. Corporal language is not a new discovery by any means, and it is also used in the legal profession. Felstiner and Sarat explain that lawyers must even explain to their clients why they must pay attention to such things as posture and appearance. While doing this, lawyers are guarding against the possibility that the judge’s decision may be “in-

12 This gender gap has had serious effects in the past: “The dichotomy of the sexes ultimately results in many women abandoning legal careers in search of a more “gender friendly” occupation”. See Bethanne W. McNamara, “All Dressed Up with No Place to Go: Gender Bias in Oklahoma Federal Court Dress Codes”, *Tulsa Law Review* 30, n.º 2 (2013): 401.

13 For more on how women experience law school, See Jennifer Brown, “‘To Give Them Countenance’: The Case for a Women’s Law School,” *Harvard Women’s Law Journal* 22 (1999).

14 See, Collier, “‘Nutty Professors’, ‘Men in Suits’ and ‘New Entrepreneurs’: Corporeality, Subjectivity and Change in the Law School and Legal Practice”.

15 See, Entwistle and Wilson, *Body Dressing*.

16 See, K B Havener, “Method Acting for Lawyers,” *Litigation*. 31, no. 4 (2005): 51.

17 See, Bryant G Garth and Joanne Martin, “Law Schools and the Construction of Competence,” *Journal of Legal Education* 43, no. 4 (1993): 469–509.

18 See, Collier, “‘Nutty Professors’, ‘Men in Suits’ and ‘New Entrepreneurs’: Corporeality, Subjectivity and Change in the Law School and Legal Practice.”, 34.

fluenced just by the way (a client) sit(s)”¹⁹. Even though lawyers must instruct their clients on how corporal language may influence the result of a trial, they themselves must also learn how to utilize their bodies as a communication tool. Simple things such as touching one’s face, not making one’s hands visible at all time, not keeping proper posture, are all taught to have an influence on a lawyer’s performance: “every movement must have a point”²⁰ is supposed to take no stand and represent neither the lawyer’s personal taste nor their client’s interests but rather some ascetic and neutral image of the legal profession as a whole.

B. DRESS AS A FORM OF DISCIPLINE

Now that it’s established that bodies and their dressing constitute a form of communication, it’s also important to lay out how body dressing can also be observed as a form of discipline²¹. There are a number of corporations that enforce a dress code to the point of asking workers to change their clothing in order to fit with the corporate image: “If their dress does not meet this standard they are subject to disciplinary techniques by their managers and could even be sent home to change their clothes”²².

This is an example of how institutional power is yielded upon the bodies of professionals, and the legal profession is no exception:

Particular discourses of dress, such as ‘smart’ or ‘professional’ dress, and particular strategies of dress, such as the imposition of uniforms and dress codes at work, are utilized by corporations to exercise control over the bodies of the workers within. This is true of men’s dress for work as much as it is of women’s. The male suit is perhaps the most formally coded dress for men today, exerting itself with considerable force over the bodies of men in a wide range of occupational settings”²³

As stated before, Garth and Martin found out that general appearance and demeanor is something

19 “Lawyer: That’s alright. You look nice and neat and scared that way, that’s okay. But sit up with your arms and hands in front of you; I don’t care where they go, but in front of you, and without the crossed legs. Okay? And then one other thing I ask of you. Don’t go like this (puts head on his desk), or anything, but don’t go like this. Okay? No matter how tired you are tomorrow morning I want you to look pretty alert” See, Austin Sarat and William L. F. Felstiner, “Lawyers and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer’s Office,” *The Yale Law Journal* 98, no. 8 (1989).

20 See, Havener, “Method Acting for Lawyers.”

21 Duncan Kennedy’s text “Sexy Dressing, etc., Essays on the power and politics of cultural Identity” is probably the most renowned and cited text in legal scholarship studying the intersection between law, sexy dressing and sexual abuse as a form of discipline. See, Duncan Kennedy, “Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination,” *New England Law Review* 26 (1992).

22 Entwistle and Wilson, *Body Dressing*. 39.

23 *Ibid.*, 39-40.

that firms take in consideration when hiring recent law school graduates²⁴. The expectation of what to wear in legal settings²⁵ is mostly done in the form of a dress code. It wouldn't be surprising if, in law schools, students are expected to look and dress a certain type of way: a way that reflects what their future profession will require. There might be no dress code implemented in law school, but the control mechanism of discipline might be placed upon other social forces: specially peers and professors that fall in line with the hegemonic lawyering fashion.

Unfortunately, there's also a social class component when considering dress as a form of discipline: "The extensive sumptuary laws on dress and other modes of consumption, which persisted until the nineteenth century, were expressly designed to preserve a supposedly natural and divinely ordained difference of class and rank, and to prevent upward mobility"²⁶. Even though in the 21st century there are no established limits on who can wear what, it would be disingenuous to believe that social class does not have an influence on what kind of clothing one can have access to, not only because of what a person can afford to pay, but also because of what one "believes" to be its proper dress code according to its social class²⁷. Unfortunately, this might also influence possibilities of getting a job within the legal profession, since Garth and Martin believed that the intangible criteria of "general appearance and demeanor" could also be related to socioeconomic status²⁸.

Simmel also wrote about the social class component within fashion: "fashions differ for different classes-the fashions of the upper stratum of society are never identical with those of the lower; in fact, they are abandoned by the former as soon as the latter prepares to appropriate them"²⁹. Fashion works as a differentiating element between social classes, professions, and other social groups. "Thus fashion on the one hand signifies union with those in the same class, the uniformity of a circle characterized by it, and, uno actu, the exclusion of all other groups"³⁰.

With all this taken into account, it can be assumed that the appearance of belonging to a certain so-

24 See, Garth and Martin, "Law Schools and the Construction of Competence".

25 It is important to note that "legal spaces" are not limited to courtrooms. Legal spaces can also be many more places where lawyers and clients interact: offices, restaurants, social clubs, bars, stadiums, etc. It goes without saying that as legal spaces expand, "legal time" expands as well: lawyers are supposed to work not only on weekdays from 9 am to 6 pm, but also on weekends and at nights where they socialize with their clients and close deals. This means that the dressing code is even far more reaching and is not limited to offices.

26 Entwistle and Wilson, *Body Dressing.*, 21

27 See, Pierre Bourdieu, *Distinction: a social critique of the judgement of taste* (London: Routledge & Kegan Paul, 2015).

28 See, Garth and Martin, "Law Schools and the Construction of Competence."

29 Georg Simmel, *On Individuality and Social Forms: Selected Writings* (Chicago: University of Chicago Press, 2012), 296.

30 *Ibid.*, 297.

cial class is a part of the legal profession, since most lawyers come from middle to high social classes³¹, in Mexico the majority of law students perceive themselves as middle-class³², even across private and public schools alike. Whoever doesn't fall in line with this appearance is met with disciplinary measures, particularly in the court, in working spaces, and with their peers. However, since within law school this comes in the form of the hidden curricula, the disciplinary measures might vary from peer exclusion, different treatment from professors, and a general feeling of alienation.

FROM DEPERSONALIZATION TO PROFESSIONALISM

For Émile Durkheim, who many consider the father of functionalist sociology, professionals played a fundamental role in providing social order in a world where religious belief had lost its power as an agglutinating moral force and economic forces menace to lead society astray³³. In this scenario of uncertainty professionals provide society with rationality and facilitate the application of scientific knowledge for providing economic growth together with societal wellbeing.

For functionalist sociology, professionals are to be distinguished from craftsmen by a different kind of traits that they are supposed to exhibit³⁴:

- Neutral Affection: not developing a sentimental attachment to their clients.
- Universalism: treating all clients equally regardless of their social, political or economic position.
- Collectivity: putting the interest of the profession (which at the end is an interest delegated to it by society) above both his client and his own.
- Specificity: pursuing a specific task for his client ignoring any other general factors (for example, defending the legal rights of a defendant, regardless of the fact that he has been accused multiple times for the same felony).

In a profession fraught with moral and political dilemmas such as law, exhibiting these traits can be either a virtue or a vice. It all depends on the eye of the beholder. The legal profession is fraught with moral and political dilemmas that can take a toll on the moral life of practicing lawyers. The moral

31 "Others (students), by virtue of race, ethnicity, education, accent or class may be already 'filtered out', never in the privileged position to face such decisions (where to work or what to wear) in the first place, already excluded as 'players' in the legal field" See, Collier, "Natty Professors', 'Men in Suits' and 'New Entrepreneurs': Corporeality, Subjectivity and Change in the Law School and Legal Practice.", 10.

32 See, Luis Fernando. Pérez Hurtado, *La Futura Generación de Abogados Mexicanos : Estudio de Las Escuelas y Los Estudiantes de Derecho En México* (Monterrey: CEEAD; UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009).

33 See, Émile Durkheim, *The elementary forms of religious life* (London: George Allen & Unwin, 1976).

34 See, Thomas Brante, "Sociological Approaches to the Professions," *Acta Sociologica* 31, no. 2 (1988): 119-42.

judgment (not the legal one) on a lawyer who decides to represent a sexual offender on a criminal case knowing that his client is responsible for the charges brought before him (let's assume that his client confessed to him on an interview and even showed him a video of the sexual assault) and is willing to do everything he is legally entitled to do in order to preserve his client innocence (refraining from actively providing information or evidence against his client, putting into question the testimonies of a victim he knows is telling the truth, suggesting alternative theories of what really happened) will probably yield different results.

Some people might think that this lawyer is far from being an ethical one, however, under the law of legal ethics and professional responsibility, this lawyer wouldn't have committed any breach to the code of professional ethics; on the contrary, he has excelled as a professional since, regardless of the moral condemnation that his client deserves, he was able to provide a technical service without breaching the law. It is difficult (if not impossible) to think of a lawyer being disbarred for doing this. However, in moral terms, this is not an easy job to do, after all, he is providing a service which consists of aiding someone who did a moral wrong.

Since lawyers have a monopoly on legal representation and access to courts (regardless of whether the monopoly is based on a legal restriction for lay people to represent themselves before courts or whether the monopoly stems from the technicality and complexity of legal jargon) the amorality of lawyers seems to be a requirement for safeguarding access to justice for everyone. Personal taste regarding the justness of clients' ends shouldn't matter. Under the dominant view of legal ethics amorality ends up being a requisite for equality before the law (all lawyers should zealously protect clients interest without any hesitation or distinction), and the rule of law (freedom can only be limited by law not by lawyers' moral stance)³⁵. Taken to its logical extreme, the dominant view of legal ethics would forbid lawyers to choose their clients.

Amorality can be considered a virtue when practicing the law. However, the life project of being an amoral being, not only when practicing law, but in personal life as well, sounds ludicrous and worthless (if not naïve)³⁶. Dressing in a particular way for practicing the law can be a way of constructing a character for a play, a role to be played, a costume to be worn. This costume might work as a shield that protects the moral integrity of the person who happens to perform the role of lawyer at a partic-

35 See, Stephen L. Pepper, "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities," *American Bar Foundation Research Journal* 1 (1986): 613-35; Daniel Markovits, *A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age* (Princeton; Oxford : Princeton University Press, 2008); Tim Dare, *rogf The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role* (Farnham, Surrey, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009).

36 See, Gerald J. Postema, "Moral Responsibility in Professional Ethics," *New York University Law Review* 55 (1980): 37-63; David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*. (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1988., 1988); William H. Simon, "The Practice of Justice a Theory of Lawyers' Ethics" (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998).

ular moment³⁷. While protecting moral integrity (dressing as shield), professional dressing might also enable lawyers to enter a role where they might do things that normally they wouldn't do (hide the truth or put into question the testimony of someone they know is telling the truth) and which might, in many cases, hurt someone. This function of enabling or inviting someone to do something that takes courage (or cynicism) can be conveyed by the term “power suit” or “suit up”.

The homogenous appearance of lawyers is something that also helps clients in search of legal aid. Thinking of lawyers as a homogeneous group of persons that wears a uniform (typically a three-piece suit) might convey to the public an idea of homogeneity, of unity on a cause, of lack of personal expression or even martyrdom. This can be comforting for clients who are in a difficult situation and are looking for someone they can trust not only with their problem, but also with guilty feelings, dirty secrets and skeletons in the closet. The importance of this homogeneity can become more salient when we take into account the way in which the legal services market is structured³⁸.

C. RESISTANCE WITHIN DRESS AND APPEARANCE

Yet as Foucault stated, wherever there's power, there must be resistance. Simmel stated that fashion has a double function: “(Fashion) leads the individual upon the road which all travel, it furnishes a general condition, which resolves the conduct of every individual into a mere example. At the same time, it satisfies in no less degree the need for differentiation, the tendency towards dissimilarity, the desire for change and contrast (...)”³⁹. Therefore, whilst fashion might tend towards social cohesion, it also allows the individual to express itself and its individuality.

This might be the case mostly with cause lawyers⁴⁰. Since Cause Lawyers tend to express resistance to the system and the “technical amorality of lawyering”, it wouldn't be surprising if the apparel of choice would be something that also transgresses the status quo of the appearance of the legal profession: the

37 Ruth. Rubinstein, *Dress Codes: Meanings and Messages in American Culture*. (Perseus, 1995).

38 Rubinstein explains how dress aided and facilitated interaction in the process of urbanization “Life in the city necessarily involved meeting a variety of people and mingling with strangers. It was perceived as full of complexities. (...) Behavior that was personal and unique was expected to be relegated to the private realm and not expressed in the workplace. Men had to become actors. Just as actors on the stage touched people's feelings without revealing their own offstage characters, people in the public sphere concealed private imagery and individual feelings. The desire to suppress and shield the personal self led to common codes of belief, the terms of which were familiar to others. In public, people had to be sociable on impersonal grounds. Their attire acquired new formality. It was contrived with regard to the requirements of a social situation, to the specific status held, and to the officially specified goals of the organizations for which they worked” Rubinstein., 48.

39 Simmel, *On Individuality and Social Forms : Selected Writings*, 296.

40 See, Austin Sarat and Stuart A. Scheingold, *Cause Lawyering : Political Commitments and Professional Responsibilities* (New York: Oxford University Press, 1998).

suit and tie. Simmel explains:

“Whoever keeps the laws the breaking of which is punished by the penal code, whoever lives up to the social forms prescribed by his class, gains no conspicuousness or notoriety. The slightest infraction or opposition, however, is immediately noticed and places the individual in an exceptional position by calling the attention of the public to his action. All such norms do not assume positive importance for the individual until he begins to depart from them. It is peculiarly characteristic of fashion that it renders possible a social obedience, which at the same time is a form of individual differentiation”⁴¹.

Legal activists have brought certain heterogeneity to the grey legal profession. Collier states that “Political beliefs, sexuality, physique and social background might each render individual men more or less comfortable accommodating the style of the ‘benchmark man’”⁴². This author also emphasizes on the difference between who someone *appears to be* and who someone *is*: The body ‘at work’ may also not be what it seems: behind the suit may lie transgression, in the form of tattooing, body piercing, a subject ‘passing’ as one thing but ‘really’ being another.

Some lawyers might find the typical dark three-piece suit as too much of a powerful script and might try to transgress it in some ways. Other lawyers might completely refuse these typical uniforms of the legal profession not only because of their particular taste in fashion, but because they do not agree with the split between the professional and the personal and therefore do not see any need or virtue in “suiting up”. Plus, since Cause Lawyers tend to be in a critical position of society, and its relationship with law, heterogenic apparel and appearance can be expected.

2. METHODOLOGY

We interviewed both students and teachers from law schools all over the country. In total, we interviewed 40 students, and 15 teachers. The interviews were made via Zoom software, and were recorded for posterior qualitative analysis. The majority of the students interviewed were enrolled in public universities, whilst the teacher’s sample had more variation between private and public law schools. Both researchers conducted the interviews. It is important to note that interviews were conducted between march and may of 2020 during Covid-19’s pandemic when education spaces and practices were being transformed by online legal education.

There were 2 separate questionnaires: one for students and one for teachers. The student question-

⁴¹ Simmel, *On Individuality and Social Forms*, 305.

⁴² Collier, “‘Nutty Professors’”, 35.

naire had 10 questions, the teacher's questionnaire had 11 questions. The students questionnaire included questions about clothing and appearance in law school, body language instructions, job experiences, and their classes. The teacher's questionnaire had questions about their perception on the importance of clothing and appearance in the profession, the student's way of dressing, and how they conducted their classes. All interviews lasted, on average, about 30 minutes each. Below, we present our results.

3. FINDINGS

A. STUDENT'S RESPONSES

I. ON HOW LAW SCHOOL CHANGED THEIR APPEARANCE:

Most students did report a change on the way they dress after entering law school. They usually transition from casual wear to more of a formal way of dressing. Interviewee 34 mentioned that on her introduction course, the teacher told the students that "dressing formal" was important, and that "to be a lawyer, you first need *to look like a lawyer*". This quote appeared repeatedly in the interviews, as well as the quote "you get treated according to the way you look". Interviewee 31 mentioned that, even though there are semesters where you can see diversity in clothing, from 4th semester on everyone dresses pretty much the same. Most interviewees also stated that "clients feel more comfortable with a well dressed lawyer".

Some students mentioned that they felt a big change when they moved from "preparatoria" (high school) to law school since, in some Mexican "prepas" students must wear a uniform. Learning and deciding what to wear at law school was a new thing for them. However, two students mentioned that their Law Schools made them wear a specific uniform corresponding to a specific day of the week, so at least in these two cases, there were some remnants of "prepa" dressing practices still alive in their law schools.

Men usually begin wearing suits, while women's dressing has more variations (see section iii). Most students reported that they felt the need to put formal dressing on to be taken seriously (more on section ii). Another strong point most students made was the need for hygiene of the body, especially among men, who needed to be "showered", and preferably "smelling nice". This mostly had to do with the fact that students have to use public transport, and in Mexico's mostly hot climate, this tends to affect their odor (more on section iii).

Interviewee 28 mentioned that some teachers did not let male students wear long hair, moustaches,

or beards, and that they even went as far as not letting them inside the classroom until they shaved it off (more on section iv.). Interviewee 4, on the other hand, mentioned that some of her friends had expressed “fear of getting a tattoo”, because even though they could, they feared school/professional consequences. Interviewee 39 reported she had a tattoo on her ribs and she wanted to get more, however, she didn’t because of fear of professional consequences. She said that, even if she did get more tattoos, she’d have to get them in places that weren’t visible. Interviewee 31 recalled a friend of hers that used to wear colored hair, who was constantly scrutinized by professors in hope that “she’d wash it off” (more on section iv.).

Interviewee 38, on the other hand, said she didn’t change the way she dressed. However, she did start wearing more elaborate makeup, as well as more elaborate hairstyles. Interviewee 38 had finished a technical career on styling, therefore, she uses her knowledge in order to prepare her looks for law school and hearings. Interviewee 39 also reported that makeup became a much more important part of her routine for law school, more than clothing.

Basically, most students reported the shift to a more formal way of dressing, this change was mostly attributed to teacher’s recommendations, teacher’s evaluations (see section iv), job opportunities, and also personal preference (section ii).

II. ON THEIR FEELINGS ABOUT THE CHANGE:

How students felt about this change in clothing and appearance is mildly mixed. The vast majority of the students reported positive feelings about the change. Most students responded that dressing formally made them feel “like a lawyer”, “taken more seriously”, “empowered”, “confident”, “included” and also felt “a change in attitude”. These results are consistent with the “power suit” theory, in which lawyers felt empowerment based on the way they’re dressed. These students felt more confident, and more *in the role of a lawyer*, while wearing formal clothes, which might be due to teacher’s approval, and the constant socialization about the importance of dressing in the legal profession.

For example, interviewee 3 said that he enjoyed wearing formal clothes since he enjoyed “feeling like a lawyer”, almost as if he had internalized the profession because of the clothing. Coincidentally, interviewee 3 also reported an experience of high coercion from a teacher towards a student that was wearing casual clothes during class (see section iv), so there might be a relationship between emphasis made on appearance and the way students feel about theirs.

Interviewee 28 said that when she began studying, she felt awkward and uncomfortable in formal clothing, to the point where she only wore formal clothes for exams (see section iv) and then changed back to casual wear. However, as she advanced in her studies, she began slowly buying more and more

formal clothes and she began feeling more comfortable. She mostly attributed this to school events where she was required to wear formal clothes.

However, a minority of the students complained about the requirements of formal clothing. For example, Interviewee 1 felt that wearing formal clothes was “foolishness”, and that it implied a big economic cost for some of the students who couldn’t afford a suit. He also expressed how some students are not “taken in consideration” simply because they can’t afford a suit, even though they are very good law students. Other complaints included the hot weather, and in the case of women, catcalling in public transportation (section iii).

III. ON GENDER:

For the most part, women reported discomfort because of formal clothing requirements. Many of the complaints were because of catcalling in public transportation, a very known problem in Mexico. Hence, female students tended to worry about what kind of clothes they were going to wear for law school, especially in exams (see section iv). Women shaming in Mexico is still such a problem, that Interviewee 4 mentioned there was a teacher who warned female students about “showing too much skin” with their formal dressing.

Another complaint some of the women interviewees had, was the money they had to spend in comparison to men, especially because of accessories, as interviewee 5 pointed out. According to female interviewees, they had to spend more time thinking about their everyday clothing, while men only had to worry about wearing a suit. However, there weren’t many more complaints regarding clothing and gender, except for the catcalling and the money spent.

Interviewee 38 had very interesting takes regarding the topic. She said that a teacher once told her, in 3rd semester, that “a lawyer with no makeup, no hairstyle, and no heels can’t be a lawyer”. She also said that a teacher once told her she was “too tiny” for a court to take her seriously, so therefore she had to speak louder and be more assertive. This was in part due to her height, however, we feel that the gender factor might also influence how seriously women law students are taken.

Interviewee 23, for example, said that teachers had a much better relationship with women students that dress more formally. She also reported that female students that used nose piercings were constantly alienated by the faculty professors, they weren’t taken in consideration during class participation. A normal sentiment echoed through the interviews was that female students felt more pressure on how to dress simply because they were women. Interviewee 27 said that she felt the care of appearance is “of course is more difficult for (them), because everything is more difficult for (them) in general”.

IV. ON TEACHER'S REGULATION ON DRESSING:

The majority of students reported in section i. that a big influence on why they changed their dressing style were the teachers. The quotes “to be a lawyer, you have to look like a lawyer”, and “you get treated according to the way you look”, are normalized clichés in the Mexican law school classroom. Interviewee 34 said she had a professor that told her group “if you don't dress well you are never going to win any cases”. However, some professors take this to even a higher level. Interviewee 3 said he once saw a teacher tell a student to “get the fuck out of the classroom” (*vete a la chingada del salón*) because he was wearing an old, colorless, shirt. Another extreme example were the teachers reported by interviewee 28, who wouldn't let male students wear beards, moustaches, or long hair.

Usually, teachers that demand dress codes to enter their classes teach at early semesters, such as the first or second year⁴³. Even though dress codes are not part of school policies, most teachers ask for certain clothes to be worn in order to enter classes, or to present exams, as a way of making students familiar with the profession. Interviewee 38 said that in the second semester, she had a professor that made everyone wear different color combinations in each exam: red for the first exam, blue for the second, and gold for the last exam. She was also told that they needed to “differentiate from the other degrees” and that they wouldn't want to be “confused with psychology or graphic design students”. Something similar was reported by interviewee 3, who said professors told the class “superhero shirts are for engineering students” and therefore law students shouldn't wear them to school. Interviewee 13 recalled an anecdote in which a professor asked students to wear formal clothes for an oral exam (oral exams are very common in Mexican legal education). Since she forgot about it, her friends borrowed her different clothes and she managed to get into the exam with their help. In a similar vein Interviewee 16 explained that in early semesters, while he attended law school he worked part time as a store guard. On the advice of a professor, he started bringing a different set of clothes for changing before attending class.

Even though professors might not be as extreme as the one reported by Interviewee 3, calling out students and “exposing” them for their clothes is a common way of teacher regulation on clothing. Interviewees 22, 26, 30 all reported situations in which a professor called out students for their clothing in order to make examples out of them. Most of the time, it was because a student was wearing shorts, or tennis shoes.

Another way of regulation might be the alienation of students that look different from their peers,

43 CEEAD's Database “Análisis de Composición Curricular de la Licenciatura en Derecho” (Analysis of the Undergraduate Curriculum for the Law Degree), establishes that during the first 2 years of Law School, Civil Law (142), Penal Law (70), Procedural Law (32), Theory of Law (26), and Professional Skills (26) are the most taught classes across all Mexican law school curricula. CEEAD, *Análisis de Composición Curricular de la Licenciatura en Derecho*, 2020.

like the case reported by interviewee 23, in which a teacher wouldn't consider some students because of having their noses pierced. A similar case was reported by interviewee 31, who reported about a teacher telling a student with colored hair that "nobody was going to hire her while having that hair color". Apparently, the professor was overwhelming the student into dying her hair of other, more natural colors.

Other professors evaluate dressing and appearance in exams and presentations. Interviewees 6, 27, 29, 31, 32, 40, 12, 8 and 9 all reported that teachers grade appearance, and that sometimes teachers might even penalize scores for not wearing proper clothing.

V. ON STUDENT REGULATION:

Professors are not the only ones in charge of regulating the student's appearance. Sometimes, even the same students make sure peers look alike. Interviewee 31 said that sometimes, when law students don't wear formal clothes, most of the other students within the faculty will "give them strange looks". Interviewee 31 also said that when someone who didn't study law passed through the faculty, "strange looks" would also cross their paths. Apparently, the same thing happens in other educational settings: interviewee 16 mentioned that whenever she passed by the Anthropology department (wearing formal clothes) she would get strange looks by them and she would be immediately identified as a stranger in a strange land.

Something similar was reported by interviewee 39, who previously shared the faculty installations with students from other faculties and degrees. She said that law students would avoid spaces that were occupied by students from other degrees, and that they identified these students just because of the clothes they were wearing and their overall appearance. This however, went both ways. Students from other degrees would also avoid law students, expressing disdain over their "high egos". This sort of "rivalry" was the most heated with the Alternative Tourism degree students, who mostly wear casual clothes.

On the other hand, interviewee 37 said that there are some "male students that wear long hair, as well as female students that wear short hair", who "stand out from the crowd", and are a topic of conversation amongst other students. The interviewee said that even if he tries to stay away from those topics, he's heard them numerous times.

Gossiping can be a form, or a precursor, of social alienation, which is mostly the way in which student regulation occurs. Reportedly, according to most interviewees, this happens mostly around female students. According to interviewee 31, the most common gossip talk is about "1) who dresses the best, 2) who wears the most expensive clothes, and 3) who repeats clothes the less". Interviewee

27 said that female students even had a group chat in which they would ask what they were going to wear for school.

VI. ON STUDENT CONSCIOUSNESS:

Even though some students reported some negative feelings about the importance of appearance in legal education and the profession, most of them didn't do anything to oppose it. The majority of the interviewees reported that "clothing doesn't equal knowledge", and that "they don't judge others because of shallow things", yet they still abide by the standards of lawyer clothing. This might be because of the law school socialization process, but it might also be because the profession is still to this day so "rigid" (or "solid" in Baumanian terms) in Mexico.

For example, interviewee 25 said that he "knew it was wrong to give so much importance to looks", yet he said he hadn't taken any action. Interviewee 32 studied engineering before changing degrees to law. She stated that even though at first she felt uncomfortable with wearing formal clothing, as time went on in law school she began finding it more comfortable, similar to the experience reported by interviewee 28 in section ii.

Interviewee 37 said that when he had his job interview, he "felt the need to be dressed formally": "If I'm going to ask for the job as a lawyer, I might as well comply with the whole stereotype", was his exact quote. The interviewee said that, even though he knew that dressing formally wasn't a requisite for the job or the interview, he "wouldn't say it was completely voluntary either".

Surprisingly, most students recognize the anatomopolitical component within their legal education. Of course not explicitly, but the majority had consciousness of how their appearances had changed throughout and because of law school. Yet, even though the majority didn't agree with its importance, they all ended up submitting to the structure of homogenic appearance: clean cut formality. However, there was some pleasure in this submission: students seem to enjoy the practice of dressing as lawyers (even before becoming one). They feel that wearing more formal clothes gives them self confidence and also a sense of belonging. Surprisingly (at least for us) only a few of the interviewees felt this socialization process as a burden. Most of the interviewees thought that this was also a part of their education and (at least formally) would recognize that looking like a lawyer, doesn't turn you into one. However this statement goes against some professors' practices which punish students (whether through their grades or by disrespecting them in front of their classmates) whenever they do not wear what they consider to be proper lawyer's clothes.

B. TEACHER'S RESPONSES

The teacher's responses, surprisingly, for the most part didn't match the student's experience. This might be because the teachers that were interviewed mostly had somewhat of a progressive way of thinking in terms of student appearance. Interviewee 10 even said he barely pays attention to the way students look. Most professors agreed that students should be able to express themselves individually via their appearance and clothing, and that denying them that opportunity, or discriminating against that, "would be against all legality" (Interviewee 2).

Interviewee 8, a professor specializing in Human Rights, recognized that "old symbolic patterns" still are being reproduced to this day, and that certain "disruptive elements", like long hair in male students, piercings, beards, or even going as far as skin color, might still cause differentiation in the way law students and law professionals are treated by their peers and counterparts. Interviewee 8 also said that this control over student's bodies is, on a large part, a consequence of the patriarchal influence over law and its conception.

Even though most interviewees said that students should be able to express their individuality through their clothing and appearance, they also recognize that, even to this day, Mexican legal education still has a high degree of formalism, and that discrimination is unfortunately alive and well. Interviewee 8 commented that on simulation hearings, students change the way they dress themselves without the need for an indication, specifically long-haired male students that use a ponytail together with a suit and tie.

Simulation hearings is the activity for which most students are required to dress formally. According to some of the teachers, this appearance is intended to "provide tranquility and confidence to the client" (Interviewee 7, Interviewee 5, Interviewee 14). Interviewee 14, for example, said that the appearance and clothing was to provide "a confident environment" for the client, "if I see a classical musician who looks like a metalhead, I'm not going to feel in the right setting (...) If I am going to a metal concert, and I see the band without any tattoos or piercings, I'm not going to get into the ambience". Interviewee 14 also said that "it isn't about being cool or uncool, it isn't about being moral or immoral, it's just that image helps you create a more complete atmosphere. Your words, movements, clothing, I think everything's important". Interviewee 7 evaluated formality as "essential" to the profession.

Interviewees 2 and 5 said that this formal appearance of suit and tie is also the common conception of the "successful lawyer". Interviewee 2 stated she has sometimes wanted to wear more casual clothes to her classes, but that she felt that she wouldn't "inspire that image of success that lawyers pretend", and that she's tried to portray that image even when she was a student. She informed us that ever since she was studying, there's been an emphasis that law students must dress "better than the others". Interviewee 5, on the other hand, said formality was a sign of respect towards the students and

the institution, because “students expect to see their teachers dressed a certain way”.

Most professors also commented on certain anecdotes of their professional careers. Interviewee 10 said he heard one of his friends during law school say the teacher told them: “to be a lawyer, first you need to look like a lawyer”, like reported by so many students above. Interviewee 2 informed us that she, due to her small stature, prefers to wear clothes that make her look older. Age apparently is something that judges value amongst lawyers. Interviewee 14 said that during the start of his professional law career, a co-worker once mocked him for not being formally dressed:

“I was joking around with a co-worker... and somewhere in the joke, I perhaps mocked him a bit too heavily for his taste. He responded with: at least I didn’t need to be told to wear a suit and tie to the office”.

Interviewee 14 also said that he has had conversations with students about their appearance and its importance. Interviewee 14 has worked in two different universities, his former university was in Mexico City, while his current is in Guadalajara. He reported that in the Mexico City university, teacher’s comments about some of the student’s appearance being “disrespectful towards the seriousness of the profession” were constant, and that he’s never heard such in his new university. He also stated that he’s had personal conversations with students telling them that “if they don’t present themselves better, they might not be as successful as they could”.

The most common complaint professors made about student clothing were related to female students. Interviewees 1 and 14 both reported that cleavages are discussed amongst teachers, and interviewee 14 even said that one of his students “wasn’t trying to pass an (the) exam based on her legal knowledge”. On the other hand, interviewee 7 commented that some teachers had complained about some of the student’s short skirts, worn by students in the university’s female volleyball team.

Professors also commented, like the students, that it’s easy to know which faculty a student belongs to based on their appearance (Interviewee 5). However, they’ve also reported that students that focus on private or corporate law tend to dress more formally than their other classmates (Interviewee 7, 8, and 14). Interviewee 7 on the other hand, reported that peers specializing in agrarian law tend to wear boots and jeans, ad hoc to their field of specialty.

The teachers mostly emphasized the need for good appearance while in the presence of a client. All of them acknowledged that legal knowledge and skills were obviously more essential to be a good professional than clothing and appearance, and that the quality of such knowledge has no relationship with personal image. “You can do paperwork in your pajamas if you want to, but I do believe that giving confidence to your clients is important” (Interviewee 14).

Interviewee 2 made an important remark: he considered that professors should send a message about proper dressing but this message shouldn't have so much weight. In his opinion, law students need to understand that there are informal and professional spaces, and that each demands different ways of behavior. For him, clothing is a sign that helps one identify in which space one is interacting. Noticing the nature of the space (whether professional or informal) is important for understanding what kind of arguments, expressions, jokes and interactions are valid or not. He explained this idea by recalling a meeting in which a last year law student came in and started making very foolish arguments and thinking that he could have a word on every topic that was being addressed as he was in a cafeteria talking with close friends. In his view, dress codes send a signal which should be read and understood in order to evaluate what type of interactions are valid and which are not. However, he was also aware that the degree in which this message is transmitted to students should be carefully analyzed since wearing a suit does not turn you automatically into a lawyer. Therefore, he recognized the importance of signs, but was also fully aware that signs can be misread. At the end of the interview, he also made a very interesting point on how the pandemic and the virtual classroom might change all this.

Since professors are teaching from home and students are attending classes from their rooms, there is a blurring of the professional and private divide. Teachers rarely wear a tie for a lecture via zoom. Also, the ascetic classroom no longer exists. Teachers and students both interact from their homes. How this new phenomenon might change the anatomopolitical aspect of the hidden curriculum⁴⁴ remains to be seen, but is true that online legal education and the dressing practices that accompany it (wearing - or not wearing - sweatpants while at online class, having the camera off or on, wearing makeup or not, wearing short sleeves to show tattoos, etc.) are already changing the landscape on which our interviewees, both students and professors, answered our questions.

Another resurgent theme in the interviews was that older teachers generally have less flexibility in terms of presentation and appearance. Most professors agreed that this is due to a generational gap, something that also was stated by the majority of the students interviewed:

“I don't want to discriminate, but older professors don't share this openness to new ideas. Students have sometimes been asked to leave the classroom because of piercings, hair color... and if they're not asked to leave the classroom they've been warned that they need to behave or dress in a different way to become socially acceptable” (Interviewee 15).

⁴⁴ It is also worth noting that these changes not only impact legal education, but also legal practice. In the United States, a Judge sent a memo reminding local attorneys to wear formal clothes to their conference calls (Bloomberg Law, 2020 https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/judge-reminds-lawyers-to-wear-shirts-during-zoom-hearings?utm_source=twitter&campaign=584B65B2-7E89-11EA-8C54-6ED84F017A06&utm_medium=lawdesk). In Mexico, there was a viral video during the pandemic quarantine of a lawyer who wasn't wearing any pants during a virtual hearing.

Finally, it's important to point out that even though most professors report that they think students should dress freely, the students report otherwise. This might be due to several reasons: 1) perhaps the sample of professors was too progressive-oriented, 2) the interviewees weren't being completely honest.

CONCLUSION

Anatomopolitics have been, according to Foucauldian theory, around since the seventeenth century. This type of political control over the population's bodies renders them docile and useful for economic systems. Yet, in this paper, we did not wish to limit this control to just the bodies, but also how they are presented publicly, and especially professionally, following the contribution made by Entwistle and others. The dressing of the body is a symbol in the professional context of legal practice, it represents status, seriousness, and power. However, the dressing of the body is also a way in which lawyers can express their individuality, resistance towards the system, and ideological principles. A major problem in legal Mexican education to this day is the high degree of formalism⁴⁵ and the reproduction of formality, which certainly exerts itself on student's bodies and their presentation through the form of the hidden curricula, i.e. socialization practices.

Our study indicates that there is in fact an anatomopolitical component in the hidden curriculum of Mexican legal education. It is hidden since, according to our findings, most of its teaching occurs voluntarily via socialization processes that aren't necessarily based on explicit punishments or rewards. These forms of socialization come via requirements for oral presentations, exams and hearings simulations. These elements are reinforced throughout the first semesters of law school and are internalized by students. There were however stricter cases of coercion such as not being admitted to class. Another important finding was that in some cases students participated in socialization towards their peers, as if students tried to regulate and maintain a cohesive image of law students and legal professionals.

Nonetheless, the teaching does happen very subtly and both students and professors consider it important. However, there is a mismatch here: all of our interviewees (students and professors) agree that professional competence is the most important thing for a lawyer. Personal appearance is important as a way of enabling relations with clients, other lawyers, judges, etc. but it does come second. Nonetheless, according to a significant number of the students we interviewed, many professors do over emphasize the importance of appearance by saying that "to be a lawyer you must look like one". This statement, however, didn't find much support in the professors we interviewed. As

45 See, Alejandro Madrazo, "¿Qué?, ¿Cómo? Y ¿Para Qué? Análisis y Crítica Al Modelo Tradicional," *Academia. Revista Sobre Enseñanza Del Derecho*, no. 7 (2006): 167-247.

we mentioned earlier, this was probably due to the fact that most of the interviewed professors have a progressive stance towards legal education, or, because they were not honest and were too aware of our background as researchers and members of a think tank whose motto is to “transform legal education in Mexico”.

Another finding (one that was surprising for us) was that law students do feel the power of the message sent to them in terms of how to dress, but the vast majority of the sample doesn't resist the call and in fact surrender easily to it. They claim that “dressing like a lawyer” gives them confidence, boosts their energy and also provides them with a sense of belonging. Although there are some cases of resistance, there were fewer than what we expected.

BIBLIOGRAPHY

Althusser, Louis. *On the Reproduction of Capitalism : Ideology and Ideological State Apparatuses*. Brooklyn, NY: Verso, 2014.

Bloomberg Law, 2020 https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/judge-reminds-lawyers-to-wear-shirts-during-zoom-meetings?utm_source=twitter&campaign=584B65B2-7E89-11EA-8C54-6ED84F017A06&utm_medium=lawdesk.

Bourdieu, Pierre. *Distinction: a social critique of the judgement of taste*. London: Routledge & Kegan Paul, 2015.

Brante, Thomas. “Sociological Approaches to the Professions”. *Acta Sociologica* 31, no. 2. (2013): 119-142 .

Brown, Jennifer. ‘To Give Them Countenance’: The Case for a Women’s Law School. *Harvard Women’s Law Journal*, 22 (1999).

Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD). *Análisis de Composición Curricular de la LED*. (2020).

Collier, Richard. “‘Nutty Professors’, ‘Men in Suits’ and ‘New Entrepreneurs’: Corporeality, Subjectivity and Change in the Law School and Legal Practice,” *Social & Legal Studies* 7, no. 1 (1998): 27-53.

Dare, T. *The Counsel of Rogues? : A Defence of the Standard Conception of the Lawyer’s Role*. Farnham, Surrey, England; Burlington, VT: Ashgate, 2009.

Durkheim, É. *The elementary forms of religious life*. London: George Allen & Unwin. 1976.

Entwistle, Joanne, Elizabeth Wilson. *Body Dressing*. Oxford; New York. 2001.

- Foucault, Michel. . *The History of Sexuality 1: Will to Knowledge*. London: Penguin Books. 1998.
- Garth, Bryant., Martin, J. . “Law Schools and the Construction of Competence,” *Journal of Legal Education* 43, no. 4 (1993): 469–509.
- Havener, K.B. “Method Acting for Lawyers”. *Litigation*. 31, no. 4 (2005): 48–52.
- Heinz, John P., Robert L. Nelson, Rebecca L. Sandefur, Edward O. Laumann. *Urban Lawyers : The New Social Structure of the Bar*. Chicago: University of Chicago Press. 2005.
- Kennedy, Duncan. “Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination”. *New England Law Review* 26 (1992): 1310-1389.
- Luban, D. *Lawyers and Justice : An Ethical Study*. Princeton, N.J. : Princeton University Press. 1988.
- Madrazo, A. ¿Qué?, ¿Cómo? Y ¿Para Qué? Análisis y Crítica Al Modelo Tradicional. *Academia. Revista Sobre Enseñanza Del Derecho*, no. 7 (2006): 167–247.
- Markovits, D. *A Modern Legal Ethics : Adversary Advocacy in a Democratic Age*. Princeton; Oxford: Princeton University Press. 2008.
- McNamara, Bethane W. “All Dressed Up with No Place to Go: Gender Bias in Oklahoma Federal Court Dress Codes”. *Tulsa Law Review*, 30, no. 2 (2013): 395-422.
- Pepper, S.L. “The Lawyer’s Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities”. *American Bar Foundation Research Journal* 1 (1986): 613–35.
- Pérez Hurtado, Luis Fernando. *La Futura Generación de Abogados Mexicanos : Estudio de Las Escuelas y Los Estudiantes de Derecho En México*. Monterrey: CEEAD; UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2009.
- Podgers, James. “What to wear: courts agree on principle of school dress codes, disagree on their reach”. *ABA Journal* 81, n.º 11 (1995). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/abaj81&div=255&id=&page=>.
- Postema, G.J. “Moral Responsibility in Professional Ethics”. *New York University Law Review* 55 (1980) 37–63.
- Remsen, John. “Enough Is Enough: Lawyers Should Look like Lawyers!” *The Remsen Group* (blog), n.d. Retrieved from: <http://www.theremsengroup.com/articles-full/2015/9/28/enough-is-enough-lawyers-should-look-like-lawyers>
- Rubinstein, R. *Dress Codes: Meanings and Messages in American Culture*. Perseus. 1995.

Sarat, Austin, Felstiner, William. "Lawyers and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office". *The Yale Law Journal*, 98, no. 8 (1989): 1663-1688.

Sarat, Austin. Scheingold, Stuart A. *Cause Lawyering : Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York: Oxford University Press. 1998.

Simmel, George. *On Individuality and Social Forms : Selected Writings*. Chicago: University of Chicago Press. 2012.

Simon, William H. *The Practice of Justice a Theory of Lawyers' Ethics*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1998.

EL PROCESO Y EL PRECRIMEN: UNA LECTURA LITERARIA DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DETENCIÓN PREVENTIVA*

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ VILLAMIZAR**

Recibido: 14 de abril de 2021. Aceptado: 7 de junio de 2021.

RESUMEN

En mayo de 2019, la Fiscalía General de la Nación de Colombia inició el plan piloto para la implementación de PRISMA, un programa construido con base en *machine learning*, que pretende reducir la reincidencia criminal por medio de la aplicación eficiente de la detención preventiva. Este sistema informático fue analizado través de dos obras literarias: *El proceso* y *El informe de la minoría*, conforme a la corriente de Derecho y Literatura. Lo anterior, dado que la Literatura pone en evidencia las tensiones que existen alrededor del proceso penal, con lo cual permite ver, primero, cómo PRISMA puede vulnerar el derecho fundamental al debido proceso al reducir la posibilidad de defensa del acusado; borrar el límite entre quien acusa y quien juzga; y eliminar la presunción de inocencia al conceder la detención preventiva basándose únicamente en la peligrosidad de un individuo. Segundo, se muestra que este tipo de tecnologías se enmarcan en un derecho penal basado en el peligrosismo, que, a su vez, responde a un Estado Penal. En este orden de ideas, la Literatura se presenta como una herramienta de análisis de las contradicciones presentes en el Derecho y en la creación e implementación de PRISMA.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia Artificial, reincidencia criminal, PRISMA, Derecho y Literatura, debido proceso.

* Artículo de reflexión.

** Abogada y Literata de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Correo mf.fernandez11@uniandes.edu.co.

THE TRIAL AND THE PRECRIME: A LITERARY READING OF THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PREVENTIVE DETENTION*

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ VILLAMIZAR**

Received: april 14, 2021. Accepted: june 7, 2021.

ABSTRACT

In May of 2019, the Office of the Attorney General of the Nation of Colombia initiated the pilot plan to implement Recidivism Risk Profiling for the Request for Assurance Measures (PRISMA by its acronym in Spanish). PRISMA is a program built based on machine learning, which aims to reduce criminal recidivism through the efficient use of pre-trial detention. This software will be analyzed through two literary works: *The Trial* and *The Minority Report*, in accordance with the school of Law and Literature. The foregoing given that the Literature highlights the tensions that exist around the criminal process, which allows to see, first, how PRISMA can violate the fundamental right to due process by reducing the possibility of defense by the accused; erases the limits between the accuser and the judge; and eliminates the presumption of innocence by granting pre-trial detention based solely on the dangerousness of an individual. And second, it is shown that these technologies are framed in a criminal law based on dangerousness, which in turn, responds to a Criminal State. In this order of ideas, Literature is presented as an analysis tool for the contradictions present in the Law and in the creation and implementation of PRISMA.

KEY WORDS

Artificial Intelligence, recidivism, PRISMA, Law and Literature, due process.

* Analytical article.

** Lawyer and Literary from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Email: mf.fernandez11@uniandes.edu.co.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es difícil pensar en algún campo en el cual no se usen los sistemas informáticos para minimizar errores operativos y hacer los procesos más eficientes. El Derecho no se quedó atrás y desde la Inteligencia Artificial, en adelante IA, se han creado bases de datos de fuentes jurídicas, sistemas de análisis de jurisprudencia, de detección de denuncias falsas, de apoyo a la decisión para jueces, y además, programas de predicción de la criminalidad. Este auge, si bien se ha visto como un avance para la disciplina, debe ser analizado con detenimiento pues al caer en una confianza plena en la tecnología se puede llegar a invisibilizar algunas cuestiones problemáticas de su uso.

El presente documento busca, a través de narrativas literarias, realizar un análisis profundo de las tecnologías de predicción del crimen, en específico, del programa creado por la Fiscalía General de la Nación: PRISMA (Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento). Este programa nace bajo la necesidad de generar un control de la criminalidad eficiente, en el cual la Inteligencia Artificial es usada para determinar el grado de peligrosidad de un individuo; es decir, establecer si un sujeto puede ser una amenaza para la sociedad. Lo anterior, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, en particular, ciertos principios que lo componen: derecho a la defensa, el juez natural y la presunción de inocencia. Por ende, es necesario hacer un análisis socio-jurídico en el que se pueda contrastar la jurisprudencia, la doctrina y la Literatura, con el fin de poner en evidencia las problemáticas alrededor de la implementación de estos modelos de predicción del crimen.

Así pues, además de utilizar fuentes jurídicas para realizar el análisis, se leerá a PRISMA a través de dos obras literarias: *El proceso* (Franz Kafka) y el *Informe de la Minoría* (Philip K. Dick). Lo anterior, basado en la corriente de Derecho y Literatura, según la cual se puede humanizar el Derecho al entender las tensiones que existen alrededor de su funcionamiento. Se espera tener un acercamiento a PRISMA que permita visibilizar las problemáticas que genera su implementación para sujetos particulares que van a estar sometidos a la potestad punitiva del Estado. Entonces, por un lado se contrastará a PRISMA

con el derecho fundamental al debido proceso, y por el otro, se estudiará el discurso que sostiene la creación de un sistema penal que no persigue el delito sino al individuo como fuente de peligro. La Literatura será la herramienta que permita ver las tensiones sociales e históricas y asimismo la presencia del llamado *peligrosismo*⁰¹ en el sistema penal.

Teniendo esto en cuenta, el presente documento se dividirá en cuatro partes. En el primer capítulo se presentará a PRISMA y las obras literarias. En la segunda se realizará una comparación entre *El proceso*, *El informe de la Minoría* y PRISMA para explorar las conexiones presentes y cómo se hacen evidentes las vulneraciones al debido proceso por parte del programa. El tercer apartado busca mostrar cómo este tipo de tecnologías se enmarcan en un derecho penal basado en el *peligrosismo*, que a su vez, responde a un Estado Penal. Finalmente, en las conclusiones se mostrará que la cuestión no es si la Inteligencia Artificial debe ser usada en el Derecho, sino si su implementación responde a los objetivos de un Estado Social de Derecho.

1. PRISMA: ENTRE *EL PROCESO* Y *EL INFORME DE LA MINORÍA*

A principios del 2019, la Fiscalía anunció que iniciaría el piloto de su programa PRISMA (Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento), el cual busca, a través del *machine learning*, darle mayor información a la Fiscalía a la hora de solicitar una detención preventiva justificada en la reincidencia criminal⁰². Este enfoque se debe a que, en la práctica, la posibilidad de reincidencia es la principal razón que usan los fiscales para solicitar una medida de aseguramiento intramural⁰³. De ahí que, a través de dos obras literarias, *El proceso* y *El informe de la minoría*, se pone en evidencia las tensiones y contradicciones que están en juego con la implementación de PRISMA y que hacen parte de la estructura de la potestad punitiva que se muestran en las narrativas de Kafka y Dick.

1.1 REALIDAD

PRISMA es un programa construido por medio de la Inteligencia Artificial (IA), la cual es una “disciplina eminentemente tecnológica que persigue la construcción de máquinas y programas capaces de realizar complejas tareas con una habilidad y eficiencia iguales o superiores a las que consigue el ser humano”⁰⁴. Así que, la IA es una ciencia que se preocupa por crear sistemas informáticos que puedan comprender procesos cognitivos de razonamiento, toma de decisiones, aprendizaje y procesamiento

01 Del Positivismo Criminológico.

02 David José Escobar, “Prisma: el programa de la Fiscalía para predecir la reincidencia criminal”, *El Espectador*, 2019.

03 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*, (Presentación, 2019), 4.

04 Miquel Barceló, *Inteligencia Artificial* (Barcelona: UOC Papers, 2020), 10.

de lenguaje natural con el objetivo de llevar a cabo alguna labor humana⁰⁵.

Esta tecnología busca reproducir de manera artificial las capacidades del cerebro humano y brindar a las personas herramientas que faciliten procesos⁰⁶. Lo anterior se logra a través de algoritmos, es decir, la IA funciona con modelos matemáticos basados en un conjunto de operaciones con las que se espera llegar a una solución. Ahora bien, una de las ramas de la IA se centra en el *aprendizaje* de los sistemas informáticos. Lo cual significa que un programa a partir de datos que recibe en un primer momento, aprende y utiliza ese aprendizaje para cumplir con la labor que se le está solicitando.

A lo anterior se le conoce como *machine learning* y su objetivo es que los computadores puedan aprender a partir de los datos pre-establecidos con el fin de comparar y utilizar de manera autónoma la información en su área específica⁰⁷. Entonces, son sistemas preparados a través de una serie de *inputs* —los datos que se le da en primera instancia— y con base en estos, arrojan *outputs*, que son los resultados del proceso. A medida que recibe más *inputs* el aprendizaje se incrementa, y por lo tanto, los *outputs* mejoran. En otras palabras, se utilizan datos para identificar patrones y a su vez generar predicciones. Así que se trata de una rama de la IA en la que interviene las ciencias de la computación, la ingeniería y la estadística⁰⁸.

En la actualidad, la Inteligencia Artificial es usada en muchos campos, incluyendo el Derecho, en el cual se ha implementado a través del:

(p)rocesamiento de lenguaje natural, las redes neuronales profundas o el aprendizaje automático aplicados en tareas legales como el análisis de un contrato, la preparación de una estrategia procesal o la investigación legal, con la finalidad de automatizar la tarea y mejorar la toma de decisiones⁰⁹.

Sumado a lo anterior, en el sistema penal se ha usado el *machine learning* para crear tecnologías de predicción del crimen, las cuales, a través de la información de los individuos y los comportamientos criminales, predicen patrones de criminalidad. En teoría, los resultados arrojados por estos programas ayudarán al control de la criminalidad. Claramente en este caso no hay certeza de la ocurrencia de

05 Ibid., 12.

06 Víctor Beltrán y David Preminger, “Inteligencia artificial en el sistema de justicia criminal: algunas reflexiones sobre su aplicación en el derecho chileno artificial” *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 5 (2020): 5.

07 Auréline Géron, *Hands-On Machine Learning with Scikit-Learn and TensorFlow*, (O’reilly, 2017), 20.

08 Pratap Dangeti, *Statistics for machine learning*, (Birmingham: Packt Publishing Ltd, 2017), 8.

09 Gartner ctd. María Hernández Giménez, “Inteligencia Artificial Y Derecho Penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 10 (2019): 797.

un delito, sino que se parte de una mayor o menor probabilidad de que suceda. El objetivo de la implementación de estos sistemas es lograr un mejor uso de los recursos disponibles para prevenir el crimen, pues se neutraliza una posible fuente de peligro antes de que se consuma las vulneraciones a los bienes jurídicamente tutelados.

Bajo esta premisa, en Estados Unidos fue diseñado el programa COMPAS¹⁰, un sistema de *machine learning* que busca perfilar a los individuos y de esta forma ayudar a los jueces a determinar “si el acusado debe permanecer en prisión o no mientras espera el juicio”¹¹. El programa analiza la información sobre un sujeto: “cargos actuales, cargos pendientes, historial de arrestos, detenciones preventivas, contar con una residencia estable, situación laboral, vínculos con la comunidad y abuso de sustancias”¹², y como resultado arroja el nivel de riesgo de reincidencia criminal. Con un alto riesgo el sujeto será privado de su libertad preventivamente por el peligro que representa.

En principio, se espera que la predicción hecha por el programa sea objetiva y ayude a los jueces a tomar mejores decisiones. No obstante, según ProPublica, las decisiones tomadas con base en la predicción de COMPAS tienen un problema de sesgos, por lo que los sujetos racializados tienen una mayor posibilidad de ser calificados con un alto riesgo de reincidencia¹³. Entonces, a pesar de que COMPAS no integra la característica racial en su análisis sus resultados son racistas, pues el programa se enmarca en un sistema social discriminatorio contra las personas negras¹⁴. Por esta razón, factores que en principio parecen objetivos como el lugar de residencia, la estabilidad laboral o el tener una condena anterior, pesan en contra de este grupo poblacional¹⁵. Entre otras razones, porque en Estados Unidos es más probable que una persona negra sea arrestada y declarada culpable que una persona blanca¹⁶. Por esto, el *output* de COMPAS no es objetivo, ni justo, como se planteaba que sería, sino que responde a una estructura que oprime a ciertas poblaciones marginadas y asimismo perpetúa este funcionamiento.

Aterrizando este problema en Colombia, la Fiscalía General de la Nación implementó un plan piloto

10 Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions creado por la compañía privada Equivant.

11 Karen Hao y Jonathan Stray, “Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game”. (2019). [traducción propia]

12 “Practitioner’s Guide to COMPAS Core”, *NorthPointe*, acceso abril de 2020, <https://assets.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf>, 27. [traducción propia]

13 Hao y Stray, *Can you make AI*.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Libardo Ariza y Mario Torres, “Estudio preliminar. Prisiones y Jueces: La Constitución y la Prisión en la era del encarcelamiento masivo” en *Encarcelamiento Masivo: Derecho, Raza y Castigo* (Bogotá: Siglo de Oro Editores, 2020), 38.

de PRISMA desde mayo de 2019 con 10 fiscales en las ciudades de Bogotá, Medellín, Ibagué, Cartagena y Popayán, generando un perfil criminal en 178 procesos¹⁷. Este programa tiene un fundamento jurídico en la Constitución Política, artículos 28 y 250, y en el Código de Procedimiento Penal, artículos 2 y 310, y busca incidir en las decisiones sobre medidas de aseguramiento tomadas por los Jueces de Control de Garantías. Ahora bien, según el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), las medidas de aseguramiento pueden ser de diferente naturaleza, tanto privativas de la libertad como no privativas. Para el presente documento interesa en particular la detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Esta institución jurídica implica un reto para el Juez de Control de Garantías, pues debe determinar si una persona, por ser una fuente de peligro para el sistema de justicia o para la sociedad, debe ser privada de su libertad preventivamente. Sin embargo, este paso lo debe cumplir en un momento muy temprano de todo el proceso penal, con pocas pruebas e información sobre el sujeto. En consecuencia, lo que ocurre es que el juez tiende a aceptar la solicitud de los fiscales sobre las medidas de aseguramiento. Según los datos presentados por la misma Fiscalía, el 87.7% de las veces que es solicitada una medida esta es otorgada. Además, el 87% de las medidas otorgadas son privativas de la libertad, y de estas el 76% son intramurales¹⁸.

Las dificultades para la toma de esta decisión en una etapa tan temprana del proceso, así como la gran cantidad de medidas otorgadas, han impulsado la creación de un modelo de predicción de riesgo de reincidencia. Con él se espera evitar:

Error tipo I: que se le imponga una medida de aseguramiento a un imputado con bajo riesgo de reincidencia, y, **Error tipo II:** no otorgar medida de aseguramiento a un imputado con alto riesgo de reincidencia, afectando la seguridad de la comunidad y las víctimas¹⁹.

Con este programa la Fiscalía General de la Nación busca a través de “modelos de aprendizaje automático (*machine learning*) (...) predecir, de manera más objetiva, imparcial y homogénea la probabilidad de continuidad de la actividad criminal de individuos que son imputados por la presunta comisión de un delito”²⁰. De manera que, con base en características del individuo, del evento, delitos, medidas y

17 La información presentada sobre o en este documento fue encontrada, por una parte, en la presentación general que se hizo de la herramienta, y por otra, en la respuesta dada por la Fiscalía General de la Nación de un Derecho de Petición interpuesto en el que se solicitó información al respecto.

18 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 12.

19 *Ibid.*, 5.

20 Dirección de Políticas Públicas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación. *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. (2019), 2.

capturas previas, se obtiene la probabilidad de reincidencia general y la probabilidad de que vuelva a cometer un crimen con motivación económica, un crimen violento u otro tipo de delito²¹.

Finalmente, con PRISMA se espera uno de los siguientes resultados: disminuir la reincidencia o disminuir la cantidad de personas con detención preventiva al año. Cabe resaltar que estos resultados no son compatibles el uno con el otro, se debe elegir uno. Al mantener el mismo número de personas que reciben una detención preventiva en establecimiento de reclusión; es decir, 24 mil por año, se espera reducir la reincidencia en un 25% en cualquier delito, en un 45% en crímenes a la propiedad, en un 21% en crímenes violentos y en un 22% en crímenes relacionados con estupefacientes, concierto para delinquir y porte de armas²². Por el contrario, si se mantiene el mismo nivel de reincidencia criminal se reduce entre el 31% y 52% de personas con detención preventiva. Por último, se espera que el modelo sea utilizado “al 100% (...) para solicitar y otorgar medidas de aseguramiento”²³ y que con este se obtengan tanto beneficios jurídicos como económicos.

1.2 FICCIÓN

El informe de la minoría es un cuento del escritor estadounidense Philip K. Dick en el que se narra la historia de John A. Anderton, jefe y creador del precrimen, un sistema bajo el cual las personas no son detenidas por las acciones ilegales que efectivamente hayan cometido, sino por la posibilidad de que las lleven a cabo. En palabras de Anderton: “en nuestra sociedad no tenemos grandes crímenes (...) pero tenemos todo un campo de detención lleno de criminales en potencia”²⁴. Esto lo han logrado gracias a una tecnología que realiza predicciones sobre las conductas punibles que los sujetos cometerían. Funciona a través de tres personas que, gracias a unas malformaciones genéticas, pueden predecir el futuro y cuando son conectadas a un computador, este último arroja una pequeña tarjeta en la que dice el nombre del futuro infractor y su crimen. Todo el sistema penal ha sufrido una gran transformación, pues, se eliminó “con éxito el sistema punitivo post-criminal de cárceles y multas”²⁵ para hacer más eficiente el control de la criminalidad.

En este sistema los sujetos no cuentan con un proceso penal mediante el cual puedan probar su inocencia: la simple predicción basta para que sean condenados. Lo anterior, aunque parece poco ortodoxo, se considera la única forma de garantizar la seguridad de manera eficiente. Se anula la

21 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 19-21.

22 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 50.

23 Ibid., 52.

24 Philip K Dick, *El informe de la minoría* (Ebook, 1956), 4.

25 Ibid., 3.

fuelle de peligro antes de que sea capaz de cometer el delito, sin importar que al momento de la condena el acusado es en efecto inocente:

Les detuvimos antes de que pudieran cometer cualquier acto de violencia. Así, la comisión del crimen por sí mismo es absolutamente una cuestión metafísica. Nosotros afirmamos que son culpables. Y ellos, a su vez, afirman constantemente que son inocentes. Y en cierto sentido, son inocentes²⁶.

El sistema parece funcionar muy bien, pues en 5 años no han tenido un solo homicidio, demostrando que, aunque sus métodos son cuestionables los resultados son los esperados.

El cuento inicia cuando Anderton descubre que el sistema de precrimen lo acusa de un futuro asesinato. Gracias a que Anderton es el jefe y creador del sistema tiene tiempo para tomar la tarjeta con su nombre y huir. Con todo, no transcurre mucho tiempo antes de que se descubra que Anderton ha sido sentenciado y se inicie una persecución a su nombre. Anderton es una amenaza, y por ello es necesario neutralizarlo antes de que sea demasiado tarde. El ex jefe del sistema, que antes había sido el verdugo, se convierte en un acusado e instantáneamente en un condenado, él ya no es un individuo de una sociedad con derechos, sino una fuente de peligro y esta condición es inherente a él.

Por otro lado, y casi treinta y cinco años antes, fue publicado póstumamente *El proceso* de Franz Kafka. Esta novela cuenta la historia de Josef K, un trabajador de un banco que vive muy cómodamente hasta que un día al despertar se entera que hay un proceso penal en su contra. Sin embargo, la acusación la desconoce desde el inicio e incluso más allá del final. K, sin muchas más opciones, queda sumergido en un proceso penal que irá consumiendo su vida poco a poco. A medida que la narración transcurre, el protagonista es conducido como una marioneta de un lado a otro buscando la forma de llegar al final del proceso y a la absolución de la pena.

Kafka ofrece un relato crudo del poder desmedido del Estado. Muestra un sistema penal inquisitivo en el cual el acusado es castigado a través del mismo proceso, sin que exista una sentencia que lo condene; donde el secreto y la arbitrariedad predominan, y así los sujetos quedan sometidos a la voluntad de personas que ni siquiera llegan a ver en algún momento; y, además, el mismo ente que acusa —y que está casi completamente seguro de su culpabilidad— es el que lo juzga. A simple vista es un sistema diseñado para que el individuo pierda y no pueda defenderse de ninguna forma.

Estas dos obras literarias hablan del sistema penal y del crimen desde perspectivas muy distintas.

26 Ibid., 4.

Kafka utiliza un relato naturalista en el cual se retrata lo más vulgar del sistema penal de su época. Es una crítica que no solo habla del absurdo de la burocracia o del abuso del poder, sino que también describe el aire nauseabundo que debe respirar K cuando se encuentra en los juzgados, las salas llenas de ruido, la humedad y el calor, y todo aquello a lo que su cuerpo es sometido durante el proceso. Philip K. Dick recurre en cambio a la ciencia ficción para poner en evidencia los problemas que trae el exceso de confianza en la tecnología y cómo su uso puede ser problemático.

Es cierto que actualmente no se cuenta con la posibilidad de predecir con exactitud futuros crímenes y que dentro de un proceso penal quien es acusado tiene el derecho como mínimo a conocer los cargos que le son imputados²⁷. Entonces, si la realidad está tan lejana de la narración en estas obras literarias, ¿cómo la Literatura puede llegar a ser un insumo para analizar problemas jurídicos relacionados con el derecho al debido proceso y la configuración del Estado?

Dentro de la corriente de estudio de Derecho y Literatura existe una rama que investiga acerca del Derecho *en* la Literatura. Como su nombre deja sospechar, su objetivo es analizar textos literarios que desarrollan temas transversales a ambas disciplinas, como: la justicia, la culpa, el castigo, el control social, entre otros. Así pues, es una conexión que permite ir más allá de la lógica cientificista del Derecho para dirigirse a una mirada humanista a través de la Literatura, pues permite de una manera diferente, “acercarse a los fenómenos jurídicos cuyas fibras más finas están tejidas, nada menos que con las complejidades que constituyen al ser humano”²⁸.

Esto abre una doble posibilidad. Por un lado, invita a reflexionar profundamente acerca de los derechos, la humanidad y sobre las necesarias tensiones que rodean estas dos ideas²⁹. Y por el otro lado, ofrece una forma de leer e interpretar distinta a la técnica jurídica. Luego, ¿qué significa aproximarnos a los problemas del Derecho desde la Literatura? Significa no entenderlo cómo una verdad absoluta, y en este orden de ideas, sospechar de él³⁰, desconfiar de sus principios rectores o de su aplicabilidad, así como se desconfía de las buenas intenciones del abogado de K o de la fiabilidad del precrimen.

Leer el Derecho en la Literatura ofrece la oportunidad de humanizarlo y profundizar acerca de las consecuencias particulares que tiene sobre los individuos, pero sobre todo da la posibilidad de cuestionar sus estructuras. Es así como a través de una obra literaria se puede develar el lado irracional

27 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia), art. 8.

28 Aleida Hernández Cervantes, *Derecho y literatura: una alianza que subvierte el orden*, (México DF: Bonilla Artigas Editores, 2017), 15.

29 Ian Ward, *Literature and Human Rights: Interdisciplinary Reflections on the Law, the Language and the Limitations of Human Rights Discourse Introduction* (Berlin: De Gruyter, 2015), 2.

30 Peter Brooks, “Literature as Law’s Other”. *Yale Journal of Law & the Humanities* 22 (2010): 350.

y contradictorio que el derecho constantemente trata de ocultar³¹. De hecho:

La literatura puede salvar al derecho de sí mismo al recordarme su humanidad perdida, infundirle lo humano implica otorgarle una nueva realidad. Al mismo tiempo, al hablarle con la verdad al poder, la literatura puede al menos hacer algo real ³².

Por lo tanto, se puede aprovechar la narrativa de Kafka y Dick para entender conflictos sociales relacionados con el poder, el Estado, el Derecho y que hoy en día siguen estando vigentes en nuestra sociedad.

De ahí que, partiendo de la base teórica del Derecho y la Literatura, el presente documento busca realizar una lectura de la herramienta PRISMA por medio de la Literatura. Pues así se puede entender la estructura que sostiene la creación de este sistema informático y cómo este se enmarca en unas relaciones de poder que vulneran los principios de un Estado Social de Derecho. Por tanto, a pesar de que el discurso que rodea a este programa de Inteligencia Artificial parece responder a la necesidad de seguridad y a los derechos humanos, ya que reduce, por ejemplo, el hacinamiento en las cárceles colombianas o la arbitrariedad del juez. En realidad, PRISMA puede vulnerar los derechos de los acusados, puesto que, utiliza la noción de control de la criminalidad eficiente para limitar el debido proceso, lo cual se enmarca en un Estado Penal.

2. EL DEBIDO PROCESO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La Inteligencia Artificial es usada por la Fiscalía de Colombia para optimizar procesos, encaminar mejor los recursos y evitar cometer errores al momento de solicitar una detención preventiva. Así, con la implementación de PRISMA se busca obtener uno de dos posibles resultados: reducir el hacinamiento en las cárceles³³, al disminuir el número de personas con detención preventiva intramural en un 36% al año, o por el contrario, reducir en un 25% los delitos cometidos por reincidentes³⁴. En principio, cualquiera de estos dos objetivos responde al interés general. Sin embargo, antes de afirmar que PRISMA funciona bajo la lógica de un Estado Social de Derecho se requiere analizar los posibles

31 Aleida Hernández Cervantes, *Derecho y literatura*, 17.

32 Julie Stone Peters, "Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion". *Modern Language Association* 120, No. 2 (2005): 445. [traducción propia].

33 La situación carcelaria en Colombia genera una grave vulneración de derechos, tanto así que la Corte Constitucional ha declarado en tres ocasiones un Estado de cosas inconstitucional a través de las Sentencias de la Corte Constitucional: T-153 de 1998; T-388 de 2013 y T-762 de 2015. Dentro de las razones se encuentra la problemática del hacinamiento presente desde los años 90s y que para el 2020 el índice de sobrepoblación fue del 54,9%, según el Centro Estratégico de Información Penitenciaria del Inpec.

34 Fiscalía General de la Nación, *Herramienta PRISMA*, 7.

impactos que puede tener sobre sujetos particulares.

En este sentido, el derecho fundamental al debido proceso³⁵ se ha entendido como un pilar del Estado Social de Derecho, pues busca proteger la libertad de los individuos y hacer un contrapeso al poder del Estado³⁶. Este derecho, además, implica el necesario cumplimiento de una “serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental”³⁷. Por esta razón, si bien cuando una persona se enfrenta a un proceso penal algunos derechos son limitados o restringidos, el debido proceso es intocable³⁸, y, por tanto, no debería ser vulnerado bajo ningún escenario por PRISMA.

Algunas de las garantías especiales del debido proceso son: i) el juez natural, que es el derecho a ser juzgado por el juez legalmente competente, cuya decisión debe ser independiente, imparcial y estar sometido solamente al imperio de la ley; ii) el derecho a la defensa, que se entiende como la posibilidad de utilizar todos los medios legítimos y adecuados para ser oído, por lo que, “implica la facultad de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se aporten en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten”³⁹; iii) y también, la presunción de inocencia, bajo la cual nadie puede ser privado de su libertad sino por una sentencia condenatoria del juez competente.

2.1 ¿CÓMO DEFENDERSE?

Una de las partes más reconocidas de *El proceso* es la parábola del capellán de la cárcel. En esta se cuenta la historia de un hombre que un día se acerca a las puertas de la Ley con la intención de adentrarse en ella. El final es intrigante, el hombre muere sin poder entrar y en su último aliento descubre que esa puerta estaba hecha únicamente para él. Así, al lector le queda la sensación de que no es una puerta lo que separa al hombre de la Ley, es todo un abismo. Este abismo es también evidente en *El informe de la minoría*, pues aunque los individuos están totalmente a merced del sistema punitivo, no tienen un real acceso a él. No tienen la posibilidad de entender su funcionamiento, de controvertir sus decisiones, ni siquiera de ponerlo en duda. Solo deben recibir la sentencia y acogerse a ella. La Ley en estas dos obras es algo distante, desconocido e inentendible para los sujetos, nada pueden hacer contra ella más

35 Constitución Política de Colombia [Const.]. Julio 7 de 1991(Colombia). Art. 29.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 2019. (MP. Antonio José Lizarazo: 22 de octubre de 2019).

37 Corte Constitucional. Sentencia T-458 de 1994. (MP. Jorge Arango Mejía: 24 de octubre de 1994).

38 Norberto Hernández Jimenez, “Capítulo IV. Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia”, en: *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 161.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 2015. (MP. Jorge Ignacio Pretelt: 5 de agosto de 2015).

que someterse a su voluntad. La posibilidad de defensa es nula y la potestad punitiva del Estado es absoluta.

Estas obras de ficción llevan a reflexionar sobre el valor que tiene, en el sistema penal colombiano, la posibilidad de defenderse contra el poder del Estado y cómo PRISMA puede tener un impacto sobre esta prerrogativa. Ahora, en el sistema penal existe el derecho a la defensa, el cual busca que haya igualdad, en la medida de lo posible, entre el acusador y el acusado. Bajo esta premisa, el imputado tiene el derecho a “conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan”⁴⁰; de ahí la importancia de ser oído y tener la posibilidad de recibir una decisión favorable; a formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten; a realizar una efectiva defensa judicial con la asistencia de un abogado⁴¹; y además, a que los procedimientos sean de carácter público⁴².

Teniendo lo anterior en cuenta, es importante preguntar si con la implementación de PRISMA se podrán garantizar las posibilidades de defensa del acusado al momento de decretar una detención preventiva. Actualmente, el código de PRISMA no es público, esto significa que las personas no tienen la posibilidad de saber cuál es el proceso mediante el cual la Fiscalía General de la Nación está llegando a la decisión. Esta falta de transparencia dificulta la defensa pues no es posible controvertir la acusación de reincidencia si no es claro cómo se llegó a esa conclusión. Si bien es cierto que la Fiscalía ha presentado cuáles son los criterios usados, es decir, los *input*, en realidad no se conoce cómo esa información se convierte en el *output* presentado. No se sabe cuál es el algoritmo, es decir el proceso mediante el cual se llega a un resultado. No obstante, el problema va más allá del posible acceso a la información, pues aún si la Fiscalía dejara el código libre no todas las personas tendrían la capacidad de leerlo, pues, existe una ignorancia epistémica sobre el funcionamiento de los modelos.

No tener acceso al código bien sea material o epistémicamente puede generar una gran desproporción entre quien acusa y el acusado⁴³. Programas como PRISMA pueden hacer que “los acusados no tengan oportunidad de desafiar la evidencia contra ellos, a menos que se le dé acceso al algoritmo y a la lógica detrás de sus resultados”⁴⁴. Ahora, tener acceso al código, para poder defenderse de él, no significa únicamente que este sea público y cualquiera pueda leerlo, sino poder entenderlo a profundidad. Lo

40 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia), art. 8.

41 Corte Constitucional, C-496 de 2015.

42 Corte Constitucional. Sentencia T-258 de 2007. (MP. Clara Inés Vargas: 12 de abril de 2007).

43 Ugo Pagallo y Serena Quattrococo, “The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures”, en: *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, (Edward Elgar Publishing, 2018), 395.

44 *Ibid.*, 396. [traducción propia].

cual lleva a otro problema: aún si todas las personas conocieran el lenguaje del código, esto no sería suficiente para que hubiera total transparencia, pues estos sistemas pueden llegar a funcionar como cajas negras.

Maxi Scherer, en su texto “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration”, expone una serie de problemas en la toma de decisiones judiciales por parte de programas de Inteligencia Artificial. La autora asemeja estos programas con cajas negras por las dificultades que existen para determinar cómo llegó a un *output* específico. Incluso habla de una inhabilidad para explicar el resultado obtenido de un programa construido con IA⁴⁵. Este problema se intensifica cuando se trata de un sistema basado en *machine learning*, como PRISMA, pues,

Puede resultar difícil identificar los factores reales que determinan una predicción en los casos de los modelos que funcionan como cajas negras. (...) [I]ncluso, si ciertos factores son identificables, como causas de una predicción, estos no necesariamente podrían dar explicación útil⁴⁶.

Esta posición es también reconocida por Jef Seibert y Cathy O’neil, quienes plantean que incluso los creadores de los programas informáticos basados en *machine learning* no terminan de entender por completo cómo el sistema llega al resultado que se le ha pedido⁴⁷. Por ende, el uso de esta herramienta hace que los acusados no tengan acceso a la forma cómo se están tomando decisiones, impidiendo así que puedan defenderse.

Cuando se dice que una persona será reincidente y que por esto se debe declarar una detención preventiva, se esperaría que, para defenderse, como mínimo se explique a profundidad de dónde viene esta conclusión. La Fiscalía no puede únicamente argumentar que ese fue el resultado arrojado por un programa, debería exponer detalladamente y a cabalidad cómo se llegó a ese resultado, lo cual, como ya se vio, no es del todo posible, ni siquiera para el creador del programa. Sin que se haga esta explicación las personas difícilmente podrán argumentar satisfactoriamente que el programa ha cometido un error y su predicción fue errada. De esta forma se genera una gran desproporción, pues el imputado carece de argumentos contra PRISMA, y , además, no es de sorprender que los jueces tiendan a creer en mayor medida en un programa fundamentado en datos, estadística y predicciones,

45 Maxi Scherer, “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration”. *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 318 (2019): 22.

46 *Ibid.*, 23. [traducción propia]

47 Jeff Orlowski (director) y Larissa Rhodes (productora), *The Social Dilemma* (Netflix, 2020).

que se asegura, tienen un índice de error muy bajo.

En resumen, *El Proceso* es una novela que habla directamente de la violencia y deshumanización dentro de un proceso penal. A lo largo de la narración Josef K queda sometido a un poder invisible y omnipresente, y al igual que el individuo de la parábola nunca tiene acceso a la Ley: no puede defenderse, no es escuchado, solo puede someterse a lo determinado por el tribunal. Aunque de forma diferente, en *El informe de la minoría* pasa algo similar, pues solo importa la predicción hecha por la tecnología, nunca la voz del acusado asegurando que no cometerá un crimen. Por lo cual, preocupa que, con la implementación de PRISMA, como ocurre en estas dos obras literarias, el imputado deje de ser oído por la relevancia que tendrá el programa para decretar una detención preventiva. Lo anterior supondría que la defensa y la posibilidad de recibir una decisión favorable sea vaciada de contenido ante la imposibilidad material de oponerse a lo predicho por PRISMA.

2.2 ¿QUIEN ACUSA Y QUIEN JUZGA?

Para garantizar mayor imparcialidad y objetividad durante el proceso penal, en los sistemas acusatorios quien juzga y quien acusa son organismos independientes. Por esta razón, actualmente la Fiscalía General de la Nación, si bien pertenece a la rama judicial, es administrativa y presupuestalmente autónoma. Sin embargo, esto no siempre fue así. Antes de 1991 el sistema penal tenía un corte más bien inquisitivo en el que se centralizaban “las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo funcionario: el juez de la causa”⁴⁸.

Con la Constitución Política de Colombia se creó la Fiscalía General de la Nación como un órgano encargado de acusar e investigar diferente al juez que dictaba la sentencia. No obstante, aún se mantenían las dificultades relacionadas con la imparcialidad, pues, la Fiscalía tenía facultades judiciales⁴⁹, y, por tanto, podía “dictar medidas de aseguramiento como la detención preventiva”⁵⁰. Dados los problemas que representa para la garantía del debido proceso que el encargado de acusar e investigar al imputado sea el mismo en otorgar una detención preventiva, en el 2002 se dio una reforma constitucional que derivó en la Ley 906 de 2004, actual Código del Procedimiento Penal. Así, se dio paso a un sistema, aunque no totalmente acusatorio, sí con una perspectiva más garantista. Entre los cambios realizados

48 Gloria Lucía Bernal, “Las reformas procesales penales en Colombia”. *Revista IUSTA* (2005): 47

49 Mediante el Decreto 2700 de 1991 se creó la Fiscalía General de la Nación y dentro de sus funciones se le da la de dictar medidas de aseguramiento (art. 120).

50 Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito, “Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000)” en, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. (Bogotá: Editorial Norma, 2006), 564.

“se trató de limitar las funciones de la Fiscalía, al asignarle únicamente funciones de acusación”⁵¹.

De ahí que, se podría decir que el sistema penal en Colombia se ha venido transformando para ofrecer mayores garantías a los acusados, y la independencia que existe hoy en día entre los fiscales y jueces es una expresión de esto. Por consiguiente, es fundamental preguntarse por el rol que puede llegar a tener PRISMA con respecto a la división entre estas funciones. Ahora, no se pretende afirmar que el *output* de PRISMA será una sentencia condenatoria, pues en teoría aún el juez deberá evaluar la pertinencia de la detención preventiva más allá de la predicción. Se supone que el sistema seguirá funcionando bajo el presupuesto de que el órgano acusador (PRISMA a través de la Fiscalía) presenta ante el juez (órgano que juzga) las pruebas y argumentos, y el juez en su total independencia y de manera imparcial decidirá si es conveniente o no.

Con todo, ¿por qué un juez se apartaría de lo expresado por un programa que en teoría es objetivo, y que, además, se ha demostrado que elimina la posibilidad de error a la hora de dictar una detención preventiva? Maria Dymitruk, en su texto “Ethical Artificial Intelligence in Judiciary”, plantea que en la actualidad los programas relacionados con la toma de decisiones judiciales se pueden dividir en dos grupos, los primeros, son sistemas que pueden reemplazar a un juez pues se automatiza por completo el proceso de toma de decisiones y los segundos, son aquellos que buscan apoyar en la toma de decisiones al sugerir una solución al problema y son conocidos como *judicial decision support systems*, en adelante “JDSS”. Dentro de este segundo grupo se encuentra PRISMA, pues lo que este programa busca es que se tome una mejor decisión sobre la detención preventiva, bien sea por parte de quien la propone (Fiscalía) o quien la decreta (Juez de Control de Garantías). En teoría parece que estos dos sistemas son muy diferentes, empero, según Dymitruk, “resulta que usar IA solamente en los programas de JDSS tiene los mismos resultados que una automatización completa de los procesos judiciales”, por lo que pensar que en los JDSS la decisión sigue estando en manos del juez puede ser un error⁵².

Para complementar esta idea, Dymitruk narra un experimento psicológico en el cual se buscaba entender cómo los abogados responden a la IA dentro de un proceso judicial. Los resultados fueron, primero, las personas tenían una confianza excesiva en el sistema informático por lo que en la mayoría de los casos seguían sus consejos, aunque se llegara a resultados equivocados, y segundo, cuando eran aconsejados tanto por un sistema como por un ser humano, tendían a preferir la posición del programa, incluso cuando el consejo era prácticamente el mismo⁵³. La conclusión que presenta la

51 Ibid., 564.

52 Maria Dymitruk, “Ethical artificial intelligence in judiciary”. Conference: 22nd International Legal Informatics Symposium. (Salzburg: Austria, 2019), 2. [traducción propia].

53 Ibid., 3.

autora es que estos programas pueden reducir el esfuerzo en la toma de decisiones lo que empeora las decisiones tomadas en un proceso judicial por parte de un juez. Así, a pesar de que se trate de un programa JDSS, y que en teoría el juez es quien emite la sentencia, materialmente se trata de un proceso automático en el que el juez solo avala la decisión ya tomada por la IA⁵⁴. Entonces, ¿qué sucede cuando las herramientas predictivas afectan la autonomía de los jueces para tomar decisiones?⁵⁵ En el caso particular de PRISMA lo que ocurre es que el límite entre quien acusa y quien juzga se difumina. Esto no solo responde a un sistema inquisitivo, sino que puede ser un reflejo de la narrativa de las obras *El proceso* y *el Informe de la Minoría*, en los cuales la sentencia ya estaba inscrita en la acusación. En la novela de Kafka se expresa que: “no se formulan acusaciones a la ligera y en cuanto el tribunal hace una acusación está firmemente convencido de la culpa del acusado y solo a duras penas puede disuadirlo de esta convicción”⁵⁶. Por su parte, en el cuento de Dick se puede observar que en la misma tarjeta donde sale la predicción del crimen está la orden de arresto y la sentencia, pues solo con ella es suficiente para que el acusado sea detenido y condenado.

Las personas tienden a interpretar que el sistema informático es más objetivo y por tanto a creer en él. Sin embargo, si se declara una detención preventiva basada únicamente en el resultado de un programa de Inteligencia Artificial, quién en últimas tomó la decisión no fue el juez, fue PRISMA en su calidad de acusador. Si bien formalmente el *output* de PRISMA no es una decisión judicial, ¿materialmente lo será?

A esto se debe sumar el hecho de que actualmente, aunque la probabilidad y estadística pueden ser tenidas en cuenta para tomar una decisión, no son fuentes de Derecho. Con la implementación de PRISMA, no solo el órgano acusador a través de la IA estaría tomando una decisión sobre la libertad de una persona al imponer una detención preventiva, sino que lo estaría haciendo basado en una predicción matemática, no en la Ley. Esto vulnera el principio del juez natural según el cual quien toma la decisión es el órgano competente y lo hace de manera imparcial y conforme a Derecho.

2.3 ¿INOCENTES O PELIGROSOS?

La presunción de inocencia se ha entendido a lo largo de la historia como uno de los derechos más importantes con los que puede contar un individuo⁵⁷, pues es una institución que lo resguarda de

54 Ibid., 3.

55 Sadhu Singh y Jaspal Kaur. “Ethical questions, risks of using AI in ‘predictive justice’”. *New Straits Time*, 15 de febrero de 2020.

56 Franz Kafka, *El proceso*. (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008), 164.

57 Norberto Hernández Jiménez, *Capítulo IV. Incompatibilidad*, 166.

posibles arbitrariedades por parte del Estado y de un uso abusivo de la potestad punitiva⁵⁸. Así pues, se encuentra dentro de los principios rectores y garantías del proceso penal y está consagrada en la Constitución Política de 1991: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”⁵⁹. y, además, es desarrollada en el Código de Procedimiento Penal como un principio rector del proceso penal⁶⁰.

Este derecho en las obras literarias estudiadas es claramente vulnerado. En *El proceso K* es considerado culpable desde antes de que se inicie su proceso, pues como ya se dijo anteriormente “no se formulan acusaciones a la ligera y en cuanto el tribunal hace una acusación está firmemente convencido de la culpa del acusado”⁶¹. Esta seguridad sobre su culpabilidad además se ve reflejada cuando se le explica que el tribunal es impenetrable ante los argumentos relacionados con la inocencia de un acusado⁶²; que en realidad no se conoce un caso en el que alguien haya sido absuelto por considerarse que era inocente⁶³; y que además las únicas soluciones para evitar la condena son la absolución aparente o el aplazamiento, las cuales mantendrán al imputado en un proceso eterno siendo considerado culpable por el resto de su vida, pero sin recibir el castigo dictado a través de una sentencia.

Por su parte, en *El informe de la minoría* la presunción de inocencia no existe bajo ninguna circunstancia, pues, el sistema penal funciona a través de la detención preventiva como regla general. De ahí que, si bien las personas condenadas son inocentes, también son criminales en potencia que deben ser neutralizados. Es más, todo el sistema funciona porque captura personas inocentes, pues si alguien llegara a cometer el crimen todo el sistema perdería su fundamento. Así, la condena en este cuento termina funcionando como un castigo preventivo. El precrimen no puede garantizar la presunción de inocencia, pues si lo hiciera su mecanismo de control social quedaría obsoleto.

Ahora bien, dada la relevancia que tiene para el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que debe ser garantizado durante la totalidad del proceso, incluso cuando se dictan medidas de aseguramiento⁶⁴. Es por esto que la detención preventiva debe estar sujeta al cumplimiento estricto de los requisitos expuestos en la Ley, debe ser utilizada de manera excepcional y tiene límites⁶⁵. No obstante, PRISMA puede estar

58 Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012. (MP. Luis Ernesto Vargas: 22 de febrero de 2012).

59 Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991(Colombia). Art. 29.

60 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia). Art. 7.

61 Kafka, *El proceso*, 164.

62 *Ibid.*, 165.

63 *Ibid.*, 165.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. (MP. Rodrigo Escobar: 25 de julio de 2001).

65 Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. (MP. Luis Ernesto Vargas: 31 de agosto de 2016).

vulnerando este derecho pues, primero, dentro de los *inputs* que utiliza para determinar la posibilidad de reincidencia de la persona están las capturas y medidas de aseguramiento anteriores, con lo cual, atenta contra “la prohibición constitucional de considerar como antecedentes penales un acto distinto a la sentencia condenatoria en firme”⁶⁶. Y segundo, si un sujeto recibe una detención preventiva a raíz del *output* del programa, se le priva de su libertad por un posible delito que cometerá en el futuro, por lo tanto, la detención preventiva perderá su carácter cautelar para volverse una medida sancionatoria⁶⁷.

Con respecto al problema de los *inputs*, hay que tener en cuenta que la detención preventiva necesita del cumplimiento de alguno de los siguientes supuestos: la medida de aseguramiento debe ser necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; el imputado debe ser considerado un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o, debe ser probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia⁶⁸. Una vez cumplido alguno de estos requisitos, la detención preventiva procede bajo unos casos específicos, dentro de los cuales está que “la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación”⁶⁹. Bajo este supuesto hay una conexión entre la peligrosidad de las personas y sus capturas previas, pues la razón de la privación de la libertad preventiva será la posible continuación de la conducta delictiva⁷⁰.

Sin embargo, para la Corte Constitucional el hecho de que una persona sea acusada no es mérito suficiente para que sea considerada como un peligro para la sociedad⁷¹. Lo cual genera un problema con respecto a PRISMA, dado que gran parte de sus *inputs* se basan en la acusación. Es decir, si se analizan las medidas de aseguramiento y capturas previas no se está viendo si el sujeto fue en realidad culpable de un delito, sino si fue acusado, pues decretar una captura o una medida de aseguramiento son decisiones cautelares relacionadas con el proceso y no sustanciales. Lo anterior genera una tensión difícil de resolver, pues, por un lado, las acusaciones previas sí pueden dar paso a una detención preventiva para evitar que el sujeto obstruya la justicia y ponga en peligro a la sociedad; más no pueden ser la razón por la cual la persona sea considerada un peligro para la sociedad.

Esta contradicción fue resuelta por la Corte Constitucional en la Sentencia C-567 de 2019 y reiteradamente en la Sentencia C-128 de 2020, en las que se analiza la constitucionalidad del artículo

66 Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012. (MP. Luis Ernesto Vargas: 22 de febrero de 2012).

67 Ibid.

68 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia).Art. 308.

69 Ibid., art.311. énfasis.

70 Ibid., art.310 2.

71 Corte Constitucional, C-121 de 2012.

313 del Código de Procedimiento Penal. Esta Corte expuso que, bajo el supuesto de reincidencia no es constitucional suponer que “la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad”, ya que se desconoce el principio de culpabilidad por el acto⁷². A pesar de ello, usar las capturas previas como indicio para decretar la detención preventiva es exequible condicionalmente, bajo el supuesto de que este no será el elemento rector para declarar la detención preventiva, sino que se deberá cumplir también con la posibilidad de que se obstruya la justicia o no se comparezca al proceso⁷³. El problema es que esta regla jurídica no es aplicada en PRISMA, pues los *inputs* del programa están relacionados con las acusaciones previas y no con los demás supuestos de la norma.

Hay que tener en cuenta que PRISMA no entenderá los problemas jurídicos y las tensiones que existen, sino que evaluará la peligrosidad de un sujeto con base en los criterios asignados⁷⁴. El programa no reflexionará si hay una vulneración a la presunción de inocencia para así cumplir con la exequibilidad condicionada declarada en las sentencias C-569 de 2019 y la C-128 de 2020. Entonces, si bien la reincidencia es un elemento que puede ser evaluado al momento de solicitar y otorgar una detención preventiva, debe ser estudiada con detenimiento por parte de los Jueces de Control de Garantías, pues, si la reincidencia termina siendo el elemento rector en la toma de la decisión no solo se viola lo dispuesto por la Corte Constitucional afectando la presunción de inocencia, además, se afecta la naturaleza cautelar de las medidas de aseguramiento.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha expresado que la reincidencia no debe ser una razón para decretar una detención preventiva, pues las medidas de aseguramiento deben darse para proteger cuestiones procedimentales⁷⁵. Según la CIDH, algunos países han ampliado la capacidad cautelar de la detención preventiva por medio de fórmulas “diversas a las tradicionales o cautelares, que responden a criterios más bien punitivos o peligrosistas, como el peligro de reincidencia”⁷⁶, lo cual es sumamente problemático. A pesar de ello, la Comisión determinó que la reincidencia puede ser analizada como un elemento más para declarar la prisión preventiva, pero en “ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación”⁷⁷.

Si bien la CIDH y la Corte Constitucional han aceptado la reincidencia como un elemento de análisis al declarar la detención preventiva, ambas corporaciones han planteado que su uso debe estar mediado

72 Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia). Art. 313 2.

73 Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 2019. (MP. Alberto Rojas Ríos: 27 de noviembre de 2019).

74 Características del individuo, del evento, delitos, medidas y capturas previas.

75 Norberto Hernández Jimenez, *Capítulo IV. Incompatibilidad*, 158.

76 CIDH. Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas. (Doc. 46/13, 2013), parr. 88.

77 CIDH, *Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas*, parr 157.

por un estudio sustancial que reduzca la posibilidad de vulneración del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. Sin embargo, es preocupante que con la implementación de PRISMA la reincidencia se convierta en el único elemento de análisis, haciendo que las medidas de aseguramiento dejen de usarse para proteger el ejercicio de la justicia, y sean el resultado de un juicio sustancial sobre la potencialidad de una persona de cometer crímenes.

En resumen, en PRISMA se presentan varias características de un sistema penal en el cual la potestad punitiva es desproporcionada. Esto puede significar que los sujetos se encuentren a merced del Estado sin posibilidades reales de defensa; en las que el ente acusador, que está seguro de la culpabilidad del imputado, termine juzgando; y finalmente, que la presunción de inocencia se vulnere cuando la detención preventiva sea únicamente el resultado de un juicio sustancial sobre la peligrosidad de un sujeto. Por ello, es alarmante la posibilidad de que gracias a PRISMA el acusado ya no sea visto como un ciudadano al cual debe garantizarse a cabalidad el debido proceso, sino como una amenaza que debe ser contenida de manera eficiente. Lo anterior como un reflejo de las tensiones discursivas que han rodeado el derecho penal: ciudadano/enemigo; derechos fundamentales/control de la criminalidad eficiente; Estado Social de Derecho/Estado Penal.

3. RIESGO DE REINCIDENCIA: DISCURSOS PARA CONTENER LA AMENAZA

Para Platón el arte, incluyendo la Literatura, es una imitación de la realidad que se distancia de la verdad y apela al lado irracional del ser humano⁷⁸. A diferencia de esta postura clásica, para pensadores del siglo XX la Literatura no es una copia de la realidad, sino una representación, y en este sentido, presenta una imagen *totalizante*⁷⁹ de las tensiones de un momento histórico determinado. De manera que se requiere de la determinación social para aproximarse al arte, es decir, no es posible entenderlo si no se tiene en cuenta el medio social. Entonces, el arte expresa lo que sucede en la sociedad, pues las personas se encuentran determinadas por un medio social específico⁸⁰.

Así como se necesita del contexto para entender el arte, también el arte puede ayudar a entender las colisiones sociales que se están generando en determinado momento histórico. En este apartado del documento se espera mostrar a través de la Literatura las tensiones discursivas que están presentes en la construcción de PRISMA: ciudadano/enemigo, derechos fundamentales/control de la criminalidad

78 Platón, *La República*. (Madrid: Alianza Editorial, 1988), 603a.

79 La imagen totalizante en la obra literaria da cuenta de una realidad sin buscar imitarla por completo. Es decir, en la narración se capta lo esencial y primordial para configurar una representación que exponga un contexto social a través de un sujeto inmerso en un momento histórico.

80 Lev Trotsky, “La escuela poética formalista y el marxismo” en *Teorías Literarias del Siglo XX*. 1era. Ed. Compilado por Jose Manuel Cuestas Abad y Julian Juménez Heffernan, 524-539. (Madrid: Akal Ediciones, 2005), 529.

eficiente, Estado Social de Derecho/Estado Penal. Por eso, este capítulo está dirigido a analizar el dispositivo que promueve la construcción de un derecho penal enfocado en neutralizar al sujeto que no es un ciudadano sino una fuente de peligro. Lo anterior, puesto que, PRISMA se enmarca en un discurso que viola el derecho fundamental al debido proceso, en diferentes dimensiones, al convertir la detención preventiva en un mecanismo de control eficiente del riesgo de reincidencia criminal.

3.1 POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO Y EL INDIVIDUO COMO AMENAZA

Leer *El proceso* de Kafka genera una sensación de rechazo a esa potestad punitiva absoluta sobre los individuos, aquella que no se justifica más allá de su misma soberanía y poder. Esto ocurre porque según la corriente liberal, aún vigente, el ser humano se somete a la potestad de un Estado para dejar de estar “expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros”⁸¹. Así que, conformar una sociedad implica para el hombre someterse a un poder a cambio de recibir una protección a su vida, a sus libertades y a sus posesiones⁸². Esta noción contractualista de tendencia liberal plantea que los hombres son libres y la sociedad se construye cuando voluntariamente se someten a un contrato social. Por consiguiente, la potestad punitiva o *ius puniendi* surge para evitar la ruptura de este contrato social y devolver el orden⁸³.

Bajo estos parámetros, se supone que el poder del Estado tiene límites, pues debe estar restringido por los derechos individuales⁸⁴, el principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad⁸⁵. Con lo cual, se entiende que la potestad de castigar, en un sistema liberal, no debe ser arbitraria como en *El proceso*. Esto implica además que la potestad punitiva debe estar enfocada en los actos, pues si los hombres son libres y conscientes de sus acciones, el Estado solo puede castigar cuando se comete una acción u omisión que vulnere bienes jurídicos protegidos y nunca puede sancionar a las personas por lo que son: peligrosas, inmorales, enfermas, abyectas, entre otras denominaciones⁸⁶.

81 John Locke, Carlos Mellizo y Peter Laslett, *Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil: Un Ensayo Acerca Del Verdadero Origen, Alcance y Fin Del Gobierno Civil*. (Tecnos, 2006), 123.

82 Ibid., 123.

83 Horacio Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal: Influencia Del Positivismo Criminológico En El Derecho Penal Posmoderno*. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 45.

84 Liliana Sánchez, “La construcción del modelo de proceso penal”. En: *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso. Una historia del proceso penal colombiano*. (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017), 25.

85 Daniel Álvarez Doyle, *La Nueva Peligrosidad Criminal: Medidas de Seguridad Postpenitenciarias Para Delincuentes Imputables: Entre El Presente Problemático de La Legislación Española y El Futuro Inminente de La Legislación Argentina* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2019), 6.

86 Hernando Barreto Ardila, “Constitución Política y derecho penal de acto”. *Derecho Penal y Criminología*. No.22 (2001): 80.

A pesar de ello, dentro de esta tendencia liberal surgió el positivismo criminológico que, por medio de la antropología criminal, la sociología criminal y la criminología, impuso el *peligrosismo* como justificación del castigo. Uno de sus principales exponentes fue Cesare Lombroso quien creó la teoría del “delincuente nato”. Según esta teoría, la morfología humana está relacionada con la actividad criminal, así un criminal podía ser descubierto por características físicas como la asimetría del rostro o el labio leporino y psíquicas como la ligereza, la crueldad o la tendencia a tatuarse⁸⁷. Por su parte Enrico Ferri utilizó la antropología criminal y la conectó con condiciones físico-químicas y sociales para determinar qué sujetos podrían llegar a cometer crímenes. Esta corriente tendía a un determinismo en el cual los delincuentes eran considerados como “humanos un salto atrás de la evolución humana”⁸⁸ semejantes a salvajes, y, por tanto, enemigos.

Bajo estas teorías, el foco de la escena penal era el delincuente como fenómeno patológico, es decir, un sujeto que posee una predisposición anatómica al delito⁸⁹. Entonces, se construye bajo un derecho penal de autor en el que los individuos son responsables penalmente cuando son considerados un peligro para la sociedad. Funciona bajo una lógica determinista donde “el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino (...) de modo fatal o inevitable. Por eso, no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas”⁹⁰. El positivismo criminológico no tenía la intención de castigar a las personas por sus acciones, sino por lo que eran, por algún rasgo físico o social que ya estaba estigmatizado. Así como lo explica Ferrajoli:

el centro de gravedad del Derecho penal se deslizó del delito al delincuente y se desarrolló (...) un Derecho penal y procesal orgánico, de tipo especial y preventivo, enteramente basado en la peligrosidad y liberado de garantías penales y procesales⁹¹.

Bajo este *peligrosismo* innato se despoja a los sujetos de la categoría de ciudadanos para ser tratados como fuentes de peligro que deben ser neutralizadas⁹², construyéndose una dicotomía en la cual las personas en el proceso penal dejan de ser ciudadanos para convertirse en enemigos.

Durante esta tendencia se crearon las medidas de seguridad, las cuales, a diferencia de la pena, “no están

87 Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal*, 50.

88 *Ibid.*, 52.

89 Karina Navone, “Racismo y poder: la intolerancia como herramienta para la reestructuración funcional de los lazos sociales”. *Lecciones y Ensayos* N° 81 (2020): 325

90 Corte Constitucional. Sentencia C-077 de 2006. (MP. Jaime Araujo Rentería: 8 de febrero de 2006).

91 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Valladolid: Trotta, 1995), 508.

92 Eduardo Demetrio Crespo, Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Nuevo Foro Penal*. No 69, (2006): 68.

destinadas a sancionar la infracción, sino a controlar al individuo, a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas”⁹³. De modo que, el poder punitivo del Estado puede sancionar cuando hay culpabilidad y otorgar una medida de seguridad como prevención ante la peligrosidad⁹⁴. En sí misma la prevención no es un problema y las medidas de aseguramiento son aceptadas en un Estado Social de Derecho. Empero, al detener a una persona solo por el hecho de considerarla un peligro y no por ser culpable o para proteger el desarrollo del proceso; de ahí que, puede incurrir en un derecho penal de autor en el que el acusado no es ciudadano sino un enemigo.

En *El proceso* la simple acusación del poder punitivo era suficiente para castigar, la verdad sobre la culpabilidad de una persona estaba por debajo del poder del tribunal. Con el positivismo el poder no se justifica en sí mismo para condenar, ahora utiliza la *ciencia*. El Estado con un poder absoluto proclama que K es el enemigo del sistema y nadie llega a cuestionarlo. En el positivismo el Estado afirma que alguien es el enemigo y lo argumenta basándose en las características del individuo y en su contexto social. Para determinar la amenaza de un individuo ya no era suficiente que se le acusara como tal, sino que había que medir su grado de peligrosidad. La estrategia de poder entre *El proceso* y el positivismo criminológico cambia, pero su fundamento se mantiene: los sujetos son marginalizados o anulados a través del *ius puniendi*.

3.2 ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y ESTADO PENAL

Con la evolución del Estado al constitucionalismo, se logró que los principios y derechos consagrados en las constituciones fueran una fuente formal y principal del Derecho. Ahora la potestad punitiva debía acogerse a lo dispuesto en la Carta Magna. Asimismo, la lista de derechos se fue ampliando, el Estado no solo tenía la obligación de garantizar la libertad, la igualdad y la seguridad, también, el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa, la dignidad humana, entre otras garantías constitucionales.

Estos derechos y principios se crearon pues la misma coerción del Estado generaba una inseguridad. En la actualidad cuando se piensa en seguridad no se espera únicamente que el Estado proteja de un ataque externo, sino también de sus posibles abusos frente a los ciudadanos en el ejercicio de su poder. Con respecto a esto, la Corte Constitucional ha expresado que:

Hay dos inseguridades en nuestro tiempo: una de ellas nace de la escalada de la delincuencia y el terrorismo, mientras que la otra es generada por un sistema represivo oficial que a

93 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de La Prisión*. (Siglo Veintiuno Editores, 2009), 14.

94 Álvarez Doyle, *La Nueva Peligrosidad Criminal*, 17.

menudo desconoce gravemente los derechos humanos, limitando o suprimiendo las garantías indispensables para la buena administración de justicia; en ese sentido, han explicado que las protecciones y límites necesarios para asegurar el debido proceso que debe rodear la actividad represiva del Estado, es un componente fundamental de la seguridad de los individuos frente al poder⁹⁵.

Con esto, se supone que esta visión del acusado como fuente de peligro, amenaza, salvaje o enemigo, se eliminó en el Estado Social de Derecho. Pues, en este “debe estar proscrito el *peligrosismo*, tan caro al positivismo penal (...). Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”⁹⁶. En este sentido, en teoría, resulta contrario a un Estado como el colombiano usar la detención preventiva como herramienta para controlar la criminalidad pues esto puede generar “una violación inaceptable del estado de inocencia y del principio de culpabilidad. De esta forma, la prisión preventiva devendría, en su aplicación, en un mecanismo de control social impuesto a ‘personas peligrosas’(...)”⁹⁷.

Pese a lo anterior, en el ordenamiento colombiano aún se mantiene el *peligrosismo* como justificante para la intervención del Estado. Tanto en el positivismo como en nuestro Estado Social de Derecho, si un sujeto es considerado como una fuente de peligro, el Estado tiene la capacidad para restringir sus derechos⁹⁸. En consecuencia, ya no se trata de un poder absoluto como en *El proceso*, en el cual el tribunal afirma que alguien debe ser condenado y con esto basta, tampoco se asume como en el positivismo criminológico que hay sujetos que por sus condiciones físicas y psicológicas son más peligrosos. Pero, aún se mantiene la noción de un perfil criminal relacionado con la reincidencia y las condiciones sociales que pueden propiciarla. Esto viene de una noción conocida como Nueva Penología, que según Feeley y Simon se caracteriza por introducir los cálculos de probabilidad en la criminología⁹⁹, así como tecnología y “nuevas técnicas estadísticas para determinar riesgo y predecir peligrosidad”¹⁰⁰. Así pues, con PRISMA la noción de peligrosidad no se elimina, cambia el discurso por medio del cual se ejerce el poder: ya no es antropología o biología, es la ciencia computacional, la ingeniería y la estadística implementada a través de la Inteligencia Artificial la que determina el riesgo de un individuo.

95 Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2003. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de agosto de 2003).

96 Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. (MP. Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994)

97 Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal*, 139.

98 Johan Sebastián Ferreira García, “Vestigios Normativos Del Positivismo Criminológico En Colombia. Análisis Sobre La Vigencia Del Pensamiento De Enrico Ferri”. Tesis pregrado. Universidad Nacional de Colombia. (2014): 16.

99 Malcom Feeley y Jonathan Simon, “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones”. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 4(6), (1995): 34.

100 Ibid., 42.

En una primera lectura se puede pensar que *El informe de la Minoría* es solo una narrativa de ciencia ficción y que no puede hablar del Derecho o de nuestra realidad. Sin embargo, aunque no se retrata la realidad tal y como es, pues no existe la predicción de los crímenes futuros, sí muestra cómo funciona el discurso de la peligrosidad y el riesgo en el derecho penal. Los elementos de este discurso, a grandes rasgos son dos: la amenaza y la eficiencia necesaria para contenerla. Tanto en el cuento de Dick como en PRISMA, la amenaza es sobre quién se predice cometerá un crimen futuro y la eficiencia se ve en la propuesta de privar de la libertad, o *detener preventivamente*, a personas que aún no son culpables para que no puedan llevar a cabo la conducta típica.

El *peligrosismo* como discurso “se trata de una “guerra preventiva” interna emprendida contra (ciertos) desviados que ocasionan alarma, temor y zozobra a los ciudadanos, que arrasa con los derechos y libertades, sin que esto pareciera importar demasiado”¹⁰¹. Por lo tanto, esta estructura no responde a la noción de un Estado Social de Derecho, en el que sobresale el seguimiento de unos principios constitucionales como el debido proceso. Al contrario, responde a una estructura opuesta conocida como el Estado Penal, en el cual el delincuente es considerado un enemigo o una amenaza que debe ser simplemente neutralizada. En este caso, la neutralización eficiente de ese enemigo como fuente de peligro es el objetivo principal del *ius puniendi*, por lo que la prevención “carece así de límites precisos, facilitando la justificación discursiva de respuestas coyunturales en las cuales no se ha efectuado un análisis serio del conflicto social a partir de una visión integral y a largo plazo”¹⁰².

Para el Estado Penal el eficientismo es un concepto clave, pues está por encima de los derechos y las garantías. Es decir, “en la búsqueda de la eficiencia (...) se debe restringir la libertad, el “peligro”, potencial o real de la libertad de una persona (...) es la eficiencia la que se impone: en el eficientismo penal, hoy reforzado con la seguridad, *todo se hace válido*”¹⁰³. Esto deriva en la creación del *paradigma del enemigo* según el cual las personas no son juzgadas por sus acciones, como manda el derecho penal liberal, sino “sobre la base de su peligrosidad”¹⁰⁴, en su rol como amenaza, como enemigo potencial y de esta forma se justifica la punibilidad anticipada de ciertos sujetos. Ahora bien, con la Inteligencia Artificial se busca agrupar y clasificar a los acusados en menos y más peligrosos para ejercer un control racional y estadístico, tal y como Feeley y Simon plantean sobre la Nueva Penología¹⁰⁵.

101 Eduardo Aguirre, “La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal de enemigo en el sistema de justicia juvenil”. *Derecho a réplica*, 25 de enero de 2017.

102 Nager, *Peligrosidad y Derecho Penal*, 157.

103 Alejandro Aponte, *Derecho Penal del Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008), 89.

104 Ibid., 133.

105 Feeley y Simon, *La nueva penología*, 36.

Por ende, la Literatura muestra todo el sistema que sustenta la vulneración de los derechos del acusado. En PRISMA, *El proceso* y *El informe de la minoría* se pueden observar elementos que configuran un derecho penal construido para potenciales enemigos, no para ciudadanos. Asimismo, la eficiencia es el valor supremo, no los derechos humanos. Para Anderton, lo más importante es que no han tenido un homicidio en cinco años. Por su parte, cuando se lee la información presentada por la Fiscalía de Colombia se plantean dos modos de uso de PRISMA: se puede, por un lado, reducir la reincidencia y mantener el mismo número de personas con detención preventiva al año, o por el otro, mantener la misma reincidencia, pero disminuir la cantidad de personas con medida de aseguramiento intramural, lo cual podría ayudar a disminuir el hacinamiento. Planean estas dos opciones a elegir: eficiencia o derechos, ¿con cuál de las dos se implementará PRISMA?

En adición, la Literatura nos permite ver las problemáticas que surgen cuando este discurso está justificado en la tecnología. En *El informe de la minoría* el poder no solo está seguro de la culpabilidad —como en *El proceso*—, además, tiene la certeza de que el individuo será culpable, y así, la tecnología cambia toda la dinámica. Anderton no puede hacer nada contra el sistema porque no tiene forma de controvertir la predicción hecha sobre el crimen que cometerá, no tiene ninguna posibilidad de deshacerse de la etiqueta de criminal peligroso. Aún la tecnología no puede exponer con exactitud el futuro, pero no es necesario que esto ocurra para que se genere una certeza sobre la peligrosidad de un sujeto. PRISMA utiliza datos y con ellos predice un comportamiento futuro, el discurso que hay detrás es que la IA realizará esta predicción mejor que cualquier humano y por eso hay que confiar en ella. PRISMA no predice el futuro, pero puede dar la certeza de que alguien es un peligro.

Así pues, del positivismo criminológico quedó el discurso del *peligrosismo*, que si bien se ha expresado como contrario a derechos, se mantiene en nuestro ordenamiento y en la forma cómo se entiende el poder punitivo. Se han buscado formas de amortiguar sus efectos vulneradores de derechos, por ejemplo, al separar a quien acusa de quién juzga, al darle a la presunción de inocencia un carácter de derecho fundamental, al determinar que la detención preventiva es en principio cautelar y la reincidencia solo un elemento más de análisis, e incluso, al declarar como inconstitucionales expresiones como: “se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad”. Sin embargo, con PRISMA vemos que la tecnología es usada para clasificar a los sujetos en niveles de riesgo, y así, las garantías pierden efectividad ante “un lenguaje actuarial de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicadas a la población”¹⁰⁶.

En resumen, el *output* de PRISMA no es objetivo, ni justo, como se plantea que será, sino que responde a un discurso que usa la potestad punitiva para oprimir a los sujetos que son considerados como una

106 Ibid., 36.

amenaza. De manera que, no se trata únicamente de que pueda vulnerar el debido proceso, sino que esta vulneración responde a una visión del derecho penal donde el acusado es un enemigo, no un ciudadano, y así, se justifica que el sujeto esté desprotegido ante el inmenso poder del Estado. Responde a un Estado Penal, frente al cual la detención preventiva es un medio eficiente para controlar, castigar y anular a los individuos bajo el supuesto, no de que son culpables, sino que son peligrosos.

4. CONCLUSIONES

Desde siempre la Literatura ha tratado temas que hacen parte de la disciplina del Derecho: la justicia, el castigo, la culpa, la discriminación, el delito, incluso, el horror. Su aproximación a estos temas no es técnica como estamos acostumbrados los abogados, pues, la Literatura analiza las dimensiones humanas y discursivas de estos conceptos, y así, expone los conflictos individuales y colectivos que hay detrás del Derecho. El arte es un reflejo de las mismas tensiones sociales, y, por ende, en él se pueden rastrear las cuestiones problemáticas que rodean a la humanidad y asimismo las disciplinas que ha construido. Por esta razón, *El proceso* y *El informe de la minoría* son obras que develan el discurso del *peligrosismo* presente en un Estado Social de Derecho.

Así pues, el ejercicio interdisciplinar llevado a cabo en el presente documento permitió, por un lado, encontrar los puntos en contacto entre la realidad y la ficción, y por el otro, analizar a PRISMA más allá de un contraste con una ley, con la Constitución o la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Pues, si bien un análisis de la legalidad o constitucionalidad de la medida es necesario, no es suficiente. Que algo llegue a estar permitido en un ordenamiento jurídico no hace que esté exento de problemas y cuestiones discutibles. Con una lectura a través de la Literatura se descubre que el Derecho puede ser contradictorio, y además que, programas como PRISMA pueden estar contruidos con base en discursos como el *peligrosismo*, que, aunque se dice que está proscrito en nuestro ordenamiento, en realidad sigue siendo parte de la estructura del Estado y la forma como se configura el *ius puniendi*.

En este orden de ideas, la conclusión no es que la tecnología deba ser ajena al Derecho. Actualmente la sociedad depende de los programas informáticos, pues, la forma como trabajamos, estudiamos, nos relacionamos con los Otros, nos movilizamos, nos entretenemos, todo ha sido impactado por la IA. Sería incrédulo y arcaico pensar que esta disciplina informática no debe tener incidencia en el Derecho, pues su uso ciertamente puede facilitar e impulsar ciertos procesos. Sin embargo, se debe tener especial cuidado en su implementación y los discursos de poder que rigen su construcción, pues en el caso particular de PRISMA no se trata de un programa que recomienda una buena canción, sino uno que tendrá incidencia en derechos fundamentales. En este sentido, si no se analizan las dinámicas sociales, históricas y discursivas con las que se construye PRISMA se puede reproducir la situación de

COMPAS, es decir, que la IA no sirva para crear un control de la criminalidad más justo, sino para ahondar la discriminación hacia las personas ya estigmatizadas y marginalizadas de una sociedad.

En consecuencia, la construcción, implementación y evaluación de PRISMA debe estar enfocada no solo en los resultados que se espera sobre su eficiencia. No es suficiente comprobar que el programa en efecto reduce la tasa de reincidencia, pues en ese proceso puede llegar a vulnerar derechos de suma importancia constitucional como el debido proceso. Antes de que PRISMA sea usado por todos los fiscales de Colombia se debe resolver los problemas que presenta para que, primero, este programa no afecte las posibilidades de defensa de un acusado que debe desvirtuar, sin muchas herramientas, la predicción hecha por un programa al que él no tiene acceso y cuyo código se conoce como una caja negra. Segundo, se debe evitar que el *output* de PRISMA sea el único elemento usado para otorgar una detención preventiva, pues esto llevaría a que la Fiscalía materialmente tuviera funciones judiciales, volviendo al paradigma del sistema penal inquisitivo. Y tercero, es fundamental proteger la presunción de inocencia frente a un sistema que busca contener a las personas porque se asume que son peligrosas, pues se puede caer en el paradigma del derecho penal del enemigo.

Es importante tener en cuenta que, estos problemas relacionados con el debido proceso solo se pueden solucionar si se analiza el discurso sobre el cual se ha construido este programa. Lo anterior dado que no hay forma de garantizar el derecho fundamental al debido proceso en un Estado Penal que castiga a los sujetos al considerarlos como enemigos del sistema. El problema de PRISMA no es solo que afecte un derecho, sino que es contradictorio con todo el sistema de principios relacionados con el Derecho Penal Liberal basado en el acto y no en el autor. PRISMA no se construyó pensando en castigar los delitos, sino en contener de manera eficiente la amenaza que implica una persona que en el futuro podrá cometer crímenes.

En conclusión, *El proceso y El informe de la minoría*, a través de narrativas muy distintas, permiten hacer un análisis de PRISMA, pues ponen en evidencia, primero, las contradicciones que presenta con el debido proceso, y segundo, las dinámicas de poder en la que se construye. En este caso, la Literatura funciona como un reflejo de las dicotomías discursivas que han rodeado al derecho penal: ciudadano/enemigo; derechos fundamentales/control de la criminalidad eficiente; Estado Social de Derecho/Estado Penal. Todas estas tensiones que están en juego y hacen parte de la estructura de la potestad punitiva que se muestran en las narrativas de Kafka y Dick y de esta forma nos permiten analizar a profundidad a PRISMA. Por consiguiente, esta lectura de PRISMA humaniza el Derecho al poner en evidencia cómo la IA puede afectar a individuos particulares, pero, además, al develar las estructuras de poder que sostienen la creación e implementación de este programa.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Doyle, Daniel. *La Nueva Peligrosidad Criminal: Medidas de Seguridad Postpenitenciarias Para Delincuentes Imputables: Entre El Presente Problemático de La Legislación Española y El Futuro Inminente de La Legislación Argentina*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2019.
- Angwin, Julia, Jeff Larson, Surya Mattu y Kirchner Lauren. *There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*. Propublica, 2016, acceso abril de 2020. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
- *How we analyze the COMPAS Recidivism Algorithm*. Propublica, 2016, acceso abril de 2020. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>.
- Aguirre, Eduardo. "La influencia del positivismo criminológico y del derecho penal de enemigo en el sistema de justicia juvenil". *Derecho a réplica*, 25 de enero de 2017. acceso octubre de 2020. <https://derechoareplica.org/index.php/mas/criminologia/1029-la-influencia-del-positivismo-criminologico-y-del-derecho-penal-de-enemigo-en-el-sistema-de-justicia-juvenil>.
- Aponte, Alejandro. *Guerra y Derecho Penal del Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008.
- Ariza, Libardo y Mario Torres. "Estudio preliminar. Prisiones y Jueces: La Constitución y la Prisión en la era del encarcelamiento masivo" En *Encarcelamiento Masivo: Derecho, Raza y Castigo*. Bogotá: Siglo de Oro Editores, 2020.
- Barceló, Miquel. *Inteligencia Artificial*. Barcelona: UOC, 2002.
- Barreto Ardila, Hernando. "Constitución Política y derecho penal de acto". *Derecho Penal y Criminología*. No.22 (2001): 79-88.
- Bernal, Gloria Lucía. "Las reformas procesales penales en Colombia". *Revista IUSTA*. (2005): 45-65.
- Beltrán, Víctor y David Preminger. "Inteligencia artificial en el sistema de justicia criminal: algunas reflexiones sobre su aplicación en el derecho chileno artificial". *Revista de Derecho Aplicado LLM UC 5* (2020).
- Brooks, Peter. "Literature as Law's Other". *Yale Journal of Law & the Humanities* 22 (2), Article 5. (2010) acceso agosto de 2020. Doi: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol22/iss2/5>.
- Cano, Diego Mauricio y María Helena Ordoñez. "La Resistencia Del Sistema Penal Inquisitivo: Perspectiva Histórica Jurídica". *Revista Pensamiento Penal*. (2020): acceso septiembre de 2020. Doi: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48519-resistencia-del-sistema-penal-inquisitivo-perspectiva-historica-juridica>
- Crespo, Eduardo Demetrio. Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo". *Nuevo Foro*

Penal. No 69. (2006).

CIDH. Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas. Doc. 46/13. (2013). Acceso septiembre de 2020. Doi: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

Código de Procedimiento Penal (CPP). Ley 906 de 2004. Septiembre 1 de 2004 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. (MP. Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994) acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>.

----- Sentencia T-458 de 1994. (MP. Jorge Arango Mejía: 24 de octubre de 1994) acceso 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-458-94.htm#:~:text=T%2D458%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Este%20derecho%20es%20el%20conjunto,fundamentaci%C3%B3n%20de%20las%20resoluciones%20judiciales>.

----- Sentencia T-153 de 1998. (MP. Eduardo Cifuentes: 28 de abril de 1998) acceso 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm#:~:text=Sostiene%20que%20el%20interno%20es,moral%20y%20a%20la%20dignidad%20humana>.

----- Sentencia C-646 de 2001. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de junio de 2001), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>.

----- Sentencia C-774 de 2001. (MP. Rodrigo Escobar: 25 de julio de 2001), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>.

----- Sentencia T-719 de 2003. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: 20 de agosto de 2003), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-719-03.htm>.

----- Sentencia C-077 de 2006. (MP. Jaime Araujo Rentería: 8 de febrero de 2006), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-077-06.htm>.

----- Sentencia T-258 de 2007. (MP. Clara Inés Vargas: 12 de abril de 2007), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-258-07.htm>.

----- Sentencia C-121 de 2012. (MP. Luis Ernesto Vargas: 22 de febrero de 2012), acceso 2020. [https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm#:~:text=El%20que%20sin%20permiso%20de,a%20doce%20\(12\)%20a%C3%B3s](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm#:~:text=El%20que%20sin%20permiso%20de,a%20doce%20(12)%20a%C3%B3s).

----- Sentencia T-388 de 2013. (MP. María Victoria Calle Correa: 28 de junio de 2013), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

----- Sentencia C-496 de 2015. (MP. Jorge Ignacio Pretelt: 5 de agosto de 2015), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm#:~:text=Afirma%20que%20la%20norma%20acusada,cadena%20de%20custodia%20C%20sean%20aut%C3%A9nticos>.

- Sentencia T-762 de 2015. (MP. Gloria Stella Ortiz: 16 de diciembre de 2015), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.
- Sentencia C-469 de 2016. (MP. Luis Ernesto Vargas: 31 de agosto de 2016), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm#:~:text=Sostiene%2oque%2oen%20Colombia%2oresulta,al%2ociudadano%2ode%2oinjerencias%2oindebidas>.
- Sentencia C-496 de 2019. (MP. Antonio José Lizarazo: 22 de octubre de 2019, acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-496-19.htm>.
- Sentencia C-567 de 2019. MP. Alberto Rojas Ríos: 27 de noviembre de 2019, acceso 2020. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30038531>.
- Sentencia C-128 de 2020. (MP. Jose Fernando Reyes: 22 de abril de 2020), acceso 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-128-20.htm>.
- Dangeti, Pratap. *Statistics for machine learning*. Birmingham: Packt Publishing Ltd, 2017.
- Dick, Philip K. *El informe de la minoría (The Minority Report)*. Ebook, 1956.
- Dirección de Políticas Públicas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación. *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. 2019.
- Dymitruk, Maria. “Ethical artificial intelligence in judiciary”. *Conference: 22nd International Legal Informatics Symposium*. Salzburg, Austria, 2019.
- Escobar, José David. “Prisma: el programa de la Fiscalía para predecir la reincidencia criminal”. *El Espectador*, 22 de junio de 2019, acceso septiembre de 2020. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/prisma-el-programa-de-la-fiscalia-para-predecir-la-reincidencia-criminal/>.
- Feeley, Malcom y Jonathan Simon. La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 4(6). (1995).
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Trotta, 1995.
- Ferreira García, Johan Sebastián. “Vestigios Normativos Del Positivismo Criminológico En Colombia. Análisis Sobre La Vigencia Del Pensamiento De Enrico Ferri”. Tesis pregrado. Universidad Nacional de Colombia, 2014. Acceso septiembre de 2020. <https://core.ac.uk/download/pdf/77274985.pdf>.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de La Prisión*. Segunda edición revisada y corregida. Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- García Villegas, Mauricio, Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito. “Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000)” En: *¿Justicia para todos? Sistema*

- judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Editorial Norma, 2006.
- Gómez, Luisa Fernanda y Medina Pablo. “Unificar las causas, agilizar los trámites y las dudas sobre su uso en el futuro: ¿cómo es y qué busca el software que utiliza la justicia colombiana?” *Colombia Check*, 26 de julio de 2020. Acceso septiembre de 2020. <https://colombiacheck.com/investigaciones/unificar-las-causas-agilizar-los-tramites-y-las-dudas-sobre-su-uso-en-el-futuro>.
- Fiscalía General de la Nación. *Herramienta PRISMA: Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento*. (Presentación). 2019.
- Gadamer, Hans-Georg. “Sobre oír”. En: *Acotaciones hermenéuticas*. 67-75. Madrid: Trotta, 2002.
- Géron, Auréline. *Hands-On Machine Learning with Scikit-Learn and TensorFlow*. 2017.
- Hao, Karen y Jonathan, Stray. 2019. *Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game*. *Technology Review* 2019, acceso abril de 2020. <https://www.technologyreview.com/2019/10/17/75285/ai-fairer-than-judge-criminal-risk-assessment-algorithm/>.
- Hernández Cervantes, Aleida. *Derecho y literatura: una alianza que subvierte el orden*. México DF: Bonilla Artigas Editores, 2017.
- Hernández Giménez, María. “Inteligencia Artificial y Derecho Penal”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 10 (2019): 792-843.
- Hernández Jimenez, Norberto. “Capítulo IV. Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en Colombia”. En: *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. Editoras Marcela Gutierrez Quevedo y Ángela Marcela Olarte Delgado, 1era Ed. 155-184. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Kafka, Franz. *El proceso*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.
- Kooyman, Elke. “Cárceles en Colombia: una situación insostenible”. *Comité Internacional de la Cruz Roja*, 21 de marzo de 2018. Acceso octubre de 2020. <https://www.icrc.org/es/document/carceles-en-colombia-una-situacion-insostenible>.
- Hobbes, Thomas, and Marshall Missner. *Leviathan*. The Longman Library of Primary Sources in Philosophy. Pearson Longman, 2008.
- Londoño Ayala, César Augusto. *Medidas de Aseguramiento: Análisis Constitucional*. Segunda edición. Ediciones Nueva Jurídica, 2019.
- Larger, Maximo. “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”. *Revista de Derecho Público Universidad de los Andes* 32 (2014).
- Locke, John, Carlos Mellizo, Peter Laslett. *Segundo Tratado Sobre El Gobierno Civil: Un Ensayo Acerca Del Verdadero Origen, Alcance y Fin Del Gobierno Civil*. Colección Clásicos Del Pensamiento.

- Tecnos, 2006.
- Lukács, Georg. “La novela histórica y el drama histórico” En: *Teorías Literarias del Siglo XX*. 1era. Ed. Compilado por Jose Manuel Cuestas Abad y Julian Juménez Heffernan, 548-564. Madrid: Akal Ediciones., 2005.
- Miró Llinares, Fernando. “Inteligencia Artificial Y Justicia Penal: Más Allá De Los Resultados Lesivos Causados Por Robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 20 (2020): 87-130.
- Nager, Horacio. *Peligrosidad y Derecho Penal : Influencia Del Positivismo Criminológico En El Derecho Penal Posmoderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- Navone, Karina. Racismo y poder: la intolerancia como herramienta para la reestructuración funcional de los lazos sociales. *Lecciones y Ensayos* N° 81 (2005): 256 - 311. Acceso septiembre de 2020. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/p_ub_lye_numeros_81.php.
- “Practitioner’s Guide to COMPAS Core”, *NorthPointe*, acceso abril de 2020. <https://assets.documentcloud.org/documents/2840784/Practitioner-s-Guide-to-COMPAS-Core.pdf>.
- Nuñez, José Ignacio. *Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario*. *Polít. crim.* N° 8, A3 – 8, (2009): pp. 1 – 23. Acceso abril 2020. http://www.politicacriminal.cl/n_o8/a_3_8.pdf.
- Orlowski, Jeff (Director) y Larissa, Rhodes (Productora). 2020. *The Social Dilemma*. (Netflix).
- Pagallo, Ugo y Serena, Quattrocolo. “The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures”. En: *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*. Edward Elgar Publishing, 2018.
- Platón. *La República*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- Presidente de la República. Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. Noviembre 30 de 1991. D.O. CXXVII N. 40190. Acceso octubre de 2020. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1774206>.
- Rodriguez Vega, Manuel. “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* No. 40 (2013), acceso septiembre de 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071868512013000100020&script=sci_arttext.
- Sadhu Singh, Jaspal Kaur. “Ethical questions, risks of using AI in ‘predictive justice’”. *New Straits Time*, 15 de febrero de 2020, acceso septiembre de 2020. <https://www.nst.com.my/opinion/columnists/2020/02/565890/ethical-questionsrisks-using-ai-predictive-justice>.
- Salas, Minor. “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica”. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. No. 13 (2006).

Sánchez, Liliana. “La construcción del modelo de proceso penal”. En: *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso. Una historia del proceso penal colombiano*. 23 - 31. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2017.

Scherer, Maxi. “Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration”. *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* No. 318 (2019), acceso septiembre de 2020. <https://ssrn.com/abstract=3392669>.

Stone Peters, Julie. “Law, Literature, and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion”. *Modern Language Association* 120, No. 2 (2005).

Trotsky, Lev. “La escuela poética formalista y el marxismo” En: *Teorías Literarias del Siglo XX*. 1era. Ed. Compilado por Jose Manuel Cuestas Abad y Julian Juménez Heffernan, 524-539. Madrid: Akal Ediciones, 2005.

Ward, Ian. *Literature and Human Rights: Interdisciplinary Reflections on the Law, the Language and the Limitations of Human Rights Discourse Introduction*. Berlín: De Gruyter, 2015.

EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL COLOMBIANA*

JULIANA ROJAS BOHÓRQUEZ (COORDINADORA)**

JUAN ESTEBANS CHAVES BAQUERO***

NATALIA CHAVARRO NARANJO****

SANTIAGO MURILLO SANTANA*****

Recibido: 18 de abril de 2021. Aceptado: 9 de julio de 2021.

RESUMEN

La Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial colombiana y sus “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género” buscan impulsar y fortalecer la agenda de género en las instancias judiciales. No obstante, el análisis de las recientes decisiones judiciales muestra las limitaciones de este esfuerzo. Estos fallos privilegian una misma perspectiva de género, la cual se encuentra permeada por estereotipos y falsas naturalizaciones del rol de la mujer. Se encuentran fallos que se limitan a redistribuir el derecho económico vulnerado, sin adentrarse al análisis de los demás derechos que recurrentemente son quebrantados en casos relacionados con mujeres. De ahí que, en este documento se analizan algunos fallos judiciales sobre casos de divorcio revisados bajo la figura de casación por parte de la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil y se explora, a través de distintas posturas feministas, cómo la ausencia de herramientas jurídicas impide a los y las jueces fallar con perspectiva de género.

PALABRAS CLAVE

Comisión Nacional de Género, género, providencias judiciales.

* Artículo de investigación científica y tecnológica.

** Abogada de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Correo: julianarojas95@gmail.com. Especial agradecimiento a la profesora María del Socorro Rueda por su impulso en la elaboración del artículo. De igual manera, este artículo fue posible gracias a la investigación y dedicación de María José León y Camila Gómez Jordan.

*** Estudiante de Derecho con opción en gestión y en emprendimiento de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia.

**** Estudiante de Derecho con opción en filosofía y periodismo de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia.

***** Estudiante de Derecho con opción en filosofía y género y sexualidad de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia.

GENDER PERSPECTIVE IN THE COLOMBIAN JUDICIAL ACTIVITY*

JULIANA ROJAS BOHÓRQUEZ (COORDINATOR)**

JUAN ESTEBANS CHAVES BAQUERO***

NATALIA CHAVARRO NARANJO****

SANTIAGO MURILLO SANTANA*****

Received: april 14, 2021. Accepted: july 9, 2021.

ABSTRACT

The National Gender Commission of the Colombian judiciary published the “Equity Criteria for an Administration of Justice with a Gender Perspective” seeking to promote and strengthen the gender agenda in judicial instances. However, the analysis of recent court decisions shows the limitations of this effort. These rulings favor the same gender perspective permeated by stereotypes and false naturalizations of women’s role in society. These rulings are limited to the redistribution of economic rights, without analyzing other rights that are repeatedly violated in cases related to women. This paper seeks to analyze the gender perspective in Colombians’ Supreme Court rulings on divorce cases and the absence of legal tools that allow the judges to rule under gender equality using different feminist positions.

KEY WORDS

National Gender Commission, gender, judicial rulings.

* Article of scientific and technological research.

** Lawyer from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Correo: julianarojas95@gmail.com. Special thanks to Professor María del Socorro Rueda for her encouragement in preparing the article. Likewise, this article was possible thanks to the research and dedication of Maria José León and Camila Gómez Jordan.

*** Law student with a minor in management and entrepreneurship from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia.

**** Law student with a minor in philosophy and journalism from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia.

***** Law student with a minor in philosophy and gender and sexuality from Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia.

El género es un factor que incide en la actividad judicial de un país, especialmente por la diversidad de cada individuo que acude al sistema. Uno de los primeros diagnósticos representativos sobre el acceso a la justicia en Colombia fue la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas realizada por la Cámara de Comercio de Bogotá, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) en el año 2014. Entre los datos presentados por la Encuesta, se evidencia el género como una variable que incide en la relación del sujeto con el sistema judicial. Por ejemplo, los procesos judiciales de las mujeres en condiciones de pobreza extrema suelen ser inadmitidos en mayor medida, y obtener menos decisiones o sentencias, en comparación con aquellos donde el sujeto procesal es un hombre⁰¹. Si bien no es posible apresurarse a conclusiones sobre la causa de esta brecha entre hombres y mujeres, lo cierto es que el género es un factor que no puede dejarse de lado a la hora de analizar la actividad judicial de un país.

Elizabeth, como muchas otras colombianas, es una mujer que sufría múltiples tipos de violencia intrafamiliar propiciadas por su esposo Agustín. Con frecuencia, Agustín abusaba verbal, física y psicológicamente de ella. Ante esta situación, Elizabeth se separó de Agustín con la idea de alejarse de este ambiente peligroso y violento que afectaba su seguridad física y psicológica. Sin embargo, la distancia no fue suficiente. Elizabeth inició un proceso de cesación de efectos civiles de su matrimonio fundamentado en la causal de separación de cuerpos por más de dos años. No obstante, aunque durante el proceso se presentaron múltiples pruebas de la violencia que había sufrido Elizabeth, la juez del proceso no dictó las medidas de protección procedentes, pues la causal del divorcio no era el maltrato.

Elizabeth fue revictimizada en múltiples ocasiones durante el proceso, no sólo por una mala asesoría, sino por la actuación pasiva de la operadora judicial, que obvió la situación de maltrato y se enfocó solamente en la separación de cuerpos. Un proceso largo y frustrante para la demandante, pues debía soportar las agresiones físicas y psicológicas de Agustín durante todo ese tiempo. Gracias a un inesperado cambio de abogado de oficio, quién le recomendó a Elizabeth reformar la demanda e

⁰¹ Rodrigo Uprimny et al. *Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la justicia. Análisis general y comparativo para tres poblaciones*. (Bogotá: Dejusticia, 2014).

incluir la causal tercera del artículo 154 del Código Civil: “son causales de divorcio (...) Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”, la juez decretó las medidas de protección y Elizabeth pudo terminar el proceso exitosamente sin que su vida corriera más peligro.

Este trato jurídico evidenciado en el caso de Elizabeth se repite con frecuencia en los procesos de divorcio a lo largo del país. Sin embargo, no todas las mujeres corren con la misma *suerte* con la que finalmente contó Elizabeth, pues en muchas ocasiones los y las operadores jurídicos no identifican y no actúan ante los casos que tienen indicios de violencia que atentan contra la vida de la mujer, por el hecho de ser mujer.

En el presente artículo se pretende demostrar que la actividad judicial en Colombia no está preparada para lograr incorporar el enfoque de género en el día a día de sus actuaciones, ya que los y las jueces del país están permeados por un formalismo y legalismo que ha trascendido durante varias generaciones, dejando de lado la situación de discriminación en razón del género de la mujer. Adicional, los y las jueces no cuentan con un sistema que les brinde las herramientas efectivas de política pública, para lograr la transversalización del enfoque de género en la práctica judicial.

Esto último viene a ser fundamental para casos como los de Elizabeth, donde la misma Corte Suprema de Justicia colombiana advirtió que “es obligación del Estado, a través de sus operadores judiciales, proteger a las mujeres de cualquier tipo de violencia, no solo en materia penal sino también desde el ámbito civil y de familia”⁰². Lo anterior, a través de medidas integrales en materia jurídica y legal, que trasciendan más allá de una buena representación jurídica, pues el juez, como director del proceso, está en la obligación de actuar más allá del acatamiento riguroso de la formalidad, al ceñirse a los principios que gobiernan la labor judicial y la práctica del derecho⁰³.

La inseguridad de una mujer al transitar por una calle pública por miedo a una violación o una mirada violenta; de establecer una relación amorosa por miedo a sufrir violencia física, psicológica o incluso económica⁰⁴; de trabajar en un ambiente laboral predominantemente masculino por el

02 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de diciembre de 2015) Sentencia 41001221400020150031902. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

03 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (23 de agosto de 2017) sentencia 7300122130002017-00282-01. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

04 4 de cada 10 asesinatos de mujeres (39,2%) fueron cometidos en la vivienda y 3 cada 10 (31,4%) en la vía pública. En las víctimas menores de edad, la vivienda es el lugar más común de ocurrencia en una proporción casi igual al del total de las mujeres. Véase: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia* (Bogotá: DANE, 2020).

miedo a soportar los mal llamados micromachismos⁰⁵: esa inseguridad que día a día y en diferentes esferas debe ser soportada por las mujeres, por el hecho de haber nacido mujeres, ha transgredido a la impartición de justicia. Hechos revictimizantes, palabras machistas y cargadas con estereotipos, análisis formalistas que dejan de lado la revisión detallada de los hechos del caso, entre muchas otras situaciones que se presentan con cierta frecuencia en los fallos judiciales del país, demuestran una falla sistémica y estructural preocupante.

En este sentido, el presente artículo tiene como propósito analizar algunos fallos de divorcio de las Salas de Casación Civil y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los cuales se seleccionaron de manera aleatoria y se analizarán a través de distintas posturas feministas. La selección de los fallos de divorcio se debe a una razón propia de la investigación, debido a que la concepción social y binaria del matrimonio, llevan a que estos sean protagonizados por hombres y mujeres que tienen un conflicto por resolver.

Este estudio permitió concluir que la mayoría de estas providencias seleccionadas se limitan a realizar una tarea de redistribución meramente económica, privilegiando una misma visión estereotípica de la mujer. A pesar de los esfuerzos de política pública que se hayan podido tomar a nivel nacional, aquella posición tomada por las cortes es la que privilegia el ejercicio judicial, el cual omite otros derechos que frecuentemente son quebrantados en los casos relacionados con las mujeres, soslayando las órbitas distintas a la pecuniaria.

El presente documento busca realizar dos diagnósticos principales encaminados a respaldar la tesis expuesta anteriormente. El primer diagnóstico está enfocado en la manera como los y las jueces están fallando en las Salas de Casación Civil y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los casos de divorcio. Para ello se realizó un análisis sistemático de 55 sentencias de divorcio escogidas de manera aleatoria de las salas antes mencionadas. El segundo diagnóstico pretende analizar el ejercicio de transversalización del enfoque de género a cargo de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, con el fin de comprender si ha sido una herramienta efectiva.

I. PRIMER DIAGNÓSTICO: LOS FALLOS JUDICIALES

Lastimosamente, una gran cantidad de fallos de las Salas de Casación Civil y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se limitan a realizar una tarea somera de redistribución meramente

05 Se cree que el psicólogo Luis Bonino Méndez fue el primero en acuñar este término en 1991 y lo define como “prácticas de dominación y violencia masculina en la vida cotidiana, del orden de lo “micro”, al decir de Foucault, de lo capilar, lo casi imperceptible, lo que está en los límites de la evidencia”. Véase: Luis Bonino, “Varones y abuso doméstico”, en *Salud mental y ley*, coord. P. Sanroman (Madrid: AEN, 1991).

económica, privilegiando una visión estereotípica de la mujer, incluyendo falsas naturalizaciones sobre ellas. Lo anterior, como se evidenciará en las próximas páginas de este documento, es la conclusión del análisis sistemático que se realizó de 55 sentencias de divorcio de las Salas de Casación Civil y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia colombiana⁰⁶.

La revisión de dichas sentencias permitió comprender que: (i) los y las jueces siguen inmersos en un formalismo agobiante que genera una actuación pacífica y poco activa frente a los casos que requieren una intervención con enfoque de género, con el fin de proteger a las mujeres que se ven envueltas en graves tipos de violencia perpetuadas por sus cónyuges o compañeros permanentes; (ii) las mujeres tienen que tener la posibilidad económica para contratar abogados y abogadas capacitados que brinden una asesoría efectiva para lograr fallos integrales; (iii) no hay una verdadera perspectiva de género en los fallos judiciales, ya que se perpetúa la visión estereotípica de la mujer que generan situaciones revictimizantes y fallos inocuos para reparar los años de violencia, y (iv) no hay una verdadera educación judicial que fomente la inclusión del enfoque de género en las actuaciones de los y las jueces de mayor trayectoria en la rama judicial.

Los casos de divorcio, a diferencia de otros procesos civiles, tienen una connotación personal entre las contrapartes que puede problematizar aún más el proceso judicial. Ante esto, las sentencias revisadas tenían dos factores en común: el primero, que una de las contrapartes era una mujer y, la segunda, que los casos requerían de algún tipo de reconocimiento económico. Lo anterior, con el fin de encontrar fallos con características similares que nos permitieran hacer un análisis más riguroso.

Cabe aclarar que las sentencias analizadas son fallos de una alta corte que, si bien debería ser una herramienta poderosa para enriquecer el precedente judicial en materia de género, la realidad es que se siguen viendo fallos escuetos y formalistas que dejan de lado el análisis detallado de la situación de discriminación que viven las mujeres en estos entornos.

Con esto aclarado, a continuación se presentan los cuatro principales hallazgos de las 55 sentencias utilizadas para la presente investigación.

LA ETERNA PONDERACIÓN ENTRE LO FORMAL Y LO SUSTANCIAL EN LOS FALLOS JUDICIALES

Uno de los mayores problemas encontrados en las sentencias analizadas es que existe una sensación de privilegio de las formas y lo meramente procesal sobre los derechos sustanciales. En los fallos analizados se evidencian casos donde los y las jueces de menores jerarquías privilegian la literalidad

06 Ver anexos.

de las normas procesales, dejando de lado el análisis detallado de los hechos y derechos en cuestión.

Esta situación se evidencia en varias de las sentencias analizadas. Sin embargo, haremos especial énfasis en una de estas. Sonia, quien fue demandada por Uriel, su esposo, bajo la causal octava⁰⁷ de divorcio del artículo 154 del Código Civil⁰⁸. Se emitió sentencia de primera instancia condenando a Uriel a una cuota por un valor del 50% del salario mínimo mensual vigente, debido a los maltratos ocasionados por el accionante a la accionada. Sin embargo, el accionante apeló la sentencia argumentando que no contaba con la capacidad económica para cubrir la cuota impuesta. El Tribunal correspondiente revocó la sentencia apelada únicamente en relación con la cuota alimentaria, pero bajo la causal de caducidad de los efectos patrimoniales de las agresiones causadas por Uriel. La señora Sonia tuteló la sentencia del tribunal alegando que hubo un análisis erróneo de las pruebas y que se omitieron injustamente las agresiones de Uriel durante su vida matrimonial. La Corte Suprema de Justicia finalmente concedió el amparo constitucional y estableció principalmente que la caducidad no operaba, ya que la misma fue decretada por el Tribunal sin haber sido alegada por la parte demandante.

Si bien el caso fue *exitoso* para Sonia gracias a la intervención de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que en la mayoría de las veces los y las jueces prefieren analizar lo meramente procesal, sin hacer un estudio de fondo sobre el impacto que tienen sus decisiones sobre las partes. En este caso, Sonia tuvo que acudir a la figura de la tutela contra sentencia judicial para poder conseguir una cuota alimentaria. Este tipo de situaciones no solamente generan mayor congestión judicial, en una visión práctica del problema, sino que no cumplen con su finalidad: redistribuir y reconocer el derecho vulnerado durante la vida marital. Podría decirse, bajo la perspectiva doctrinal de Catharine MacKinnon⁰⁹, que la jurisprudencia tiene un poder emancipador, ya que de esta forma es posible generar reflexiones e impactar la sociedad: es el derecho más vivo que existe.

Así, la rama judicial cuenta con la oportunidad de atacar el núcleo de las desigualdades: el reparto inequitativo de poder y de oportunidades para todas aquellas personas que no cumplen con el paradigma masculino generalizante. Por ende, seguir enfocándose en lo procesal, en las formas, solamente va a impedir que se logre una verdadera perspectiva de género. Como lo expone Alda Facio, jurista costarricense experta en género y derechos humanos, con su concepto de *ginopia*, que

07 Código Civil Artículo 154 causal octava “*son causales de divorcio: 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*”.

08 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2 de julio de 2019) Sentencia 11001-02-03-000-2019-01897-00. [MP Ariel Salazar Ramírez].

09 Catharine MacKinnon, “Substantive Equality: A Perspective”, *Minnesota Law Review* (2011): 383.

es la imposibilidad de ver la experiencia de la mujer¹⁰, estos y estas jueces están ignorando la realidad de las mujeres colombianas, ya que se enfocan en analizar la legalidad y formalidad del asunto; esto, sin debatir si aquellas normas procesales podrían vulnerar aún más la realidad de esa mujer. En este sentido, existen varias sentencias en las que la experiencia de la mujer se desconoce y se reduce a yerros procesales que, si bien pueden darle la razón a la mujer, no profundizan en las situaciones fácticas que las afectaron y mucho menos en las contextuales.

Por lo tanto, si bien en todas las facultades de derecho se enseña que lo sustancial prevalece sobre lo procesal, parece ser que los y las jueces se han olvidado de este principio de antaño. Aún más cuando se trata de tener una sensibilidad en encontrar lo que hay detrás de esta demanda, que en muchas y repetidas ocasiones se traduce en una violencia machista que se camufla en meras discusiones procesales. En este sentido, se invita a los y las jueces a entender que las mujeres en este país están siendo condenadas a una violencia intrafamiliar normalizada y avalada por el mismo Estado, y que, es responsabilidad del sistema judicial, por ser el derecho más vivo que existe, evitar más perpetuaciones de esta conducta.

LA REDISTRIBUCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO EN LOS FALLOS JUDICIALES CON ENFOQUE DE GÉNERO

Para efectos de esta investigación, resulta de suma importancia introducir la teoría crítica de Nancy Fraser que precisa de dos elementos esenciales: la redistribución y el reconocimiento. De acuerdo con esta teoría, el reconocimiento cultural y la igualdad social no son conceptos excluyentes entre sí: por el contrario, se pueden conjugar y respaldar mutuamente. El problema de la redistribución, esto es, el de la injusticia socioeconómica, está arraigado a la estructura económica política de la sociedad: explotación, desigualdad económica y privación, son algunos de los conceptos que se incluyen en esta categoría. El reconocimiento, o la injusticia cultural, se relaciona con los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación. Ejemplo de lo anterior son: la dominación cultural, la falta de reconocimiento y la falta de respeto¹¹.

Por un lado, las reivindicaciones de reconocimiento tienden a convertirse en apelaciones a la especificidad de un grupo, promoviendo la diferencia. Por otro lado, las reivindicaciones distributivas apelan a la abolición del orden económico que sostiene la especificidad del grupo, promoviendo así; la no-diferenciación del grupo.

¹⁰ Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal* (San José: ILANUD, 1992), 75.

¹¹ Nancy Fraser, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»”, *New Left Review* (1995): 4.

Así, aparentemente, la política de reconocimiento y la de redistribución parecieran tener objetivos mutuamente excluyentes¹², pero esta exclusión omite a las comunidades bivalentes que son víctimas de rasgos de injusticias tanto económicas como culturales; ejemplo paradigmático de esto: el género. Por un lado, se puede decir que el género crea una división entre trabajo productivo y reproductivo o entre ocupaciones industriales y servicio doméstico, que a la vez generan diversos modos de privación y marginación.

Sin embargo, el género abarca elementos culturales como el androcentrismo, que es la “construcción legitimada de normas que privilegian aspectos asociados a la masculinidad”¹³ y el sexismo, como la desvalorización por lo que se ha codificado como “femenino”. Las agresiones sexuales, la violencia doméstica y las representaciones estereotipadas son ejemplos de ofensas en el campo del reconocimiento. Siendo una comunidad bivalente, la redistribución y el reconocimiento se entrelazan y se refuerzan: las normas culturales androcentristas están institucionalizadas en el Estado y en la economía de la misma forma que las desventajas económicas que sufren las mujeres, esto impide el alcance de una verdadera igualdad tanto en la cultura, como en la vida cotidiana.

Ahora bien, uno de los principales problemas que afectan la visión de género de las sentencias analizadas es que se privilegia el concepto de redistribución en el sentido más genérico. Es decir, las sentencias se enfocan primordialmente en las cuotas alimentarias y las posibles indemnizaciones del caso, en su mayoría, otorgadas a las mujeres.

Un ejemplo claro es la sentencia del caso de Dora, quien presentaba diversas afectaciones de salud causadas por los maltratos físicos y psicológicos ocasionados por José, su esposo, y que le impedían trabajar¹⁴. Las sentencias de primera y segunda instancia decretaron la cesación de efectos civiles del matrimonio entre las dos partes, pero nunca analizaron los temas de maltrato y las afectaciones ocasionadas. A raíz de esto, Dora no pudo acceder a su servicio médico, pues ella era beneficiaria de José, quien había procedido a cancelar su afiliación por el divorcio declarado. Ante esto, la accionante solicitó, a través de una acción de tutela contra la sentencia proteger su derecho a la salud, a la vida digna, a la igualdad y a la seguridad social. Los fallos en las diferentes instancias, incluyendo el de la Corte Suprema de Justicia, promovieron la afiliación de Dora, pero no analizaron ni reconocieron los maltratos físicos y psicológicos que había sufrido durante su matrimonio.

¹² Ibid., 8.

¹³ Ibid., 13.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (21 de mayo de 2014) Sentencia 53805. Magistrado Ponente: Jorge Mauricio Burgos.

La anterior sentencia es un reflejo de cómo en ocasiones la administración de justicia solamente analiza los hechos que generan una igualdad material, en este caso la afiliación a salud, obviando que existió un caso evidente de violencia intrafamiliar que le ocasionó afectaciones físicas y psicológicas que la acompañarán toda su vida. Esto genera que el derecho a la igualdad no sea realmente restablecido ni reconocido, pues como lo establece Fraser, las condiciones bivalentes de la mujer en este caso deben promulgar por una verdadera redistribución y reconocimiento de todos los derechos alienados en su situación.

La solución se debe ver por ambas vertientes para evitar los círculos viciosos de subordinación. La complejidad del asunto reside en la pugna entre la abolición del género y la valoración de la especificidad del género. Así, existen dos formas de abordar la solución a la injusticia frente a la redistribución y el reconocimiento: la afirmación, que trata de corregir efectos injustos en el orden social sin alterar el sistema subyacente que las genera, y la transformación, que aspira a corregir los efectos injustos reestructurando este último.

Como en el caso anterior, generalmente existen acciones afirmativas, como la garantía de la afiliación al sistema de seguridad social y de salud mientras dure el tratamiento de su enfermedad. Sin embargo, las acciones afirmativas, aunque proporcionan ayuda material, crean diferenciaciones de grupo sobresaturadas y dejan intactas las estructuras profundas que generan desventajas. En términos de redistribución afirmativa, los grupos marginados corren el riesgo de verse como deficientes, insaciables, necesitados y dueños de una generosidad inmerecida. Las soluciones transformadoras redistributivas combinan proyectos amplios como: “programas universalistas de bienestar social, un sistema tributario fuertemente progresivo, medidas macroeconómicas dirigidas a la creación de pleno empleo, un amplio sector público al margen del mercado [y] tratan de asegurar el acceso al empleo a todo el mundo”¹⁵, entre otras. Estas logran promover la reciprocidad entre relaciones de reconocimiento.

De acuerdo con lo dicho anteriormente, es importante plantear la pregunta que se realiza Fraser respecto a qué combinaciones de soluciones funcionan mejor para minimizar o eliminar las interferencias mutuas cuando se aspira a la redistribución y al reconocimiento en los fallos judiciales. Así, al comparar las soluciones - afirmación y transformación - con los ejes de injusticia - redistribución y reconocimiento -, se pueden dibujar ciertas conclusiones.

Por ejemplo, no resulta nada prometedora la combinación entre la redistribución afirmativa con la de reconocimiento transformador, y la de redistribución transformadora no casa con la política de reconocimiento afirmativo, pues mientras una tiende a socavar la diferencia de grupo, la otra la

15 Fraser, ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista», 21.

promueve.

Sin embargo, dos soluciones sí se muestran esperanzadoras: la redistribución y el reconocimiento afirmativos, pues promueven la diferenciación de grupo. También, la redistribución y el reconocimiento transformadores, pues tienden a socavar las diferencias. Aun así, frente a la primera solución se está ante un escenario problemático, pues no se ocupa del nivel profundo en el que la economía política se conforma según el género, en tanto no ataca estructuras como la división de trabajo, de manera que se deben realizar cambios superficiales una y otra vez señalando así a las mujeres como deficientes e insaciables.

En cambio, la segunda solución que combina redistribución y reconocimiento transformadores resulta mejor. Esto, debido a que el feminismo socialista (referente a la redistribución) y el feminismo deconstructivo (referente al reconocimiento) logran oponerse a la “congelación de la diferencia de género que se da en una economía política injustamente generalizada”¹⁶. Aun así, esta solución puede resultar contraria a los intereses emergentes e inmediatos. Dicho esto, según Fraser, el mejor escenario posible es aquel en el que confluyen el socialismo en la economía y deconstrucción en la cultura, cosa que se puede alcanzar cuando la sociedad esté dispuesta a alejarse de las construcciones culturales que beneficia sus intereses e identidades.

Por esto, si bien la perspectiva de género en los fallos judiciales es una necesidad imperante, lo cierto es que se requieren políticas públicas que se alejen de las construcciones culturales machistas y misóginas. Pues, así el fallo judicial logre un balance y una decisión de redistribución y reconocimiento en los términos antes señalados, la realidad de la mujer puede mejorar por un tiempo, pero no ser un verdadero cambio estructural como lo propone Fraser. Ante esto, uno de los temas más importantes es invitar a otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que se generen cambios y se abra un diálogo constructivo que permita entender la razón de ser de la violencia machista.

LA VISIÓN INTERSECCIONAL DE LA MUJER COMO PUNTO DE PARTIDA

Por otro lado, con frecuencia se analiza el rol de la mujer en circunstancias específicas, en este caso dentro de su núcleo más personal, el del matrimonio. Sin embargo, por el hecho de ser personal no deja de lado que la mujer deba seguir unos roles que han sido socialmente contruidos como propios de una mujer *casada*. Esto es: encargarse de los quehaceres de la casa, cuidar a su esposo, a sus hijos, mantener la unión familiar, entre otros. Estos estereotipos, en su mayoría relacionados con un rol de cuidado, suelen invadir los fallos judiciales, ya que las mujeres son vistas desde una misma mirada: la

16 Ibid., p. 26.

mujer-pobre; mujer-dependiente económicamente; mujer-sin estudios, o mujer-vulnerable.

Por una construcción social y cultural, las mujeres han tenido que asumir un papel protagónico en las tareas de cuidado. No es coincidencia que, según el último informe publicado por el DANE respecto a las cifras de labores de cuidado en el país, se haya concluido que la participación femenina es prácticamente el doble en todas las regiones colombianas¹⁷. Esto tiene una incidencia directa en los fallos de divorcio, pues la mayoría de las tareas de cuidado que asumen socialmente las mujeres se remiten a la vida matrimonial, en su concepción más amplia. Por esto, en los fallos judiciales esta realidad tiene que verse reconocida y, asimismo, retribuida, no como una cuestión de *ayuda*, sino como una indemnización por las labores adicionales que se realizan.

Por ejemplo, uno de los fallos revisados analiza la historia de Elvia Rosa¹⁸ a quien la decisión de segunda instancia le revocó la pensión de sobrevivientes de su exesposo fallecido y la cual necesitaba, pues por razones sociales su entonces esposo siempre le había pedido que se quedara en la casa haciendo las tareas domésticas y familiares. No obstante, el juez de segunda instancia ignoró esta realidad y aplicó una regla meramente procesal, bajo el argumento que, si bien la señora Elvia había vuelto a convivir con su exesposo después del divorcio, esto no era suficiente para el reconocimiento del derecho. Afortunadamente el fallo llegó a la Corte Suprema de Justicia, la cual reprochó el comportamiento del juez de segunda instancia, ya que obvió la situación de Elvia Rosa que, si bien dependía económicamente de su entonces esposo, contribuyó con sus esfuerzos en las labores domésticas a la consolidación de la pensión disputada.

Una vez más, como en otros casos discutidos, la situación de las mujeres debe escalar ante la Corte Suprema de Justicia, donde en ocasiones se plantean las cuestiones de género como núcleo central de la decisión. Sin embargo, lo más usual es que se repitan fallos que desconocen la visión de la mujer como interseccional; es decir, en palabras de Facio “buscar cuál es la concepción de *mujer* que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y las necesidades que no implique la institucionalización de la desigualdad”¹⁹. Lo anterior, entendiendo que el derecho ha legislado y fallado mucho para la mujer-madre, reproductora y objeto sexual, mas no sobre la mujer-persona.

Por lo tanto, pensar que la mujer siempre está anclada con la familia también es una de las manifestaciones del sexismo: “el familismo”. Es importante, entonces, identificar si un tratamiento

17 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Tiempos de Cuidados: las cifras de desigualdad*. (Bogotá: DANE, 2020).

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (16 de octubre de 2019) Sentencia 68121. Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno.

19 Facio, *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 96.

diferente a la mujer está pensado para ella como persona, como ser reproductora de la especie, o como futura esposa responsable de los y las niñas²⁰. Para esto, es importante preguntarse cuáles son los problemas, intereses y necesidades de las mujeres en un contexto legal, no solamente como mujer-esposa u otras connotaciones que encasillan a la mujer en un rol plasmado por estereotipos de género.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA

Finalmente, la perspectiva de género surge como un enfoque interpretativo que responde al mero hecho histórico y social de la existencia de sociedades profundamente desiguales, basadas en una diferencia abrupta entre mujeres y hombres; ya que las primeras son descritas como un sexo diferente al predominante. Esta perspectiva es capaz de realizar una redistribución de aquellos elementos que suelen ser asignados a los hombres y no a las mujeres en razón a aquellas desigualdades y privilegios propios de la construcción binaria y excluyente mujer-hombre²¹.

Este ejercicio de desenredar el concepto de género en los fallos judiciales también lo han realizado múltiples autores feministas, en especial Catherine MacKinnon, quien mediante el análisis de diferentes decisiones judiciales de la Suprema Corte de Estados Unidos devela los errores de la judicatura al buscar una igualdad meramente formal, en vez de propender por un verdadero cambio en las superestructuras que sostienen aquellas desigualdades materiales preponderantes y desafortunadas para las mujeres. Así, la autora desafía aquellos fallos que no responden adecuadamente a la restauración de derechos de las mujeres, luchando por el reconocimiento de sus diferencias y develando el reparto inequitativo de poder que suele gestarse en las providencias judiciales²².

En consonancia, MacKinnon ha descrito a la igualdad de género en el campo del derecho como deficiente, ya que la comprensión del término igualdad legal se ha construido desde el paradigma de una *igualdad dominante*, la cual se desprende de los siguientes elementos, a saber: i) la descripción de una igualdad basada en la diferenciación marcada entre dos sexos únicos, diferentes y excluyentes entre sí, ii) la descripción de la categoría mujer, dentro de esa ambivalencia masculino-femenino, como el sexo distinto al predominante; y iii) la asunción de que toda persona circunscrita al sexo “mujer”, en tanto no es dominante, requiere un asistencialismo para aspirar a la figura preeminente²³.

Otras autoras como Gloria Poyatos han entendido la importancia de la perspectiva de género, más allá

20 Ibid., 98.

21 Cuitláhuac Castillo Camarena, *Feminismo inmodificado: discursos sobre la vida y el derecho de Catharine MacKinnon* (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2014) 2.

22 Ibid., 3.

23 MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, 383.

de una cuestión interpretativa, como una metodología para integrar los principios de la igualdad. La autora lo define como:

[d]esde el ámbito de la judicatura, juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género, y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales en el género²⁴.

Así, la inclusión de un enfoque de género que reproduzca patrones estereotípicos de baja intensidad —como el hecho de analizar y asignar soluciones jurídicas, de cara a la perspectiva de género, pero que únicamente responden a los derechos pecuniarios que le asisten a una mujer, por cuanto suele requerir asistencialismo para su subsistencia — configuran una violación flagrante al objetivo de construir una decisión con esta perspectiva, a pesar de aducir a priori que la defiende. Por lo tanto, se vuelven fallos asistencialistas que no rompen con la visión reduccionista que vuelve a la mujer en una persona vulnerable y dependiente.

De acuerdo a los casos antes vistos y las demás sentencias que se analizaron en la presente investigación se evidencia que los y las jueces evaden el discurso de violencia contra la mujer, aun ante su deber de interpretar el caso y entender en materia fáctica qué es lo que está ocasionando la vulneración del derecho. El derecho entendido en una concepción más amplia a simplemente conceder una cuota alimentaria. Es así como los fallos judiciales deberían ser emancipadores de la histórica carga de violencia que han sufrido las mujeres, en especial en materia de divorcio, ya que se ha normalizado por años que existe una subordinación imperante del hombre sobre la mujer en estos espacios.

Por último, la mencionada autora, Alda Facio, en su texto *Cuando el género suena cambios trae* diseña una metodología que tiene como objetivo:

convencer a la mayor cantidad posible de personas de que el Derecho, a pesar de ser un obstáculo para el desarrollo humano de la personalidad femenina, puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales, lo cual necesariamente llevará, a largo plazo, a un mejoramiento en las condiciones en que vivimos las mujeres²⁵.

Así, la jurista se propone, a través de seis pasos, dar luces sobre cómo los operadores del derecho pueden llegar a conclusiones y soluciones que no sean ni sexistas, ni androcéntricas. Cabe aclarar que estos pasos son sólo el inicio de una verdadera justicia con enfoque de género, ya que se considera que los esfuerzos deben ser interdisciplinarios e integrales, pues la sociedad colombiana tiene muy

24 Gloria Poyatos, “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa” *Revista de género e igualdad* no. 2 (2018): 17.

25 Facio, *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 16.

arraigada una visión machista, sexista y androcéntrica de la mujer en el matrimonio. Por ende, estos pasos se consideran relevantes para contribuir en la construcción de más herramientas que alcancen una justicia más igualitaria en materia de género.

El *primer paso* consiste en “tomar conciencia a partir de la experiencia personal de la subordinación del género femenino al masculino”²⁶. Al ser conscientes de esta realidad, se puede dar cuenta de un problema que trasciende a una experiencia colectiva y política de opresión. Este proceso tiene como resultado la sospecha de todas las estructuras e instituciones patriarcalmente constituidas para comprender que estas son androcéntricas e incluso misóginas. A partir de la experiencia es que se puede crear una teoría que nazca de la primera y logre reinterpretarla y validarla.

En el *segundo* paso, se profundiza en la comprensión de lo que es sexismo, cuestionando así los elementos de la doctrina jurídica, principios y fundamentos legales que invisibilizan o subordinan a las mujeres. El sexismo se puede manifestar de distintas maneras: i) el androcentrismo, que es cuando un análisis se enfoca exclusivamente desde la perspectiva masculina como central a la experiencia humana, ii) la misoginia, que es el repudio hacia lo femenino, o iii) a partir de la ginopía, que es la imposibilidad de ver la experiencia de la mujer, como ya fue expuesto.

Lo anterior, se soluciona cuando se analizan los hechos desde una perspectiva de género de manera que se puedan vislumbrar las implicaciones de un hecho en cada sexo. Preguntas como: ¿se le da igual importancia a la experiencia femenina a la masculina? ¿cuántas páginas o renglones le dedican a la experiencia femenina en relación a la masculina? ¿qué valores se promueven con la ley o jurisprudencia? son preguntas pertinentes a la hora de evaluar un texto legal. Otro factor para tener en cuenta es la sobre especificidad, que también es una forma de sexismo mediante el cual se presenta como específico de un sexo ciertas necesidades, actitudes o intereses. También está la insensibilidad al género, que es ignorar la variable del sexo como una socialmente importante: lo que ocurre es que en la mayoría de los casos donde esto ocurre se toma implícitamente al hombre como modelo de lo humano. Finalmente está el concepto de doble parámetro, que se da cuando una misma conducta es valorada con distintos parámetros fundamentados en la dicotomía sexual, como cuando se valora la infidelidad del hombre y de la mujer de manera distinta.

El *tercer* paso consiste en identificar cuál es la mujer que la ley o la jurisprudencia está contemplando como “el otro” del paradigma de ser humano (que es el hombre) y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, entre otros. El *cuarto* paso, utilizado anteriormente, consiste en “buscar cuál es la concepción de “mujer” que sirve de sustento al texto

26 Ibid., 75.

para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y las necesidades que no implique la institucionalización de la desigualdad²⁷.

El *quinto* paso, antes mencionado, es el de preguntarse cuáles son los problemas, intereses y necesidades legales de las mujeres en un contexto legal. Finalmente, el *sexto* paso consiste en colectivizar el análisis de género, no sólo para ser enriquecido por otras mujeres mientras se hace educación legal popular, sino también para continuar el proceso de concientización que propenda por el cuestionamiento de un sistema legal desde una perspectiva de género²⁸. La presente investigación pretende aportar a este sexto paso.

II. SEGUNDO DIAGNÓSTICO: HERRAMIENTAS DE POLÍTICA PÚBLICA JUDICIAL EN MATERIA DE GÉNERO

Con todo lo anterior, se pretendió entender la forma en que los y las jueces están obviando la necesidad de un enfoque de género en sus fallos judiciales. Sin embargo, como fue expuesto anteriormente, el problema no puede recaer en unos individuos que son el resultado de un sistema patriarcal que poco se ha cuestionado el género como herramienta de poder. Por esto, y entendiendo que es un esfuerzo integral, es necesario comprender los otros factores que han afectado la inaplicación del enfoque de género en los fallos judiciales.

El Estado colombiano, a través de sus operadores judiciales, debe garantizarles a las mujeres, al igual que a cualquier sujeto de derecho en Colombia, un acceso a la justicia libre de discriminaciones y estereotipos, que fomentan y perpetúan la violencia que deben sufrir en otros ámbitos de sus vidas. Por ende, el actuar discriminatorio y en ocasiones violento por los y las funcionarias judiciales atenta contra los derechos constitucionales a la igualdad y al acceso a la administración de justicia, tornando estos procesos en vías de hecho²⁹ al ser conductas manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley.

Adicional a lo anterior, en los casos como los de Elizabeth, Dora, Elvia Rosa y otros miles de colombianas no solamente están contrariando sus derechos fundamentales, sino atentando contra los principios propios de la actividad jurídica, los cuales se transforman y actualizan conforme a los nuevos retos

27 Ibid., 96

28 Ibid., 109.

29 La Sentencia T-079 de 1993 define la vía de hecho como “[u]na actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona”.

de la sociedad. Entre estos principios se encuentra la equidad de género, término que fue acuñado como política pública de la actividad judicial a través de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Esta Comisión surgió en el 2008 mediante el Acuerdo 4552 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura que busca “orientar e impulsar el desarrollo de la equidad de género (...) en el acceso a la administración de justicia (...) y la introducción de la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial”³⁰.

Además de crear la Comisión Nacional de Género, el Consejo Superior de la Judicatura acordó integrar la perspectiva de género y el principio de no-discriminación a las políticas, decisiones y estrategias de la Rama Judicial encomendándole a la Comisión el diseño y planificación de políticas que buscaran garantizar el acceso igualitario a la administración de justicia. Para ello publicaron la *Política de equidad de género en la Rama Judicial* en el 2012, de manera que se vele por la paridad dentro de la composición de la rama y formación de todos las y los servidores judiciales en perspectiva de género.

Para lograr estos objetivos, la Comisión expidió una herramienta de política pública que titularon *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*, su segunda edición fue publicada en el 2016. En este documento se utilizan las 100 reglas de Brasilia, documento constatado en la décima cuarta Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008, entre otros documentos internacionales, para definir la intersección que existe entre género y administración de justicia. Para ello, el documento explica que:

Dentro de las barreras al acceso de la justicia se encuentran entonces las asociadas a las circunstancias de vulnerabilidad, entre otros factores por razón del género. La discriminación que sufren las mujeres implica un serio obstáculo para el acceso efectivo a la administración de justicia en tanto supone una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, goce y ejercicio de sus derechos³¹.

Es un documento que reconoce la situación de discriminación que sufren las mujeres a la hora de enfrentarse a un proceso judicial, con el fin de realizar una propuesta para que los y las funcionarias judiciales entiendan qué es el enfoque de género; por qué es relevante en la administración de justicia; cuándo se debe tener en cuenta; y cuál es el marco jurídico que se debe revisar.

Esta guía práctica contiene los llamados *criterios de género* para orientar al juez a entender qué debe tener en cuenta cuando encuentra un caso que debe ser analizado con perspectiva de género. En la

30 Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 4552 de 2008, Art. 3.

31 Consejo Superior de la Judicatura, *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*, 2016, pg. 18.

tabla a continuación se presentarán los criterios de género acuñados por la Comisión, que pretenden regir la actividad judicial y que, desafortunadamente, no han sido la solución para muchas mujeres:

<p>Criterios orientadores para determinar si estamos ante un caso de género.</p>	<p>El documento expone una serie de indicios y preguntas que deben hacerse los operadores judiciales que pueden indicar que se está ante un caso de género. A continuación, se exponen algunos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Hay una mujer en el caso? 2. ¿Qué derechos le han sido vulnerados? Para esto es importante revisar el ordenamiento nacional e internacional que regula los derechos de las mujeres. 3. ¿Cuáles son los hechos y derechos en disputa? Relacionan algunos temas que suelen ser recurrentes en este tipo de casos: derechos sexuales y reproductivos; maternidad; interrupción del embarazo; mujeres víctimas de desplazamiento forzado; violencia sexual, patrimonial o intrafamiliar.
<p>Criterios orientadores en relación con el procedimiento judicial y la equidad de género.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. La importancia de la argumentación judicial cuando está involucrada una decisión sobre discriminación³². 2. La visibilización de la situación específica de las mujeres como parte de un contexto social propio³³. 3. La hermenéutica de género entendida como la posibilidad del juez de formarse en su propio convencimiento, desmantelándose de prejuicios de género³⁴. 4. Se debe privilegiar la prueba indiciaria en ciertos casos donde la prueba directa no es posible³⁵. 5. Darles voz a las mujeres durante el proceso³⁶.
<p>Criterios orientadores relacionados con la decisión judicial y la equidad de género.</p>	<p>Teniendo en cuenta que el poder judicial es actor decisivo en lograr la igualdad y en la construcción de una jurisprudencia permeada con contenido de género en la regla jurídica, es importante³⁷:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que el fallador no esté inmerso en sus propios estereotipos y prejuicios en relación con la decisión que se va a tomar³⁸. 2. Los presupuestos jurídicos y el bloque de constitucionalidad como herramientas para el logro de la equidad de género³⁹. 3. Reconocer el rol de la mujer en el trabajo y en su casa, a través de ponderar y valorar el papel, el rol, las relaciones que en cada contexto social está llamada a desempeñar la mujer⁴⁰.

Fuente: Elaboración propia con datos de los Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género.

32 Ibid., 25.

33 Ibid., 25.

34 Ibid., 27.

35 Ibid., 28.

36 Ibid., 28.

37 Ibid., 31.

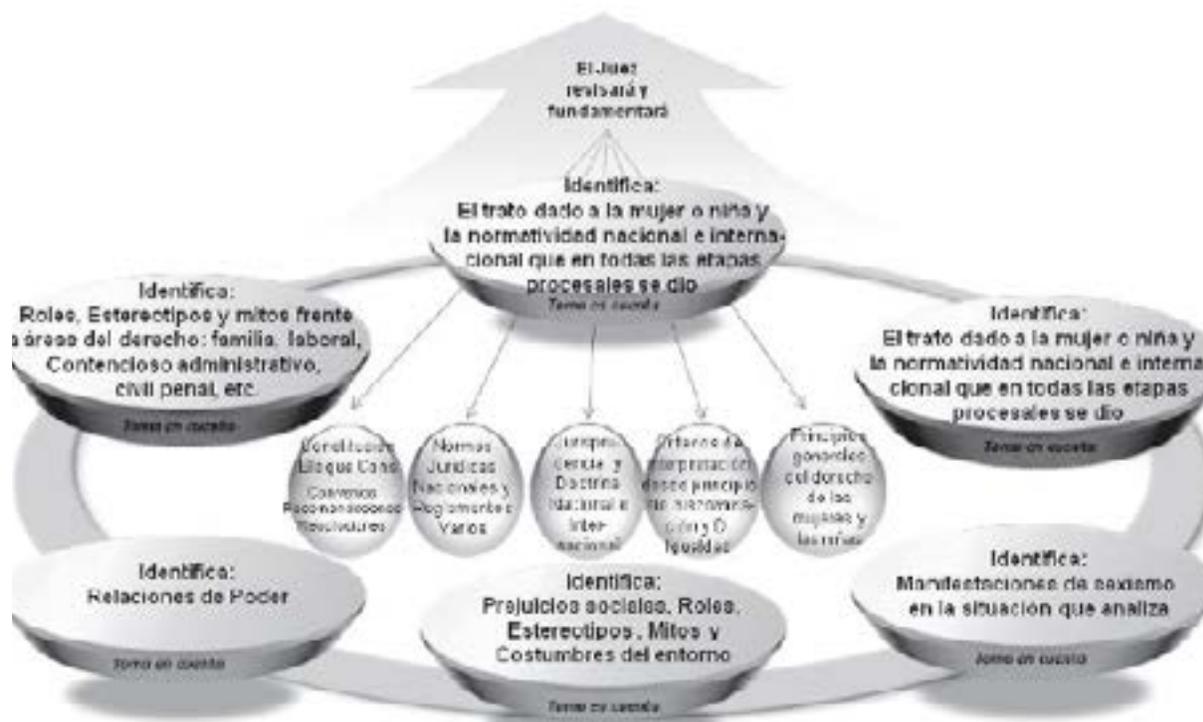
38 Ibid., 32.

39 Ibid., 33.

40 Ibid., 35.

Los criterios antes resumidos están acompañados por el siguiente cuadro conceptual que busca sintetizar los pasos que deben seguir los y las operadores judiciales a la hora de enfrentarse a un caso que puede requerir de un enfoque de género. Este cuadro es la evidencia que no es posible crear una *guía rápida* para implementar el enfoque de género, como lo pretende este documento de la Comisión, ya que se limita a evidenciar que existen estereotipos y que existen normas nacionales e internacionales que han discutido ampliamente sobre el tema. No obstante, no busca ser una verdadera herramienta de política pública, ya que no genera soluciones que realmente penetren el formalismo y los demás problemas esbozados en el primer diagnóstico de este documento. Sin embargo, se expone el cuadro conceptual – *guía rápida* – para evitar que este tipo de herramientas sigan proponiendo soluciones superficiales que no promueven un verdadero enfoque de género.

LA INTRODUCCIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



Véase: Guía rápida de los Criterios de Equidad - Comisión Nacional de Género

Ahora bien, estos criterios de género pretenden guiar la actividad judicial en todos sus niveles, empezando por las preguntas que debe tener un juez a la hora de enfrentarse a un caso, seguido

por los conceptos que debe tener presentes durante el procedimiento, y, por último, los criterios para un fallo en equidad de género. Sin embargo, sí existen estos criterios, los cuales no son simples recomendaciones, sino que rigen transversalmente la decisión judicial de este país, ¿por qué siguen existiendo fallos judiciales que perpetúan y fomentan la desigualdad de género?

En primer lugar, plantear criterios para promover la equidad supone desconocer la diferencia teórica, jurídica y feminista que hay entre equidad e igualdad. La primera como una meta social y la segunda, como un derecho humano. Según afirma Alda Facio, las mujeres siempre han vivido situaciones de discriminación frente a los hombres y, para remediar esas situaciones, los Estados se han obligado a desarrollar políticas que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres, según consta en el artículo 1º del CEDAW⁴¹.

No obstante, los Estados adoptaron una postura bajo la cual hablar de igualdad suponía, necesariamente, que las mujeres debían ser tratadas de la misma forma que los hombres, ignorando sus diferencias, disuadiéndolas de emplear la palabra igualdad. Para reemplazar la palabra igualdad, la mayoría de los Estados utilizaron el término equidad, resaltando así las diferencias entre hombres y mujeres, pero a su vez, la necesidad de un trato “equitativo”⁴².

Sin embargo, hablar de equidad, y más aún si es en el desarrollo de una política de género, supone desconocer que la igualdad es un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado, incluyendo a las y los funcionarios judiciales⁴³. Por lo tanto, que la Comisión establezca criterios de equidad, y no igualdad, significa que es imposible jurídicamente obligar a las y los jueces a usar criterios con perspectiva de género, pues la equidad no tiene ningún sustento legal y es un valor moral. Asimismo, debido a que la equidad es un valor, se plantean visiones subjetivas que no pueden ser medidas, omitiendo así la obligación legal de eliminar cualquier forma de discriminación contra las mujeres, tal como lo plantea el derecho a la igualdad. Finalmente, el uso del término “equidad” limita el campo de acción de los y las jueces a medida que no atacan verdaderamente problemáticas más allá de la igualdad formal, que suele discriminar a las mujeres, cosa que sí logra el derecho humano a la igualdad.

En segundo lugar, los criterios establecidos por la Comisión de Género frente a la identificación de un caso de género son demasiado amplios y abarcan casi todos los tratos discriminatorios que podría sufrir una persona, no exclusivamente debido a su género, por el simple hecho de hacer parte

41 Alda Facio. *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad* (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2014) 53.

42 Ibid., 28.

43 Ibid., 30.

de una minoría. De hecho, los criterios para identificar un caso de género hacen referencia a que el litigio involucre a una mujer que vea sus derechos vulnerados. No obstante, no se hace énfasis en que los derechos vulnerados deben ser debido al género. Además, estos derechos pueden ser distintos a los usualmente relacionados a las mujeres. Es decir, pueden no involucrar necesariamente derechos sexuales, reproductivos o familiares, sino que pueden incluir derechos políticos, sociales o laborales. Por ejemplo, situaciones donde se encuentren en disputa cuotas paritarias, sueldos igualitarios o tratos diferenciados justificados.

Asimismo, parece ser que los ejemplos que da el texto reproducen puntos de vista que protegen valores masculinos y se atienden sus necesidades e intereses⁴⁴. Por ejemplo, cuando se usan categorías como “mujer embarazada”, “madre cabeza de familia” o “mujer desplazada”, únicamente se refuerzan estereotipos que no permiten considerar que las mujeres son una población diversa a la cual le pueden ser vulnerados sus derechos, sin tener que cumplir con los usuales roles que se les atribuyen.

Lo anterior se puede evidenciar mediante el siguiente caso ilustrativo: en el año 2019 María Paz, una niña de diez años, decidió participar con un equipo mixto, conformado por ella y diez niños más, en el torneo infantil de fútbol. Sin embargo, María Paz y su equipo fueron descalificados de manera arbitraria del torneo debido a una supuesta inscripción irregular, pues el torneo de fútbol contemplaba en su reglamento la participación de equipos femeninos o masculinos⁴⁵. Sin embargo, el reglamento no contemplaba una prohibición expresa para equipos mixtos.

Si en el anterior caso se usaran los criterios de la Comisión, al no estar involucrados derechos sexuales, reproductivos o familiares, implicaría que no se está frente a un caso de género. Sin embargo, es claro que sí se está frente a un caso que involucra el género, pues hubo un trato desigual a María Paz por el hecho de ser mujer. Por un lado, el reglamento del torneo no tenía una prohibición de equipos mixtos, ni una norma que permitiera descalificar a los equipos que lo fueran. En este sentido, la única razón que encontraron las directivas del torneo para descalificarlos fue una inscripción irregular, la cual no se sustentaba en ninguna disposición expresa del reglamento.

Este tipo de situación visualizan las discriminaciones y segregaciones que se generan a edades tempranas. Las cuales envían mensajes sexistas como que las mujeres únicamente deben participar en eventos “para mujeres” o que los eventos típicamente masculinos no deben esforzarse por incluir a mujeres. Por lo tanto, es evidente que hablar de criterios para casos de género de manera amplia

44 Isabel Jaramillo. “La crítica feminista al derecho” en *Género y teoría del derecho* (Bogotá: Siglo de Hombres Editores, 2000) 51.

45 María Ximena Dávila. “¿El torneo de la desigualdad?” *Dejusticia*, 29 de julio de 2019, acceso el 12 de diciembre de 2020, <https://www.dejusticia.org/column/el-torneo-de-la-desigualdad/>.

únicamente evita que se reconozca la diversidad de las mujeres y refuerza aún más estereotipos sexistas. En tercer y último lugar, en los criterios en relación con la decisión judicial, la Comisión reconoce abiertamente que existe un contexto social patriarcal en el cual están inmersos los y las operadores de justicia. No obstante, las herramientas brindadas por el documento no se extienden más allá de compendios de tratados internacionales, artículos constitucionales, leyes y un marco jurídico específico sobre los derechos de las mujeres. Es decir, no hay un verdadero esfuerzo, más allá de hacer un recuento de leyes y jurisprudencia sobre género, para introducir una perspectiva de género a la rama judicial que permita orientar efectivamente a las y los jueces en su argumentación y decisión.

Por el contrario, pareciera que, la Comisión sugiere que es suficiente nombrar los derechos de las mujeres, sin cuestionar las dinámicas machistas que rodean el ejercicio judicial, la gran barrera de acceso de las mujeres a la justicia, y la dificultad operativa para respaldar a las mujeres dentro de un sistema jurídico producto de sociedades patriarcales⁴⁶. Por ejemplo, la Comisión habla acerca de la posibilidad de que se introduzca una mayor flexibilidad procesal usando la desigualdad histórica de la mujer como un hecho notorio. Sin embargo, aún queda la duda de cómo y en dónde se puede introducir el hecho notorio dentro de un fallo judicial.

Finalmente, y como recomendación, es preocupante la ausencia en la redacción del documento de autores de organizaciones de la sociedad civil, expertas en Derechos Humanos, académicas y mujeres que han trabajado sobre perspectiva de género y derechos humanos de las mujeres, considerando que en Colombia el movimiento feminista ha funcionado por medio de una especie de “ONGización”⁴⁷. Esto genera que sea un documento que privilegia un mismo punto de vista, lo cual desconoce el concepto mismo del feminismo y del enfoque de género que necesariamente requiere de la participación interdisciplinaria para enriquecer su visión interseccional y multidimensional de la mujer.

Ahora bien, tras largas páginas de críticas y concepciones de lo que significa el enfoque de género en el ámbito judicial, podría quedar un sin sabor de que no hay una solución a esta cuestión. Sin embargo, como fue anunciado anteriormente, el enfoque de género en la actividad judicial requiere de múltiples esfuerzos que se concentren en las diferentes etapas que existen.

Por un lado, la formación judicial, no sólo dentro de la rama, sino desde etapas tempranas de la formación jurídica de los y las abogadas es fundamental en el cambio social y cultural. Se requieren espacios donde se cuestionen los formalismos de un sistema patriarcal tan arraigado, lo cual permitiría

46 Jaramillo, I. (2000). La crítica feminista al derecho. En *Género y teoría del derecho* (pp. 27-66). Bogotá: Siglo de Hombres Editores. p. 51.

47 Término acuñado por Buchely en Lina Fernanda Buchely, “Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano”, *Feminismo y prácticas políticas en América Latina* 9 no.18 (2014): 97.

que las nuevas generaciones se interesen en la actividad judicial como herramienta para emancipar a las mujeres. Asimismo, para las generaciones ya establecidas en la rama judicial es importante que no solamente se abran espacios de educación en materia de género, sino diálogos bilaterales donde se conozcan las raíces de los estereotipos y que ayuden a que sea el o la misma funcionaria que se cuestione el pensamiento. No obstante, es un reto importante para la rama judicial, pues no solamente implica el desembolso de recursos, sino de una voluntad política de los altos funcionarios y funcionarias que están al mando de la decisión.

Asimismo, se considera fundamental que no se pierda el trabajo de crear una entidad que se dedique a pensar en estas cuestiones, como lo es la Comisión Nacional de Género de la rama judicial. Sin embargo, como fue señalado anteriormente, es insuficiente la creación de cartillas o guías como los criterios de género, especialmente cuando no se invita a participar a más organizaciones e individuos que aporten nuevos puntos de vista.

Por último, y tal vez lo más esencial, es promulgar estas soluciones y herramientas de política pública a los territorios descentralizados del país, con el fin de evitar que la justicia efectiva y con perspectiva de género siga siendo para algunas pocas. En este sentido, la justicia verdaderamente feminista y con enfoque de género debe incluir a todas las mujeres, en su concepción más interseccional y multidimensional, ya que de lo contrario se estaría reincidiendo en soluciones reduccionistas y patriarcales. Por lo tanto, esta investigación invita a que se siga abriendo el diálogo desde múltiples disciplinas y territorios, para enriquecer el discurso de género judicial en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

- Amorocho, Laura., Chaves, Juan., Garlatti-Venturini, Antonio., Silva, Diego. El enfoque de género en las decisiones judiciales en materia de seguridad social. Universidad de los Andes: Grupo de Derecho Comparado en Interés Público GDIP-C. Universidad de los Andes (Colombia), 2019.
- Bonino, Luis. “Varones y abuso doméstico”. En *Salud mental y ley*. Coord. P. Sanroman Madrid: AEN, 1991.
- Buchely, Lina Fernanda. “Género y constitucionalismo. Una mirada feminista al derecho constitucional colombiano”. *Feminismo y prácticas políticas en América Latina* 9 no.18 (2014): 97.
- Castillo Camarena, Cuitláhuac . *Feminismo inmodificado: discursos sobre la vida y el derecho de Catharine MacKinnon*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2014.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 4. (17 de marzo de 2020). Sentencia SL1727-2020. [MP. Ana María Muñoz Segura].

María Ximena Dávila. “¿El torneo de la desigualdad?”. *Dejusticia*, 29 de julio de 2019, acceso el 12 de diciembre de 2020. <https://www.dejusticia.org/column/el-torneo-de-la-desigualdad/>.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Tiempos de Cuidados: las cifras de desigualdad*. Bogotá: DANE, 2020.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Mujeres y hombres: brechas de género en Colombia*. Bogotá: DANE, 2020.

Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José: ILANUD, 1992.

Facio, Alda. *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad*. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2014.

Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»”, *New Left Review* (1995): 1-30

Jaramillo, Isabel. “La crítica feminista al derecho”. En *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores, 2000.

MacKinnon, Catharine. “Substantive Equality: A Perspective”, *Minnesota Law Review* (2011): 383.

Poyatos, Gloria. “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa” *Revista de género e igualdad* no. 2 (2018): 17.

Uprimny, Rodrigo, Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde y Diego López Medina. *Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la justicia. Análisis general y comparativo para tres poblaciones*. Bogotá: Dejusticia, 2014.

SENTENCIAS REVISADAS

Número de sentencia	Referencia
1	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de abril de 2009). Sentencia 52001221300020090001101. [MP. Pedro Octavio Munar Cadena].
2	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de marzo de 2011) Sentencia 11001 02 03 000 2011 0042000. [MP. Pedro Octavio Munar Cadena].
3	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (19 de septiembre de 2012) Sentencia 11001 0203 000 2012 02003 00. [MP Margarita Cabello Blanco].
4	Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (2 de marzo de 2020) Sentencia 001020300020170014900. [MP Ariel Salazar Ramírez].
5	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2 de marzo de 2020) Sentencia 1001-02-03-000-2017-00073-00. [MP Ariel Salazar Ramírez]
6	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2 de marzo de 2020) Sentencia 11001-02-03-000-2017-00852-00. [MP Ariel Salazar Ramírez]
7	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (13 de julio de 2020) Sentencia 11001-02-02-000-2018-03171-00. [MP Octavio Tejeiro Duque].
8	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de septiembre de 2020) Sentencia 11001-02-03-000-2019-03599-00. [MP Luis Alfonso Rico Puerta].
9	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (16 de octubre de 2019) Sentencia 68121. [MP Rigoberto Echeverri Bueno].
10	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3. (25 de marzo de 2020) Sentencia 78067. [MP Jimena Isabel Godoy Fajardo].
11	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3. (31 de marzo de 2020) Sentencia 80150. [MP Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez].
12	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de febrero 2020) Sentencia 11001-02-03-0004020-00236-00. [MP Octavio Augusto Tejeiro Duque].

13	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (11 de marzo de 2020) Sentencia 11001-02-03-000-2020-00679-00. [MP Luis Alonso Rico Puerta].
14	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2 de julio de 2019) Sentencia 11001-02-03-000-2019-01897-00. [MP Ariel Salazar Ramírez]
15	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de marzo de 2011) Sentencia 11001-0203-000-2009-00068-00. [MP Pedro Octavio Munar]
16	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (26 de septiembre de 2019) Sentencia 66001-22-13-000-2019-00561-01. [MP Luis Armando Tolosa].
17	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (13 de noviembre de 2019). Sentencia 11001-02-03-000-2019-02638-03. [MP Luis Armando Tolosa]
18	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (21 de noviembre de 2019). Sentencia 11001-02-03-000-2019-03213-00. [MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].
19	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (7 de mayo de 2014). Sentencia 53531. [MP Elsy del Pilar Cuello]
20	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (5 de febrero de 2020) Sentencia 87745. [MP Fernando Castillo Cadena].
21	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (8 de julio de 2020) Sentencia 89261. [MP Iván Mauricio Lenis].
22	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (21 de mayo de 2014) Sentencia 53805. [MP Jorge Mauricio Burgos].
23	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (14 de agosto de 2019) Sentencia 85655. [MP Gerardo Botero Zuluaga].
24	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de agosto de 2011) Sentencia 11001-02-03-000-2011-01705-00. [MP Ruth Marina Díaz Rueda].
25	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (15 de marzo de 2011) Sentencia 31657. [MP Francisco Javier Ricaurte Gómez].
26	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (13 de junio de 2012) Sentencia 38563. [MP Carlos Ernesto Molina].

27	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (7 de mayo de 2014). Sentencia 53531. [MP Elsy del Pilar Cuello].
28	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (19 de septiembre de 2012) Sentencia 11001-02-03-000-2012-01991-00. [MP Jesús Vall de Rutén Ruiz].
29	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (12 de julio de 2012) Sentencia 1100102030002012-01295-00. [MP Fernando Giraldo Gutiérrez].
30	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de enero de 2011) Sentencia 11001-22-10-000-2010-00501-01. [MP Edgardo Villamil Portilla].
31	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (16 de abril de 2009) Sentencia 18001-22-08-000-2009-00001-01 [MP Arturo Solarte Rodríguez]
32	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de junio de 2012) Sentencia 1100102 03 000 2012-01289 -00. [MP Margarita Cabello Blanco].
33	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (7 de abril de 2016) Sentencia 11001-02-03-000-2016-00716-00 (AC1958-2016). [MP Ariel Salazar Ramírez].
34	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2015) Sentencia 1100102030002015-03087-00. [MP Fernando Giraldo Gutiérrez].
35	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (27 de septiembre de 2016) Sentencia 011001020300020160264800. [MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].
36	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de agosto de 2014) Sentencia 11001020300020120240100. [MP Ariel Salazar Ramírez].
37	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (23 de agosto de 2017) Sentencia 7300122130002017-00282-01. [MP Álvaro Fernando García Restrepo].
38	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (8 de octubre de 2019) Sentencia 11001-02-03-000-2019-01228-00. [MP Octavio Augusto Tejeiro Duque].
39	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de noviembre de 2019) Sentencia 11001-02-03-000-2017-02469-00. [MP Margarita Cabello Blanco].

40	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de diciembre de 2015) Sentencia 41001221400020150031902. [MP Álvaro Fernando García Restrepo].
41	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de julio de 2020) Sentencia 11001-22-10-000-2020-00255-01. [MP Álvaro Fernando García Restrepo].
42	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de septiembre de 2018) Sentencia 076111221300020180013701. [MP Luis Armando Tolosa].
43	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de abril de 2013) Sentencia 42437. [MP Jorge Mauricio Burgos Ruiz].
44	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de mayo de 2012) Sentencia 38449. [MP Rigoberto Echeverri Bueno].
45	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (9 de agosto de 2011) Sentencia 33821. [MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón].
46	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (19 de julio de 2011) Sentencia 33365. [MP Luis Gabriel Miranda Buelvas].
47	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (12 de noviembre de 2013) Sentencia 25000-22-13-000-2013-00313-01. [MP Margarita Cabello Blanco].
48	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (8 de abril de 2013) Sentencia 11001-02-03-000-2013-00671-00. [MP Margarita Cabello Blanco].
49	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de junio de 2016) Sentencia 25000221300020160016701. [MP Álvaro Fernando García Restrepo].
50	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (16 de diciembre de 2016) Sentencia 11001-02-03-000-2014-01928-00. [MP Álvaro Fernando García Restrepo].
51	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de julio de 2017) Sentencia 11001020300020170140100 [MP Luis Armando Tolosa Villabona].
52	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de agosto de 2016) Sentencia 11001221000020160034101. [MP Luis Alonso Rico Puerta].

53	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de noviembre de 2013) Sentencia 11001-02-03-000-2011-00835-00. [MP Ariel Salazar Ramírez.
54	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de septiembre de 2020) Sentencia 11001-02-03-000-2020-02153-00. [MP Francisco Ternera Barrios].
55	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (8 de julio de 2020) Sentencia 89261. [MP Iván Mauricio Lenis].

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 2020 DEL CONSEJO DE ESTADO [ACCIÓN DE GRUPO - RADICACIÓN 18001233300020130021601]. UNA DECISIÓN JUDICIAL CON ENFOQUE DE GÉNERO RESPECTO DEL ENCARCELAMIENTO FEMENINO*

VALERIA ECHEVERRY RODRÍGUEZ**

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ***

Recibido: 28 de marzo 2021. Aceptado: 18 de mayo de 2021.

RESUMEN

Mediante sentencia del 20 de noviembre de 2020, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad por falla del servicio del Ministerio de Justicia y el Derecho, del INPEC y de la USPEC, por los daños a la dignidad e integridad causados por las condiciones inhumanas que padecieron las mujeres que estuvieron reclusas en el pabellón femenino del EPCMS El Cunday, ubicado en la ciudad de Florencia (Caquetá) (criterio espacial), entre el 1º de enero de 2012 y el 14 de junio de 2013 (criterio temporal). El criterio personal para definir el grupo de afectadas se vio reflejado en las condiciones de hacinamiento como hecho complejo generador del daño que se encontró acreditado. Este comentario contiene algunas reflexiones fruto de la recepción favorable de esta clase de pronunciamientos judiciales por parte de la academia, que no solo contribuyen a la solución de la problemática penitenciaria y carcelaria en general -generando una alerta frente a futuras condenas contra el Estado que se pueden evitar remediando el problema-, sino que se enfoca en un colectivo diferenciado que ha sido olvidado en este ámbito, posicionando a las mujeres encarceladas como un sujeto prioritario en la discusión.

PALABRAS CLAVE

Mujeres encarceladas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, reparación.

* Análisis de jurisprudencia procedente del Semillero en Derecho Penitenciario adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Coordinadora del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo: valeria.echeverry@javeriana.edu.co. *La información y opiniones expresadas en el presente comentario son completamente personales y no reflejan ni representan la opinión de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). En consecuencia, la publicación del mismo no concierne ni está relacionada con las actividades que la coautora desarrolla dentro de dicha organización.

*** Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo: norbertohernandezj@javeriana.edu.co

COMMENT ON THE JUDGEMENT OF NOVEMBER 20, 2020, BY THE COUNCIL OF STATE [GROUP ACTION - FILE 18001233300020130021601]. A JUDICIAL DECISION WITH GENDER PERSPECTIVE REGARDING FEMALE INCARCERATION*

VALERIA ECHEVERRY RODRÍGUEZ**

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ***

Received: march 28, 2021. Accepted: may 18, 2021.

ABSTRACT

Through a ruling dated on November 20th, 2020, the Consejo de Estado declared that the Ministry of Justice, the INPEC and USPEC, the most important institutions regarding Colombian penitentiaries, were responsible of the damage caused to the dignity and integrity of the women that were imprisoned in inhuman conditions in the feminine pavilion of the El Cunday prison, located in the city of Florencia (Caquetá), between January 1st, 2012 and June 14th, 2013. The criteria used to define the group of affected women was reflected on the overcrowding, understood as a complex circumstance that caused the damage claimed. This commentary contains some reflections regarding the favorable reception of this type of rulings from the academy, which not only contributes to the solution of the current problematic that exists in relation to our prison system -causing an alert regarding potential future convictions against the State that may be avoided by fixing this problem- but also focusing on a specific collective that has been forgotten, positioning imprisoned women as a relevant subject in the discussion.

KEY WORDS

Imprisoned women, cruel, inhuman and degrading treatment, reparation.

* Jurisprudential analysis from the research group in Penitentiary Law at the Faculty of Legal Sciences -Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá-Colombia.

* Lawyer from the Pontificia Universidad Javeriana. Coordinator of the research group in Penitentiary Law. Email: valeria.echeverry@javeriana.edu.co. The information and opinions expressed in this analysis are completely personal and do not reflect or represent the opinion of the International Organization for Migration (IOM). Consequently, its publication does not concern or is related to the activities that the co-author develops within said organization.

** Professor at the Pontificia Universidad Javeriana. Tutor of the research group in Penitentiary Law. Email: norbertohernandezj@javeriana.edu.co.

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes críticas a las decisiones judiciales sobre el sistema penitenciario y carcelario colombiano, emanadas de nuestro Tribunal Constitucional y que declaran el estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991 (ECI carcelario)⁰¹, radica en la ausencia de una solución concreta para esta problemática y, por contera, la contribución para que esta situación se perpetúe en el tiempo⁰². Así, a propósito del control de constitucionalidad automático del Decreto Legislativo 546 de 2020, desde el Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana señalamos que “con independencia de las eventuales condenas por responsabilidad estatal frente a personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción propia de la privación de la libertad y que padezcan alguna consecuencia por la COVID-19, las cuales podrán afectar a quienes la Corte Constitucional se ha cansado de “exhortar” en sus sentencias del ECI carcelario, los eventuales costos sobre los derechos fundamentales podrían ser inconmensurables”⁰³, invitando a esa Corporación a brindar una solución más contundente que la simple conminación a ciertas entidades públicas y la solicitud de información para continuar con el diagnóstico de la situación, ya completado con suficiencia desde hace varios años.

En espera de que nuestra guardiana de la Constitución y garante de los derechos -incluso de las personas privadas de la libertad-, adopte esas medidas, la decisión del 20 de noviembre de 2020 proferida por el Consejo de Estado acerca de las condiciones de reclusión que enfrentan las mujeres privadas de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad (EPCMS) El Cunday, nos permite reflexionar sobre el impacto muchas veces ignorado que tiene la precariedad

01 Sobre el tema ver Norberto Hernández, *El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, (Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2018), 95-161.

02 Gonzalo Escobar Marulanda, “¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?” *Nuevo Foro Penal* 14, n.º 91 (2018): 43-79, doi: <https://doi.org/10.17230/nfp.14.91.2>

03 Norberto Hernández et al, “Intervención ciudadana (Decreto 2067 de 1991, artículo 37)”. Referencia: Expediente número RE-277. Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 de 2020. (Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de Colombia, Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana, 2020), <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=14847>

de los centros de reclusión colombianos, enfocándonos especialmente en la situación femenina. Es importante señalar que esta decisión reitera la necesidad de cumplir con las medidas ordenadas a causa del ECI carcelario y se basa en el mismo eje de análisis de la situación penitenciaria y carcelaria realizado por la Corte Constitucional, consistente respecto de la situación de hacinamiento⁰⁴.

Así, el Consejo de Estado encontró acreditadas las siguientes situaciones respecto del EPCMS El Cunday:

1. *Conforme lo establecido en la sentencia T-762 de 2015, el hacinamiento en este establecimiento de reclusión ha alcanzado el 504%. El hacinamiento promedio es del 300%.*

La descripción que se hace en el apartado 32 de la sentencia objeto de este comentario - conforme pruebas testimoniales-, no dista mucho de lo evidenciado en las inspecciones judiciales realizadas en el marco de la sentencia T-153 de 1998⁰⁵.

2. *Cada interna tenía solo 2.1 m² totales disponibles para vivir (10 veces menos de los que debería tener)*

Recordemos que en la sentencia T-762 de 2015 se estableció que el espacio de reclusión individual mínimo debía ser de 20 m². En la misma sentencia se señalaron los siguientes indicadores de resultado, relacionados con el hacinamiento carcelario y espacios para el descanso nocturno:

04 El hacinamiento “es el resultado de una simple operación cuantitativa en la que se establece el exceso de población, tomando como base el número de cupos que se han definido en los planos de diseño originales de los establecimientos (Mullen, 1985, 34-36, citado en Libardo José Ariza Higuera y Mario Andrés Torres Gómez, “Definiendo el hacinamiento: estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario”, Revista Estudios Socio-Jurídicos 21, n.º 2 (2019): 227-258, doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>. Igualmente en Hernández, El derecho penal de la cárcel, 89 se señala que el hacinamiento se puede explicar a “partir de la diferencia existente entre el número de plazas o cupos y el número de internos. Cuando el número de internos es mayor existe hacinamiento, y esa precariedad locativa ha empujado al preso en Colombia a ocupar los lugares destinados para el tránsito común e incluso aquellos establecidos para el aseo y la evacuación de las necesidades fisiológicas, convirtiéndolos en su zona de descanso y donde pernoctan, lo que a su vez se fusiona con el obstáculo para acceder a los programas de resocialización”.

05 Ver Hernández, *El derecho penal de la cárcel*, 98-100.

Tabla No. 1. Indicadores de resultado hacinamiento y espacios para el descanso nocturno - Fuente: Hernández, *El derecho penal de la cárcel*, 133-134.

PROBLEMÁTICA	INTERVENCIÓN SITUACIONAL	SOLUCIÓN		
Hacinamiento y espacios para el descanso nocturno ⁰⁶	Espacio total de reclusión	Mínimo de 20 m ² (o más en el caso de las personas en situación de discapacidad física, si fuere del caso). El metraje de la cárcel constituye el límite para el ingreso de población condenada y sindicada ⁰⁷ . *Cumplimiento: La primera fase será de <i>incumplimiento exacerbado</i> de las directrices aquí formuladas y se entenderá configurada hasta tanto se aprecie que el número de metros por recluso es de 5 m ² por persona; la segunda será una fase de <i>incumplimiento bajo</i> que se entenderá configurado hasta tanto cada persona goce de 10 m ² ; la tercera será de <i>cumplimiento bajo</i> cuando se verifique que cada recluso cuenta con 15 m ² por persona, y la tercera y última será de cumplimiento, declarado cuando en el establecimiento penitenciario haya 20 m ² , o más, por persona.		
	Espacio de alojamiento por recluso	Tiempo fuera de celdas (horas) ⁰⁸	Celda individual (m ²)	Celda colectiva (m ²)
		10	5.4	3.4
		6	6.4	4.4
		3	7.4	5.4
Ventilación	Se propicia a través de aberturas que deben constituir el 10% de la superficie del área de la celda, y que deben contar con mecanismos que impidan el paso del frío en la noche, conforme las condiciones climáticas de la zona en la que se encuentra el establecimiento penitenciario. Las mismas aberturas deben asegurar la entrada de luz natural a la celda.			
Mínimo de utensilios para el descanso nocturno	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Una almohada, una cama (o en su defecto una colchoneta, mientras se dota de cama a cada recluso), un juego de sábanas y una (o dos) cobija(s) con la(s) cual(es) prestarse abrigo durante la noche, conforme las condiciones climáticas de la región y las necesidades particulares especiales de algunos internos, médicas o culturales certificadas, por ejemplo. ✓ Frente a las camas y/o literas el tamaño mínimo debe ser de 2 m x 0,8 m, equivalente a 1,6 m² de superficie/persona. Entre las camas dispuestas en forma horizontal debe haber un mínimo de 1,5 m de distancia. En caso de disponerse en forma vertical, debe considerarse que el espacio mínimo entre niveles será de 1,2 m 			
Contaminación auditiva y visual	Reducción conforme se avanza en el cumplimiento de logros referentes al espacio por recluso.			

3. Las internas no tienen acceso a un patio de ejercicios o cualquier otro lugar al aire libre.

⁰⁶ En la sentencia se señalan las siguientes características, que debe cumplir la zona de alojamiento: (i) La ubicación de los reclusos en las distintas celdas debe tener en cuenta las condiciones clínicas particulares que pueden presentarse, de manera tal que, por ejemplo, las celdas ubicadas en los primeros pisos se destinen para personas de la tercera edad o para personas con alguna discapacidad física, que haga riesgoso el uso de escaleras, (ii) El juego de sábanas de cada interno deberá lavarse cada 15 días, y cambiarse cuando el desgaste lo amerite, (iii) Los internos duermen acostados en cama, al interior de la celda que les fue asignada. La asignación de celda a una persona se registrará en la base de datos, (iv) Los internos, estén o no en condiciones de discapacidad, pueden desplazarse por la celda y hacia la celda que les fue asignada sin obstáculos, (v) Las internas que tienen un bebé a su cargo en las instalaciones, cuentan con un alojamiento temporal especializado, que cuenta con una cuna para el neonato, dotada con almohada, juego de sábanas y cobija. Las dimensiones se estimarán por parte del Comité Interdisciplinario y (vi) Cada celda deberá limpiarse cada tercer día y de los procesos de limpieza se dejará un registro fijado en la celda, en que se identifique quién adelantó los procesos, los insumos empleados y la fecha y hora en que se realizaron.

⁰⁷ La Corte recurre al siguiente ejemplo: “en una cárcel con un área total de 10.000 m², en la que se emplean 2.000 m² para la gestión administrativa y 500 m² para la formación, entrenamiento y descanso del personal de seguridad, el espacio total de reclusión será de 7.500 m². Suponiendo que estén reclusas 400 personas, el espacio total de reclusión por persona será de 18,75m², que no satisface los mínimos de reclusión fijados al respecto en esta sentencia” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia T-762/15).

⁰⁸ Se incorpora la tabla obrante en la sentencia T-762/15 (pp. 157-158) de la Corte Constitucional de Colombia.

Todas las situaciones referidas anteriormente conllevan a evidenciar la existencia de un trato cruel, inhumano y degradante (humillación y sufrimiento de las víctimas en situación de impotencia y la participación del Estado en degradación de su dignidad e integridad), que está prohibido y resulta injustificable. En todo caso, el Consejo de Estado advierte que esta situación no es constitutiva de tortura por ausencia de una intención deliberada y una finalidad ilícita demostrada.

Ahora bien, la sentencia del Consejo de Estado nos invita a reflexionar sobre por qué a estas alturas, una decisión como esta resulta innovadora; es decir, por qué las instituciones colombianas tardaron tanto tiempo en reconocer que nuestro sistema penitenciario, como muchos otros sistemas, está estructurado por y para los hombres, dejando de lado la especial vulnerabilidad a la que están expuestas las mujeres y los efectos perjudiciales que puede tener sobre ellas.

El presente documento tiene por objeto resaltar los aspectos más relevantes de esta sentencia, tanto en términos sociales como jurídicos, y analizar la manera en la que hemos concebido y organizado nuestros establecimientos penitenciarios hasta el momento, relegando a las mujeres a un lugar secundario.

I. RELEVANCIA DE LA DECISIÓN

La decisión del Consejo de Estado es sumamente importante en términos del reconocimiento de las mujeres. Desde hace varios años, el feminismo ha propendido por conseguir el reconocimiento de la mujer, no como el ser contrario y *complementario* de los hombres, sino como un ser independiente, esto es, como un ser que tiene relevancia, que importa, frente a los hombres, pero, más aún, como individuo. Así, el feminismo buscaba el reconocimiento “*de su particularidad como género*”⁹, de las luchas, vulnerabilidades, necesidades y omisiones que enfrentan las mujeres y que son diferentes, y en algunos casos adicionales, a las que enfrentan los hombres¹⁰.

Más recientemente el feminismo se ha vuelto interdisciplinar. Esto nos ha permitido entender que, si bien las mujeres tienen luchas comunes, también existen vulnerabilidades y necesidades adicionales que surgen del contexto en el cual cada una se desarrolla. Y justamente ahí es donde reside la mayor importancia de la decisión judicial sub examine, pues evidencia que las necesidades, violencias y vulnerabilidades que deben afrontar las mujeres se acentúan por su condición de internas (privadas

09 José María Duarte Cruz y José Baltazar García-Horta, “Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres”, *Revista CS*, n.º 18 (2016): 132, <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n18/n18a06.pdf>

10 Un análisis sobre la relación marxismo-feminismo en Norberto Hernández, “Violencia contra la mujer y respuesta punitiva: teoría feminista, consagración legal y estudio de casos”, *Diálogos de Saberes*, n.º 40 (2014): 95-113, doi: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.40.212>

de la libertad).

En ese sentido, el pronunciamiento del Consejo de Estado es, incluso, revolucionario, porque incluye el enfoque de género en sus consideraciones respecto de las condiciones en las que se encuentran recluidas las mujeres en el Cunday, y resalta que no es lo mismo ser un hombre privado de su libertad en condiciones de hacinamiento -lo que, vale la pena aclarar, tampoco es de ninguna forma justificable-, que ser una mujer privada de la libertad en las mismas condiciones.

La providencia señala que las mujeres han sido reconocidas previamente como sujetos en especial condición de vulnerabilidad, en razón de las violencias y carencias que deben afrontar en el día a día por su género, y explica cómo esta situación se ve agravada por las circunstancias existentes dentro de los centros penitenciarios del país: si bien en Colombia existe una tasa de hacinamiento a nivel nacional de aproximadamente del 20.7 % -carga que con ocasión de la pandemia del COVID-19 se trasladó a los centros de reclusión transitorios¹¹-, en El Cunday esta tasa supera el 500 %, como se anotó con anterioridad. De esta forma, las mujeres en El Cunday han sido minimizadas a una cifra, un ente, algo que no merece las condiciones mínimas para una vida digna y que, como tal, no puede pensarse más allá de esas circunstancias.

A este respecto consideramos importante señalar que el Consejo de Estado reflexiona acerca de cómo una reclusión en tales condiciones implica además una privación de la noción del ser, de la posibilidad de resocializarse, del sueño de concebirse como alguien distinto, pues impide a las mujeres expresar y desarrollar su feminidad. Feminidad entendida “*como cada una lo decida*”, convirtiéndose en otro punto de la sentencia que vale la pena recalcar.

Con esa definición, el Consejo de Estado escapa a los estereotipos de género y se niega a decirle a las mujeres de El Cunday qué tipo de mujeres deberían ser, sin restarle importancia al concepto de feminidad como algo definitorio y único de cada mujer que les permite autodeterminarse como individuos.

En los siguientes apartados ahondaremos en los puntos más relevantes de la sentencia, pero, en últimas, se debe recalcar la importancia que tiene que una decisión del máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aplique el enfoque de género de manera objetiva y exitosa. Empero, en

11 Norberto Hernández et al. “La paradoja del uso racional de la fuerza: cárceles colombianas en tiempos de COVID-19”, *Estudios de Derecho* 78, n.º 171 (2020), <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342893>. La pandemia del COVID-19 también destapó la difícil situación de las mujeres privadas de la libertad. Sobre el tema ver Luis Felipe Botero Cardenas y Santiago Forero Cardozo, “Covid-19: una pandemia que reveló las dificultades que afrontan las mujeres colombianas en entornos penitenciarios”, *Revista Universitas estudiantes* 22, (2020): 11-32, <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/11938082/4.+Botero-Forero+11-32.pdf/2cdf34bb-775e-4fff-8a78-5f2dc7319171>

un ámbito tan olvidado como lo es el penitenciario¹², el reconocimiento que se hace en esta decisión permite enfatizar el impacto diferencial que el hacinamiento carcelario tiene sobre las internas.

II. ¿POR QUÉ ES NECESARIO EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO Y CARCELARIO?

De acuerdo con ONU Mujeres, la perspectiva o enfoque de género¹³ es “*el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada*”, es decir, tener en cuenta las consecuencias diferenciales que una determinada acción o política puede tener, tanto para hombres como para mujeres.

La aplicación tanto de medidas de aseguramiento como de penas privativas de la libertad puede afectar a las mujeres de distintas maneras: en términos de su salud, su posibilidad de resocializarse, la crianza de sus hijos, entre otros. En el primer aspecto, se encuentra que la mayoría de las mujeres no recibe la cantidad de toallas higiénicas necesarias durante la menstruación y en algunos casos ni siquiera hay quien las suministre, lo que significa que las mujeres no cuentan con los implementos necesarios para atender su periodo. Adicionalmente, de conformidad con los datos del informe *Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*, más de la mitad de las encuestadas afirmó que no les han practicado exámenes médicos específicos, tales como la citología, que permitiría detectar de forma temprana un posible cáncer de cuello uterino¹⁴, enfermedad que podría ser mortal en caso de no contar con tratamiento oportuno.

Por otro lado, muchas de las mujeres que terminan en prisión provienen de un estrato socioeconómico bajo, donde no existen muchas oportunidades laborales ni educativas. A lo anterior se suma el hacinamiento como un obstáculo que no les permite acceder a programas de resocialización y mejoramiento de sus condiciones, por lo que una vez recuperan su libertad tienen pocas o nulas posibilidades de ingresar al mercado laboral y evitar reincidir.

En este contexto también se torna necesario resaltar el rol tradicional de las mujeres como cuidadoras y, en no pocos casos, la principal fuente de ingresos para sus familias. La separación de niños de corta

¹² “Los prisioneros son personas en quienes la mayoría de nosotros preferiría no pensar. Desterrados de la vista cotidiana, existen en un mundo de sombras que solo entra débilmente en nuestra conciencia. Son miembros de una <<institución total>> que controla su existencia diaria de una manera que pocos de nosotros podemos imaginar” (Traducción propia). (Elsner, 2004, 16, citado en Norberto Hernández et al. “La paradoja del uso racional”, 273).

¹³ Sobre la importancia del enfoque de género para superar el ECI carcelario ver Kelly Johana Giraldo Viana, “Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia”, *Estudios de Derecho* 78, n.º 171 (2020): 90-116, doi: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342877>.

¹⁴ En relación con lo anterior, ver Liliana Sánchez et al., *Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género* (Bogotá D.C.: Javegraf, 2018), marzo de 2021, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>.

edad de sus madres implica la desestructuración familiar, lo que trae consigo el rompimiento de las redes de apoyo de las mujeres internas.

Si tenemos en cuenta que una gran parte de las mujeres en los centros penitenciarios del país antes vivían en un contexto socioeconómico precario, eran madres cabeza de familia y tenían un nivel de escolaridad bajo, debemos analizar de dónde surge su participación en actividades delictivas. Según varios autores, *“las dificultades para conseguir un empleo estable -debido principalmente a los bajos niveles educativos-, y la necesidad de cumplir con su rol de proveedoras económicas como cabeza de familia pueden contribuir a que se involucren en actividades delictivas”*¹⁵. Sin embargo, también se debe resaltar que la mayoría de las mujeres recluidas son internas por primera vez y por la comisión de delitos no violentos que, como se explicaba anteriormente, suelen derivar de la necesidad de cumplir con su rol en una sociedad extremadamente desigual.

Sobre el tema, Sánchez y Hernández¹⁶ advierten:

“Los datos presentados sugieren que las mujeres infractoras tienen múltiples necesidades y experimentan diversos factores que están asociados con sus caminos hacia el delito. En el caso de la mayoría de las mujeres privadas de la libertad interactúan el género y el bajo estatus socioeconómico, lo cual genera una marginalidad múltiple. Con el fin de atender las diferencias y necesidades específicas de las mujeres, las políticas públicas relacionadas con el sistema penal deben incorporar un enfoque sensible al género orientado a abordar la situación de marginalidad múltiple (Covington & Bloom, 2003). Además de la perspectiva de género, las políticas públicas y los modelos de intervención deben basarse en un enfoque holístico que busque atender los diversos factores asociados con la actividad delictiva de las mujeres (Malloch & McIvor, 2010, 2011; Sheehan, McIvor, & Trotter, 2010). Enfrentar los factores asociados a la trayectoria del delito en las vidas de las mujeres es fundamental para mejorar los resultados de las políticas públicas y la justicia penal en todas sus etapas (Covington & Bloom, 2003).”

Ahora bien, por tratarse de delitos menores frente a los que cometen los hombres, las mujeres suelen ser condenadas a sentencias más cortas. No obstante, siendo madres cabeza de familia esto puede

15 Caicedo, 2017; Cruz et al., 2016; Giacomello, 2013; Ramos, 2003 citados en Liliana Sánchez et al., *Mujeres y prisión en Colombia*.

16 Astrid Liliana Sánchez y Norberto Hernández “Mujeres, delitos de drogas y trabajo comunitario como alternativa a la prisión en Colombia” en: *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, eds. Marcela Gutiérrez y Ángela María Olarte (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020): 361-403, 378, <https://publicaciones.ueexternado.edu.co/pluralismo-juridico-y-derechos-humanos-perspectivas-criticas-desde-la-politica-criminal-catedra-de-investigacion-cientifica-del-centro-de-investigacion-en-politica->.

conllevar la separación de sus hijos, resquebrajando aún más el tejido social y privando a los menores del apoyo necesario para su adecuado desarrollo. En ese sentido, debemos preguntarnos si la imposición de medidas de aseguramiento y penas privativas de la libertad, al menos en la generalidad de casos de delitos cometidos por mujeres, realmente es la medida adecuada, analizando la proporcionalidad de la pena no sólo en razón del injusto cometido, sino frente a las consecuencias sociales a futuro que ésta podría tener.

Probablemente la implementación de una política criminal preventiva que ataque las posibles causas del delito antes de que éste se cometa, sumado a la aplicación de medidas de justicia restaurativa, podría disminuir el número de mujeres que recurren a la criminalidad para garantizar el bienestar económico de sus familias, disminuyendo el hacinamiento en los pabellones de mujeres para garantizarle a las internas unas condiciones de reclusión dignas y una verdadera posibilidad de rehabilitación, al mismo tiempo en que se evita el desmoronamiento de núcleos familiares que, eventualmente, podría dar paso a una mayor criminalidad.

En virtud de lo anterior y en congruencia con el exhorto que hace el Consejo de Estado (apartados 95 y 187), se observan como acertadas medidas como el trabajo comunitario que es objeto de debate en el órgano legislativo¹⁷, sin perjuicio de buscar otras alternativas al encarcelamiento femenino.

III. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Tal como se pone de presente en la sentencia del Consejo de Estado, las mujeres reclusas en condiciones de hacinamiento se tornan más vulnerables a la violencia de género, esto es, a la violencia que sufren en razón de su reconocimiento y desarrollo como mujeres. Vale la pena aclarar que la violencia de género no sólo es de carácter sexual y puede tomar muchas formas dependiendo del contexto en el que se materialice.

En la cárcel las mujeres se encuentran sometidas directamente al Estado. En términos prácticos, esto significa que están sometidas a la autoridad directa de quienes ejercen la guardia y control de los centros penitenciarios, bien sean estas personas funcionarios estatales u otras internas. En estos casos, la violencia de género se puede manifestar, por ejemplo, en la imposibilidad de acudir a un baño con la puerta cerrada, lo que no sólo las obliga a exponer sus cuerpos sino que las hace un blanco fácil para cualquier tipo de agresión física o sexual, o en el hecho de que su ropa se manche de sangre durante la menstruación por no tener los medios de higiene necesarios, lo que las hace pasar por una situación

¹⁷ Proyecto de Ley 093 de 2019 (senado)/498 de 2020 (Cámara), Acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, Senado de la República. Un análisis de esta propuesta en Sánchez y Hernández “Mujeres, delitos de drogas”, 385-396.

vergonzosa ante los guardias, las demás reclusas e incluso terceros que puedan estar presentes.

Como bien lo expresa el Consejo de Estado, la humillación es uno de los mayores agravios a los que se puede someter a una persona, y puede tener un impacto terrible tanto físico como psicológico. Con la poca asistencia que tienen, no sorprende que muchas de las mujeres que hayan estado reclusas en El Cunduy hayan sufrido graves daños en su estado de ánimo, su autoestima e incluso su salud mental y, teniendo en cuenta la mayor vulnerabilidad que enfrentan estas mujeres en razón de su género, es fácil entender por qué una situación como la que tuvieron que enfrentar en ese establecimiento de reclusión puede ser considerada una situación de violencia.

El enfoque de género, implementado no sólo en la formulación de políticas criminales sino, además, en la organización de los centros penitenciarios, permite evidenciar a tiempo este tipo de vulneraciones, de manera que se atiendan oportunamente y se evite perpetuar situaciones que ponen en riesgo la vida y dignidad de las internas.

IV. CONCLUSIÓN

El Consejo de Estado, en la sentencia del 20 de noviembre de 2020, encontró acreditada la falla del servicio respecto a la privación de la libertad de las mujeres alojadas en el EPCMS El Cunduy. Con miras a reparar este daño antijurídico se condenó a las entidades mencionadas al inicio de este documento por perjuicios inmateriales (tanto morales como el perjuicio a sus derechos constitucionalmente protegidos, cuyo contenido coincide con el sacrificio al núcleo irreductible del derecho a la dignidad), debido a que el ECI carcelario no exime la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados

Esta decisión es revolucionaria debido a que tiene en cuenta el enfoque de género, indispensable en el análisis de la situación penitenciaria y carcelaria, en cuyo campo las mujeres se han visto relegadas a un rol de menor importancia. Como un primer paso, debemos reconocer que el sistema está pensado en relación de los hombres que resulten privados de la libertad, omitiendo por ello necesidades y vulnerabilidades propias de las mujeres que son reclusas. Decisiones como ésta exigen, no sólo de las instituciones colombianas directamente involucradas en la organización y administración de las penitenciarías sino de toda la sociedad colombiana, que nos replanteemos la forma en la que están concebidos nuestros sistemas penal y penitenciario, y los adaptemos con el objetivo de lograr que éstos respondan a las particularidades que deben enfrentar las mujeres en el país.

Adicional a la indemnización económica reconocida, es indispensable articular las órdenes de

reparación con las órdenes de moderación de la política criminal colombiana, que, en todo caso, se quedan cortas frente a la vulneración sistemática y generalizada de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad, razón por la cual se demandan medidas contundentes de la Judicatura para remediar esta situación, las cuales, en todo caso, deben mantener a las mujeres como un sujeto relevante en la discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariza, Libardo José y Torres, Mario Andrés “Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario”, *Revista Socio-Jurídicos* 21 No. 2 (2020): 227-258. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>.
- Botero, Luis Felipe y Forero, Santiago “Covid-19: una pandemia que reveló las dificultades que afrontan las mujeres colombianas en entornos penitenciarios”, *Revista Universitas estudiantes* 22, (2020): 11-32. <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/11938082/4.+Botero-Forero+11-32.pdf/2cdf34bb-775e-4fff-8a78-5f2dc7319171>
- Duarte, José María y García-Horta, José Baltazar “Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres”. *Revista CS*, n.º. 18 (2016): 107-158. <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n18/n18a06.pdf>
- Escobar, Gonzalo. “¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?” *Nuevo Foro Penal* 14, n.º. 91 (2018): 43-79. Doi: <https://doi.org/10.17230/nfp.14.91.2>
- Giraldo Viana, Kelly Johana, “Cárceles para mujeres: la necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia”, *Estudios de Derecho* 78, n.º. 171 (2020): 90-116. Doi: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342877>
- Hernández, Norberto. *El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2018.
- Hernández, Norberto et al. “Intervención ciudadana (Decreto 2067 de 1991, artículo 37)”. Referencia: Expediente número RE-277. Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 de 2020. Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de Colombia, Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana, 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=14847>
- Hernández, Norberto. “Violencia contra la mujer y respuesta punitiva: teoría feminista, consagración legal y estudio de casos”. *Diálogos de Saberes*, n.º. 40 (2014): 95-113. Doi: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.40.212>
- Hernández, Norberto et al. “La paradoja del uso racional de la fuerza: cárceles colombianas en tiempos de COVID-19”, *Estudios de Derecho* 78, n.º. 171 (2020), <https://revistas.udea.edu.co/index.php/>

[red/article/view/342893](#)

Proyecto de Ley 093 de 2019 (senado)/498 de 2020 (Cámara), Acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, Senado de la República.

Sánchez, Astrid Liliana y Hernández, Norberto, “Mujeres, delitos de drogas y trabajo comunitario como alternativa a la prisión en Colombia”. En *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*. Editado por Marcela Gutiérrez y Ángela María Olarte, 361-403. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/pluralismo-juridico-y-derechos-humanos-perspectivas-criticas-desde-la-politica-criminal-catedra-de-investigacion-cientifica-del-centro-de-investigacion-en-politica-criminal-n-11.html>.

Sánchez, Astrid Liliana, Rodríguez, Leonardo, Fondevila, Gustavo y Morad, Juliana, *Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá D.C.: Javegraf, 2018. Acceso en marzo de 2021, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>

MANTENIENDO BENEFICIOS EN LA TRANSICIÓN: DE JUSTICIA Y PAZ AL SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN

JUAN CAMILO BOADA ACOSTA*

CATALINA BOADA ACOSTA**

Recibido: 18 de abril de 2021. Aceptado: 29 de mayo de 2021.

RESUMEN

En los contextos de transición, los Estados tienden a otorgar beneficios judiciales a los antiguos victimarios para que dejen la lucha armada y regresen a la vida civil. En ese marco, dichos beneficios entran en conflicto con los derechos de las víctimas de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado. En ese contexto, este texto analiza la jurisprudencia más relevante proferida por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y la Jurisdicción Especial para la Paz sobre las condiciones a las que se sujetan aquellos que dejan las armas para acudir a la justicia transicional.

PALABRAS CLAVE

Régimen de condicionalidades, justicia transicional, Ley de Justicia y Paz, Jurisdicción Especial para la Paz.

* Abogado y Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de los Andes. Litigante y consultor en derecho penal, extinción de dominio y justicia transicional. Miembro del Comité Editorial de UNA Revista de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo: jc.boadaro@uniandes.edu.co.

** Abogada, Politóloga y Magíster en Construcción de Paz de la Universidad de los Andes y Magíster en Derecho de la Universidad de California, Berkeley. Asesora en un despacho de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz. Correo: catalinaboada02@gmail.com.

PRESERVING BENEFITS IN THE TRANSITION: FROM JUSTICE AND PEACE TO THE INTEGRAL SYSTEM OF TRUTH, JUSTICE, REPARATION AND NON-REPETITION

JUAN CAMILO BOADA ACOSTA*

CATALINA BOADA ACOSTA**

Received: april 18, 2021. Accepted: may 29, 2021.

ABSTRACT

In transition contexts, states tend to grant judicial benefits to former perpetrators, so they leave the armed conflict and return to civilian life. In this framework, said benefits conflict with the rights of victims of crimes committed in the context of the armed conflict. In this context, this text analyzes the most relevant jurisprudence issued by the Supreme Court of Justice, the Constitutional Court and the Special Jurisdiction for Peace about the conditions to which those who lay down their arms to resort to transitional justice are subjected.

KEY WORDS

Conditionality regime, transitional justice, Justice and Peace Law, Special Jurisdiction for Peace.

* Lawyer and Master of Law with emphasis in Criminal Law and Criminal Procedure Law from Universidad de los Andes. Litigator and consultant in criminal law, domain extinction and transitional justice. Member of the Editorial Committee of UNA Revista de Derecho of Universidad de los Andes. Email: jc.boada10@uniandes.edu.co.

** Lawyer, Political scientist, and Master of Peacebuilding from Universidad de los Andes and LLM from the University of California, Berkeley. Advisor in an office of the Chamber of Recognition of Truth and Responsibility and Determination of Facts and Conducts of the Special Jurisdiction for Peace. Email: catalinaboada102@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

En contextos de justicia transicional la concesión de beneficios para miembros de grupos al margen de la ley ha sido una herramienta usual para dar por terminados conflictos armados. Ello, con independencia de la naturaleza de la transición, es decir, sea de un régimen autoritario a uno democrático o de un contexto de guerra a uno de paz. Sin embargo, con el paso del tiempo y la cada vez mayor atención que reciben los derechos humanos –tanto a nivel nacional como internacional–, estos beneficios se han visto limitados frente a determinados delitos. Lo anterior, siempre pensando en los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. En esta línea, se puede hablar de que las “leyes de punto final” hoy en día no son aceptables, pues van en contravía de los derechos a la verdad y reparación de las víctimas⁰¹.

En este contexto, Colombia, que ha vivido diferentes negociaciones en la historia reciente del país, ha tenido que equilibrar dichos beneficios con las condiciones a las que se someten las personas desmovilizadas. Así, tras el perdón total que implicó la desmovilización del M-19, el Estado colombiano

01 Al respecto, Reyes Alvarado afirma: “Esta preocupación adquiere especial importancia frente a crímenes internacionales respecto de los cuales el interés en investigar, juzgar y sancionar a sus autores trasciende las fronteras nacionales, pues muchos de ellos buscan ingeniosos mecanismos para evadir sus responsabilidades dentro y fuera de sus países entre los que sobresalen los utilizados a finales del siglo XX en algunos países de América Latina para asegurar la impunidad de delitos tan graves como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas o las torturas. En esos años fue recurrente la expedición de normas de indulto y amnistía por propios regímenes totalitarios, o en virtud de leyes aprobadas posteriormente a través de un órgano parlamentario, a veces utilizando denominaciones aparentemente neutras como las de “ley de punto final” o “ley de caducidad”. Para justificar este tipo de normas suelen invocarse motivos de seguridad nacional, la búsqueda de la paz o la necesidad de efectuar una transición democrática pacífica como parte de la superación de estados de anormalidad institucional”. En: Yesid Reyes Alvarado, “Amnistías, indultos y principio de legalidad”, en *El indulto. Pasado, presente y futuro*, coord. Fernando Molina (Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2019), 422-423.

ha tenido que ponderar y repensar estos beneficios⁰². Primero, en el marco de la Ley de Justicia y Paz, con respecto a la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante AUC), de otros grupos paramilitares y de ciertos desmovilizados individuales de grupos insurgentes. Y, posterior y recientemente, esto ha sido analizado frente a ex miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC), así como agentes del Estado y terceros civiles que se han sometido a la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP).

Teniendo en cuenta lo anterior, han surgido diferentes figuras jurídicas con las cuales se ha intentado ponderar dichos derechos con las obligaciones de los beneficiarios. El presente texto busca repasar entonces la normativa y la jurisprudencia más relevante con respecto a la expulsión de personas sometidas a dos regímenes transicionales en el contexto colombiano. De un lado, el contexto de la Ley de Justicia y Paz y la desmovilización de, principalmente, ex miembros de grupos paramilitares. Del otro, el contexto del Acuerdo Final para la Paz y la desmovilización de ex miembros de las FARC, así como del sometimiento de terceros y agentes del Estado a la JEP.

En primer lugar, se analizará la Ley de Justicia y Paz. Para ello se dará un breve contexto de dicha ley y se explicarán los compromisos que se imponen a los postulados bajo dicha normativa. En segundo lugar, se hará lo mismo de cara al Acuerdo Final para la Paz. En ambos casos se expondrá el desarrollo normativo y jurisprudencial, este último por parte de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y diferentes órganos de la JEP. Posteriormente, se presentará un breve análisis comparativo. Finalmente, se sintetizan las ideas principales del texto en las conclusiones.

II. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

A. CONTEXTO

Por razones de espacio y por no tratarse del objetivo principal de este trabajo, no se profundizará sobre la naturaleza de la Ley 975 de 2005, más conocida como Ley de Justicia y Paz. Sin embargo, sí es necesario dar un breve contexto de esta.

⁰² Siguiendo la categorización propuesta por Uprimny, se trata de “perdones amnésicos”, que han resultado perjudiciales para los intereses de terminar el conflicto armado: “la experiencia colombiana muestra los efectos perversos de esas transiciones amnésicas; las amnistías incondicionales a la terminación de los conflictos, sin que se hubieran establecido responsabilidades, ni esclarecido la verdad de lo ocurrido, ni reparado a las víctimas, mantuvieron sentimientos de injusticia y venganza que alimentaron posteriores guerras y violencias.” En: Rodrigo Uprimny Yepes, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, AA.VV. (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006), 26.

En ese orden de ideas, la mencionada ley tuvo como objetivo principal la promoción de la desmovilización de miembros de grupos armados, ya fueran grupos guerrilleros o de autodefensa⁰³. Esta normativa tuvo origen en el interés que tenía el Gobierno Nacional de ese entonces por lograr la desmovilización de grupos de autodefensa presentes en múltiples zonas del territorio nacional. Igualmente, se buscó que, ya fuera individual o colectivamente, se desmovilizaran miembros de grupos guerrilleros. Lo anterior, no sólo con el fin de que cesara la actuación delictual de estos grupos a través de reincorporación de miembros de grupos al margen de la ley a la vida civil, sino también que las víctimas tuvieran derecho a la reparación, a la justicia y a conocer la verdad de los hechos ocurridos durante el conflicto armado.

Para ello, la Ley de Justicia y Paz planteó un beneficio para aquellos desmovilizados que entregaran las armas y aportaran verdad sobre lo sucedido en el marco del conflicto armado: la alternatividad. Esta consiste en obtener una pena alternativa por los delitos cometidos, la cual se movería entre los 5 y los 8 años. Para ello, el “postulado” -nombre dado a los desmovilizados sometidos a este régimen- quedaría sometido a una serie de condiciones⁰⁴. Estas condiciones serían necesarias no sólo para ingresar sino para mantenerse en este sistema⁰⁵. Igualmente, las condiciones exigirían la satisfacción de los derechos de las víctimas, entre otros, a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

B. LAS CONDICIONES BAJO LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La Ley de Justicia y Paz impuso una serie de condiciones a las personas desmovilizadas, diferenciando según supuestos de desmovilización colectiva o individual. Frente a la desmovilización colectiva, se encuentran las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

03 El artículo primero de dicha ley dice textualmente lo siguiente: “Artículo 1º. Objeto de la presente ley. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002”.

04 Artículo 29 de la Ley 975 de 2006. Es importante aclarar que la pena impuesta en el trámite de justicia y paz se adicionaría a la pena por hechos que previo al inicio de dicho trámite ya hubieran sido objeto de condena en la justicia ordinaria. Al respecto, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

05 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de agosto de 2011. Rad. 34.423. M.P. José Leonidas Bustos Martínez: “De tal manera que, constatada la satisfacción de los requisitos de elegibilidad, el desmovilizado camina ahora el sendero del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley e impuestas en la sentencia, relacionadas con la satisfacción de la verdad, la justicia y la reparación de sus víctimas”.

- 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.
- 10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.
- 10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita.
- 10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.
- 10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.⁰⁶

Por su parte, frente a los desmovilizados de manera individual se impusieron las siguientes:

- 11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.
- 11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.
- 11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.
- 11.4 Que cese toda actividad ilícita.
- 11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima ~~cuando se disponga de ellos~~.
- 11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.⁰⁷

Frente a esta ley, la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada por varios ciudadanos en contra de múltiples artículos. En dicha oportunidad, el Alto Tribunal estudió si el otorgamiento de un beneficio como la alternatividad supone afectaciones desproporcionadas a otros derechos constitucionales, particularmente de las víctimas. Para ello, determinó como elementos constitutivos de la sanción los siguientes: a) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia; b) es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria; c) es alternativa frente a la pena ordinaria; d) está condicionada al cumplimiento de los requisitos de ley; e) la pena impuesta debe cumplirse sin que sean aplicables beneficios como subrogados o sustitutos; f) una vez cumplida deberá cumplirse un período de prueba al final del cual se extingue la pena ordinaria inicialmente establecida; y g) se puede revocar en caso de que no se cumplan las obligaciones impuestas, caso en el que se debería cumplir las

06 Artículo 10. Frente a los numerales 10.2 y 10.6, la Corte Constitucional los declaró exequibles condicionalmente mediante Sentencia C-370 de 2006, “en el entendido de que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas”.

07 Artículo 11. El aparte tachado del numeral 11.5 fue declarado inexecutable en la misma providencia C-370 de 2006.

penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia⁰⁸.

Conforme lo anterior, la Corte encontró que, en principio, no genera una afectación desproporcionada al valor de la justicia. Sin embargo, al revisar el artículo 3 y la expresión “colaboración con la justicia”, el Alto Tribunal determinó que su vaguedad podría conducir a un desmedro en los derechos de las víctimas, por lo que fue necesario su condicionamiento en el sentido que dicha colaboración debe estar encaminada al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Respecto de las obligaciones de no repetición, la Corte indicó que la redacción del artículo 29 de la demandada ley suponía una afectación al valor de justicia y del derecho de las víctimas ya que “(l)os beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz”⁰⁹. Así, deberá ser el juez competente quien, caso a caso, analice la comisión de delito con el fin de determinar si los derechos de las víctimas a la no repetición ha sido vulnerado, a la luz de los postulados de la Ley de Justicia y Paz.

En cuanto al derecho a la verdad, la Corte estableció que es una condición indispensable para la garantía de los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas el dar cuenta del paradero de las personas desaparecidas o secuestradas, así como su destino, siendo este un requisito para la elegibilidad para la desmovilización colectiva de un grupo. Ello, en palabras de la Corte, no puede postergarse hasta el momento de la ejecución de la sentencia judicial, puesto que esto derivaría en un detrimento de los derechos de las víctimas a plantear recursos judiciales conducentes a encontrar a sus seres queridos. Igualmente, respecto de la versión libre se estableció que esta debe ser completa y veraz, por lo que se puede revocar el beneficio en caso de que se haya ocultado en dicha diligencia su participación directa en algún delito como miembro parte al grupo armado ilegal. Cabe aclarar que el Estado debe asegurar que la diligencia de versión libre se realice de manera consciente, libre y voluntaria, respetando el derecho a la no autoincriminación.

Finalmente, respecto de la obligación de reparar, la Corte indicó que las personas sometidas que pretenden alcanzar un beneficio tienen la obligación de declarar la totalidad de bienes que puedan aportar para la reparación de las víctimas, siendo el juez el que determine la suerte de los bienes aportados.

⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

⁰⁹ Ibid.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, autoridad competente para conocer en segunda instancia frente a casos del trámite de Justicia y Paz, se pronunció en múltiples oportunidades. Así, en Auto 27.873 de 2007 analizó el trámite a seguir cuando el desmovilizado renuncia a su sometimiento¹⁰. La Corte consideró que la renuncia a dicho trámite no afecta los derechos de las víctimas pues los hechos cometidos por el desmovilizado igual serían investigados por la justicia ordinaria¹¹. Asimismo, señaló que el proceso de Justicia y Paz requiere necesariamente de la voluntad del postulado de estar sometido a dicho trámite¹². Finalmente, el tribunal explicó que ante la renuncia a seguir en este trámite no es necesario pronunciamiento judicial, sino que basta con una decisión proferida por la Fiscalía General de la Nación¹³.

Posteriormente, en Auto 29.472 de 2008¹⁴, la Corte reiteró las diferencias entre el trámite a seguir en casos en los que el postulado renuncia voluntariamente frente a aquellos en los que es la Fiscalía la que desea expulsar al postulado. En esta oportunidad analizó una solicitud del ente acusador en la que argumentó que un postulado debía ser expulsado por haber sido pedido en extradición por Estados Unidos. En primer lugar, consideró que la “actividad ilícita” a la que se refiere el numeral 11.4 previamente citado “debe entenderse en el contexto de las acciones delictivas realizadas en el pasado por los desmovilizados en tanto miembros de una organización dedicada a la ejecución de infracciones punibles de diferente naturaleza”. En segundo lugar, el tribunal negó la solicitud por dos razones principales. De un lado, en virtud de la presunción de inocencia como derecho fundamental consagrado en la Constitución, consideró que únicamente podrá tenerse como responsable de un delito quien en su contra tiene una sentencia penal ejecutoriada¹⁵. De otro, considerando que la extradición por hechos menos graves que los confesados en Colombia implicaría impunidad pues no habría justicia frente a sus víctimas.

Precisamente, en cuanto a la obligación de no volver a incurrir en actividades ilícitas, la Corte ha señalado que no deben incluirse los delitos por los que ya había sido condenado previo a su desmovilización.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de agosto de 2007. Rad. 27.873. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹¹ Postura reiterada en Auto del 15 de abril de 2009. Rad. 31.181. M.P. María Del Rosario González De Lemos.

¹² Tuvo en cuenta el Decreto 3391 de 2006, en particular el artículo 9º relativo a la obligación de confesar plena y verazmente los hechos cometidos durante el conflicto durante la versión libre. Postura reiterada en Auto del 20 de abril de 2009. Rad. 31.234. M.P. María Del Rosario González De Lemos.

¹³ Postura reiterada en Autos del 4 de marzo de 2009. Rad. 31.235. M.P. Yesid Ramírez Bastidas y del 20 de abril de 2009. Rad. 31.234. M.P. María Del Rosario González De Lemos. Por su parte, en Auto del 26 de octubre de 2007, rad. 28.942, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, afirmó que siguiendo lo prescrito en la Ley 906 de 2004, en caso de muerte del postulado debía solicitarse preclusión ante el juez de conocimiento.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 10 de abril de 2009. Rad. 29.472. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

¹⁵ Reiterada en Auto del 23 de agosto de 2011. Rad. 34.423. M.P. José Leonidas Bustos Martínez

Así, el postulado no sería objeto de expulsión, sino que las penas previamente impuestas y las penas a imponer en el trámite de Justicia y Paz serían sumadas¹⁶.

Igualmente, dicha Corte consideró que el párrafo 4º (añadido por el Decreto 1364 de 2008) del artículo 3º del Decreto 4760 de 2005 era inconstitucional, pues permitía que sin análisis judicial alguno el Gobierno Nacional retirara discrecionalmente postulados del listado entregado y que la Fiscalía “cesar[a] de inmediato toda actuación” tramitada por la Ley 975 de 2005¹⁷. Así, señaló que en dichos supuestos debía aplicarse la excepción de inconstitucionalidad y el Fiscal seguir adelante con el trámite, al menos hasta que un juez declarara que debía expulsarse al postulado. Igualmente, explicó que en casos en los que posterior a la postulación se verifique que no se satisfacían los requisitos para ser postulado, como cuando el hecho investigado no ocurrió o no lo hizo en el marco del conflicto armado, no debe excluirse al postulado sino solicitar la preclusión por inexistencia del hecho investigado. Finalmente, reiteró la postura relacionada con la necesidad de una sentencia ejecutoriada para definir que una persona ha vuelto a delinquir.

También ha señalado la importancia de la versión libre¹⁸ como escenario para aportar a la verdad y la justicia de las víctimas¹⁹. Al respecto, señaló en el caso de “el Alemán” que para permanecer en el trámite de Justicia y Paz no basta con el cumplimiento de los requisitos de acceso, sino que también que dicho compromiso se debe confirmar en la mencionada diligencia. Así, en esta se deben confesar los hechos cometidos durante su permanencia en el grupo armado como condición para la continuidad en el proceso de justicia y paz²⁰. Asimismo, ha señalado que el postulado debe mostrar que su compromiso con la paz se mantiene “íntacto y latente”²¹. Así, se le exige al desmovilizado que

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 2010. Rad. 33.124. M.P. María Del Rosario González De Lemos.

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 12 de febrero de 2009. Rad. 30.998. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

18 “ARTÍCULO 17. VERSIÓN LIBRE Y CONFESIÓN. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado quien los interrogará sobre los hechos de que tengan conocimiento. En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán la fecha y motivos de su ingreso al grupo y los bienes que entregarán, ofrecerán o denunciarán para contribuir a la reparación integral de las víctimas, que sean de su titularidad real o aparente o del grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecieron. (...)”

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de febrero de 2011. Rad. 49.711. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de marzo de 2009. Rad. 31.162. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 15 de abril de 2009. Rad. 31.181. M.P. María Del Rosario González De Lemos.

informe a la Fiscalía cualquier cambio de domicilio.

También ha señalado que el compromiso de no incurrir en actividades ilícitas no sólo es condición de acceso sino de mantenimiento de los beneficios. Ello, en el entendido de que fue a partir de ese cambio hacia el futuro que se construyó el conjunto de normas del trámite de Justicia Paz. Lo anterior, atado con la voluntad del postulado por hacer parte de dicho trámite especial:

Así, que la normatividad transicional supone que sus beneficiarios son tanto el Estado como las víctimas, pero también los ofensores: el Estado por cuanto se consolida como Estado de Derecho y asume el monopolio de la fuerza y se aproxima a la concreción de una paz sostenible; las víctimas por conocer la verdad de la causa de su dolor y por ser reparadas integralmente; y los victimarios ya que en su favor, el Estado renuncia a una parte de la pena ordinaria, a cambio de que los postulados se comprometan con aquello que es exigido como requisito de elegibilidad, esto es, que suspendan su accionar armado, y en general que cambien su actitud en el futuro inmediato, a partir de su desmovilización. (...)

Así pues, la materia prima con la cual se construyó la esperanza de un mejor país que subyace en la filigrana de la Ley de Justicia y Paz, es la voluntad de sus intervinientes, de tal forma que decidan escoger el camino de la paz en vez del sendero de la guerra; la voluntad, esa facultad intelectual en la que se concentra tanto la fuerza del querer como una motivación, esa tan importante para el devenir social que se identifica con la realización de la paz y la convivencia, presupuestos del orden, la seguridad, el progreso y la justicia.²²

Con base en el desarrollo jurisprudencial expuesto, el Congreso modificó la Ley 975 de 2005 mediante la ley 1592 de 2012. Entre otras, incluyó normas que desarrollaron la exclusión y la renuncia del mencionado trámite:

ARTÍCULO 11A. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS. Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de agosto de 2011. Rad. 34.423. M.P. José Leonidas Bustos Martínez

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.
 2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.
 3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.
 4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.
 5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.
 6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley.
- (...)

Igualmente, se reglamentó dicho artículo mediante el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, que definió que para la aplicación de la expulsión mencionada en el numeral 50 bastaba con una sentencia de primera instancia.

Con posterioridad a dicha normativa, fue mucho más claro el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la expulsión de postulados. En particular, en cuanto al compromiso descrito en el numeral 5º consolidó una clara línea jurisprudencial en la que consideró que era una condición objetiva que no daba lugar a interpretación alguna. Así, cualquier condena dolosa necesariamente implicaba la expulsión inmediata del postulado del trámite de Justicia y Paz²³. No obstante, en 2019 cambió esa línea jurisprudencial. La Corte creó una regla según la cual excepcionalmente podría no expulsarse al postulado condenado por un delito doloso. Para determinar si no debe procederse con la expulsión de un sujeto condenado a porte de estupefacientes, la Corte consideró que

cuando la entidad del hecho punible sea mínima, deberá ponderarse esa situación frente a los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer lo

23 Entre otras, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de febrero de 2011. Rad. 49.711. M.P. Eugenio Fernández Carlier; Auto del 20 de noviembre de 2014. Rad. 43.212. M.P. Eyder Patiño Cabrera; Auto del 24 de septiembre de 2014. Rad. 44.101. M.P. Eugenio Fernández Carlier; Auto del 3 de mayo de 2017. Rad. 49.500. M.P. Eyder Patiño Cabrera; Auto del 9 de agosto de 2017. Rad. 50.432. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero; Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 52.425. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Auto del 8 de agosto de 2018. Rad. 53.190. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

sucedido, siempre que el postulado esté cumpliendo con los restantes deberes adquiridos y haya colaborado eficazmente con la reconstrucción de la verdad.²⁴

Finalmente, en 2020 reiteró la mencionada jurisprudencia, pero señaló que en el caso concreto no era aplicable. Así, el postulado frente al cual la Fiscalía solicitó la expulsión había sido condenado por fraude procesal y falso testimonio. Para la Corte, de ninguna manera era posible mantener al postulado en el trámite de Justicia y Paz pues los delitos por los cuales fue condenado eran muy graves, “porque con ellos se desconoce el imperativo de verdad que orienta la justicia transicional.”²⁵

III. EL ACUERDO FINAL PARA LA PAZ Y LA JEP

A. CONTEXTO

Tal como se hizo en el anterior apartado relativo a la Ley de Justicia y Paz, en este se hará una breve contextualización de la JEP como órgano creado en virtud del Acuerdo Final para la Paz. Y, en primer lugar, precisamente es relevante señalar que la JEP es producto de un Acuerdo que buscó darle un cierre al conflicto armado desde diferentes ámbitos, no únicamente desde el judicial. La JEP entonces es el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En dicho sistema operan otras entidades de carácter extrajudicial, de manera que se complementan con las funciones judiciales de la JEP con las de la Comisión de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas.

La principal función de la JEP es la de “administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario”²⁶. Así, el ingreso a la JEP es considerado un beneficio en sí mismo²⁷, ya que a partir de ello se obtienen los otros, ya sean definitivos o transitorios. Hay beneficios transitorios como la suspensión de órdenes de captura, la libertad condicionada o la Privación de la Libertad en Unidad Militar (PLUM) o Policial (PLUMP). A su vez, hay beneficios definitivos como la amnistía o la renuncia a la persecución penal. Igualmente, no puede pasarse por alto que las penas que impone la JEP, incluso

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 53.516. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 14 de octubre de 2020. Rad. 57.834. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

26 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. 12 de noviembre de 2016, 129.

27 Así lo ha dicho la Sección de Apelación en diferentes oportunidades. Al respecto, véase: Autos TP-SA 19 de 2018 y TP-SA 020 de 2018. En la misma línea, la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en Resolución 1326 del 13 de marzo de 2020.

aquellas de mayor gravedad, son mucho más cortas y tienen un componente menos afflictivo que las penas ordinarias²⁸. Estas son las sanciones propias²⁹, alternativas³⁰ y ordinarias³¹.

Expuesto lo anterior, basta señalar que los anteriores beneficios fueron considerados por la Corte Constitucional exequibles bajo el entendido de que su procedencia estaría condicionada al cumplimiento de compromisos por parte de los comparecientes a la JEP:

Y, finalmente, con respecto al sistema de incentivos condicionados, el Acto Legislativo 01 de 2017 acoge un modelo que, por un lado, otorga tratamientos penales especiales favorables para los destinatarios de la Jurisdicción Especial para la Paz, a través de figuras como las amnistías, los indultos, las renunciaciones a la acción penal, las suspensiones de la ejecución de la pena, las sanciones extrajudiciales, las penas alternativas y las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, y que, por otro, existe un condicionamiento de tales beneficios a la existencia una contribución efectiva a la verdad y a la reparación de las víctimas. **La lógica que subyace a este modelo es que las restricciones en términos de justicia tienen como contrapartida una ganancia al menos equivalente en términos de verdad y de reparación a las**

28 Al respecto de la naturaleza de estas sanciones, véase: Ricardo Posada Maya, “El Régimen De Sanciones De La Jurisdicción Especial Para La Paz: Un Nuevo Escenario Para Los Fines De La Pena”, en: *Revista General de Derecho Penal*, No. 28: RI §419485. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419485&texto=; y Norberto Hernández Jiménez, “De la privación a la restricción de la libertad y otras sanciones penales: ¿hacia un paradigma restaurativo en la justicia especial para la paz colombiana?”, en *Universitas*, Vol. 69 (2020): 1-23. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/29010>.

29 Ley 1957 de 2019, artículo 126: “SANCIONES PROPIAS. Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a todos quienes reconozcan responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición.”

30 Ley 1957 de 2019, artículo 128: “SANCIONES ALTERNATIVAS. Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de Enjuiciamiento, antes de que se profiera Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de cinco (5), a ocho (8) años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho (8) años.”

31 Ley 1957, artículo 130: “SANCIONES ORDINARIAS. Las sanciones ordinarias que se impondrán a quienes comparezcan ante la JEP y no reconozcan verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a quince (15) años ni superior a veinte (20), en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de veinte (20) años.

Las denominadas sanciones alternativas y ordinarias, si incluirán privaciones efectivas de la libertad como cárcel o prisión. (...)”

víctimas, de modo que, evaluado en conjunto el sistema, generaría una ganancia sustantiva en los bienes jurídicos a los que apuntan los instrumentos de transición.³² (Negrilla añadida).

B. LAS CONDICIONES BAJO EL ACUERDO FINAL PARA LA PAZ

En este contexto, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de diferentes órganos de la misma JEP han desarrollado las obligaciones de los comparecientes a la JEP a partir de lo dispuesto en el artículo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2017: “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, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición”³³. Así, este régimen de condicionalidad está compuesto por las siguientes obligaciones:

- (i) Dejación de armas;
- (ii) Obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral;
- (iii) Obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5º del artículo 1º del A.L. 01 de 2017;
- (iv) Garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1º) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados;
- (v) Contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular a decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos; y
- (vi) Entregar los menores de edad, en particular las obligaciones específicas establecidas en el numeral 3.2.2.5 del Acuerdo Final.³⁴

Al respecto, la Corte Constitucional ha encontrado admisible la concesión de tratamientos penales especiales en el marco de transiciones bajo el entendido que la obligación persecutoria y represiva frente a los fenómenos delictivos puede flexibilizarse cuando el objetivo es la consecución de la paz. Así, se ha determinado que “los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación pueden ser limitados o restringidos, pero tan sólo en tanto esto sea indispensable para la consecución de una paz estable y duradera, y en tanto lo anterior no anule la base y el sustrato mismo del reconocimiento de sus derechos”³⁵.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

33 Este artículo es una transcripción del Acuerdo Final para la Paz en su página 145.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Bajo el análisis de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, el Alto Tribunal estableció que el régimen de condicionalidad tiene como premisa que todo acceso y mantenimiento de beneficios consagrados en el régimen especial están supeditados a la contribución efectiva a la reconstrucción de la verdad, la reparación y las garantías de no repetición. Se advirtió que dicho régimen de condicionalidad es un elemento estructural del Sistema Integral, cuya satisfacción resulta del esquema de articulación entre sus diferentes componentes judiciales y extrajudiciales.

La Corte identificó las siguientes particularidades del mencionado régimen: (i) tiene un carácter integral y comprensivo en tanto los tratamientos especiales se encuentran supeditados al aporte de verdad, reparación y no repetición en todos los componentes del Sistema; (ii) la condicionalidad es extensiva tanto al acceso como al mantenimiento de los tratamientos penales especiales; (iii) el régimen se rige por los principios de proporcionalidad y gradualidad, de manera que el nivel de contribución determina los beneficios susceptibles de ser otorgados, así como la magnitud de incumplimiento define el alcance de la pérdida de tratamientos especiales; y (iv) la verificación del cumplimiento del régimen se encuentra a cargo de la JEP.

Respecto de la gravedad del incumplimiento, la Corte Constitucional estableció en la sentencia C-007 de 2018 tres parámetros. El primero de ellos relacionado con el principio de gradualidad, según el cual los tratamientos especiales están sujetos al cumplimiento de condiciones impuestas por todos los componentes del Sistema, sin importar su naturaleza. Así, bajo una noción integral, el incumplimiento de condiciones ante cualquiera de las instancias del SIVRNR podría conducir a la pérdida de beneficios o la afectación de los mismos.

El segundo parámetro se enmarca en el principio de proporcionalidad, en tanto “las consecuencias del incumplimiento de las condiciones serán proporcionales a la gravedad del mismo, su naturaleza y el tratamiento otorgado”³⁶. Muy de la mano de este se encuentra el tercer parámetro, el cual se relaciona con el principio de gradualidad, conforme al cual la afectación a los beneficios otorgados deberá estar sujeta a los niveles de responsabilidad, gravedad e intención del incumplimiento, así como la afectación a los principios y finalidades del Sistema Integral. Concluye entonces la Corte que “no cualquier incumplimiento tendrá consecuencias, no todo incumplimiento con consecuencias tiene idénticas repercusiones”³⁷, ni cualquier incumplimiento al régimen de condicionalidad traduce en la exclusión de la Jurisdicción.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

37 Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

Así, el Alto Tribunal consideró que la JEP, al realizar un ejercicio de ponderación entre la gravedad del incumplimiento, y el tipo de beneficio otorgado, está asegurando que el régimen de condicionalidad parte de 3 premisas: (i) consolidación de la seguridad jurídica para excombatientes y demás destinatarios de los beneficios penales; (ii) la contribución para la consolidación de la paz; y (iii) la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Posteriormente, en el marco del control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la JEP, la Corte profundizó aún más en el análisis del régimen de condicionalidad. En particular, en el fallo C-080 de 2018, se estableció que el compromiso de terminar el conflicto armado y garantizar su no repetición es el compromiso esencial para acceder y permanecer en la JEP, por lo que su incumplimiento deriva en la exclusión de la JEP. Para los ex combatientes de grupos armados ilegales que hayan suscrito el Acuerdo de Paz dicha obligación se traducirá en no volver a participar en violencia armada o reincidir en hechos de delincuencia armada organizada. Para los civiles sometidos voluntariamente a la JEP, quienes en principio no participan en hostilidades, dicho compromiso se materializa en no volver a cometer graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH. Compromiso que también se exigirá a los miembros de la Fuerza Pública, dado su carácter constitucional.

Otra condición de acceso y permanencia es la contribución a la verdad plena, entendida esta como “relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada, las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades”³⁸. Lo anterior no implica el reconocimiento de responsabilidad cuando la persona no es responsable de la comisión de un hecho.

Será entonces el grado de contribución a la verdad así como el momento en que se realice que determinará el tipo de sanción aplicable por la Jurisdicción. Dicha contribución no solo debe darse ante la JEP, sino también ante los demás órganos del Sistema Integral, es decir, ante la Comisión de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, ya sea por comparecencia voluntaria o por solicitud expresa. Estas otras entidades acreditarán ante la JEP el cumplimiento de la obligación de contribuir a la verdad de aquellas personas que buscan acceder a tratamientos especiales.

Respecto de la obligación a contribuir con la reparación de las víctimas, la Corte Constitucional estableció que la JEP debía verificar las siguientes: (i) la obligación de reparación como parte del componente restaurativo de la sanción propia; (ii) los ex miembros de las FARC debían inventariar sus bienes y entregarlos para reparación; (iii) la entrega de bienes provenientes de actividades ilícitas;

38 Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

y, (iv) en cuanto a las medidas de satisfacción, la contribución a la verdad y el reconocimiento de responsabilidad como medida de acceso y permanencia ante la Jurisdicción. Se concluye entonces que el régimen de condicionalidad será un requisito tanto de acceso como de mantenimiento de los beneficios.³⁹

Con base en lo anterior, la Sección de Apelación adoptó un criterio según el cual el régimen de condicionalidad se garantiza en aquellos casos de comparecientes voluntarios⁴⁰ mediante la presentación de un programa claro, completo y programado⁴¹. El mismo ha sido tenido en cuenta como requisito de ingreso a la JEP, y a la fecha no se ha expulsado por el incumplimiento del mismo⁴², aunque no sería extraño que próximamente sucediera, ya que tanto la Sección de Apelación como la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas han establecido que este es objeto de una construcción dialógica y que a medida que avanza el proceso ante la JEP mayor claridad debe tener dicho programa⁴³.

Para garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones se creó el incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad, descrito en el artículo 67 de la Ley 1922 de 2018. En su decisión, la Sala o Sección deberá determinar si hubo incumplimiento o no del régimen, y adicionalmente “la forma de graduar en cada caso las consecuencias que tales incumplimientos acarreen, siempre dentro de los parámetros fijados en el Acuerdo Final, con criterios de proporcionalidad para determinar la gravedad del incumplimiento”.

Ahora bien, ya en diferentes oportunidades la JEP ha tenido que activar el mencionado incidente. En una primera oportunidad inició el incidente en contra de Hernán Darío Velásquez Saldarriaga,

39 Igualmente: Heydi Baldosea Perea, “Una aproximación a la construcción del régimen de condicionalidad en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, en *La JEP Vista Por Sus Jueces (2018-2019)*, coord. Danilo Rojas Betancourth (Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020), 113.

40 Aunque legalmente no existe una distinción entre comparecientes voluntarios y forzosos, la misma es producto de un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y posteriormente de órganos de la JEP. Específicamente ello se ha analizado de cara a los terceros y agentes del Estado no miembros de la fuerza pública, ya que en virtud de lo decidido por la Corte Constitucional en Sentencia C-674 de 2017 la JEP no podría tener competencia automática sobre estos ya que se vulneraría el principio de juez natural. Así, serían comparecientes forzosos los combatientes del conflicto armado, mientras que los sujetos que no tuvieron dicho rol son comparecientes voluntarios.

41 Véase las providencias que fundaron la línea al respecto: Autos TP-SA 19 de 2018 y TP-SA 020 de 2018.

42 Es importante aclarar que, aunque en medios se registró como una expulsión, el ex alcalde de Cúcuta Ramiro Suárez Corzo no fue expulsado de la JEP, sino que su sometimiento fue negado. En: Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución No. 992 del 2 de marzo de 2021.

43 Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA-154 de 2019 y Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT 1 del 3 de abril de 2019. Véase: Baldosea Perea, “Una aproximación a la construcción del régimen de condicionalidad en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, 116 y ss. Vale la pena mencionar que han sido múltiples documentos los que ha utilizado la JEP para concretar obligaciones del régimen de condicionalidades: el compromiso claro, concreto y programado (CCCCP), el *pactum veritatis* y el formato F1. Al respecto, ver: Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 607 de 2020 del 16 de septiembre de 2020.

alias “El Paisa”⁴⁴. Una vez firmado el Acuerdo Final entre el Gobierno y las FARC, Velásquez firmó acta de compromiso en la que ratificó su compromiso con la paz. Al ser acreditado como miembro de las FARC, a Velásquez se le otorgaron múltiples beneficios: amnistía *de iure*, suspensión de órdenes de captura y libertad condicional. Tras la reiterada inasistencia del compareciente a los llamados realizados por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (en adelante, Sala de Reconocimiento) para que explicara su participación en algunos de los macrocasos priorizados⁴⁵, esta inició el incidente en octubre de 2018.

La Sala de Reconocimiento analizó el cumplimiento de Saldarriaga frente a tres condiciones específicas:

- (i) La condición indispensable para el cumplimiento progresivo del régimen y contribución a la verdad y la reparación: comparecencia ante la JEP;
- (ii) la obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral; y
- (iii) la dejación de armas y la obligación de garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero de diciembre de 2016.

La Sala concluyó que Saldarriaga no compareció a la JEP en los 3 momentos en los que fue citado, ni entregó información a la Sala sobre el cumplimiento de su obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral y adicionalmente abandonó el Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación en el que se encontraba. Por el contrario, siguiendo la línea que había sido decantada por la Corte Suprema de Justicia, consideró que no había manera de acreditar el incumplimiento de los deberes de dejación de armas, no repetición y no delinquir, pues no había sentencia ejecutoriada en su contra.

Finalmente, la Sala tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad para determinar la consecuencia a imponer. Para ello, aplicó la regla planteada por la Corte Constitucional según la cual “mientras mayores sean la gravedad del incumplimiento y la entidad de los beneficios de que goza el incidentado, y menor la justificación del incumplimiento de las condiciones, mayor debe ser la consecuencia”. Aplicada al caso, la Sala explicó que las faltas de Saldarriaga eran graves pues “muestran el desinterés de Velásquez Saldarriaga por contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas”. Sin embargo, explicó que la consecuencia más grave que puede darse en el marco del incidente de incumplimiento,

⁴⁴ Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto 061 del 26 de abril de 2019.

⁴⁵ Al respecto, ver: Ley 1957 de 2019, artículo 79, literal t.

la exclusión del Sistema, no le era aplicable pues esta se reservaba para el incumplimiento más grave: volver a alzarse en armas. Por el contrario, se le revocó la libertad condicional, se libró orden de captura en su contra, se le revocó el beneficio económico de renta básica que le era entregado y se declaró que no era elegible para sanción propia, aunque reconoció que esta última decisión podía ser reevaluada eventualmente.

Ahora, frente a dicho caso también se pronunció la Sección de Apelación de la JEP, órgano de cierre de la JEP. Lo hizo en segunda instancia y en condiciones muy particulares, pues, como es públicamente conocido en Colombia, tanto Velásquez Saldarriaga como otros desmovilizados de las FARC decidieron volver a las armas. El 29 de agosto de 2019 fue publicado un vídeo en el que aparecían él y otros antiguos desmovilizados, entre los cuales estaba Iván Márquez. Este último dijo: “ha comenzado la segunda Marquetalia, bajo el amparo del derecho universal que asiste a todos los pueblos del mundo de levantarse en armas contra la opresión. Es una respuesta a la traición del Estado a los acuerdos de paz de La Habana”⁴⁶. Con base en ello, la Sección de Apelación se refirió a la apelación del caso de El Paisa mediante Auto TP-SA 288 de 2019⁴⁷.

La Sección de Apelación consideró que ante hechos notorios como el mencionado no tiene sentido iniciar o, como en este caso, seguir adelante con un incidente de incumplimiento. Para la Sección, ante la “deserción manifiesta” el órgano competente debe declararse incompetente, declarar la pérdida automática de los beneficios concedidos y revertir todas las actuaciones a la justicia ordinaria⁴⁸. Adicionalmente, se apartó del criterio de la Sala de Reconocimiento al señalar que no se requiere una condena para determinar el incumplimiento del régimen. Al respecto considera que ello no solo restringe los derechos de las víctimas sino también desconoce la estricta temporalidad que rige las funciones de la JEP, haciendo que esa espera por una condena tarde demasiado. La Sección entonces concluyó que Velásquez Saldarriaga debía ser expulsado del sistema tras calificar su incumplimiento como extremadamente grave:

En primer lugar, los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación han experimentado un absoluto nivel de desconocimiento. El señor VELÁSQUEZ, principalmente, (i) retomó las armas contra el Estado y, por lo mismo, (ii) violó directamente el deber de no repetición de lo sucedido. Pero también, por lo demás, (iii) no contribuyó

46 “Márquez y Santrich reaparecen en video anunciando que vuelven a guerra”, *El Tiempo*, 29 de agosto de 2019, acceso el 10 de abril de 2021, <https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/video-ivan-marquez-anuncia-creacion-de-nueva-guerrilla-406290>

47 Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. Auto TP-SA 288 del 13 de septiembre de 2019.

48 *Ibid*, párr. 20.

en forma alguna con el esclarecimiento de los hechos que son objeto de conocimiento de la SRVR en el marco del caso n.º 001, (iv) desconoció por completo su obligación de contribuir a satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana, en tanto nunca asistió a las audiencias judiciales a las cuales fue citado en la JEP, (v) en ningún momento informó su paradero y (vi) abandonó el proceso de reincorporación, dejándolo inconcluso y poniendo en riesgo la permanencia en él de los otros excombatientes a los que acompañaba.⁴⁹

Posteriormente, la Sección de Apelación reiteró dicha postura, según la cual no debe iniciarse un incidente de incumplimiento cuando hay una clara intención del compareciente de desistir del trámite ante la JEP⁵⁰. Lo hizo al conocer la apelación del caso de Jesús Santrich frente a la decisión que le concedió la garantía de no extradición⁵¹. Asimismo, la Sala de Reconocimiento expulsó a Iván Márquez, José Manuel Sierra Sabogal, alias “Aldinever”, y a Henry Castellanos, alias Romaña⁵², a Leyder Johany Noscué Bototo, alias Mayimbú⁵³, y a José Vicente Lesmes, alias Walter Mendoza⁵⁴, siguiendo en todas estas la línea planteada por la Sección de Apelación en cuanto a la deserción manifiesta. Llama la atención que frente a alias Romaña la Sala tuvo en cuenta información que indica que dicho sujeto había incurrido un nuevo acto de desplazamiento forzado en el departamento del Meta⁵⁵, lo cual indica que frente a este hecho también siguió la lógica de la Sección de Apelación según la cual no se requiere una condena en firme para acreditar el incumplimiento de la obligación de no volver a delinquir.

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO

En los dos capítulos anteriores se presentaron las normas y jurisprudencia más relevante en materia de mantenimiento de los beneficios entre los sistemas de Justicia y Paz y del Acuerdo Final para la Paz. En el presente apartado se hará una breve comparación entre los dos sistemas.

49 Ibid, párr. 85.1.

50 Dicha postura fue reiterada incluso en el caso de Seuxis Paucias Hernandez Solarte, alias “Jesús Santrich”, en un particular supuesto en el que la Sección de Apelación conocía, no en virtud de un recurso de apelación frente a una decisión de un incidente de incumplimiento, sino frente al de una apelación de una decisión de garantía de no extradición. En: Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. Auto TP-SA 289 de 2019.

51 Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz, Sección de Revisión. Auto SRT-AE-030 de 2019.

52 Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 216 del 4 de octubre de 2019.

53 Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 264 del 18 de diciembre de 2019.

54 Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 195 del 24 de septiembre de 2019.

55 Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto No. 216 del 4 de octubre de 2019, párr. 46.

En primer lugar, debe destacarse que son varias las semejanzas en los sistemas de Justicia y Paz y del Acuerdo para la Paz en lo que tiene que ver con las condiciones a las que están sometidos sus postulados o comparecientes. Es cierto que la naturaleza que de las negociaciones fue profundamente diferente y que eso en principio haría que la lógica de las exclusiones entre uno y otro fueran diferentes⁵⁶. Sin embargo, es innegable que hay profundas similitudes que surgen de lo previamente expuesto. Entre ellas, vale destacar el hecho de que el éxito de los objetivos planteado por uno y otro tiene como uno de los ejes centrales la voluntad del desmovilizado o compareciente en hacer parte del proceso especial. Los órganos judiciales de cierre en uno y otro sistema han destacado que si el compareciente no quiere hacer parte del proceso no tiene sentido mantenerlo en el mismo.

Sin embargo, eso pone de presente una particularidad, si se quiere, terminológica en el caso del Acuerdo de Paz. La distinción previamente expuesta entre comparecientes forzosos y voluntarios termina siendo, a falta de un término más preciso, artificiosa. Si bien esta tiene consecuencias prácticas relacionadas con que frente a los voluntarios debe exigirse el programa claro, completo y programado, lo cierto es que sin voluntad de aquellos llamados comparecientes forzosos no se va a lograr la verdad, reparación y no repetición propuesta. Tanto así, que, aunque los altos mandos de las antiguas FARC que volvieron a las armas eran comparecientes forzosos, su deserción manifiesta implicó su inmediata expulsión.

En segundo lugar, y de la mano con lo anterior, resulta innegable que el régimen de condicionalidad que hoy rige a los comparecientes en virtud del Acuerdo de Paz tiene origen en desarrollos jurisprudenciales de la Ley de Justicia y Paz. Tal como lo plantea Baldosea Perea, esta ponderación entre beneficios y condiciones fue analizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2006 en el marco de la Ley de Justicia y Paz⁵⁷, y esta misma ponderación fue hecha por la Corte Constitucional en el marco del Acuerdo de Paz en las sentencias previamente citadas en este texto. En ambos sistemas la conclusión es la misma: unos beneficios judiciales tan amplios únicamente se justifican por las ganancias que reportan para las víctimas en términos de verdad y reparación.

En tercer lugar, a pesar de las semejanzas expuestas, las aproximaciones por parte de la JEP han sido diferentes. De un lado, se ve que en casos de incumplimientos de cara a las obligaciones surgidas del Acuerdo de Paz referidas a la comisión de delitos y de volver a las armas la Sección de Apelación dejó claro

56 Reinere de los Ángeles Jaramillo Chaverra, “Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad en el marco del Acuerdo de Paz”, en *La JEP Vista Por Sus Jueces (2018-2019)*, coord. Danilo Rojas Betancourth (Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020), 432.

57 Baldosea Perea, “Una aproximación a la construcción del régimen de condicionalidad en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”, 114.

que no se requiere una sentencia, siquiera de primera instancia, para verificar dicho incumplimiento. Incluso, a pesar de que la Sala de Reconocimiento inicialmente había seguido la misma lógica de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la presunción de inocencia y a la imposibilidad de acreditar dicho incumplimiento sin sentencia alguna, luego del levantamiento en armas de varios ex guerrilleros siguió la línea de la Sección de Apelación, llegando hasta a verificar dicho incumplimiento a partir de información de nuevas conductas constitutivas de desaparición forzada por parte de alias Romana. Ahora, debe advertirse que en supuestos de desertión armada manifiesta era claramente innecesario exigir una condena de la justicia ordinaria por el delito de rebelión y afines. Lo verdaderamente retador va a ser cuando la JEP deba enfrentar casos de delitos de mucha menor entidad como el porte de armas o porte de estupefacientes.

Igualmente, otro asunto en el que la JEP puede marcar diferencia frente a los trámites de Justicia y Paz es el relativo a la aplicación del principio de proporcionalidad. Aunque recientemente la Corte de Suprema de Justicia ha aplicado el mismo de cara a casos de Justicia y Paz en los que parecía desproporcionado expulsar al postulado por la comisión de un delito doloso, por la esencia misma del sistema de penas de Justicia y Paz no hay mucho margen para graduar la sanción para el incumplimiento. Por el contrario, en el caso de alias “El Paisa” la Sala de Reconocimiento en efecto graduó la sanción por incumplimientos como la inasistencia a citaciones o la partida del ETCR a partir de criterios que a futuro permitirán aplicar sanciones diferentes. Así, en la JEP la expulsión no es la única consecuencia posible por los incumplimientos al régimen de condicionalidades, sino que puede graduarse también a partir de las diversas modalidades de penas que existen en el sistema de la JEP.

Finalmente, aunque los incumplimientos de compromisos por parte del Estado apenas fueron mencionados en el caso de El Paisa, los beneficios otorgados y el rol de este en el Secretariado de las FARC hicieron que los mencionados incumplimientos del Estado frente a sus obligaciones no fueran determinantes a la hora de graduar la sanción a imponer. No obstante, precisamente como el Acuerdo de Paz originó obligaciones tanto para los ex miembros de las FARC como para el Estado, será problemático cuando comparecientes argumenten que han dejado de cumplir sus obligaciones en virtud del incumplimiento del Estado, por ejemplo, del deber de proteger la vida de los desmovilizados. Esa asimetría entre la exigencia de cumplimiento de obligaciones entre los desmovilizados y el Estado claramente puede repercutir en los propósitos de obtención de paz que originaron el Acuerdo⁵⁸.

V. CONCLUSIONES

58 Al respecto, véase: Reinere de los Ángeles Jaramillo Chaverra, “Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad en el marco del Acuerdo de Paz”.

En este texto se hizo un breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, la Sección de Apelación y la Sala de Reconocimiento con respecto a la ponderación entre beneficios otorgados, valga la redundancia, a beneficiarios de un sistema de justicia transicional y los compromisos adquiridos. Igualmente, se hizo un repaso sobre la normativa más relevante sobre la materia tanto frente al sistema de Justicia y Paz como al sistema surgido del Acuerdo Final para la Paz.

En cuanto al sistema de Justicia y Paz, se evidenció que el desarrollo jurisprudencial dado por la Corte Suprema de Justicia fue determinante para suplir algunos vacíos en la normativa en lo que tiene que ver con la expulsión de postulados. Igualmente, se evidenció que desde el contexto de dicho sistema de justicia transicional la Corte Constitucional justificó la concesión de beneficios en las ganancias en términos de verdad y reparación que obtendrían las víctimas. Finalmente, se ilustró con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en casos “límite” sobre comisión de delitos como causal de expulsión.

Por su parte, frente al sistema del Acuerdo de Paz, se explicó que este tuvo una aproximación distinta a la tenida en Justicia y Paz. Así, no sólo se pensó en el elemento “justicia”, sino que se complementó con otros órganos como la Comisión de la Verdad o la Comisión de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas mediante un sistema denominado “integral”. Igualmente, se explicó que los compromisos adquiridos por los comparecientes también se enmarcan en los derechos de las víctimas a la justicia, reparación y no repetición, pero este se cumpliría de cara frente a todos los órganos del sistema y no sólo frente a la JEP. Del mismo modo, se expuso la aplicación que ha dado la JEP al incidente de incumplimiento con el fin de hacer valer los derechos de las víctimas frente al incumplimiento de los comparecientes, destacando que la JEP tiene un mayor margen de maniobra al aplicar el principio de proporcionalidad.

Finalmente, se hizo una breve comparación entre los dos sistemas. En síntesis, puede decirse que dicha comparación evidencia que son varias las semejanzas entre los dos sistemas, como el hecho de que la voluntad del sometido es determinante para el éxito del proceso. Adicionalmente, la comparación permite concluir que, más allá de las diferencias en el origen del sistema, los retos que enfrente la JEP no son del todo novedosos pues varios de ellos fueron enfrentados por el sistema de Justicia y Paz. Así, tal como sucedió con el Acuerdo de Paz en sí mismo, este nuevo sistema deberá nutrirse de las experiencias del de Justicia y Paz para hacer valer los derechos de las víctimas. Sólo mediante una rigurosa aplicación del régimen de condicionalidad será posible garantizar sus derechos y, en consecuencia, los objetivos del Acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Baldosea Perea, Heidy. “Una aproximación a la construcción del régimen de condicionalidad en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas”. En: *La JEP Vista Por Sus Jueces (2018-2019)*. Coordinado por Danilo Rojas Betancourth, 103-134. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020.

Hernández Jiménez, Norberto. “De la privación a la restricción de la libertad y otras sanciones penales: ¿hacia un paradigma restaurativo en la justicia especial para la paz colombiana?”, en *Universitas*, Vol. 69 (2020): 1-23. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/29010>.

Jaramillo Chaverra, Reinere de los Ángeles. “Reflexiones sobre el régimen de condicionalidad en el marco del Acuerdo de Paz”. En: *La JEP Vista Por Sus Jueces (2018-2019)*. Coordinado por Danilo Rojas Betancourth, 421-436. Bogotá: Jurisdicción Especial para la Paz, 2020.

Reyes Alvarado, Yesid. “Amnistías, indultos y principio de legalidad”. En: *El indulto. Pasado, presente y futuro*. Coordinado por Fernando Molina, 421-450. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2019.

Posada Maya, Ricardo. “El Régimen De Sanciones De La Jurisdicción Especial Para La Paz: Un Nuevo Escenario Para Los Fines De La Pena”. En: *Revista General de Derecho Penal*, No. 28: RI §419485. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419485&texto=

Uprimny Yepes, Rodrigo. “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”. En: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. AAVV., 17-44. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

-----Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

-----Sentencia C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

-----Sentencia C-080 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de agosto de 2007. Rad. 27.873. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----Auto del 26 de octubre de 2007. Rad. 28.942. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

- Auto del 12 de febrero de 2009. Rad. 30.998. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Auto del 4 de marzo de 2009. Rad. 31.235. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Auto del 11 de marzo de 2009. Rad. 31.162. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Auto del 10 de abril de 2009. Rad. 29.472. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Auto del 15 de abril de 2009. Rad. 31.181. M.P. Maria Del Rosario González De Lemos.
- Auto del 20 de abril de 2009. Rad. 31.234. M.P. Maria Del Rosario González De Lemos.
- Auto del 11 de marzo de 2010. Rad. 33.124. M.P. Maria Del Rosario González De Lemos.
- Auto del 22 de febrero de 2011. Rad. 49.711. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- Auto del 23 de agosto de 2011. Rad. 34.423. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.
- Auto del 24 de septiembre de 2014. Rad. 44.101. M.P. Eugenio Fernández Carlier
- Auto del 20 de noviembre de 2014. Rad. 43.212. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
- Auto del 3 de mayo de 2017. Rad. 49.500. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
- Auto del 9 de agosto de 2017. Rad. 50.432. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
- Auto del 25 de julio de 2018. Rad. 52.425. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Auto del 8 de agosto de 2018. Rad. 53.190. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
- Auto del 20 de febrero de 2019. Rad. 53.516. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación. Auto TP-SA-19 de 2018.
- Auto TP-SA-020 de 2018.
- Auto TP-SA-154 de 2019.
- Auto TP-SA 288 de 2019.
- Auto TP-SA 289 de 2019.
- Auto TP-SA 607 de 2020.
- Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT 1 del 3 de abril de 2019.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Tribunal para la Paz, Sección de Revisión. Auto SRT-AE-030 de 2019.
- Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia, Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.
- Resolución 1326 de 2020.
- Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, Resolución No. 992 de 2021.

Jurisdicción Especial para la Paz. Salas de Justicia. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Auto 061 del 26 de abril de 2019.

-----Auto No. 216 del 4 de octubre de 2019.

-----Auto No. 264 del 18 de diciembre de 2019.

-----Auto No. 195 del 24 de septiembre de 2019

NORMATIVA

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. 12 de noviembre de 2016.

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017. Diario Oficial No. 50.196 de 4 de abril de 2017.

Congreso de la República de Colombia. Ley 975 de 2005. Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1592 de 2012. Diario Oficial No. 48.633 de 3 de diciembre de 2012

Congreso de la República de Colombia. Ley 1922 de 2018. Diario Oficial No. 50.658 de 18 de julio de 2018.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1957 de 2019. Diario Oficial No. 50.976 de 6 de junio 2019.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3391 de 2006. Diario oficial No. 46.406 de 29 de septiembre de 2006.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1364 de 2008. Diario Oficial 46.971 de abril 25 de 2008.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3011 de 2013. Diario Oficial 49.016 de 27 de diciembre de 2013.

PRENSA

“Márquez y Santrich reaparecen en video anunciando que vuelven a guerra”. *El Tiempo*, 29 de agosto de 2019, acceso el 10 de abril de 2021, <https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/video-ivan-marquez-anuncia-creacion-de-nueva-guerrilla-406290>

BARRERAS INSTITUCIONALES QUE HAN AFECTADO EL GOCE DE DERECHOS DE LA COMUNIDAD TRANSGÉNERO Y TRANSEXUAL EN COLOMBIA

ANDREA SOFÍA BAUTISTA ESCOBAR*, LAURA MARÍA CARVAJAL GIRALDO**, NIYIRETH GONZALEZ LANDAETA***, DAVID SANTIAGO HOYOS DAZA**** y SEBASTIÁN QUINTERO NOVA*****

Recibido: 17 de abril de 2021. Aceptado: 27 de junio de 2021.

RESUMEN

Teniendo en cuenta la condición de vulnerabilidad y la histórica discriminación a la cual se ha sometido a la población trans, este documento, mediante la metodología de la Línea Jurisprudencial, examina las principales decisiones de la Corte Constitucional sobre las diferentes barreras institucionales que impiden el goce de los derechos fundamentales de las personas transgénero y transexuales en Colombia.

Así las cosas, se estudian los pronunciamientos de la Corte sobre la materia y se identifican los avances, reiteraciones o aquellas decisiones regresivas que incidieron en la protección de aquellas prerrogativas históricamente vulneradas, en el siguiente orden: (i) se identifica el problema jurídico; (ii) se aplica el método de “ingeniería inversa” y se escogen las sentencias relevantes; (iii) se desarrollan seis barreras en las instituciones del Estado –Registraduría Nacional del Estado Civil, Entidades Prestadoras de Salud, Servicio Militar Obligatorio, Centros Penitenciarios y Carcelarios, Establecimientos Privados e Instituciones Educativas–; y finalmente (iv) se presentan las conclusiones, en las cuales se sintetiza la posición de la Corte en la superación o permanencia de las barreras escogidas.

PALABRAS CLAVE

Transgenerismo, transexualidad, discriminación, identidad de género, igualdad, libre desarrollo de la personalidad.

*Abogada de la Universidad del Rosario y candidata a posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Miembro del Semillero AGERE en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, dirigido por Luis Fernando Sánchez-Huertas, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario.

**Estudiante en proceso de grado de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero AGERE.

***Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero AGERE.

****Economista de la Universidad del Rosario y estudiante de Jurisprudencia de la misma Universidad. Miembro del Semillero AGERE.

*****Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero AGERE.

INSTITUTIONAL BARRIERS THAT HAVE AFFECTED THE ENJOYMENT OF RIGHTS OF THE TRANSGENDER AND TRANSSEXUAL COMMUNITY IN COLOMBIA

ANDREA SOFÍA BAUTISTA ESCOBAR*, LAURA MARÍA CARVAJAL GIRALDO**, NIYIRETH GONZALEZ LANDAETA***, DAVID SANTIAGO HOYOS DAZA**** AND SEBASTIÁN QUINTERO NOVA*****

Received: april 17, 2021. Accepted: june 27, 2021.

ABSTRACT

Taking into account the condition of vulnerability and the historical discrimination to which the trans population has been subjected, this document, through the methodology of the Jurisprudential Line, examines the main decisions of the Constitutional Court on the different institutional barriers that prevent the enjoyment of the fundamental rights of transgender and transsexual people in Colombia.

Thus, the Court's pronouncements on the matter are studied and the advances, reiterations or those regressive decisions that had an impact on the protection of those historically violated prerogatives are identified, in the following order: (i) the legal problem is identified; (ii) the "reverse engineering" method is applied and the relevant judgments are chosen; (iii) the six barriers that are developed in State institutions –National Registry of Civil Status, Health-providing Entities, Mandatory Military Service, Penitentiaries and Jails, Private Establishments, and Educational Institutions–; finally (iv) the conclusions are presented, in which the Court's position on the overcoming or permanence of the chosen barriers is synthesized.

KEY WORDS

Transgenderism, transsexuality, discrimination, gender identity, equality, free development of the personality.

*Lawyer from the University of Rosario and candidate for a postgraduate degree in Constitutional Law from the Nacional University. Member of the AGERE Seedbed in Constitutional Law of the University of Rosario, directed by Luis Fernando Sánchez-Huertas, professor of Constitutional Law at the University of Rosario.

** Student in the process of degree in Jurisprudence at the University of Rosario. Member of the AGERE Seedbed.

*** Jurisprudence student at the University of Rosario. Member of the AGERE Seedbed.

**** Economist from the University of Rosario and student of Jurisprudence from the same University. Member of the AGERE Seedbed.

***** Jurisprudence student at the University of Rosario. Member of the AGERE Seedbed.

1. INTRODUCCIÓN

La identidad de género es un sentido profundo del propio género de la persona, que hace parte de su identidad en general⁰¹. Dentro de todas las identidades de género existentes, por el objeto de estudio diferenciaremos a las personas cisgénero⁰²; y a las personas transgénero y transexuales (en adelante, “trans”⁰³).

Así, la persona transgénero es aquella que desarrolla su identidad de género de forma diferente a la asignada biológicamente al nacer. Adicionalmente, la persona transexual es quien se percibe como perteneciente del sexo opuesto y, además, opta por intervenciones médicas, hormonales o quirúrgicas para adecuar su apariencia física y biológica a su realidad psíquica y social⁰⁴.

Históricamente, la comunidad trans ha padecido discriminaciones sistemáticas y vulneraciones a derechos como la vida, dignidad humana, igualdad y no discriminación, integridad, libre orientación sexual, identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, libertad personal y de expresión, intimidad, nombre, educación, trabajo y salud. De acuerdo con el Informe Trans Murder Monitoring Project del 2016 realizado en 65 Estados: alrededor del 70% de la comunidad trans en Latinoamérica ha

01 Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas. “Definiciones”. Sin fecha. <https://www.unfe.org/es/definitions/>.

02 Se refiere a las personas cuya identidad y expresión de género coincide con el sexo biológico que se les asignó cuando nacieron. Ver: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. “Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis”, 7, 2016, <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/31-DH-Transgenero.pdf>.

03 Se refiere a las personas identificadas con un género diferente al asignado al nacer. Ibid.

04 Sara González, Daniela Guzmán, Catherine Unigarro, y Carolina Zea. “Historia, logros y retos sobre transexualidad de los profesionales de la salud mental en Colombia”. *Revista Electrónica Psyconex* 8, no. 12 (2016): 1-11, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/Psyconex/article/view/326980>.

sufrido de persecución y rechazo en el ámbito escolar y familiar⁰⁵. Asimismo, en Colombia cerca del 17% de las mujeres trans y el 14% de los hombres trans sufren de hostigamiento en diferentes ámbitos de su vida⁰⁶.

Por lo anterior, mediante la presente investigación se pretende demostrar cómo las instituciones en Colombia han generado barreras que impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas trans. En ese contexto, la metodología⁰⁷ de la línea jurisprudencial permite evidenciar casos en que la Corte derribó o mantuvo las siguientes barreras: (i) el derecho al cambio de nombre o sexo frente a la Registraduría del Estado Civil, (ii) la práctica de cirugías de reasignación de sexo ante Entidades Prestadoras de Salud, (iii) la prestación del Servicio Militar Obligatorio, (iv) la expedición de directrices de protección a las expresiones de género para los Establecimientos Carcelarios, (v) la creación de acciones afirmativas que eviten la discriminación en Establecimientos Privados, y (vi) el fomento de un ambiente sano e igualitario en las Instituciones Educativas.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se plantea la siguiente pregunta: ¿Las autoridades del Estado, por acción u omisión, han generado o permitido barreras institucionales para impedir el goce de los derechos fundamentales⁰⁸ de la comunidad

05 Organización Panamericana de la Salud. “La ONU en América Latina y el Caribe llama a eliminar barreras que aumentan la exclusión social de las personas LGBTI”. 2016. Citado de: UNESCO. “La violencia homofóbica y transfóbica en el ámbito escolar en Latinoamérica: hacia centros educativos inclusivos y seguros”. 2016, https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12035:onu-lac-eliminar-barreras-que-aumentan-exclusion-social-personas-lgbti&Itemid=135&lang=es.

06 Colombia Diversa. “Más que cifras. Informe de derechos humanos de personas LGBT en Colombia 2019”, 2021, <https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/03/Mas-que-cifras.pdf>

07 Se utiliza la metodología de López Medina del curso de Interpretación Constitucional de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, la cual permite identificar los argumentos jurídicos relevantes (*ratio decidendi*) y la trayectoria que una posición jurídica ha tenido a lo largo del tiempo (*precedente*), para prever cuál sería la postura del juez sobre un problema jurídico. Ver: Diego López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2000).

Se desarrollan los siguientes pasos: (i) se selecciona una causa litigiosa; (ii) se determina un problema jurídico; (iii) se establece la necesidad de construir la línea; (iv) se define dónde se encuentra la jurisprudencia y se realiza la búsqueda de las sentencias. Posteriormente, se desarrolla la línea: (a) se toma como punto de partida la “sentencia arquimédica” que es la más reciente sobre el caso de estudio; (b) en esta sentencia, se identifican citas a otras decisiones judiciales; (c) se aplica la “ingeniería inversa”, para analizar las sentencias que son citadas anteriormente y se repite este ejercicio hasta conformar las “sentencias hito”; (d) se clasifican las sentencias que reiteran, se apartan o cambian el precedente; (e) se analiza críticamente cada sentencia y se determina la *ratio decidendi*; (f) se identifican las tendencias de las reglas y se procede a agrupar las sentencias en temáticas, para concretar las observaciones frente a la trayectoria de resolución del problema jurídico. Ver: Diego López Medina, *Interpretación Constitucional* (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006), <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-16.pdf>.

08 Derecho a la vida, dignidad humana, igualdad y no discriminación, integridad, libre orientación sexual, identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, libertad personal y de expresión, intimidad, nombre, educación, trabajo y salud.

trans? Para dar respuesta, se presentan dos hipótesis: (i) la Corte Constitucional ha identificado la existencia de barreras institucionales y en consecuencia, ha emitido órdenes para superarlas; o (ii) la Corte ha negado la existencia de barreras y por tanto, las ha mantenido mediante sus providencias.

3. RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

En relación con el problema jurídico, al utilizar la ingeniería inversa se identifica la Sentencia arquimédica C-006 de 2016⁰⁹ y se destacan las referencias a las sentencias T-594 de 1993¹⁰, T-504 de 1994¹¹, SU-337 de 1999¹², C-507 de 1999¹³, T-1033 de 2008¹⁴, T-062 de 2011¹⁵, T-314 de 2011¹⁶, T-918 de 2012¹⁷, T-771 de 2013¹⁸ y T-476 de 2014¹⁹. Adicionalmente, se analizan los pronunciamientos en sede de tutela de las sentencias T-288 de 2018²⁰ y T-443 de 2020²¹.

09 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-006 del 21 de enero de 2016. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594 del 15 de diciembre de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-504 del 08 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

12 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337 del 12 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 del 14 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1033 del 17 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 del 4 de febrero de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

16 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-314 del 4 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

17 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-918 del 08 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-771 del 7 de noviembre de 2013. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 del 9 de julio de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288 del 23 de julio de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido.

21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 14 de octubre de 2020. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.



Fuente: Elaboración propia.

4. ANÁLISIS SENTENCIAS PREDOMINANTES

4.1 REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

La sentencia fundadora de esta línea fue la **T-594 de 1993**²², en la que Carlos Montaña presentó tutela contra el Notario Tercero del Círculo de Cali, para que se le ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad, cambio de nombre, libre desarrollo de la personalidad, expresión de la individualidad y reconocimiento de la personalidad jurídica. En este caso, el accionante acudió a la Notaría para modificar su Registro Civil, sustituyendo su nombre actual de Carlos por el de Pamela, para fijar su propia identidad construida desde hace 13 años. Sin embargo, el notario negó su petición.

La Corte analizó si se vulneró el derecho al libre desarrollo de la personalidad al negar que una persona cambiara su nombre de sexo masculino a sexo femenino. Para dar respuesta, argumentó que la primera necesidad del individuo es ser reconocido como *ente* distinto y distinguible. Esto implica que el Estado y la sociedad civil deben respetar su individualidad y convicciones íntimas, así como el nombre propio que lo identifica de los demás, con el límite en el orden público y el bien común.

Lo anterior supone la viabilidad jurídica de que un varón se identificara con un nombre usualmente femenino, o viceversa; que una mujer se identificara con un nombre usualmente masculino, aunque no implicara su cambio de sexo en el Registro Civil. Por lo anterior, la Corte confirmó el fallo de segunda instancia, el cual revocó la primera decisión y concedió el amparo, pero en razón de tutelar el derecho al cambio de nombre como integrante del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Este pronunciamiento implicó un avance en la erradicación de la violencia institucional que se ha

22 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594 del 15 de diciembre de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

ejercido contra la comunidad trans en Colombia, pues a la fecha varios países no reconocían este derecho. Ello generó que en 2011, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos instara a los Estados a facilitar el reconocimiento legal del género escogido por las personas trans, ya que “(...) en muchos países las personas trans no pueden obtener este reconocimiento legal de su género preferido, incluida la modificación del sexo y el nombre en los documentos de identidad expedidos por el Estado”²³.

Al año siguiente, se profirió el fallo **T-504 de 1994**²⁴, en el cual “Rodrigo”²⁵ Torres radicó una tutela en contra de la Registraduría Nacional, alegando que la institución le vulneró sus derechos a la salud, a la intimidad y al nombre. En el caso, “el actor” (sic) nació con genitales de los sexos masculino y femenino, y fue registrado con el género masculino. Sin embargo, el Hospital San Ignacio determinó que por sus características físicas y psiquiátricas, su género era femenino, razón por la cual le amputaron el órgano reproductor masculino. Por esto, solicitó a la Registraduría el cambio de nombre y sexo en su Registro Civil, pero le fue negado porque “únicamente se podía a través de una sentencia”. Además, el juez de tutela desestimó las pretensiones pues existían otros mecanismos en el ordenamiento jurídico para proteger sus derechos.

La Corte determinó si la Registraduría le vulneró “al actor” (sic) los derechos al nombre, intimidad y a la salud al no cambiar su sexo ni su nombre en el Registro Civil de Nacimiento. Para esto, estimó que por los Decretos 1260/1970, 999/1988 y 2272/1989, sólo se podía modificar el estado civil mediante voluntad de los interesados o por sentencia judicial cuando requiriera valoración probatoria. Por tanto, “el autor” (sic)²⁶ no agotó el requisito de subsidiariedad de acudir ante un juez de familia, ni demostró un perjuicio irremediable para evadir el proceso ordinario.

En consecuencia, la Corporación confirmó el fallo del juzgado y negó la vulneración de derechos. Esto implicó una desprotección a la accionante y mantuvo las barreras institucionales de exigir exegéticamente unos requisitos innecesarios para el goce de derechos fundamentales. Adicionalmente, a lo largo de la sentencia, la Corte se refirió a la accionante (identificada con el género femenino) como hombre, desconociendo su identidad de género.

23 Julia Sandra Bernal-Crespo, “Los derechos fundamentales de las personas transgénero”. *Cuest. Const.* no.38 (2018). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932018000100229.

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-504 del 08 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

25 Inclusive, cuando el expediente se encontraba en revisión de la Corte, la Institución incurrió en un error que generó una revictimización, al referirse a la mujer trans con la identificación masculina, lo cual desconoció su identidad de género femenino.

26 Ibid.

Frente a la misma barrera, en la sentencia **T- 1033 de 2008**²⁷ el peticionario²⁸ presentó una tutela en contra de la Registraduría Nacional, solicitando el amparo de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, familia, igualdad, personería jurídica y vida. El peticionario al identificarse como mujer, se sometió a tratamientos médicos para obtener apariencia femenina, se cambió su nombre original de masculino al femenino y se dedicó al trabajo sexual. No obstante, después abandonó la prostitución para conformar una familia y por ello, solicitó nuevamente el cambio de nombre a masculino. Sin embargo, la Registraduría se lo negó porque conforme al ordenamiento legal²⁹, el cambio sólo procedía una vez.

La Corte examinó si la Registraduría vulneró al actor los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica por negar el último cambio de nombre. Al respecto, afirmó que el nombre es un atributo de la personalidad fundamental para materializar el libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial implica que el individuo pueda determinar decisiones sobre la exteriorización de su modo de ser, conforme a sus íntimas convicciones, sin limitaciones más allá de las constitucionales y razonables. Además, éste permite la realización del derecho a la identidad, que es el signo distintivo del sujeto en el plano relacional.

Así, la Corporación concluyó que, pese a que legalmente sería improcedente un segundo cambio de nombre, este era un caso excepcional en el cual la aplicación inflexible de la restricción legal afectaba derechos fundamentales y ataba indefinidamente a la persona a un signo distintivo que no atendía a su identidad sexual. Por lo anterior, revocó la sentencia que negó la petición y en su lugar, por excepción de inconstitucionalidad, inaplicó la norma y tuteló los derechos fundamentales alegados. Esta decisión fue reiterada en las sentencias T-977 de 2012³⁰ y T-077 de 2016³¹.

Este fallo, como los últimos pronunciamientos de la Corte, rompen las barreras administrativas y se acercan al criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el cual los Estados están llamados a “adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1033 del 17 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

28 Con el fin de salvaguardar intereses superiores como el derecho fundamental a la intimidad y a la dignidad humana, la Corte protegió la identidad del tutelante manteniéndolo como anónimo, a diferencia de la sentencia T-504 de 1994.

29 Congreso de la República de Colombia. Decreto 1260 de 1970, artículo 94. Modificado por el artículo 6 del Decreto 999 de 1988

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-977 del 22 de noviembre del 2012. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-077 del 22 de febrero del 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

de identidad y demás documentos legales, a través de procesos expeditos y sencillos, y sin que sea necesario que presenten evaluaciones o certificados médicos o psicológicos/psiquiátricos³². Por lo tanto, sí ha existido una evolución en el reconocimiento al cambio de nombre y sexo, para que se adapten a la identidad de cada individuo.

4.2 ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD

Al respecto, se destacó la sentencia SU-337 de 1999³³, en la cual se enfatizó en la intersexualidad –lo cual desborda la órbita de derechos de la comunidad trans– pero se reafirmó la limitación de la patria potestad frente a casos en que los padres deciden sobre las cirugías de reasignación sexual: la decisión de someterse a aquellos procedimientos quirúrgicos le corresponde directamente al individuo. En dicha sentencia, la madre de la menor N.N. interpuso una tutela contra el ICBF por la vulneración a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, protección especial a los niños, niñas y adolescentes y a la igualdad, al negarle la solicitud de realizar las cirugías de reasignación de sexo a su hija.

La menor N.N. fue diagnosticada con pseudohermafroditismo masculino, por lo cual, el médico manifestó la necesidad de realizar cirugías de reasignación de sexo. Ante esto, la madre solicitó dichos procedimientos al Instituto, pero la E.P.S. no los concedió porque la sentencia T-477 de 1995³⁴ estableció que cada persona debería definir su identidad de género. Posteriormente, interpuso una tutela contra el ICBF, pero el juez negó la pretensión con base en la sentencia citada. En revisión, la Corte vinculó al médico tratante y al Instituto de Servicios Sociales.

La Corporación analizó si el Instituto de Servicios Sociales vulneró los derechos a la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la menor N.N. porque no autorizó ni realizó el tratamiento de reasignación de sexo. Así, acogió las consideraciones de la sentencia T-477 de 1995³⁵ sobre el consentimiento informado de los menores, para llevar a cabo las cirugías de reasignación de sexo, ya que estos procedimientos médicos pueden ser invasivos, dañinos e innecesarios. Por lo cual, le corresponde a cada quien definir su identidad sexual. En consecuencia, negó las pretensiones de la madre y ordenó el acompañamiento psicológico para la menor.

Es importante resaltar que a partir de la reiterada sentencia T-477 de 1995³⁶, se superó la barrera

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Violencia contra personas LGBTI en América”. Organización de los Estados Americanos, 293, 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337 del 12 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

35 Ibid.

36 Ibid.

institucional que le permitía a los padres autorizar la ejecución de cirugías de reasignación de sexo sin consentimiento del menor, debido a que es una decisión individual que le concierne al fuero interno de cada persona. Incluso, la Corte se adelantó al plano internacional, en particular a los Principios de Yogyakarta de 2007, cuya disposición No. 18 titulada “Protección contra abusos médicos” insta a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para “(...) asegurar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponer una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado (...)”³⁷.

Más adelante, la Corporación se pronunció en la sentencia **T-918 de 2012**³⁸, cuando Loreta interpuso una tutela contra Aliansalud E.P.S. porque consideró que se vulneraron sus derechos a la salud, vida e integridad personal al no haber autorizado y realizado las cirugías de reasignación de sexo: vaginoplastia con intestino y genitoplastia feminizante. La primera vez, se las negaron por los manuales guía y porque no obedecía a una mitigación de un riesgo próximo sobre la vida y/o salud. La segunda vez, se las negaron porque “la inconsistencia entre su psiquis y su cuerpo vulneraba el derecho de la vida en relación”.

Por lo anterior, el Comité de Ética del Hospital San José le realizó exámenes y tratamientos físicos y psicológicos que determinaron el padecimiento del “Trastorno de Identidad de Género Síndrome Harry Benjamin”. Por ello, el urólogo solicitó a la E.P.S ordenar la vaginoplastia, penectomía total y orquiectomía simple, pero no fueron autorizadas. En consecuencia, Loreta buscó el amparo para obtener las cirugías y además, solicitó otras cirugías de feminización facial y de la voz, liposucción y depilación láser, necesarias para su proceso de transición. Igualmente, solicitó que la Registraduría, de forma discreta, cambiara su género a femenino. No obstante, en primera y segunda instancia, le negaron las pretensiones por no probar su falta de solvencia económica, ya que las cirugías no se encontraban en el POS³⁹.

La Corporación se preguntó si Aliansalud E.P.S. le vulneró a Loreta los derechos a la vida, salud e integridad personal al no autorizar las cirugías solicitadas. Frente a lo cual afirmó que según el artículo 49 de la Constitución, la salud es un derecho fundamental y un servicio público, por tanto, debe garantizarse el bienestar físico y psicológico de los individuos en términos de igualdad, dignidad

37 Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2007, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2#:~:text=Los%20Principios%20de%20Yogyakarta%20se,y%20la%20identidad%20de%20g%C3%A9nero.&text=Los%20Principios%20de%20Yogyakarta%20afirman,todos%20los%20Estados%20deben%20cumplir%20p.%2025>

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-918 del 08 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

39 Plan Obligatorio de Salud.

humana y protección reforzada a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Por lo anterior, aunque la vida no esté en peligro, no hay lugar a demoras injustificadas. Además, afirmó que las cirugías de reasignación de sexo⁴⁰ se encontraban en el POS y, que en el Acuerdo 029 de 2012, sólo se requería la orden del médico tratante.

Sobre el Registro Civil, la Corte se apartó de la Providencia T-504 de 1994⁴¹ y afirmó que a través de una tutela se podía ordenar la modificación del sexo cuando aquello afectara el derecho fundamental a la identidad. Debido a lo anterior, concedió el amparo, revocó los fallos y ordenó: por un lado, la programación inmediata de las cirugías señaladas; por otro lado, realizar una junta médica para determinar si las demás operaciones⁴² se efectuaban por salud o por razones estéticas; y además, modificar el sexo en el Registro Civil⁴³. Esta decisión se confirmó en las sentencias T-231 de 2013⁴⁴, T-498 de 2017⁴⁵, T-447 de 2019⁴⁶, T-063 de 2015⁴⁷ –en esta última, además se omitió la exigencia del certificado médico o diagnóstico para acreditar el tránsito de una persona–.

Sin embargo, el Magistrado Guerrero Pérez salvó el voto pues consideró que los datos del Registro Civil son biológicos y objetivos, por lo cual estimó innecesario que la Corte acogiera una postura “activista” sobre “controversias de escogencias individuales”, lo cual evidencia que al interior de la Corte aun persistían barreras de discriminación a la comunidad trans.

Por ello, la decisión de la Corte, pese al salvamento de voto, representó un avance en la eliminación de barreras institucionales que sufren las personas trans al interior de las EPS, en relación con los servicios médicos que pueden obtener según su plan de salud, pues como señalan la OPS y la IAPAC⁴⁸ en el informe Por la Salud de las Personas Trans, las personas trans enfrentan barreras “(...) como

40 Penectomía, orquiectomía y vaginoplastia.

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-504 del 08 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

42 Feminización facial y de la voz, liposucción y depilación láser.

43 El Magistrado Jorge Ignacio Pretelt salvó el voto porque consideró que Loreta no probó la afectación del derecho a la salud ni el riesgo a su vida, por lo cual, no es adecuado utilizar el sistema de seguridad social para realizar procedimientos de cambio de sexo. También manifestó que es competencia exclusiva de los jueces ordinarios el cambio de sexo y nombre en los Registros Civiles, pues estos son documentos de interés público que no pueden ser modificados mediante una tutela.

44 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-231 del 15 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

45 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-498 del 15 de noviembre de 2017. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

46 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-447 del 27 de septiembre de 2019. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-063 del 13 de febrero de 2015. Magistrada Ponente: Maria Victoria Calle Correa.

48 Organización Panamericana de la Salud, International Association of Providers of AIDS Care.

la falta de acceso a los servicios de costo moderado (ya sea debido a la marginación o al hecho de que muchos servicios específicos no están cubiertos por los planes de salud)⁴⁹. Adicionalmente, se evidenció que las barreras son el resultado de políticas de salud pública débiles, lo que se refleja en que las personas trans experimenten “(...) miedo al rechazo, al tratamiento inadecuado o a la negación de servicios, prefiriendo por lo tanto utilizar servicios privados o clandestinos, la automedicación o mantenerse fuera de los servicios de salud por completo”⁵⁰.

Posteriormente, en la Sentencia **T-771 de 2013**⁵¹, Ana Arango interpuso tutela contra Comfenalco E.P.S. y Compensar, por desconocer sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la vida digna. La actora no se sentía identificada con su sexo biológico. Por ello, en 2011 inició un proceso de reafirmación sexual ante Comfenalco, pero al negárselo, en 2012 se afilió a la E.P.S. Compensar para obtener los procedimientos. Tras valoraciones de los médicos especializados en urología, endocrinología, cirugía plástica y psiquiatría, se ordenó la práctica de penectomía total, orquiectomía, colgajo neurovascular, vaginoplastia por vía perineal y mamoplastia de aumento. Sobre éstas, el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones no POS autorizó las cirugías, salvo la mamoplastia, pues no implicaba un riesgo inminente para su vida o salud.

La Corte determinó si la E.P.S. vulneró los derechos mencionados, al negarle la mamoplastia ordenada por sus médicos como parte de la “reasignación quirúrgica” de reafirmación sexual, porque no estaba incluido en el POS ni existía un riesgo inminente en su vida o salud. Frente a esto reiteró que la población trans ha luchado por defender su identidad ante ideas naturalistas del género y señaló que los procedimientos quirúrgicos para la reafirmación sexual eran complejos pero esenciales para la construcción identitaria del género, pues implicaban transformaciones corporales para expresar el sentir personal del sujeto respecto a su propio ser.

Por consiguiente, en estos casos las cirugías de implante de mamas no eran netamente estéticas, sino que estaban ligadas con derechos a la salud y bienestar emocional, físico y sexual de las mujeres trans. Además, el cambio de una I.P.S. para practicar los procedimientos ordenados, no podía implicar un obstáculo en el acceso al derecho a la salud, según lo ordenado por un médico tratante. Por lo anterior, afirmó que Compensar E.P.S. vulneró los derechos de la peticionaria y, en consecuencia, revocó el fallo de segunda instancia y concedió el amparo a los derechos fundamentales tutelados.

49 Florian Ostmann, Esther Corona y Rafael Mazín. “Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe”, 14, 2012. https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PAooJQ81.pdf

50 Ibid., 54.

51 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-771 del 7 de noviembre de 2013. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Cabe resaltar que la Sentencia implicó un avance en los derechos de las mujeres trans, ya que estableció que las transformaciones corporales, generalmente “estéticas” como la mamoplastia, hacen parte de su identidad de género y de sus derechos a la salud y bienestar emocional, físico y sexual porque hacen parte de su proceso de reafirmación sexual. Al respecto, es de gran relevancia señalar que en el informe *Por la Salud de las Personas Trans* la OPS y la IAPAC, señalaron que “Las personas trans tienen necesidades de salud tanto generales como específicas (...). Las necesidades específicas involucran la asistencia para concretar la identidad de género de una persona, incluyendo las intervenciones médicas para feminizar o masculinizar el cuerpo”⁵².

4.3 SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Esta barrera fue analizada desde 1999 con la Sentencia C-507⁵³, cuando Rafael Barrios interpuso acción pública de inconstitucionalidad contra los literales b), c) y d) del artículo 184⁵⁴ del Decreto 85 de 1989⁵⁵. El demandante señaló que los artículos vulneraban los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la dignidad humana y a la intimidad, porque consideraban que los homosexuales y las trabajadoras sexuales eran “antisociales”, y que la ejecución de “**actos de homosexualismo**” constituía una falta contra el Honor Militar.

A pesar de que la Corte analizó si la restricción de “ejecutar actos de homosexualismo” en la prestación del servicio militar violaba los derechos a la igualdad material y al libre desarrollo de la personalidad, se refirió exclusivamente a la orientación sexual. En las consideraciones señaló que las expresiones de género eran una forma de vida válida, por lo que la manifestación “o sean considerados como delincuentes de cualquier género o antisociales como, drogadictos homosexuales, prostitutas” era inexecutable. Esta sentencia fue confirmada en las sentencias T-062 de 2011⁵⁶, T-314 de 2011⁵⁷, T-099 de 2015⁵⁸

52 Florian Ostmann, Esther Corona y Rafael Mazín, *Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe*, 11.

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 del 14 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

54 La demanda presentada en contra de los demás artículos fue inadmitida por carecer de cargos concretos que implicaran un juicio de constitucionalidad.

55 “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”.

56 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 del 4 de febrero de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

57 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-314 del 4 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

58 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099 del 10 de marzo de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortíz Delgado.

y T-288 de 2018⁵⁹.

No obstante, la misma aclaración de voto del Magistrado Hernández Galindo demostró la existencia de barreras institucionales dentro de la Corte, pues señaló que es válido que la Ley pueda exigir: “que quienes aspiren a formar en sus filas tengan claramente definido su sexo. Que sean hombres o mujeres, sin duda ni ambivalencia”⁶⁰, lo cual deja a un lado a todas las personas que no se consideren cisgénero, al momento de ingresar a las Fuerzas Armadas.

Según Ruiz, esta narrativa implica el encasillamiento de la identidad de género de las personas trans y por ende, perpetúa la violencia institucional que se ejerce en su contra. Esto se debe a que se le exige a esta población surtir un rol heterosexual dentro de los discursos prejuiciosos del género preponderantemente masculino, para el reconocimiento de un derecho que debe ser reconocido por interpretación normativa y jurisprudencial abierta⁶¹.

Posteriormente, la Corte se pronunció sobre la tutela T-476 de 2014⁶², interpuesta por Grace Bermúdez contra la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, porque la Institución desconoció sus derechos fundamentales al trabajo, libre desarrollo de la personalidad, mínimo vital y vida en condiciones dignas. Lo anterior, pues le negó la suscripción del contrato de prestación de servicios debido a que no presentó copia de la libreta militar.

La Corte se cuestionó si la Secretaría vulneró los derechos fundamentales mencionados porque, a pesar de conocer su condición de mujer trans, le negó la vinculación contractual por no contar con libreta militar. Al respecto, la Corporación resaltó que la Ley 48 de 1993, vigente en ese momento, establecía como requisito legal para la contratación estatal contar con libreta militar, la cual debía ser portada por todos los adultos varones.

Sin embargo, la Sala precisó que el artículo 36 de la Ley era inaplicable a las personas que habían construido su identidad como mujeres trans en cuanto no corresponden al concepto de “varón” contenido en la disposición toda vez que vulneraría los derechos a la identidad como forma de expresión legítima y la libre autodeterminación en todos los ámbitos de la vida, entre ellos el laboral

59 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288 del 23 de julio de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido.

60 Ibid.

61 Marco Antonio Ruiz-Nieves. “Mujeres transgénero frente a la definición de situación militar en Colombia” (tesis de maestría, Universidad Santo Tomás, 2016), 53, <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10725/2016Ruizmarco.pdf;jsessionid=82ABD11C74760AF9CBCF550C981BCF4F?sequence=1>.

62 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 del 9 de julio de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

y profesional. Así pues, revocó el primer fallo y concedió el amparo a los derechos fundamentales de la actora.

Se concluyó que la Corte eliminó una barrera en las normas de contratación estatal y del servicio militar obligatorio. Como precisó Manuel Quinche al analizar las violencias que enfrenta la comunidad LGBTI en Colombia, existen avances jurisprudenciales sobre la protección del derecho a la intimidad y a la identidad sexual, contrario a que “(...) subsisten diversos instrumentos de dominio sobre el cuerpo, entre los que vale destacar el servicio militar y la libreta militar, que imponen cargas y barreras a los ciudadanos, en general, y a las personas LGBTI, en especial”⁶³.

Esta postura garantista fue retomada en la sentencia **T-099 de 2015**⁶⁴, en que la peticionaria Gina Hoyos presentó una tutela contra el Ejército Nacional y el Ministerio del Interior, porque el primero se negó a expedir su libreta militar a menos que cancelara una multa como sanción por la inscripción extemporánea. La Corte señaló que se violaron los derechos fundamentales de la accionante porque las mujeres trans, como las cisgénero, no están sujetas a las obligaciones legales dirigidas a los varones.

Finalmente, en la sentencia arquimédica **C-006 de 2016**⁶⁵, Daniela Barros y Geraldín Hernández demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 10, 14, 23, 24 y 25 de la Ley 48 de 1993, la cual reglamentó el servicio de reclutamiento. Las actoras sustentaron que las disposiciones vulneraban los artículos 13, 16 y 25 de la Constitución, porque: (i) exponían a las personas trans a tratos desiguales, como imponerles el cumplimiento del servicio militar por su sexo biológico, aunque no concordara con su identidad de género; y (ii) configuraban una omisión legislativa y una carga administrativa, pues todas las personas tendrían que cambiar su género en el Registro Civil para evitar prestar el servicio militar.

En la controversia, la Corte analizó si el legislador generó una discriminación a la mujer trans frente a la mujer cisgénero, al no excluirla de la obligación de prestar servicio militar. Al respecto, la Corte estimó que los cargos carecían de claridad y certeza, porque “las normas de servicio militar no están dirigidas a las mujeres trans”⁶⁶, por tanto, no habría lugar a un pronunciamiento.

63 Manuel Fernando Quinche Ramírez. “Violencias, omisiones y estructuras que enfrentan las personas LGBTI”. Revista Estudios Socio-Jurídicos 18, no.2 (2016): 47-85. <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73346379002/index.html>

64 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099 del 10 de marzo de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortíz Delgado.

65 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-006 del 21 de enero de 2016. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

66 Ibid.

No obstante, en salvamento de voto el Magistrado Mendoza Martelo, consideró que la Corte debía pronunciarse sobre la protección constitucional y acogerse a las sentencias T-476 de 2014⁶⁷ y T-099 de 2015⁶⁸, en las cuales en sede de tutela se había determinado que el término “mujer” incluía a las mujeres trans, por ende ella no debe regular su situación militar.

Por lo anterior, se concluye que la Corte perdió la oportunidad de pronunciarse de fondo sobre la exclusión de las mujeres trans en el servicio militar obligatorio, con lo cual —como adujo Uribe-Grimaldo—: “(...) se evidencia que las personas trans deben recurrir a la tutela como mecanismo para exigir sus derechos fundamentales”⁶⁹. Sin embargo, con ocasión a la Ley 1861 de 2017, nuevamente las Instituciones pretenden obligar a que la mujer trans regule su situación militar cuando ya se había reconocido que, al igual que la mujer cisgénero, no debía regirles y tampoco debía portar la libreta militar, pues lo anterior vulneraba sus derechos fundamentales.

4.4 CENTROS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS

Frente a esta barrera, se estudió la Sentencia **T-062 de 2011**⁷⁰, en la cual Erick Ortiz presentó una tutela contra un establecimiento penitenciario en Yopal, por la vulneración de sus derechos a la igualdad y a la expresión de identidad de género diversa. Lo anterior, debido a que sufrió tratos discriminatorios y violentos por parte de la guardia penitenciaria por usar el cabello largo, productos de maquillaje y accesorios, acorde con su identidad de género “gay transexual”. No obstante, le negaron el amparo solicitado con base en el Reglamento Penitenciario.

La Corte analizó si las restricciones impuestas por los reglamentos penitenciarios del INPEC fueron contrarias al precedente constitucional sobre la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género diversa. En el caso, la Corporación sustentó que la imposición de la sanción penal de privación de la libertad, en el Estado constitucional, permite restringir ciertos derechos como la libertad, pero no puede menoscabar los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad ni a la opción sexual.

De esta manera, la presentación personal no es un problema menor, sino un aspecto esencial para definir

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 del 9 de Julio de 2014. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

68 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099 del 10 de marzo de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortíz Delgado.

69 Nini Johana Uribe-Grimaldo, “Protección del derecho a la dignidad humana de las personas transgénero en Colombia con base en la jurisprudencia constitucional” (Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia, 2019), 203. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/11355/1/2019_proteccion_derecho_dignidad.pdf

70 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 del 4 de febrero de 2011. Magistrada Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

y ejercer su identidad de género. Entonces, todo comportamiento de los particulares o del Estado que restrinja o imponga sanciones negativas, fundadas sólo en su opción sexual, es inconstitucional. No obstante, la acción se declaró improcedente por la carencia actual de objeto⁷¹ dado que la vulneración cesó; empero la Corte ordenó al INPEC realizar campañas de sensibilización sobre el tratamiento constitucional de las personas reclusas con identidad de género diversa.

Lo anterior, implicó un progreso en la superación de las barreras existentes en el ámbito penitenciario, lo cual obedeció a los lineamientos de la CIDH a los Estados, frente a “(...) la obligación positiva de tomar todas las medidas preventivas para proteger a los reclusos de los ataques o atentados que puedan provenir de los propios agentes del Estado o terceros, incluso de otros reclusos”⁷².

Adicionalmente, la Corte se pronunció en la Sentencia **T-288 de 2018**⁷³, en la que Yerson Smith, presentó una tutela contra el Ministerio del Interior, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad e intimidad personal, ya que recibió agresiones y malos tratos por parte de los demás internos del establecimiento penitenciario y carcelario donde cumplía su pena privativa de la libertad. Por eso, solicitó jornadas de concientización y capacitación sobre el respeto a la comunidad LGBTI, para velar por la protección de sus derechos, que consideró deficientes.

La Corte se preguntó si las capacitaciones y jornadas de sensibilización que llevaron a cabo las entidades accionadas fueron insuficientes para cumplir con su deber de velar por la protección de los derechos fundamentales de la comunidad LGBTI. En la primera solicitud, la Corporación señaló que ya se habían realizado jornadas de capacitación, por lo cual, la intervención del juez de tutela resultaría inane. Respecto a la segunda pretensión, señaló que no hay una obligación normativa para la “construcción de un mural” y, no era posible determinar si el remedio judicial resultaría indispensable para cesar la violación. Por lo anterior, revocó la sentencia proferida por el Tribunal y denegó el amparo.

La Magistrada Diana Fajardo salvó el voto al considerar que no estudiaron el desarrollo jurisprudencial

71 La Corte Constitucional ha precisado que, este es un “fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío”. Ver: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-028 del 1 de febrero de 2019. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

72 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, 26, 2011, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011resp.pdf>.

73 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288 del 23 de julio de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido.

de los derechos de la población LGBTI, el esquema diferencial, y que las pretensiones del accionante eran razonables, pues las acciones de las entidades no fueron efectivas para garantizar los derechos invocados. Enfatizó en el reconocimiento del estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario y carcelario, y en que “las personas con orientaciones sexuales diversas requieren aún mayor protección, ya que los prejuicios contra aquéllas tienden a reproducirse e intensificarse en las cárceles”⁷⁴. Por lo anterior, no bastaba con llevar a cabo jornadas de sensibilización, siguiendo la literalidad legal, sino que se debía velar por la efectividad útil para el cumplimiento de los deberes constitucionales. Agregó que, al negar la reparación simbólica, la Corte invisibilizó la dignidad humana del accionante y la intención de construir memoria y conciencia en los establecimientos carcelarios.

Por lo anterior, se considera que las garantías de esta población se vieron sujetas a la discrecionalidad y prejuicios propios de los Magistrados, por cuanto la Corte se limitó a tener en cuenta la literalidad de las actuaciones de las autoridades, sin revisar la efectividad de las mismas en la protección de las garantías constitucionales de un grupo históricamente discriminado y aquello contraría el precedente citado en el salvamento de voto, de las sentencias C-507 de 1999⁷⁵, T-062 de 2011⁷⁶, T-314 de 2011⁷⁷ y T-099 de 2015⁷⁸. Esto, a su vez, fue opuesto a los lineamientos de la misma CIDH, la cual determinó que “(...) el derecho internacional de los derechos humanos exige al Estado adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad”⁷⁹.

Esta decisión ignoró que las mujeres trans tienen “doble protección constitucional” por la vulnerabilidad en la que se encuentran al ser reclusas con una identidad de género diversa⁸⁰ y además, no atendió a la exhortación de la CIDH a los Estados para que estos tomaran “(...) políticas y directrices exhaustivas (...) que garantizaran el disfrute de los derechos⁸¹ de la comunidad LGBTI en los

74 Ibid.

75 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 del 14 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

76 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 del 4 de febrero de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

77 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-314 del 4 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

78 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099 del 10 de marzo de 2015. Magistrada ponente: Gloria Stella Ortíz Delgado.

79 Comisión Interamericana de los Derechos Humanos “*Democracia Y Derechos Humanos En Venezuela*”. Resolución 08/15. Párrafo 826. 2015. <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2009sp/VE09CAPVISP.htm#VI.B>.

80 Diana Carolina Prado Mosquera, “*Trans el muro: mujeres trans en condiciones inframurales en Colombia. Una perspectiva desde los principios de igualdad y no discriminación*” (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2015), 10. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6880>.

81 Derechos a la vida, seguridad, dignidad humana e integridad personal.

establecimientos de reclusión⁸².

4.5 ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS

Esta barrera se analizó en la sentencia T-314 de 2011⁸³. En este caso, Valeria Hernández presentó una acción de tutela contra la Hotelera Tequendama S.A., solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, familia, igualdad, personalidad jurídica y vida. Lo anterior, debido a que tenía boletas para los eventos, pero se le negó el ingreso, según ella, por su condición de persona trans. En consecuencia, solicitó a los accionados abstenerse de impedir el ingreso a los eventos públicos de las personas por su orientación sexual; ordenar a la Defensoría del Pueblo adelantar programas sobre la promoción de los derechos humanos y la prevención de prácticas de discriminación; y condenar en abstracto a las personas accionadas por el daño moral ocasionado. Sin embargo, las pretensiones se negaron por no evidenciar que la exclusión de ingreso se dio en razón a su identidad de género.

La Corte desarrolló tres problemas jurídicos; sin embargo, por el objeto de estudio, se analizó únicamente si a la actora se le desconocieron los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad, por impedirle el ingreso a un evento público en razón a su identidad de género. La Corporación aclaró que la población LGBTI ha sido víctima de actos discriminatorios y de exclusión por su identidad, y que de aquellos surgen dos deberes: (i) el del Estado y de los particulares de adelantar políticas públicas y acciones afirmativas para incentivar la visibilidad, respeto y protección de esta población, en virtud del artículo 13 constitucional; y (ii) el de realizar un exhaustivo análisis probatorio sobre el criterio sospechoso de discriminación y la protección constitucional de la población trans -estudio reiterado en la sentencia T-804 de 2014⁸⁴.

Por ello, solicitó informes sobre las políticas públicas adelantadas por las entidades estatales para combatir dicha discriminación. A partir de estos concluyó: primero, que la accionante no ingresó a tales eventos por irrespetar al personal de ingreso y que en el lugar habían mujeres trans, por lo que no se configuró la discriminación; segundo, que aunque las entidades eran conscientes de la discriminación histórica hacia las personas trans (estadísticamente el 95,8% han sido víctimas de discriminación en

82 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Comunicado de prensa 53/15 expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de la libertad”, 2015. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/053.asp>

83 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-314 del 4 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

84 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-804 del 04 de noviembre de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

sitios públicos), no existe una política integral de concientización o sensibilización en la materia.

Por lo anterior, la Corte evidenció una gran cantidad de obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las personas trans en el espacio público y privado. Esto respondió a estudios que se publicaron en la época, los cuales mostraron la necesidad de adoptar medidas para garantizar el goce de derechos de este grupo. Por ejemplo, en 2013 Colombia Diversa publicó el *Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2010 – 2011* en el cual puso de presente que “entre 2010 y 2011 fueron asesinadas al menos 280 personas LGBT. Ésta es la cifra más alta de homicidios que reportó desde el 2006, año en el que se empezaron a hacer estos reportes”⁸⁵. Asimismo, en cuanto a la vinculación del espacio privado, el estudio señaló que entre 2010-2011 al menos 14 mujeres trans fueron asesinadas aparentemente por su identidad de género, llevando a que la Organización clasificara los homicidios como crímenes por prejuicio⁸⁶.

4.6 INSTITUCIONES EDUCATIVAS

Frente a esta barrera se analizó la Sentencia T-443 de 2020⁸⁷, en la cual el estudiante José Echeverri presentó una tutela contra la Institución Educativa José Félix de Restrepo, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, educación, libre locomoción, honra y buen nombre. Lo anterior, ya que el peticionario inició una transición en su identidad de género, hecho que le generó dificultades para ser promovido de curso, pues sus profesores y directivos lo discriminaron y le generaron situaciones incómodas de inseguridad. Además, la Institución lo obligó a ver sus clases en un aula aislada de sus compañeros, negando su ingreso a zonas del colegio y a espacios colectivos que pudieran ocasionar situaciones “incómodas”.

La Corte analizó si la Institución vulneró el libre desarrollo de la personalidad del estudiante al prohibirle salir del aula de clases y compartir con los demás estudiantes. La Corporación declaró la carencia actual de objeto, porque el estudiante ya se había graduado. No obstante, recomendó para futuros casos que los Institutos apliquen un método pedagógico para contribuir a la inclusión y respeto de la diversidad humana, generando condiciones personales, sociales, culturales, étnicas y de género conforme a las particularidades de cada estudiante. Además, estableció los siguientes pasos a seguir en casos de discriminación: (i) prestar el apoyo en el proceso de reafirmación de género sin imponer barreras administrativas durante su transición; (ii) promover formas acertadas de tratar la

85 Colombia Diversa. “Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2010 – 2011”, 14, 2013. <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2010-2011.pdf>.

86 Ibid., 23.

87 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 14 de octubre de 2020. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

diversidad; (iii) resolver los conflictos en la interacción docente-estudiante de manera imparcial; y (iv) ejercer actividades dentro y fuera del aula que le permitan a la persona volverse a sentir parte de la comunidad educativa como igual.

Esta sentencia implementó una medida progresiva para la protección de la niñez y adolescencia trans, ya que estableció que el derecho a la educación no sólo implica la existencia de un establecimiento donde se imparte conocimiento, sino que también se debe crear un ambiente sano donde se eviten barreras institucionales de discriminación hacia personas con identidad de género diversa. En este mismo sentido, Pichardo et. al. señalan que en las escuelas se configura una red de violencia simbólica “(...) que troque la identidad de género desde la infancia y castiga (la mayor parte de las veces en silencio) toda transgresión de los códigos tácitos de comportamiento de hombres y mujeres en todas las esferas de la vida cotidiana”⁸⁸.

5. ¿LAS AUTORIDADES DEL ESTADO, POR ACCIÓN U OMISIÓN, HAN GENERADO O PERMITIDO BARRERAS INSTITUCIONALES PARA IMPEDIR EL GOCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁸⁹ DE LA COMUNIDAD TRANS?

De lo anterior, frente al problema jurídico planteado se evidencia que existe una variación en la posición garante de la Corte Constitucional frente a la perpetuación o eliminación de las barreras analizadas. Así las cosas, las decisiones se ubican en dos extremos: (i) la Corte afirma que no existen barreras institucionales, de forma absoluta: (T-504 de 1994) o de forma condicionada: (C-006 de 2016 y T-288 de 2018); (ii) la Corporación reconoce que existen barreras institucionales, de forma absoluta: (T-594 de 1993, SU-337 de 1999, T-1033 de 2008, T-062 de 2011, T-771 de 2013, T-476 de 2014, T-443 de 2020) o de forma condicionada: (T-314 de 2011). Por otra parte, del análisis se encontró que hay decisiones intermedias, en las que se concedieron medidas de amparo, pero en los salvamentos de voto se perpetúa la barrera dentro de la misma Corte (C-507 de 1999, T-918 de 2012).

88 Puche, Luis; Moreno, Elena; Pichardo, José Ignacio. *“Adolescentes transexuales en las aulas. Aproximación cualitativa y propuesta de intervención desde la perspectiva antropológica. Transexualidad, adolescencia y educación: miradas multidisciplinares”*. Madrid: Eagles, 2013. <http://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/ff808181422334020143f7540b8a05c9>

89 Derecho a la vida, dignidad humana, igualdad y no discriminación, integridad, libre orientación sexual, identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, libertad personal y de expresión, intimidad, nombre, educación, trabajo y salud.

<u>NO</u> existen barreras institucionales o se mantienen por parte de la Corte	No absoluto	No	Depende	Sí	Sí absoluto	<u>SÍ</u> existen barreras y la Corte ampara la protección de derechos	
							T-594/93
	T-504/94						
							SU-337/99
			C-507/99				
							T-1033/08
							T-062/11
					T-314/11		
			T-918/12				
							T-771/13
							T-476/14
			C-006/16				
			T-288/18				
					T-443/20		

6. CONCLUSIONES

A partir del análisis jurisprudencial realizado, es dable concluir que la histórica vulneración a la cual se ha sometido a la población trans no es un tema superado sino que persiste; en el entendido que no todas las normas contienen el nivel de inclusión suficiente para afirmar que no existen barreras o cargas adicionales al momento de ejercer sus derechos fundamentales.

De forma paulatina, estos obstáculos se han identificado con el propósito de ser superados; no obstante, no ocurre y es el yerro que se manifiesta cuando un órgano administrativo o judicial toma medidas regresivas, en su mayoría por desconocimiento de decisiones o precedentes que han materializado una garantía fundamental.

Así las cosas, la población trans no cuenta con el amparo suficiente para hacer efectivos todos sus derechos bajo un mandato de igualdad material, pese a que la identidad de género es un derecho fundamental *per se*, que además abarca otros intereses superiores como la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

La Corte Constitucional, como garante de la Constitución Política de Colombia, en ejercicio de sus competencias y mediante sus pronunciamientos jurisprudenciales, está llamada a materializar los derechos de la población, en particular de aquellos grupos de especial protección constitucional que

han padecido discriminaciones sistemáticas, como ocurre con las personas trans. A partir de los fallos analizados se considera que, en efecto, gracias a este Cuerpo Colegiado se han superado numerosas barreras y se han proferido acciones afirmativas que, en muchas ocasiones, cumplen función de precedente para materializar, cada vez en mayor medida, el principio de progresividad de los derechos. De las sentencias analizadas se concluye:

En cuanto a los obstáculos evidenciados en la **Registraduría Nacional del Estado Civil**, particularmente frente al cambio de nombre y sexo y los trámites para hacerlo, se afirma que existió un avance jurisprudencial desde la sentencia **T-594 de 1993**, la cual reconoció el derecho al cambio de nombre. Sin embargo, en el fallo **T-504 de 1994** hubo un retroceso, ya que se reafirmó la exigencia de acudir al procedimiento ordinario en el que la persona trans –a diferencia de la cisgénero– debía demostrar su transición. No fue sino hasta el fallo T-918 de 2012 que se superó la barrera, pues se permitió la modificación del sexo inmediatamente en el Registro Civil –incluso se eliminó la exigencia de presentar certificados médicos para acreditar el tránsito de una persona en la providencia T-063 de 2015–. Finalmente, la Corte permitió el cambio de nombre y de sexo más de una vez en el fallo **T-1033 de 2008**.

Frente a las barreras encontradas en el acceso a los servicios médicos en las **Entidades Prestadoras de Salud**, particularmente en las prácticas de cirugías de reasignación de sexo, se reconoció que estos procedimientos constituyen un derecho según la sentencia **T-918 de 2012**, pese a ser un servicio no POS; y posteriormente en el pronunciamiento **T-771 de 2013** se reafirmó esta tesis, y se extendió a cualquier cirugía necesaria ordenada por el médico tratante para ejercer la transición –incluso las intervenciones quirúrgicas que generalmente son consideradas como estéticas–. Frente a este eje de estudio, también se analizó la protección al consentimiento exclusivo del titular –incluso cuando se es menor de edad– para someterse a las cirugías de reasignación de sexo en la sentencia **SU-337 de 1999**.

Referente a las barreras presentes en el **Servicio Militar Obligatorio**, en el fallo **C-507 de 1999** la Corte afirmó que este no puede ser un escenario de discriminación de expresiones de identidad diversa, por tanto, no puede exigirse tramitar y regular la situación militar a las mujeres transgénero. En consecuencia, según las sentencias **T-476 de 2014** y **T-099 de 2015**, tampoco puede exigirse la libreta militar para acceder al ámbito laboral. No obstante, el Congreso profirió, de forma regresiva, la Ley 1861 de 2017, por la cual estableció una nueva regulación para el régimen militar, la cual volvió al yerro de tildar a las mujeres trans como “varones excluidos” de prestar servicio, por lo cual deben regular su situación y portar la correspondiente libreta militar, desconociendo completamente su identidad de género.

Con respecto a las barreras institucionales presentes en los **Centros Penitenciarios y Carcelarios**, se identificó que el mayor obstáculo es la restricción de derechos fundamentales no susceptibles de ser limitados en virtud de la sanción penal. Sin embargo, la Corte logró un avance al establecer, a partir de la sentencia **T-062 de 2011**, que no pueden darse restricciones a las expresiones de identidad de género, así como también es menester para las autoridades promover capacitaciones efectivas sobre sensibilización en materia de derechos de la comunidad LGBTI. No obstante, en virtud del fallo **T-288 de 2018**, es posible evidenciar que continúa el desconocimiento de reparaciones simbólicas ante violaciones en estas instituciones, pues las autoridades se limitan a examinar la literalidad de las actuaciones adelantadas, sin revisar la efectividad de las mismas en la protección de las personas trans en las cárceles.

Frente a los obstáculos institucionales en **establecimientos privados**, la Corte ha sido garantista y, por ello, en la Sentencia **T-214 de 2011**, a pesar de que el derecho no fue amparado, el Alto Tribunal ordenó a las Entidades Estatales establecer políticas públicas con el fin de reducir la discriminación sistemática de la que históricamente ha sido víctima la comunidad trans. Igualmente, advirtió el deber que tienen los particulares de realizar acciones afirmativas para reconocer el goce efectivo de sus derechos.

Por otra parte, de conformidad con la Sentencia **T-443 de 2020**, las **instituciones educativas** no pueden permitir la segregación por razones de identidad de género, y en cambio, deben prestar apoyo durante su proceso de reafirmación de género sin imponer barreras administrativas. En este mismo sentido, la Corte sostuvo que distanciar al estudiante infringe un daño psicológico, fisiológico y social; y agregó que, la función de estos centros educativos también es servir para la promoción de la inclusión e igualdad dentro y fuera de las aulas.

Pese a lo expuesto, en ocasiones este mismo Órgano ha negado la existencia de tales barreras o ha obedecido, erróneamente, a intereses formales sobre los sustanciales. En el ámbito de demandas por inconstitucionalidad se ha centrado de forma exclusiva en el incumplimiento de aspectos procesales para proferir fallos inhibitorios, desconociendo el ejercicio de principios esenciales como el *pro actione*⁹⁰. Asimismo, en el marco de las sentencias de acción de tutela, la Corte descartó acciones sin tener en cuenta que habría sido una oportunidad relevante para superar obstáculos en el ejercicio de los derechos de la población trans, cuando aquellas padecían las mismas vulneraciones.

Corolario a lo expuesto, se concluye que: (i) El Estado ha impuesto barreras administrativas al ejerci-

90 La Corte Constitucional ha establecido que “(...) el principio *pro actione* exige adoptar una decisión de fondo en aquellos casos en los cuales existe una duda acerca del cumplimiento de las condiciones para provocar un pronunciamiento de fondo”. Citado de: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-292 del 26 de junio de 2019. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

cio de los derechos de la comunidad trans. (ii) La Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha identificado muchas de ellas y se han superado, de hecho gracias a esta se han obtenido los más importantes avances. (iii) No obstante, cuando se toman medidas de carácter progresivo, es inminente que todos los órganos del Estado las conozcan y ejerzan sus funciones teniendo en cuenta este precedente, de lo contrario, las entidades continuarán aplicando medidas que son regresivas. (iv) La Corte, en ocasiones, ha identificado los obstáculos y no los ha superado por obedecer a aspectos de forma o procesales, desaprovechando oportunidades que son invaluable para materializar el ejercicio pleno de los derechos de las personas trans. De estos dos últimos puntos, se afirma que el amparo se encuentra sujeto a la discrecionalidad y, en ocasiones, a los prejuicios propios de los Magistrados.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernal-Crespo, Julia Sandra. “*Los derechos fundamentales de las personas transgénero*”. Cuest. Const. no.38 (2018). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932018000100229
- Colombia Diversa. “Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2010 - 2011”. 2013. <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2010-2011.pdf>.
- Colombia Diversa. “Más que cifras. Informe de derechos humanos de personas LGBT en Colombia 2019”. 2021. <https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/03/Mas-que-cifras.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. “Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis”. 2016. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/31-DH-Transgenero.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Comunicado de prensa 53/15. (CIDH) expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de la libertad”. 2015. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/053.asp>
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos “Democracia Y Derechos Humanos En Venezuela”. Resolución 08/15. Párrafo 826. 2015. <http://www.cidh.org/countryrep/venezuelaz009sp/VE09CAPVISP.htm#VI.B>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”. 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Violencia contra personas LGBTI en América”. Organización de los Estados Americanos. 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

- Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”. 2007.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 1260 de 1970, artículo 94. Modificado por el artículo 6 del Decreto 999 de 1988.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594 del 15 de diciembre de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-504 del 08 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-477 del 23 de octubre de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-481 del 09 de septiembre de 1998. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 del 14 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-337 del 12 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1033 del 17 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-314 del 4 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 del 4 de febrero de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-918 del 08 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-977 del 22 de noviembre del 2012. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-231 del 15 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-771 del 7 de noviembre de 2013. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 del 9 de julio de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-804 del 04 de noviembre de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-063 del 13 de febrero de 2015. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-099 del 10 de marzo de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortíz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-006 del 21 de enero de 2016. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-077 del 22 de febrero del 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-498 del 15 de noviembre de 2017. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288 del 23 de julio de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-292 del 26 de junio de 2019. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-028 del 1 de febrero de 2019. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-447 del 27 de septiembre de 2019. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-443 del 14 de octubre de 2020. Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

González, Sara, Daniela Guzmán, Catherine Unigarro, y Carolina Zea. “*Historia, logros y retos sobre transexualidad de los profesionales de la salud mental en Colombia*”. Revista Electrónica Psyconex 8, no. 12 (2016): 1-11, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/Psyconex/article/view/326980>.

López Medina, Diego. El derecho de los jueces. *Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2000.

López Medina, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala

- Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-16.pdf>
- Oficina del Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas. “Definiciones”. Sin fecha. <https://www.unfe.org/es/definitions/>
- Ostmann, Florian, Corona, Esther & Mazín, Rafael. “*Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe*”. 2012. https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PAooJQ81.pdf
- Organización Panamericana de la Salud. “La ONU en América Latina y el Caribe llama a eliminar barreras que aumentan la exclusión social de las personas LGBTI”. 2016. Citado de: UNESCO. “La violencia homofóbica y transfóbica en el ámbito escolar en Latinoamérica: hacia centros educativos inclusivos y seguros”. 2016. https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12035:onu-lac-eliminar-barreras-que-aumentan-exclusion-social-personas-lgbti&Itemid=135&lang=es.
- Prado Mosquera, Diana Carolina. “*Trans el muro: mujeres trans en condiciones inframurales en Colombia. Una perspectiva desde los principios de igualdad y no discriminación*”. Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2015), 10. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6880>.
- Puche, Luis, Elena Moreno y José Ignacio Pichardo. “*Adolescentes transexuales en las aulas. Aproximación cualitativa y propuesta de intervención desde la perspectiva antropológica. Transexualidad, adolescencia y educación: miradas multidisciplinares*”. Madrid: Eagles: 2013. <http://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/ff808181422334020143f7540b8a05c9>
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “*Violencias, omisiones y estructuras que enfrentan las personas LGTBI. Revista Estudios Socio-Jurídicos 18, no.2 (2016): 47-85*. <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73346379002/index.html>
- Ruiz-Nieves, Marco Antonio. “*Mujeres transgénero frente a la definición de situación militar en Colombia*”. Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás, 2016), 53, <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10725/2016Ruizmarco.pdf;jsessionid=82ABD11C74760AF9CBCF550C981BCF4F?sequence=1>.
- Uribe-Grimaldo, Nini Johana. “*Protección del derecho a la dignidad humana de las personas transgénero en Colombia con base en la jurisprudencia constitucional* (Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia, 2019. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/11355/1/2019_proteccion_derecho_dignidad.pdf

LA DOBLE AVERSIÓN DEL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE: CONSTITUCIONALISMO BOLIVARIANO Y LA CONSTITUCIÓN DE PINOCHET*

SERGIO VERDUGO** Y MARCELA PRIETO***

TRADUCIDO POR: DIEGO ANDRÉS JARAMILLO VARGAS

Recibido: 20 de abril de 2021. Aceptado: 9 de junio de 2021.

RESUMEN

Chile inició su proceso constituyente a finales de 2019, tras la firma de un acuerdo por parte de los partidos políticos más importantes en respuesta a las protestas masivas que se dieron en octubre de 2019. Las corrientes dominantes de pensamiento constitucional en Chile y América Latina usualmente han examinado este tipo de procesos a través del lente del poder constituyente o del constitucionalismo transformador. Los autores de este ensayo pretenden ofrecer una visión distinta. Ellos argumentan que el proceso constituyente chileno, tal y como fue diseñado por el acuerdo multipartidista, manifiesta una doble aversión: busca evitar ciertas características del proceso constituyente bolivariano – incluyendo su narrativa relativa al poder constituyente – y darle fin al legado institucional y simbólico del régimen de Pinochet. En el intento de alejarse de estos dos modelos negativos, los autores argumentan que las reglas del proceso constituyente han adoptado las principales características del modelo pos-soberano de creación de la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Proceso constituyente, Constitución de Pinochet, proceso bolivariano, modelo pos-soberano y constitucionalismo transformador.

* Traducción a cargo de Diego Andrés Jaramillo Vargas. El artículo original en: Sergio Verdugo y Marcela Prieto, “The dual aversion of Chile’s constitution-making process: Bolivarian constitutionalism and the Pinochet Constitution”, *International Journal of Constitutional Law* 19, n.º. 1 (2021): 149-168. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/moab011>.

** Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. Correo: sverdugor@udd.cl.

*** Profesora Asistente de Gould School of Law, University of Southern California, Los Angeles, CA, Estados Unidos. Correo: mprieto@law.usc.edu. Le agradecemos a Michaela Hailbronner, Gráinne de Búrca y Joseph Weiler por sus comentarios sobre una versión anterior del ensayo.

THE DUAL AVERSION OF CHILE'S CONSTITUTION-MAKING PROCESS: BOLIVARIAN CONSTITUTIONALISM AND THE PINOCHET CONSTITUTION*

SERGIO VERDUGO** Y MARCELA PRIETO***

TRANSLATED BY: DIEGO ANDRÉS JARAMILLO VARGAS

Received: april 20, 2021. Accepted: june 9, 2021.

ABSTRACT

Chile initiated a constitution-making process in late 2019, after the major political parties signed an agreement to respond to the massive demonstrations that took over the streets in October of 2019. Dominant trends in Chile and Latin America's constitutional thought typically examine this type of process through the lenses of the constituent power or transformative constitutionalism. The authors of this essay offer a different view. They argue that Chile's constitution-making process, as designed by the multiparty agreement, manifests a double aversion: to avoid the Bolivarian way of constitution-making—including its associated constituent power narrative—and to put an end to the institutional and symbolic legacy of the Pinochet regime. In attempting to stay clear of these two negative models, the authors argue that the rules of the constitution-making process have adopted the main features of the post-sovereign model of constitution-making.

KEY WORDS

Constitution-making process, Pinochet Constitution, Bolivarian process, post-sovereign model and transformative constitutionalism.

* Translated by Diego Andrés Jaramillo Vargas. Original article in Sergio Verdugo y Marcela Prieto, "The dual aversion of Chile's constitution-making process: Bolivarian constitutionalism and the Pinochet Constitution", *International Journal of Constitutional Law* 19, n.º. 1 (2021): 149-168. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/moab011>.

** Associate Professor of Law, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. Email: sverdugo@udd.cl.

*** Assistant Professor of Law, Gould School of Law, University of Southern California, Los Angeles, CA, United States. Email: mprieto@law.usc.edu. We thank Michaela Hailbronner, Gráinne de Búrca, and Joseph Weiler for their comments on an earlier version of this essay.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, Chile está en medio del proceso constituyente. En octubre del 2020, el 78,3% de los electores chilenos votó a favor de empezar un proceso constituyente para reemplazar la Constitución actual, y el 79% votó a favor de que la “Convención Constitucional” sea el cuerpo encargado de diseñar el nuevo texto constitucional. Sus miembros serán elegidos en abril de 2021*.

A pesar de que la Constitución chilena ha sido reformada varias veces – especialmente en 1989 y 2005 –, todavía contiene normas del texto original, el cual fue impuesto por la dictadura de Pinochet en 1980⁰¹. La Constitución ha sido criticada por varias razones y la opinión pública la ha visto con malos ojos⁰². Estas críticas se extienden desde los excesivos y varios poderes de veto que tienden a favorecer el *status quo* legal – los cuales están en parte relacionados con el plan del régimen autoritario de afianzar

* La fecha de las elecciones fue pospuesta para mayo de 2021 por razones asociadas a la pandemia. El artículo original fue escrito antes de que se fijara una nueva fecha.

01 Véase un estudio trazando el origen de cada norma de la Constitución en: Jaime Arancibia Mattar, *Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy* (Santiago de Chile: Universidad de los Andes, 2020).

02 En encuestas de opinión pública, ver, por ejemplo, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, *Opinión ciudadana y cambio constitucional. Análisis desde la opinión pública* (2015).

ciertas características del sistema⁰³ – hasta la forma en que la Constitución reconoce los derechos sociales, cómo ésta interrumpió la tradición política de Chile⁰⁴ y la existencia de un defectuoso régimen político presidencialista que estimula el estancamiento legislativo y carece de incentivos suficientes para construir coaliciones legislativas y organizar acuerdos gubernamentales que trasciendan de los pactos a corto plazo (como uno de nosotros ha sostenido).⁰⁵ Otros autores también han argumentado que los arreglos institucionales de la Constitución de 1980 han, hasta el momento, impedido que el poder constituyente del pueblo se exprese⁰⁶ y que, incluso tras todas las reformas constitucionales aprobadas, exista una cultura política que impide transformaciones sociales relevantes.⁰⁷

El proceso constituyente chileno surgió a raíz de las protestas masivas en 2019, las cuales tuvieron como resultado la aprobación del acuerdo multipartidista por parte de los partidos políticos (el “Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución”), que dio lugar al inicio del proceso constituyente que busca reemplazar la Constitución actual⁰⁸. Los partidos que acordaron este proceso incluyeron un amplio espectro político, desde la derecha (e.g., la UDI, Unión Demócrata Independiente) hasta la izquierda

03 Este tipo de críticas, generalmente, incluyen un ataque a los poderes y la actuación del Tribunal Constitucional de Chile, a las supermayorías requeridas para la aprobación de leyes orgánicas – en ocasiones también las reglas para aprobar reformas constitucionales – y el sistema electoral para elegir a los legisladores, entre otros. Las respuestas a estas críticas, por lo general, enfatizan que estas características autoritarias han sido removidas por reformas constitucionales incrementales y graduales, que el diseño del Tribunal Constitucional fue acordado en una reforma constitucional aprobada en el 2005 por el Presidente socialista Ricardo Lagos y el Congreso, y que el sistema electoral fue reemplazado en el 2015. Comparar, por ejemplo, Fernando Atria, “La Constitución Tramposa y la Responsabilidad del Jurista”. *En Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*. Compilado por Francisco Zúñiga (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014); Claudia Heiss, “Legitimacy Crisis and the Constitutional Problem in Chile: A Legacy of Authoritarianism”, *Constellations* 24, n° 3 (2017): 470-479. Doi: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12309>; Christian Suárez, “La Constitución Celda o ‘Straightjacket Constitution’ y la Dogmática Constitucional”, *Revista Universum* 1, n° 24 (2009): 248-271. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-23762009000100014>; Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago de Chile: LOM, 2006); José García, “Minimalismo e Incrementalismo Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho* 41, n° 1 (2014): 267-302. Doi: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9458>.

04 Ver, por ejemplo, Juan Luis Ossa, *Chile Constitucional* (Fondo de Cultura Económica, 2020).

05 Sergio Verdugo, “On the Protests and Riots in Chile: Why Chile Should Modify its Presidential System”, I•CONNECT (Blog), 20 de octubre de 2019, www.iconnectblog.com/2019/10/on-the-protests-and-riots-in-chile-why-chile-should-modify-its-presidential-system/.

06 Fernando Atria, “Sobre la Soberanía y lo Político”, *Derecho y Humanidades* 12 (2006). Doi: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16197/16738>. Ver también Fernando Atria, “Participación y Alienación Política: El Problema Constitucional”, en *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*. 1ra ed. Comp. Claudio Fuentes (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010); Atria, “La Constitución Tramposa” (2014). Para ver una aproximación distinta argumentando que la Junta perdió el poder constituyente tras el retorno a la democracia en 1989, véase Renato Cristi, *Precisiones en Torno a la Noción de Poder Constituyente*, en EL CONSTITUCIONALISMO DEL MIEDO, 163 (2014). Renato Cristi, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: una biografía intelectual*. (Lom Ediciones, 2da ed. 2011).

07 Fernando Atria, Constanza Salgado Y Javier Wilenmann, *Constitución y neutralización: origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional* (Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017).

08 Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución [Agreement for Social Peace and the New Constitution] 15 de noviembre de 2019.

(e.g., el Partido Socialista). El Partido Comunista y gran parte de los miembros del Frente Amplio (una coalición de izquierda) no apoyaron el acuerdo. El proceso constituyente es tanto un proceso hecho de ‘abajo hacia arriba’ (*bottom-up*), donde hay presión de grupos sociales para el reemplazo de la Constitución⁰⁹, como uno dirigido por las élites, en el que se incluyen reglas diseñadas ‘desde arriba’ (*top-down*) por partidos políticos¹⁰, quienes intentaron canalizar las demandas sociales por medio de las instituciones representativas.

Hay muchas formas en las que el actual proceso constituyente chileno puede ser explicado y analizado. Varios académicos han hecho uso de un enfoque soberano del poder constituyente para tratar de entender el proceso que está atravesando Chile. Por ejemplo, en una introducción a un simposio sobre el proceso constituyente en Chile, Emilios Christodoulidis y Marco Goldoni mencionaron que el país está viviendo irrupciones revolucionarias volátiles o una actividad social normativa dramáticamente emancipadora, ofreciendo un momento de poder constituyente¹¹; Octavio Ansaldi y María Pardo-Vergara argumentan que la estructura constitucional ha bloqueado la agencia política de las personas y que la idea del poder constituyente es crucial para entender el proceso chileno como una forma de impugnar la Constitución de 1980¹²; y Fernando Atria afirma que el poder constituyente puede – mas no debe – reconocer el Acuerdo¹³. Otros académicos, tales como Samuel Tschorne, han decidido utilizar un enfoque pos-soberano para entender la forma en que el proceso constituyente fue diseñado¹⁴; Benjamin Alemparte ha argumentado que el Acuerdo representa los

09 Uno de los miembros del comité de redacción de las reglas del proceso constituyente ha argumentado que los verdaderos autores de la reforma constitucional no fueron ni los partidos ni el Congreso, sino los millones de chilenos que, a través de la movilización, han demandado profundas reformas institucionales y socioeconómicas. Ver Claudia Heiss, ¿Por qué Chile necesita una nueva constitución? 118–19 (2020) (traducción por los autores).

10 Lisa Hilbink muestra como el involucramiento de partidos políticos mayoritarios, incluyendo los de derecha, es tanto una ventaja como un riesgo para el proceso, pues el Acuerdo puede ser percibido como un trato entre las élites a puerta cerrada. Ver Lisa Hilbink, “¿Nueva constitución o nada! Promesas y trampas del momento constitucional chileno”, *Derecho y crítica social* 6, n°1 (2020): 96-102. Doi: <https://derechocriticasocial.files.wordpress.com/2020/11/4.-hilbink-1.pdf>

11 Emilios Christodoulidis y Marco Goldoni, “Introduction: Chile’s ‘Constituent Moment’”, *Law and Critique* 31, n° 1 (2020): 4. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10978-020-09259-7>

12 Ansaldi, Octavio y Pardo-Vergara, María. “What Constitution? On Chile’s Constitutional Awakening”, *Law and Critique* 31 (2020): 7-31. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10978-020-09260-0>

13 Fernando Atria, *Constituent Moment, Constituted Powers en Chile*, 31 *Law Critique* 51 (2020). Otros académicos han analizado el proceso constituyente desde la teoría del poder constituyente, Jaime Bassa, *Chile Decide por una Nueva Constitución* 182–6 (Editorial Planeta Chile, 2020); Heiss, ¿Por qué Chile necesita una nueva constitución?, 126–9.

14 Samuel Tschorne, “Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: Poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional”, *Estudios Políticos* 160 (2020): 81-117. Doi: <https://doi.org/10.38178/07183089/1451200207>. Uno de nosotros también ha argumentado que el proceso constituyente chileno posee ciertas características pos-soberanas. Véase Sergio Verdugo, “Chile’s New Constitutional Experiment”, *Quaderni Costituzionali* 4 (2020): 842-845. Doi: 10.1439/99332.

intereses institucionales de los partidos políticos¹⁵, y uno de nosotros ha sugerido que los acuerdos institucionales del proceso constituyente chileno pueden ser entendidos como un compromiso entre los puntos de vista evolucionistas y revolucionarios¹⁶.

Este artículo ofrece un enfoque distinto. Argumentamos que el proceso constituyente de Chile es un ejemplo de lo que Kim Lane Scheppelle llamaría “constitucionalismo aversivo”. El constitucionalismo aversivo se concentra en los modelos negativos que existen en las mentes de quienes redactan y “construyen” constituciones¹⁷. Estos modelos negativos consideran instituciones, principios y procesos del pasado para identificar errores y así evitarlos¹⁸. Estas críticas pasan entonces a constituir un conjunto de ideas negativas sobre un nuevo orden constitucional, incorporándose un cierto sentido de rechazo hacia una posibilidad constitucional particular¹⁹.

El constitucionalismo aversivo no es lo mismo que identificar materiales “anticanónicos”, tales como precedentes moralmente reprochables (particularmente relevantes en los sistemas de *common law*), o simplemente elaborar argumentos de ideas negativas²⁰. Los materiales canónicos e ideas asociadas con el anti-canon pueden superponerse con el constitucionalismo aversivo, pero, este último, tal y como fue desarrollado por Scheppelle, necesita de algo más. El constitucionalismo aversivo implica la presencia de constituyentes y políticos (y, en ocasiones, jueces) que afirmen que cierto modelo o idea constitucional está equivocada, no encaja o es incompatible con los planes constitucionales planteados durante el proceso.

El constitucionalismo aversivo puede ser interno o externo: puede implicar el rechazo de materiales o ideas políticas provenientes de la propia jurisdicción de los constituyentes, o puede ser un ejercicio

15 Benjamin Alemparte, “The Institutional Interest of Political Parties in Chile’s Constitution-Making Process”, *I•CONnect* (blog), 17 de noviembre de 2020, www.iconnectblog.com/2020/11/the-institutional-interest-of-political-parties-in-chiles-constitution-making-process/.

16 Sergio Verdugo, “La necesidad del pragmatismo constitucional en Chile: una solución común para constituyentes y evolucionistas”, *IberICONnect* (Blog), 2020, <https://bit.ly/3iFiELm>.

17 Kim Lane Scheppelle, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models”, *International Journal of Constitutional Law* 1, n° 2 (2003): 296-300. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/1.2.296>

18 Ibid., 300.

19 Ibid.

20 Ver, por ejemplo, Jamal Greene, “The Anticanon”, *Harvard Law Review* 125, n° 2 (2011): 379-474. Doi: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1684/

comparativo y rechazar modelos constitucionales extranjeros²¹. Un ejemplo de una aversión externa es presentado por Sujit Choudhry, quien usa el trabajo de Scheppele para argumentar que la infame era Lochner de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos funcionó como un anti-modelo a la hora de adoptar e implementar la Carta Canadiense de Derechos y Libertades²².

La naturaleza del rechazo requerido por el constitucionalismo aversivo también es relevante. No todo rechazo de una opción constitucional por parte de los constituyentes es necesariamente una forma de constitucionalismo aversivo. Este último requiere un rechazo enfático con importante peso constitucional: un rechazo que manifieste aversión, que comunique algo como “esto sería algo horrible de adoptar”²³. Al realizar esta distinción, Scheppele menciona el caso de Polonia, donde se rechaza la adopción del modelo federal y judicial de Estados Unidos, como un ejemplo de rechazo que no es expresión del constitucionalismo aversivo²⁴. Si existió aversión en el proceso constituyente polaco, fue el constituido por el rechazo a su antigua experiencia comunista²⁵.

Aversiones tales como la de Polonia son comunes en sociedades que están en medio de un proceso de transición a la democracia. Esto puede ser visto en el rechazo al régimen del apartheid por parte de la Constitución de Sudáfrica²⁶. Otros ejemplos de constitucionalismo aversivo son el rechazo de Estados Unidos al modelo británico de tiranía sobre los estados²⁷, que incluía una lista específica de conductas tales como la imposición de impuestos sin consentimiento²⁸, y el rechazo de la Carta de Derechos de

21 Este tipo de modelo negativo enfatiza de forma explícita la distinción y el contraste con experiencias constitucionales imperfectas de otros sistemas políticos con el fin de justificar otras prácticas constitucionales. Ver Ran Hirschl, “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *The American Journal of Comparative Law* 53, n° 1 (2005): 132. Doi: <https://www.jstor.org/stable/30038689>. Véase también Vicki C. Jackson, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review* 119, n° 1 (2005): 109-113. Doi: <https://www.jstor.org/stable/4093561> (“Constitutions can also provide basis for resistance to, or differentiation from, foreign law or practice.”).

22 Sujit Choudhry, “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 2, n° 1 (2004): 1-55. Doi: <https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069> (“Thus, Lochner not only influenced the initial drafting of the Charter, but also was invoked to oppose amendments to entrench property rights.”). Ver también Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.).

23 Scheppele, “Aspirational and Aversive Constitutionalism”, 302-3.

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid., 303-5.

27 Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776).

28 Scheppele, “Aspirational and Aversive Constitutionalism”, 308.

Nueva Zelanda a una experiencia política previa²⁹.

Haciendo uso de estos elementos teóricos, argumentamos que el proceso constituyente chileno puede ser entendido como una manifestación de una doble aversión o rechazo a dos modelos negativos: primero, contra la era de Pinochet y sus planes constitucionales, y segundo, contra el enfoque bolivariano de proceso constituyente, incluyendo su narrativa asociada sobre el poder constituyente. Al rechazar estos dos modelos, Chile ha acogido ciertas características del modelo pos-soberano, el cual es descrito por Arato³⁰.

El resto de este artículo se desarrolla como sigue. La siguiente sección explica como el modelo constitucional de la dictadura está operando como la primera aversión del actual proceso constituyente chileno. La sección 3 describe las principales características del modelo bolivariano, el cual se basa en un enfoque soberano y transformador del proceso constituyente, y brevemente presenta la alternativa pos-soberana como un modelo contrario al bolivariano. La sección 4 explica como los “constructores” chilenos del actual proceso constituyente rechazan el modelo bolivariano y, en vez de este, acogen ciertas características del paradigma pos-soberano para diseñar el proceso. Finalmente, la sección 5 concluye mencionando ciertos retos que deberá afrontar el proceso constituyente chileno.

2. EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO Y EL RECHAZO AL LEGADO DE PINOCHET

Desde la vuelta a la democracia, esta es la única vez que hemos tenido la posibilidad real de una nueva Constitución, que recoja los sueños de los chilenos y chilenas. Es el momento de poner fin a la Constitución de la dictadura, que establece un sistema subsidiario, que no recoge ni garantiza los derechos sociales, que no establece mecanismos de participación real de la ciudadanía [...], que no garantiza el derecho al agua y a los recursos naturales, que establece un súper presidencialismo que le impide

29 D. Erdos, “Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)”, *International Journal of Constitutional Law* 5, n° 2 (2007): 343-369. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/momoor>:

I argue that the general, perhaps predictable wariness of incumbent politicians with regard to a bill of rights was mitigated by the Labour elites’ negative political experiences under the previous and apparently authoritarian government of Robert Muldoon (1975–1984). [...] This negative experience produced within Labour a new aversive mind-set in favor of reform, particularly in the area of procedural Rights.

Ibid., 362. Ver también Bill of Rights Act 1990, No. 109 (N.Z.).

Para un enfoque distinto sobre la Carta de Derechos de Nueva Zelanda, ver Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (London: Harvard University Press, 2004).

30 Ver Andrew Arato, *Post sovereign constitution making: learning and legitimacy* (Oxford, 2016); Andrew Arato, “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”, *International Journal of Politics, Culture and Society* 22 (2009): 427. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>

al Congreso avanzar en profundas transformaciones sociales [...]”³¹.

Con esas palabras, Maya Fernández, diputada del Partido Socialista, argumentó a favor de una nueva constitución. Muchas otras intervenciones de los legisladores – desde la izquierda hasta el centro – durante el debate dirigido a implementar el Acuerdo incluyeron comentarios similares. Enfatizaron la necesidad de librarse del legado de la dictadura, tanto por razones simbólicas como por la percepción de que la actual Constitución está ayudando a preservar los planes neoliberales y conservadores de la dictadura, y concediéndole excesivos poderes de veto a una minoría³².

El rechazo a la Constitución y el legado de Pinochet, tal y como fue expuesto, coincide con ejemplos de constitucionalismo aversivo presentes en sociedades que están en proceso de transición a la democracia. No obstante, el rechazo chileno al modelo constitucional de Pinochet difiere de forma importante con otros ejemplos de constitucionalismo aversivo asociados con transiciones. A diferencia de Sudáfrica donde la transición implicó el desarrollo de un nuevo orden constitucional, la transición chilena se dio a inicios de la década de los 90s con la misma carta constitucional que había regido desde 1980: la Constitución de Pinochet. El plan era introducir reformas al documento a partir de 1989, pero nunca se reemplazó completamente el texto original. En otras palabras, la transición a la democracia en Chile no incluyó la creación de un nuevo orden constitucional que rechazara el legado de la dictadura y creara simbólicamente un nuevo inicio. Quizás como resultado de eso, la Constitución de Pinochet ha emergido como uno de los modelos negativos en el actual proceso constituyente. Particularmente, esta aversión se concentra en ciertos déficits democráticos asociados a la Constitución de 1980 y el acogimiento por parte de la dictadura del neoliberalismo como el modelo económico del país. Sin duda, los planes constitucionales originales de Pinochet buscaban construir una democracia protegida por los militares e incluían la existencia de instituciones que se compartían el poder con fuertes poderes de veto, al igual que una carta de derechos que promovía valores conservadores, libertades

31 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República* 343 (Abril 3, 2020), <https://bit.ly/309DZoO> [en adelante *Historia de la Ley N° 21.200*]

32 Ver, por ejemplo, la intervención de los representantes Marcelo Díaz (ibid., 265), Carmen Hertz (ibid., 266-267), Tucapel Jiménez (ibid., 274), Jaime Mulet (ibid., 277-278), Felix González (ibid., 279-280), Natalia Castillo (ibid., 282), Maya Fernández (ibid., 270), Andrea Parra (ibid., 284-285), Camila Vallejos (ibid., 306-307), Boris Barrera (ibid., pag 328-329), y Vlado Mirosevic (ibid., pag 329); senadores Felipe Harboe (ibid., 433-434) y Juan Pablo Letelier (ibid., 463-464); académicos Claudia Sarmiento (ibid., 118-120), Fernando Atria (ibid., 129-133), y Francisco Zúñiga (ibid., 136-137); y el proyecto de ley presentado por la expresidenta Bachelet en abril del 2017 (Ley N° 022-365), el cual fue discutido durante las sesiones en las que se dieron las intervenciones. Todas las intervenciones y materiales pueden ser encontrados en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.200*. Un ejemplo interesante es la intervención de Miguel Crispi, quien enfatiza los déficits democráticos del modelo constitucional de la dictadura al llevar más allá el simbolismo de liberarse del legado de la dictadura y relacionarlo con la propia sede del Congreso: “Este Parlamento tiene una acústica increíble. Probablemente Pinochet lo diseñó para que no escucháramos lo que está pasando afuera, donde hay cientos de miles de personas manifestándose”. Ibid., 270.

económicas fuertes y derechos de propiedad³³. Todos estos temas han estado presentes en el debate legislativo sobre el Acuerdo y han sido tratados de forma importante por trabajos académicos y la opinión pública.

Debido a que la Constitución de 1980 ha sido reformada en varias ocasiones y nadie realmente duda que actualmente Chile es una democracia multipartidaria y competitiva³⁴, el rechazo al legado de Pinochet no es un caso obvio de constitucionalismo aversivo (aun cuando lo parezca a primera vista). A pesar de que muchos chilenos aún culpan a la Constitución de Pinochet de que las mayorías elegidas no hayan llevado a cabo reformas sociales relevantes (por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional impidió, en parte, que la segunda administración de Bachelet promulgara proyectos de ley que buscaban reformar áreas tales como el derecho laboral y la protección al consumidor)³⁵, muchas características del documento original no continúan existiendo debido a reformas constitucionales y modificaciones a las leyes orgánicas. Sin embargo, hay ciertas áreas en las que las reformas constitucionales no han ocurrido o donde no han sido efectivas a la hora de modificar las características de la Constitución de 1980 original. Algunos académicos e intelectuales públicos, como se muestra a continuación, creen que estas características explican parcialmente por qué no se han llevado a cabo reformas sociales en áreas críticas tales como el sistema de salud y de seguridad social. Es en relación con estas áreas que la aversión a la Constitución de Pinochet es más clara.

En relación con los déficits democráticos del régimen constitucional creado por Pinochet, ciertos académicos han argumentado que la Constitución de Pinochet “engañó” a la democracia al asegurarle poder de veto a la minoría de derecha sobre las mayorías electas³⁶, creando un tipo de democracia semi-soberana³⁷ y un sistema constitucional que opera como “una camisa de fuerza”³⁸. Otros han argumentado que las reformas constitucionales subsiguientes no modificaron las partes más importantes³⁹ y no

33 Ver, por ejemplo, Robert Barros, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution* (Cambridge University Press, 2002); Javier Couso et al., *Constitutional Law in Chile* (Kluwer Law International, 2013).

34 El índice de democracia de 2019, por ejemplo, considera a Chile una “democracia plena”. Ver “Democracy Index 2019”, *The Economist Intelligence Unit*, www.eiu.com/topic/democracy-index.

35 Ver, por ejemplo, STC 2935 of 2015, STC 3016 and 3026 of 2016, and STC 2012 of 2018. Para críticas a la Corte y esas decisiones, ver Atria, Salgado y Wilenmann, *Constitución y neutralización*; Fernando Atria, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (i): El conceptualismo constitucional”, *Derecho y Crítica Social* 6, n.º.1 (2020): Doi: <https://derechocriticassociales.files.wordpress.com/2020/11/6.-atria.pdf>; Fernando Atria, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (ii): Propuestas finales”, *Derecho y Crítica Social* 6, n.º.1 (2020): Doi: <https://derechocriticassociales.files.wordpress.com/2020/11/7.-atria.pdf>.

36 Atria, “La Constitución Tramposa y la Responsabilidad del Jurista”, 2014.

37 Carlos Huneeus, *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet* (Santiago de Chile: Taurus, 2014).

38 Suárez, “La Constitución Celda o “Straightjacket Constitution”.

39 Pablo Ruiz-Tagle, “La Trampa del Neopresidencialismo: La Constitución ‘Gatopardo’” en *La república en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago de Chile: LOM, 2006).

fueron efectivas al momento de abordar estas preocupaciones. Como resultado, la idea de que en Chile hay una “democracia protegida” o un régimen con déficits democráticos originados en la Constitución de Pinochet, es un legado que el actual proceso constituyente busca rechazar.

Sobre la aparente asociación entre la Constitución y el neoliberalismo, la carta de derechos – y, en particular, la protección a las libertades económicas y los derechos sobre la propiedad – ha sufrido pocas modificaciones, a pesar de las innovadoras interpretaciones judiciales que han expandido la protección de los derechos sociales en áreas como el derecho a la salud y el trabajo⁴⁰. En este sentido, el rechazo a la Constitución de Pinochet puede ser entendido como un rechazo al acogimiento por parte de la dictadura del neoliberalismo como el modelo económico del país⁴¹. Tal y como lo ha argumentado Cardoso, el problema constitucional en Chile está conectado con la erosión gradual de la confianza pública en las élites tecnócratas asociadas con el legado económico y político de la dictadura⁴². Esta aversión frente al modelo económico de la Constitución de Pinochet también se superpone con el contexto transformador del movimiento constitucional chileno y su énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales.

El discurso político y la opinión pública han asociado la existencia de derechos económicos y sociales desprotegidos con la falta de cambios en esta área en las últimas décadas debido a la parálisis legislativa, que es atribuida a ciertas características del modelo constitucional. Sin embargo, no hay un consenso académico que explique por qué la parálisis legislativa ocurrió en el sistema chileno y si realmente, y en qué medida, esta ha impedido el cambio social. Los críticos de la Constitución chilena tienden a culpar al Tribunal Constitucional, a las súper-mayorías requeridas para modificar la Constitución y a las leyes orgánicas; otros culpan la combinación del régimen presidencialista con el sistema electoral, el cual genera fragmentación en el Congreso; algunos critican el corto (4 años no renovables) período

40 Algunos académicos han argumentado que la interpretación judicial sobre estos dos derechos ha cambiado el significado original del texto. Ver Jaime Bassa Mercado y Bruno Aste Leiva, “Mutación en los Criterios Jurisprudenciales de Protección de los Derechos a la Salud y al Trabajo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 42, n.º 1. (2015). Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100009>. Ver también Miriam Henríquez Viñas, “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006–2009”, *Estudios constitucionales* 8, n.º 1 (2010): 401-424. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100015>; Alejandra Zúñiga Fajuri, “El Derecho a la Vida y el Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución: Una Relación Necesaria”, *Estudios constitucionales* 9, n.º 1 (2011): 37-64. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100003>. Para una propuesta académica que reinterprete el derecho a la salud, ver Constanza Salgado M., “Derechos Sociales, Protección de la Salud e Interpretación Constitucional”, *Revista De Derecho* (Coquimbo) 22, n.º 1 (2015): 401-432. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100010>

41 Ver, por ejemplo, Javier Couso y Lisa Hilbink, “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile”, en *Courts In Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 99-127. (Cambridge University Press, 2011).

42 João Vitor Cardoso, “Cambios socio-económicos y legitimación constitucional: Camino hacia una nueva constitución en Chile”, *Derecho y Crítica Social* 6, n.º 1 (2020): 68-95. Doi: <https://derechocriticasocial.files.wordpress.com/2020/11/3.-cardoso.pdf>

presidencial; y otros atribuyen la parálisis a la polarización o las diferencias ideológicas⁴³. Por supuesto que una explicación con varias causas es posible. En cualquier caso, la asociación entre la Constitución y la existencia de derechos sociales desprotegidos parece ser predominante en la política y la opinión pública chilena.

Finalmente, el rechazo a la Constitución de Pinochet tiene una dimensión expresiva o simbólica, por la cual Chile puede entenderse como rompiendo definitivamente con el legado de la dictadura: podría decirse que esto puede ser visto como el último paso en la transición de Chile a la democracia. El intento previo de romper con la Constitución a través de reformas constitucionales fracasó. En el año 2005, el presidente Lagos reemplazó la firma de Pinochet en la Constitución con la suya y presentó la reforma constitucional de 2005 como una “nueva constitución”, que implicaba no solo romper con el pasado, sino también el establecimiento de un nuevo orden constitucional⁴⁴. No obstante, muchos políticos rechazaron el gesto simbólico del presidente Lagos y continuaron asociando la Constitución posterior a 2005 con el régimen de Pinochet; los académicos siguieron identificando ciertos arreglos institucionales como criticables desde una perspectiva democrática⁴⁵; e incluso el mismo Lagos reconoció posteriormente que su gesto falló al momento de legitimar la Constitución y que, en cambio, era necesario un cambio total de la Constitución⁴⁶. Además, la Constitución permaneció como un instrumento que dividía a los chilenos – encuestas mostraron de forma consistente un fuerte apoyo a una nueva constitución⁴⁷ y algunas de ellas conectaban explícitamente el problema constitucional con el legado de Pinochet⁴⁸ – y se hicieron esfuerzos subsiguientes para tratar de modificarla y reemplazarla⁴⁹. Por ejemplo, en el año 2009, tres candidatos presidenciales propusieron un cambio total de constitución, y en el 2011 las protestas estudiantiles apoyaron la demanda por una

43 Ver, por ejemplo, un estudio de caso considerando estos factores en relación con la reforma al sistema de salud. Pablo Villalobos Dintrans, “Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform”, *Health Systems & Reform* 5, n° 2 (2019): 134-144. Doi: <https://doi.org/10.1080/23288604.2019.1589916>. Ver también, Tschorne, Las claves conceptuales del debate; Rosalind Dixon y Sergio Verdugo, “Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement” (artículo no publicado), (2020).

44 Ver Ricardo Lagos Escobar, “Una Constitución para el Bicentenario”, en *Reforma Constitucional*. 1ra ed. Editado por Francisco Zúñiga Urbina (2005).

45 Ver, por ejemplo, Javier Couso y Alberto Coddou, “Las Asignaturas Pendientes de la Reforma Constitucional Chilena”, en *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 1ra ed. Editado por Claudio Fuentes (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010).

46 Ricardo Lagos Escobar, “La Cuestión Constitucional: Reflexiones de un Actor”, *Centro de Estudios Públicos* 139 (2015): 197-210. Doi: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304101452/rev139_rlagos.pdf

47 PNUD, *Opinión ciudadana y cambio constitucional*.

48 Ver Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.200*.

49 José Saldaña, “Reformas Constitucionales en el Chile Democrático: Análisis de Tendencias 1992- 2008”, en *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 1ra ed. Editado por Claudio Fuentes, 85-113 (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010). Ver también Claudio Fuentes Saavedra, *El Pacto* (Santiago de Chile: Ediciones UDP, 2012).

nueva constitución⁵⁰.

Para resumir, la actual demanda por una nueva constitución se origina en una intención transformadora de rechazar el legado de la dictadura y sus planes constitucionales, a pesar de que la Constitución ha sido reformada en numerosas ocasiones y la literatura no ha llegado a un consenso sobre las razones del estancamiento legislativo en áreas críticas tales como la salud.

3. LA APROXIMACIÓN BOLIVARIANA Y EL PARADIGMA POS-SOBERANO

El rechazo a la aproximación bolivariana – esto es, el segundo modelo negativo – puede ser visto en varias características del actual proceso constituyente. Al rechazar este modelo, el proceso constituyente chileno ha acogido ciertas características del paradigma pos-soberano, tal y como es descrito por Andrew Arato⁵¹.

La aproximación bolivariana es el tipo de constitucionalismo transformador que inspiró a los constituyentes de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Combina objetivos transformadores y un énfasis en los derechos sociales con una teoría del poder constituyente sin restricciones y un fuerte poder ejecutivo. Asimismo, debilita los límites sobre el poder político, frecuentemente incluye formas de democracia plebiscitaria, adopta una aproximación pos-liberal a la constitución y realza las formas descriptivas y simbólicas de representación⁵².

50 Ver Sofia Donoso “Democratizing Force: The Political Impact of the Student Movement in Chile”, *New Perspectives* 39 (2016):167-196. Doi: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/S0163-786X2016000039008/full/html>; Jean Grugel y Jewellord Nem Singh, “Protest, Citizenship and Democratic Renewal: The Student Movement in Chile”, *Citizenship Studies* 19, 3-4 (2015): 353-366. Doi: <https://doi.org/10.1080/13621025.2015.1006172>

51 Ver Andrew Arato, “Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America”, *Wake Forest Law Review, Forthcoming* 50 (2015): 891. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553844>; Andrew Arato, *The adventures of the constituent power: beyond revolutions?* (Cambridge University Press, 2017). Uno de nosotros ya ha argumentado brevemente que el modelo de Arato parece encajar correctamente con las reglas principales del proceso constituyente chileno. Ver Verdugo, “La necesidad del pragmatismo constitucional”.

52 Ver, por ejemplo, Phoebe King, “Neo-Bolivarian Constitutional Design”, en *Social and Political Foundations of Constitutions. 1ra ed.* Editado por Denis J. Galligan y Mila Versteeg, 366-397. (Cambridge: Cambridge University Press, 2013); Almut Schilling-Vacaflo, “Bolivia’s New Constitution: Towards Participatory Democracy and Political Pluralism”, *European Review of Latin American and Caribbean Studies* 90 (2011): 3-22. Doi: <https://www.jstor.org/stable/23047817>; Javier Couso, “Radical Democracy and the ‘New Latin American Constitutionalism’” SELA working paper Yale Law School (2013); Jonas Wolff, “New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador”, en *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Editado por Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflo, 183 (Routledge, 2012); José M. Díaz de Valdés y Sergio Verdugo, “The ALBA Constitutional Project and Political Representation”, *International Journal of Constitutional Law* 17, nº 2 (2019): 479-488. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/moz037>.

A pesar de que la idea del constitucionalismo transformador se originó en Sudáfrica⁵³, el lenguaje del constitucionalismo transformador ha sido usado de varias y distintas formas en América Latina⁵⁴. En Sudáfrica, al igual que en América Latina, la idea del constitucionalismo transformador ha sido utilizada para abandonar un régimen anterior e introducir un conjunto de derechos sociales exigibles, con resultados variados. En América Latina, la idea de usar la constitución como una herramienta para alcanzar una transformación social ha estado frecuentemente acompañada de una aproximación sieyesiana y/o schmittiana a la idea del poder constituyente⁵⁵. Este último acercamiento típicamente conecta la idea del poder constituyente con la del poder revolucionario del pueblo de construir un nuevo estado que integre a la población indígena, brinde una concepción fuerte de la equidad y, en ocasiones, remueva o le reste poder a las viejas élites gobernantes. No es controversial afirmar que ciertos experimentos transformadores en Latinoamérica han estado acompañados de narrativas populistas⁵⁶.

Estas características constituyen el llamado enfoque bolivariano al proceso constituyente, que es nombrado en honor a uno de los héroes latinoamericanos del siglo XIX: Simón Bolívar. La aproximación bolivariana al proceso constituyente ha aparecido generalmente en conjunto con una noción de democracia radical, que no confía mucho en la rendición de cuentas formal o las nociones tradicionales de representación política⁵⁷ y realza los fuertes regímenes presidenciales presentes en muchos países de la región⁵⁸. También, por lo general, legitima sus procedimientos constituyentes a través de la presencia de un líder carismático y una asamblea constituyente electa que trabaja con poderes no restringidos.

En años recientes, los académicos les han prestado atención a las experiencias de los procesos

53 El término es típicamente atribuido a Karl E. Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* 14, n.º 1 (1998): 146-188. Doi: <https://doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974>

54 Una de las diferentes formas en que el constitucionalismo transformador latinoamericano es típicamente presentado por sus defensores es conectándolo con una aproximación regional, a veces llamada *ius commune*. Ver, por ejemplo, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Ximena Soley, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, en *Transformative Constitutionalism in Latin America* 3 (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Ximena Soley eds., 2017).

55 Ver, por ejemplo, Joel Colón-Ríos, "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia", *Constellations* 18, n.º 3 (2011): 365-388. Doi: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x>

56 Ver, por ejemplo, von Bogdandy et al., *Ius Constitutionale Commune*, 13-14.

57 Díaz de Valdés y Verdugo, "The ALBA Constitutional Project".

58 Ver, por ejemplo, King, "Neo-Bolivarian Constitutional Design"; David Landau, "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America", en *Comparative Constitution-Making*. 1ra ed. Editado por Hanna Lerner y David Landau, 567-589. Cheltenham: Edward Elgar Publisher, 2019; David Landau, "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review* 64: 5 (2013): 923-980. Doi: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1562&context=articles>.

constituyentes en América Latina. Por un lado, está la experiencia colombiana (1990-1), que generalmente es considerada como positiva, ya que logró iniciar un proceso de consolidación institucional que incluyó acuerdos bipartidistas⁵⁹. Puede decirse que el proceso constituyente colombiano acogió la narrativa del poder constituyente⁶⁰, pero, a diferencia de los otros casos latinoamericanos, no siguió la aproximación bolivariana en otros sentidos: el proceso fue hecho para incluir acuerdos de distribución del poder y bipartidistas; el régimen electoral aseguraba la fragmentación política; y no había un líder político carismático intentando consolidar su poder y socavar la competitividad en el sistema político. Por estas razones, Andrew Arato ha argumentado que el proceso constituyente de Colombia, a pesar de contar con la existencia de una narrativa del poder constituyente, realmente encaja mejor con el modelo pos-soberano⁶¹.

Por otro lado, tenemos los casos de Venezuela (1998-9), Ecuador (2007-8) y Bolivia (2006-9). Estas tres experiencias encajan perfectamente con la aproximación bolivariana al proceso constituyente: fueron lideradas por líderes políticos carismáticos de izquierda, inspiradas por ideas constitucionales pos-liberales buscando restaurar los derechos indígenas y llevaron a la producción de largas constituciones⁶² con niveles de contenido aspiracional e ideológico sin precedente⁶³. Estas constituciones comparten ciertos elementos comunes, tales como la plurinacionalidad, el presidencialismo y la aproximación transformadora y radical a las instituciones democráticas⁶⁴. Algunos académicos han criticado estos tres procesos constituyentes, argumentando que sirvieron los intereses de un partido dominante que buscaba una forma de erosión democrática. Por ejemplo, David Landau sostiene que el caso venezolano y boliviano son ejemplos del constitucionalismo abusivo⁶⁵; Rosalind Dixon ha expuesto cómo el caso ecuatoriano es un ejemplo del uso de los derechos “como sobornos”, en el que la expansión de los derechos está unida a “intercambios” que implican el apoyo a cambios que erosionan el núcleo mínimo

59 Para una comparación entre el caso colombiano y el venezolano, ver Ana María Bejarano y Renata Segura, “Reforma constitucional en tiempos de crisis: Lecciones de Colombia y Venezuela”, *Revista Latinoamericana de Política Comparada* 1 (2008): 155.

60 Ver, por ejemplo, Colón-Ríos, *Carl Schmitt and Constituent Power*.

61 Ver, por ejemplo, Arato, *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* 333 (“What Colombia had in common not only with South Africa, but with all the round table countries, was its negotiated pre-assembly model, which produced not only an electoral rule conducive of pluralism, but also a level of political legitimacy for it.”).

62 Ver Zachary Elkins, “Constitutional Revolution in the Andes?”, en *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, 108. Cheltenham, Edward Elgar Pub: 2017.

63 King, “Neo-Bolivarian Constitutional Design”.

64 Wolff, *New Constitutions and the Transformation*; Couso, *Radical Democracy*. Para un análisis textual, ver también Mark Tushnet, “The New ‘Bolivarian’ Constitutions: A Textual Analysis”, en *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, 126. Cheltenham, Edward Elgar Pub: 2017.

65 Landau, “Constitution-Making Gone Wrong”; David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *UC Davis Law Review*, 47 (2013): 189-260. Doi: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf

de la democracia⁶⁶; y uno de nosotros ha sostenido que estos casos han promovido una forma de representación política que tiende a personalizar las instituciones⁶⁷ y que el caso boliviano incluyó un “seguro” que luego fue incumplido por el régimen vigente⁶⁸.

Estos casos, incluyendo el proceso constituyente colombiano, han promovido dos ideas comunes: (i) la idea del constitucionalismo transformador, tal y como fue expuesto; y (ii) el uso de una versión revolucionaria de la teoría del poder constituyente para sostener que las asambleas constituyentes tienen poderes ilimitables al momento de reemplazar el orden constitucional. Como resultado de este entendimiento del poder constituyente, se considera que las instituciones y procedimientos previos no pueden limitar los procesos constituyentes. Por ejemplo, tal y como lo ha argumentado Joel Colón-Ríos, el proceso colombiano y el venezolano usaron una aproximación schmittiana para remover los límites al poder constituyente⁶⁹ y el Tribunal Constitucional boliviano ha usado una perspectiva similar para justificar la eliminación de los límites a los períodos presidenciales⁷⁰. David Landau ha criticado cómo la doctrina del poder constituyente ha sido usada para legitimar una reforma constitucional que socava las instituciones democráticas liberales⁷¹.

Una alternativa a la narrativa del poder constituyente asociada con todos estos procesos latinoamericanos es el paradigma pos-soberano de Andrew Arato. En su trabajo, Arato ha explorado las experiencias de Sudáfrica, España y los países del este de Europa para argumentar que las innovaciones en el diseño del proceso pueden producir constituciones más legítimas a largo plazo⁷². En resumen, Arato sostiene que la idea subyacente es aplicar el constitucionalismo no sólo al resultado sino también al proceso constituyente democrático⁷³. Dentro de esas innovaciones está el uso de negociaciones de mesa redonda entre los constituyentes, con la participación de diversos actores e instituciones y la promulgación de una constitución provisional en el contexto de un procedimiento de varias etapas. Este modelo de proceso constituyente, al enfatizar en los consensos y las instituciones que se reparten el poder, hace más difícil para los actores sostener que ellos, exclusivamente, representan los intereses

66 Rosalind Dixon, “Constitutional Rights as Bribes”, *Connecticut Law Review*, 50, n° 3 (2018): 644-693. Doi: https://open-commons.uconn.edu/law_review/381

67 Díaz de Valdés y Verdugo, “The ALBA Constitutional Project”.

68 Sergio Verdugo, “The Fall of the Constitution’s Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution”, *International Journal of Constitutional Law* 17, n° 4 (2019): 1098-1123. DOI: 10.1093/icon/moz084

69 Colón-Ríos, *Carl Schmitt and Constituent Power*.

70 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia N° 0084/2017 del 28 de noviembre de 2017. (Bol.).

71 ...

72 Arato, Post sovereign constitution making; Arato, *The adventures of the constituent power*.

73 Arato, *Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making*, 428.

del pueblo (tal y como los líderes populistas lo hacen hoy en día)⁷⁴.

El modelo de Arato también funciona de mejor forma al justificar las instituciones que reparten el poder y que promueven un procedimiento de manera bipartidista. Además, puede argumentarse que usar mecanismos que parecen contra-mayoritarios en principio – tales como las supermayorías, el control de constitucionalidad o procedimientos internos confidenciales cuyo objetivo es que los políticos rivales encuentren un terreno común – puede ser coherente con el modelo pos-soberano. Adicionalmente, como lo ha argumentado Arato, este tipo de mecanismos pueden reunir diversas “reservas de legitimidad”, basadas en el pluralismo, la inclusión, la toma de decisiones consensuadas, la legalidad y las elecciones democráticas⁷⁵. En 2015, Arato argumentó que este modelo podía justificar una aproximación no revolucionaria a la agenda de reforma constitucional chilena⁷⁶.

4. LA PERSPECTIVA BOLIVARIANA COMO UN MODELO NEGATIVO PARA CHILE

El proceso constituyente chileno tiene varias características que manifiestan la aversión frente a la perspectiva bolivariana. Sin duda, los partidos políticos chilenos han diseñado el proceso para prevenir lo que ellos ven como uno de sus principales peligros: una toma unilateral por parte de una facción que podría aprovechar la oportunidad de reemplazar la élite regente y debilitar la oposición con el fin de construir un régimen de partido dominante. Como resultado de esta aversión, el mismo proceso constituyente presenta características que rechazan la idea de un poder constituyente sin restricciones.

⁷⁷ Algunas de dichas características son el énfasis en buscar consensos multipartidistas, preservar los intereses de poder de los principales partidos políticos⁷⁸ e imponer un mandato limitado en virtud del cual, entre otras cosas, la Convención Constitucional no puede intervenir en las funciones de otras

⁷⁴ Ver Cas Mudde y Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2017) 5-20; Jan-Werner Mueller, *What is populism* (University of Pennsylvania Press, Inc. 2016).

⁷⁵ Arato, “Beyond the Alternative Reform or Revolution”, 893.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Muchos académicos han usado la perspectiva del poder constituyente para entender el proceso chileno o las críticas contra la Constitución de 1980. Ver, por ejemplo, notas 11, 12, 13. La teoría del poder constituyente ha sido usada en el pasado de forma frecuente para justificar una asamblea constituyente o criticar la Constitución de 1980. Ver, por ejemplo, Sergio Grez Toso, “La Ausencia de un Poder Constituyente Democrático en la Historia de Chile”, *Revista IZQUIERDAS* 3, n° 5 (2009): 1-21. Doi: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/123041/Grez_Toso_Sergio_Ausencia_de_un_poder.pdf?sequence=1; Fernando Muñoz León, “Chile es una República Democrática: La Asamblea Constituyente como Salida a la Cuestión Constitucional”, *Anuario de Derecho Público* 1 (2013): 60-94. Doi: https://www.academia.edu/4479730/_Chile_es_una_república_democrática_la_Asamblea_Constituyente_como_solución_a_la_cuestión_constitucional; Salazar, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, siglo XXI)* (Santiago de Chile: LOM, 2011); Francisco Zúñiga Urbina, “Nueva Constitución y Operación Constituyente”, *Estudios Constitucionales* 11, n° 1 (2013): 511-540. Doi: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/viini/art14.pdf>. Para una crítica contra este tipo de aproximaciones al Acuerdo, véase Tschorne, *Las claves conceptuales del debate*.

⁷⁸ Ver, por ejemplo, Alemparte, “The institutional interest of political”.

instituciones, debiendo respetar la independencia judicial y permitir el funcionamiento del Congreso. Estos objetivos y características de la Convención Constitucional son claramente contradictorios con ciertos elementos destacados en el enfoque bolivariano.

Si vemos de forma más detenida el proceso constituyente de Chile, es en el Acuerdo donde se ve de forma más clara la aversión contra el enfoque bolivariano y la preferencia por el modelo de Arato. A nivel político, la extrema derecha (asociada con los principios defendidos originalmente por la Constitución de Pinochet) y la extrema izquierda (asociada con objetivos transformadores que también han inspirado la agenda política bolivariana) se han excluido de importantes aspectos del proceso. Salvo un líder político (Gabriel Boric), la extrema izquierda no firmó el Acuerdo y, en cambio, sostuvo que este fue el resultado de un trato de la élite que rechazó los reclamos del pueblo o que le dio poder de veto a los partidos de derecha durante el proceso constituyente⁷⁹. Asimismo, a pesar de que la mayoría de la derecha firmó el Acuerdo, gran parte de esa coalición abiertamente hizo campaña contra la redacción de una nueva constitución. No obstante, todos los candidatos presidenciales relevantes de derecha han apoyado las demandas por una nueva constitución, incluso antes de que se llevara a cabo el plebiscito de octubre de 2019. Durante los debates legislativos sobre la aplicación del Acuerdo, varios congresistas de la izquierda y la derecha enfatizaron la importancia de honrar el contenido de este⁸⁰.

El Acuerdo en sí mismo es también un intento de evadir la captura del proceso por el populismo – sea de derecha o de izquierda –, en parte por cómo los chilenos han criticado el proceso constituyente bolivariano y el deterioro de algunos de sus regímenes democráticos. Es, en otras palabras, una forma de constitucionalismo aversivo centrada en la vía bolivariana, particularmente como ha ocurrido en Venezuela. El rechazo a la vía bolivariana, como se ha desarrollado en Venezuela, ha sido un tema político común en los años pasados: tanto el presidente Piñera como la presidenta Bachelet han denunciado la situación de derechos humanos y el auge del autoritarismo en Venezuela, y los políticos que apoyan el régimen son una pequeña minoría de extrema izquierda. Muchos políticos le temen a

79 Ver, por ejemplo, las intervenciones de los representantes Carmen Hertz (266-267), Jaime Mulet (277-278), Felix González (279-280), Hugo Gutiérrez (207-208, 318-319), y Camila Vallejos (306-307), y la intervención del senador Alejandro Navarro (472-474), en *Historia de la Ley N° 21.200*.

80 Ver, por ejemplo, las intervenciones de los representantes de derecha Luciano Cruz-Coke (ibid., 271-272), Juan Fuenzalida (ibid., 273), Sebastián Torrealba (ibid., 275-276), Andrés Longton (ibid., 287-288), y Luis Pardo (ibid., 291), y de los senadores Francisco Chahuán (ibid., 476-477), Felipe Kast (ibid., 480-481), Andrés Allamand (ibid., XXX), Juan Antonio Coloma (ibid., 481-482), Juan Castro (ibid., 471-472), y Kenneth Pugh (ibid., 464-465); de los representantes de izquierda Matías Walker (ibid., 271), Pepe Auth (ibid., 276-277), y Andrea Parra (ibid., 284-285), y por los senadores Felipe Harboe (ibid., 433-434) y Juan Pablo Letelier (ibid. 463-464).

una asamblea constitucional chavista e, incluso, han expresado ese miedo en los debates del Congreso⁸¹.

Aparentemente en respuesta a estos peligros, el Acuerdo incluye un proceso altamente regulado que lo restringe en diferentes niveles, utiliza un lenguaje que pretende evitar cualquier conexión con la retórica bolivariana que podría ser asociada con una asamblea soberana sin restricciones y señala la continuidad institucional en relación con el régimen democrático actual.

En primer lugar, después de que los partidos firmaron el Acuerdo, los legisladores aprobaron una reforma a la Constitución vigente e incluyeron los detalles del proceso constituyente⁸². Las reglas del proceso constituyente incluyen un plebiscito – que tuvo lugar en octubre de 2020 – donde los chilenos tuvieron que votar sobre dos asuntos⁸³: (i) si querían o no una nueva constitución y (ii) si esta nueva constitución debía ser diseñada por una Convención Constitucional – acogiendo el mismo proceso electoral de la Cámara de Representantes – o por una Convención Mixta compuesta por ciudadanos electos y legisladores en funciones. En ambos casos, los delegados serían regulados por las mismas normas que se aplican a los actuales legisladores, tales como la regulación del lobby, las causales de inhabilidades y las regulaciones a las campañas⁸⁴. Esta reforma puede entenderse entonces como una señal de la necesidad de continuidad institucional, que utiliza la Constitución actual y sus instituciones como marco jurídico para el proceso constituyente⁸⁵. Además, la Constitución actual seguirá vigente hasta que la nueva constitución sea aprobada⁸⁶.

En segundo lugar, debemos prestar atención al aspecto simbólico del lenguaje usado por los redactores de las reglas que regulan el proceso constituyente. El cuerpo encargado de diseñar la nueva constitución – a diferencia de sus contrapartes latinoamericanas – es llamado Convención Constitucional en vez de asamblea constituyente⁸⁷. Esta redacción rompió con el lenguaje asociado con los cuerpos del proceso constituyente bolivariano de la región y, como Lisa Hilbink señala, produjo escepticismo⁸⁸. Algunos

81 Por ejemplo, la representante de derecha Camila Flores, criticó el hecho de que “en América Latina tenemos una obsesión con transformar las Constituciones, cambiarlas, partir de cero” (ibid., 331). El senador de izquierda Letelier sostuvo que Chile estaría en un pequeño grupo de países latinoamericanos que ha establecido un pacto como el que estaba aprobando (ibid., 463). Legisladores de izquierda también presentaron argumentos en defensa de la experiencia venezolana. Ver, por ejemplo, las intervenciones de Karol Cariola (ibid., 185) y Felipe Harboe (ibid., 433).

82 Ley No. 21.200, Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, Diciembre 23, 2019, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

83 Constitución Política de la República de Chile [C.P.], art. 130.

84 Ver ibid., arts. 130, 131, 132, 134.

85 Ver Tschorne, “Las claves conceptuales del debate constitucional”, 105. Ver también Verdugo, “La necesidad del pragmatismo constitucional”.

86 Constitución Política de la República de Chile [C.P.], art. 135.

87 Ver ibid., art. 131, que incluye ejemplos sobre este tipo de lenguaje.

88 Hilbink, “¿Nueva constitución o nada!”, 100.

de los legisladores de izquierda, que se opusieron al Acuerdo, argumentaron que ellos querían una asamblea soberana y que la Convención Constitucional del Acuerdo era muy diferente de aquella⁸⁹. Por ejemplo, un miembro del Partido Comunista sostuvo que el Acuerdo no establece una verdadera asamblea constituyente “porque dicha convención es poder constituyente derivado”⁹⁰. Agregó que los futuros delegados no tendrían poder constituyente porque los legisladores “está(n) condicionando el ejercicio del poder soberano del pueblo, lo está(n) limitando”⁹¹. En respuesta a estas críticas, otro representante de izquierda respondió que el nombre Convención Constitucional fue una concesión a los partidos de derecha, pero que era solo un nombre y que no había diferencia entre una asamblea constituyente y una convención constitucional, pues ambas son órganos de elección popular⁹².

En tercer lugar, diversas características de la Convención y su reglamentación están en evidente tensión con la teoría del poder constituyente, comúnmente asociada con el enfoque bolivariano y el gesto hacia la continuidad institucional. El Congreso ha mantenido el poder de reformar las reglas que rigen el proceso constituyente y lo ha usado para alcanzar otros acuerdos multipartidistas, tales como los que aseguran una composición paritaria en términos de género de la Convención⁹³, la modificación del cronograma del proceso debido a la pandemia Covid-19⁹⁴, la inclusión de escaños reservados para los pueblos originarios⁹⁵ y la reducción de las barreras por costos para las candidaturas independientes⁹⁶. Todas estas normas están incluidas en el texto de la Constitución actual y demuestran como los partidos políticos están controlando y regulando un proceso que no se asemeja a una asamblea soberana: la única tarea de la Convención es redactar un texto constitucional dentro del marco correspondiente.

El Acuerdo también establece varios límites a la Convención, que, de nuevo, parecen incompatibles con la idea de una asamblea soberana. Hay límites procedimentales, que incluyen un plazo de funcionamiento de nueve meses con una posible prórroga de tres meses adicionales⁹⁷; una regla específica que determina el lugar donde la Convención operará; y la consagración de supermayorías para la aprobación de las normas de la nueva constitución y las correspondientes normas de votación

89 Ver, por ejemplo, las intervenciones de Felix González (Historia de la Ley N° 21.200, 279-280) y Camila Vallejos (ibid., 208, 306-307).

90 Ver, por ejemplo, la intervención de Hugo Gutiérrez, en ibid., 207.

91 Ver, por ejemplo, la intervención de Hugo Gutiérrez, en ibid., 318.

92 Ver, por ejemplo, la intervención de Leonardo Soto, en ibid., 281. Para una aproximación similar, ver Bassa, *Chile Decide por una Nueva Constitución*, 181-2.

93 Constitución Política de la República de Chile [C.P.], provisión transitoria no. 31.

94 Ibid., provisión transitoria no. 33 y 41.

95 Ibid., provisión transitoria no. 43, 44, 45, 46.

96 Ibid., provisión transitoria no. 29.

97 Ibid., art. 137.

de la Convención⁹⁸. La regla de la supermayoría fue una concesión de los líderes de izquierda a los partidos de derecha, razón por la que ciertos congresistas de izquierda sostuvieron que la Convención no va a ser un verdadero cuerpo soberano⁹⁹. Sin esta concesión, era poco probable que los partidos de derecha hubieran acordado un proceso constituyente abierto¹⁰⁰.

Podría argumentarse que esta regla de la supermayoría no es una clara señal del rechazo chileno al modelo bolivariano. Los procesos bolivarianos llevados a cabo en Bolivia y Venezuela establecieron una mayoría de dos tercios para aprobar la nueva constitución, mientras que el proceso colombiano solo consagró una mayoría simple. Sin embargo, el rol que jugará la regla de la supermayoría en Chile es distinto: durante los debates legislativos, aquellos que se pronunciaron a favor de la regla de la supermayoría enfatizaron la importancia del consenso y el diálogo para la democracia¹⁰¹. Dado el sistema electoral, que utiliza una versión modificada de la fórmula de la Cámara de Representantes y que asegurará una Convención fragmentada, la regla de la supermayoría puede proporcionar un incentivo para alcanzar consensos y construir alianzas multipartidistas. El sistema electoral de la Convención hace que sea poco probable que una sola facción ocupe más de la mitad de los escaños. Como resultado, una mayoría de dos tercios va a ser más difícil de alcanzar y la aprobación de las normas en la Convención requerirá un consenso multipartidista. En Venezuela, por el contrario, el sistema electoral permitió que la coalición política de Chávez – el Polo Patriótico – alcanzara el 93,1% de los escaños de la asamblea con solo el 62,1% de los votos¹⁰², lo que hace que la regla de la supermayoría sea discutible en términos de haber fomentado la necesidad de un amplio consenso¹⁰³.

Las reglas también prohíben explícitamente que la Convención modifique sus procedimientos. Cuando finalice el proceso, la Convención se tendrá que disolver¹⁰⁴, y hay un recurso ante la Corte Suprema en

98 Ibid., art. 133.

99 Véase la intervención de los representantes Felix González Historia de la Ley N° 21.200, (279-280); Carmen Hertz (ibid., 266-267); Jaime Mulet (ibid., 277-278); Camila Vallejos (ibid., XXX); Hugo Gutiérrez (ibid., 207-208, 318-319); y del senador Alejandro Navarro (ibid., 472-474).

100 Los congresistas de derecha explícitamente entendieron esta norma como una condición para que la nueva constitución fuera creada por un consenso que pueda asegurar su influencia. Ver, por ejemplo, la intervención de los senadores Kenneth Pugh (ibid., 465); Juan Castro (ibid., 472); y Andrés Allamand (ibid., 485). Como el senador conservador Juan Antonio Coloma sostuvo durante los debates legislativos, se aceptó el Acuerdo a cambio de la mayoría necesaria de dos tercios para cualquier aprobación (Ibid., 481-2).

101 Véase los comentarios de Marcelo Díaz (*Historia de la Ley N° 21.200*, 205); Ricardo Lagos-Weber (ibid., 452); Juan Castro (ibid., 464-5); y Kenneth Pugh (ibid., 471-2).

102 La oposición, al contrario, obtuvo el 34,5% de los votos pero eligió sólo al 4,6% de los delegados. Ver Bejarano y Segura, *Reforma constitucional en tiempos de crisis*, 167.

103 Por el contrario, en Colombia ningún partido alcanzó más del 35,7% de los escaños. Ibid., 165.

104 Constitución Política de la República de Chile [C.P.], art. 137.

caso de que los límites procedimentales no sean respetados¹⁰⁵. Adicionalmente, el Acuerdo limita los poderes de la Convención a la aprobación del texto constitucional, además de prohibirle intervenir en el funcionamiento de otras instituciones¹⁰⁶. Por ejemplo, el Congreso sigue funcionando, el Presidente permanece en el cargo y los jueces no pueden ser removidos. También hay límites sustanciales que limitan lo que la nueva constitución puede regular (aunque el Acuerdo también establece que los jueces no pueden realizar un control sobre el nuevo texto constitucional)¹⁰⁷. La Convención está obligada a respetar la naturaleza republicana del Estado chileno y su régimen democrático; debe respetar las decisiones judiciales definitivas y no puede violar los tratados internacionales en los que Chile es parte¹⁰⁸. Después de que la Convención haya aprobado el nuevo texto constitucional, la propuesta de constitución de esta será sometida a un plebiscito, donde el voto será obligatorio¹⁰⁹. Si la ciudadanía aprueba esta nueva constitución, el Presidente convocará al Congreso para promulgar la constitución prometiendo respetarla y obedecerla. Tras esto, la nueva constitución será incluida en la Gaceta Oficial y, ese mismo día, la actual constitución será derogada. Esta es la forma en la que comúnmente las leyes ordinarias son publicadas. En caso de que la mayoría de ciudadanos rechacen el nuevo texto constitucional en el plebiscito, la actual Constitución seguirá vigente¹¹⁰.

Finalmente, estas normas hacen referencia explícita al artículo 5 de la Constitución, enfatizando que la soberanía reside esencialmente en la Nación y añadiendo que “La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes”¹¹¹. Estas palabras consagran una prohibición que está claramente en contradicción con una visión del cuerpo constituyente como soberano y carente de cualquier tipo de restricción. De hecho, esta disposición tiene por objeto impedir que los delegados de la Convención afirmen que son “el pueblo” y que, en virtud de esto, poseen un poder político ilimitado.

Estas características confirman que el proceso constituyente chileno está intentando romper con la vía bolivariana y la teoría del poder constituyente. En cambio, al parecer Chile está intentando seguir el paradigma pos-soberano. No obstante, – a pesar de que sea improbable, debido a las normas descritas y la ausencia de un de un partido dominante en ascenso o un caudillo – los miembros de la Convención podrían adoptar la teoría del poder constituyente, actuando entonces como un cuerpo soberano. El

105 Ibid., art. 136.

106 Ibid., art. 135.

107 Ibid., art. 136.

108 Ibid., art. 135.

109 Ibid., art. 142.

110 Ibid., art. 142.

111 Ibid., art. 135.

hecho de que la Convención vaya a respetar las reglas y a promover acuerdos multipartidistas para aprobar la nueva constitución no está garantizado aún.

5. CONCLUSIÓN: LOS RETOS DE LA DOBLE AVERSIÓN DE CHILE

Como se expuso en las anteriores secciones, hay dos modelos negativos que influenciaron el diseño del proceso constituyente chileno: el legado constitucional de Pinochet y la aproximación bolivariana al constitucionalismo. Si el proceso constituyente falla en su tarea de entregar una nueva constitución o si la nueva constitución se asocia con acuerdos institucionales y dinámicas de poder que impiden cambios sociales, entonces el proceso fracasará en rechazar el modelo de Pinochet. Si, por el contrario, el proceso constituyente avanza un texto constitucional transformador que socava la competitividad del sistema democrático, entonces el proceso fallará en rechazar el modelo bolivariano. Para garantizar el éxito del proceso, Chile necesita navegar entre ambas aversiones y encontrar un camino que sea aceptado tanto por la élite política como por la opinión pública. Sin embargo, navegar entre las dos aversiones no será una tarea fácil, por diferentes razones.

En primer lugar, la narrativa centrada en el constitucionalismo transformador y cercana a la aproximación bolivariana está presente en el discurso político chileno. Como lo sugieren las encuestas y recientes manifestaciones, el impulso social de cambio constitucional en Chile parece estar fuertemente ligado a un deseo de transformación que implicaría, entre otras cosas, priorizar las normas relativas a los derechos sociales dentro de la Convención¹¹². Las expectativas y esperanzas de los chilenos con respecto a la nueva constitución son altas. De acuerdo con una encuesta, el 70% de los ciudadanos que votaron en el plebiscito a favor de iniciar un proceso constituyente tienen la esperanza de que la nueva constitución acabe con las desigualdades sociales en la seguridad social, la educación y la salud; el 35% de ellos quieren darle fin a la Constitución de Pinochet; y el 31% espera que la nueva constitución mejore los salarios y la calidad de vida¹¹³. Por supuesto que las constituciones,

112 Véase la discusión completa sobre este en Dixon y Verdugo, *Social Rights and Constitutional Reform in Chile*. Ver también Patricio Navía y Sergio Verdugo, “From Institutional Design to Expanding Rights: The Growing Support for a New Constitution in Chile, 1990–2018” (2018) (Manuscrito inédito, archivado con autor).

113 “Monitoreo Post Plebiscito 2020”, *Cadem* (Oct. 25, 2020), www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf.

por su cuenta, no pueden proveer y satisfacer este tipo de derechos sociales en el corto plazo¹¹⁴. No obstante, los constituyentes pueden diseñar procesos políticos más efectivos, con menos poderes de veto y mayores incentivos para construir coaliciones de gobierno que, potencialmente, pueden vencer la amenaza de estancamiento, abordar exitosamente las desigualdades sociales y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar de que el constitucionalismo transformador puede adoptar (y ha adoptado) formas diferentes a la vía bolivariana, la historia y el contexto de la región, además del impulso hacia la transformación en Chile, pueden conducir el proceso en la dirección bolivariana. En particular, podría ser difícil desvincular los objetivos transformadores del proceso de la narrativa del poder constituyente soberano, incluso a pesar de las características del Acuerdo que se acaban de describir. Si este riesgo se materializa, las reglas del proceso pueden quedar comprometidas por una narrativa sobre la soberanía popular que afirme que el “poder del pueblo” no debe ser limitado, ni siquiera por reglas diseñadas para asegurar un proceso multipartidista con instituciones que comparten el poder.

Este riesgo es plausible porque el proceso es liderado por partidos que han perdido credibilidad, siendo Chile un terreno fértil para que líderes populistas se vuelvan influyentes y argumenten a favor de un poder constituyente sin restricciones. Al momento de escribirse este artículo (diciembre de 2020), ningún líder parece tener la capacidad de capturar el proceso, pero esto podría cambiar. En efecto, ciertos políticos de izquierda han pedido recientemente que se disuelva el Congreso, invocando

114 La literatura sobre derechos sociales enseña que reconocer derechos sociales no necesariamente implica un mayor gasto público o un incremento del presupuesto estatal en tales áreas. Sí sugiere que es posible que los litigios avancen en ciertas áreas y que es probable que un reconocimiento simbólico de los derechos sociales pueda ser útil en el caso chileno. Sin embargo, la literatura ha expuesto los límites de estas ventajas. También, ha probado que el litigio relacionado con derechos sociales puede ser perjudicial para los pobres y la rendición de cuentas electoral. Comparar: Vilhena, Oscar., Baxi, Upendra y Vijloen eds. *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa* (Pretoria University Law Press, 2013); David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal* 53, n° 1 (2012): 190-246. Doi: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf; David Landau y Rosalind Dixon, “Constitutional Non-Transformation?”, en *The Future of Economic and Social Rights*. 1ra ed. Editado por Katharine G. Young, 110-134 (Cambridge: Cambridge University, 2019); Adam Chilton y Mila Versteeg, *How Constitutional Rights Matter* (Oxford University Press, 2020); Adam S. Chilton y Mila Versteeg, “Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending”, *The Journal of Law and Economics* 60, n° 4 (2017): 713-748. Doi: <https://econpapers.repec.org/scripts/redirect.php?u=http%3A%2F%2Fdx.doi.org%2F10.1086%2F696826;h=repec:ucp:jlawec:doi:10.1086/696826>; Daniel M. Brinks y Varun Gauri, “The Law’s Majestic Equality? The Distribution Impact of Judicializing Social and Economic Rights”, *Perspectives on Politics* 12(2) (2014); Florian Hoffman y Fernando Bentes, “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”. En *Courting Social Justice*. 1ra ed. Editado por Varun Gauri y Daniel M. Brinks, 100 (New York: Cambridge University Press, 2008); Avi Ben-Bassat y Momi Dahan, Social rights in the constitution and in practice”, *Journal of Comparative Economics* 36, 1 (2008): 103-119. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.jce.2007.09.002>

Como uno de nosotros ha argumentado: en el contexto chileno, es altamente improbable que el cambio constitucional sea una solución mágica que atienda y satisfaga todas las demandas sociales. Ver Sergio Verdugo, “The Chilean Political Crisis and Constitutions as Magic Bullets: How to Replace the Chilean Constitution?”, Ver Blog 4 de noviembre de 2019, <https://verfassungsblog.de/the-chilean-political-crisis-and-constitutions-as-magic-bullets/>.

una especie de argumento sobre el poder soberano. Sin embargo, esos pedidos han sido rápidamente socavados por los partidos que apoyaron el Acuerdo, incluyendo los partidos de izquierda¹¹⁵. Hoy, el proceso constituyente – que empezó con una mesa redonda de negociación para encontrar una manera de responder a las protestas masivas – sigue organizado de una manera multinivel, con acuerdos de distribución del poder que requieren la existencia de acuerdos bipartidistas y con muchos actores e instituciones que tienen voz en el proceso, incluyendo los ciudadanos, los delegados, los actuales legisladores y, tal vez, los jueces.

En segundo lugar, hasta el momento, el modelo de constitucionalismo aversivo que hemos descrito está presente únicamente en el Acuerdo y posiblemente entre algunos miembros de ciertos partidos políticos. No es claro si los miembros electos de la Convención van a compartir estos modelos negativos o si van a proponer unos distintos. En otras palabras, a pesar de que una importante parte de los “constructores” de la constitución – por ejemplo, los miembros del Congreso – rechazaron el modelo de Pinochet y el bolivariano, los delegados pueden romper con esta aversión doble, de distintas formas. Las reglas del proceso constituyente son el resultado de un compromiso entre distintas versiones de los dos modelos negativos y, por lo tanto, ciertos políticos de sectores opuestos todavía pueden defender los modelos negativos en la Convención. De este modo, un delegado de derecha podría defender los principios de la Constitución de Pinochet y, por el contrario, un delegado de izquierda podría proponer ciertas características del modelo bolivariano. Si las facciones dentro de la Convención no tratan el procedimiento como un instrumento de distribución del poder para llegar a un consenso, el proceso puede ser bloqueado. Visiones radicales tanto de la derecha como de la izquierda únicamente necesitarán un tercio más uno de los escaños de la Convención para generar una amenaza real de boicotear el proceso. Si un grupo de delegados cree que se está mejor con la actual Constitución, pueden organizarse para vetar el proceso o hacer demandas que probablemente no serán aceptadas por la mayoría de la Convención. Si el bloqueo sucede, el proceso puede fallar en su tarea de entregar una nueva constitución o, quizás, puede generarle la oportunidad a una facción dominante de deshacerse de las restricciones institucionales y acoger el paradigma soberano de la doctrina del poder constituyente.

En tercer lugar, a pesar de que la aversión a estos dos modelos negativos – el enfoque bolivariano al proceso constituyente y la Constitución de Pinochet – comparte ciertas características, también presenta contradicciones. Primero, el hecho de rechazar la Constitución y el legado de Pinochet está en tensión con el esfuerzo por mantener algún tipo de continuidad institucional. No obstante, la preservación de cierta continuidad institucional es una importante característica del rechazo al

115 Ver, por ejemplo, “Partidos de Unidad Constituyente rechazan idea propuesta por ME-O de disolver el actual Congreso”, *El Mostrador* (Oct. 28, 2020), <https://bit.ly/3sLg6Al>.

enfoque bolivariano. Sobre esta tensión se enfatizó durante los debates legislativos relacionados con el Acuerdo, donde Félix González, un miembro de izquierda del Congreso – entre otros –, sostuvo que el proceso constituyente propuesto en el Acuerdo, con el quórum de dos tercios y su reglamento, era un proceso que seguía bajo el tutelaje de la Constitución de Pinochet y que esta estaba efectivamente “dando permiso” para que la Convención funcionara¹¹⁶. En segundo lugar, el rechazo a una “democracia protegida”, tal y como fue diseñada por la Constitución de Pinochet, que confiaba en las supermayorías, está en tensión con el quórum de dos tercios requerido en la Convención para aprobar normas constitucionales. Sin embargo, el establecimiento de mecanismos para asegurar acuerdos multipartidistas es una característica esencial del rechazo al enfoque bolivariano.

El rechazo a la vía bolivariana no significa que el proceso chileno necesariamente vaya a carecer de elementos transformadores. No todas las formas de constitucionalismo transformador son necesariamente bolivarianas: hay otras formas en las que el proceso pueda resultar transformador para Chile. Una de esas formas implica la consolidación de la transición y alejamiento definitivos de la era de Pinochet. Una reforma a la fuerzas armadas y policiales, que han sido acusadas de corrupción y violación a los derechos humanos, particularmente durante las últimas protestas en el país, podría ayudar a alcanzar este objetivo. Otra aproximación podría implicar, como una de nosotros ha sostenido, un reconceptualización feminista de la Constitución chilena¹¹⁷. Finalmente, un énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que una posible inclusión de los derechos indígenas podría jugar un rol. Una transformación alcanzada por estas vías y por medio de un modelo pos-soberano podría brindar estabilidad y legitimidad a largo plazo.

Últimamente, los chilenos quieren un proceso constitucional transformador. La esperanza es que los chilenos logren un tipo de transformación que fortalezca la democracia, consolide las instituciones que distribuyan el poder y avance hacia una sociedad más igualitaria. Es decir, una transformación que perdure.

6. REFERENCIAS

Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución [Agreement for Social Peace and the New Constitution] 15 de noviembre de 2019.

Alemparte, Benjamin. “The Institutional Interest of Political Parties in Chile’s Constitution-Making Process”. *I•CONnect* (blog), 17 de noviembre de 2020. www.iconnectblog.com/2020/11/the-institutional-interest-of-political-parties-in-chiles-constitution-making-process/.

116 *Historia de la Ley* N° 21.200, 280.

117 Marcela Prieto Rudolph, “A Feminist Rethinking of the Chilean Constitution?”, *I•CONnect* (Blog), 5 de noviembre de 2020, www.iconnectblog.com/2020/11/symposium-on-chilean-referendum-part-iii-a-feminist-re-thinking-of-the-chilean-constitution/

- Ansaldi, Octavio y Pardo-Vergara, María. “What Constitution? On Chile’s Constitutional Awakening”. *Law and Critique* 31 (2020): 7-31. Doi:10.1007/s10978-020-09260-0
- Arancibia Mattar, Jaime. *Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes, 2020.
- Arato, Andrew. “Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution- Making and Latin America”. *Wake Forest Law Review, Forthcoming* 50 (2015): 891. Doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553844>
- Arato, Andrew. *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*. Oxford University Press, 2016.
- Arato, Andrew. “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”. *International Journal of Politics, Culture and Society* 22 (2009). 427 Doi: <https://doi.org/10.1007/s10767-009-9070-z>
- Andrew, Arato. *The adventures of the constituent power: beyond revolutions?* Cambridge University Press, 2017.
- Atria, Fernando, Constanza Salgado y Javier Wilenmann. *Constitución y neutralización: origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2017.
- Atria, Fernando. “La Constitución Tramposa y la Responsabilidad del Jurista”. En *Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates*. Compilado por Francisco Zúñiga, 15-47. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.
- Atria, Fernando. “Participación y Alienación Política: El Problema Constitucional”. En *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*. 1ra ed. Editado por Claudio Fuentes, 163-190. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010.
- Atria, Fernando. “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (i): El conceptualismo constitucional”. *Derecho y Crítica Social* 6(1) (2020): 114-160. Doi: <https://derechoycriticasocial.files.wordpress.com/2020/11/6.-atria.pdf>
- Atria, Fernando. “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (ii): Propuestas finales”. *Derecho y Crítica Social* 6(1) (2020): 161-215. Doi: <https://derechoycriticasocial.files.wordpress.com/2020/11/7.-atria.pdf>
- Atria, Fernando. “Sobre la Soberanía y lo Político”, *Derecho y Humanidades* 12 (2006) 47-93. Doi: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16197/16738>
- Barros, Robert. *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. Cambridge University Press, 2002.
- Bassa Mercado, Jaime y Aste Leiva, Bruno. “Mutación en los Criterios Jurisprudenciales de Protección de los Derechos a la Salud y al Trabajo en Chile”. *Revista Chilena de Derecho* 42,

- nº. 1. (2015): 215-244. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100009>
- Bassa, Jaime. *Chile Decide por una Nueva Constitución*. Chile: Editorial Planeta Chile, 2020.
- Bejarano, Ana María, y Segura, Renata. “Reforma constitucional en tiempos de crisis: Lecciones de Colombia y Venezuela”. *Revista Latinoamericana de Política Comparada* 1 (2008): 151-176.
- Ben-Bassat, Avi, y Dahan, Momi. “Social rights in the constitution and in practice”. *Journal of Comparative Economics* 36, nº1 (2008): 103-119. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.jce.2007.09.002>
- Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República* 270 (Abril 3, 2020), <https://bit.ly/309DZoO> [en adelante *Historia de la Ley N° 21.200*].
- Bill of Rights Act 1990, No. 109 (N.Z.).
- Brinks, Daniel M. y Gauri, Varun. “The Law’s Majestic Equality? The Distribution Impact of Judicializing Social and Economic Rights”. *Perspectives on Politics* 12, nº 2 (2014): 375-393.
- “Monitoreo Post Plebiscito 2020”, *Cadem* (Oct. 25, 2020), www.cadem.cl/wp-content/uploads/2020/10/Post-Plebiscito-VF.pdf.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K.).
- Chilton, Adam S., y Versteeg, Mila. “Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending”. *The Journal of Law and Economics* 60, nº 4 (2017): 713-748. Doi: <https://econpapers.repec.org/scripts/redirector.php?u=http%3A%2F%2Fdx.doi.org%2F10.1086%2F696826;h=repec:ucp:jlawec:doi:10.1086/696826>
- Chilton, Adam y Versteeg, Mila. *How Constitutional Rights Matter*. Oxford University Press, 2020.
- Choudhry, Sujit. “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law* 2, nº 1 (2004): 1-55. Doi: <https://academic.oup.com/icon/article/2/1/1/931069>
- Christodoulidis, Emiliós y Goldoni, Marco. “Introduction: Chile’s ‘Constituent Moment’”. *Law and Critique* 31, nº 1 (2020): 1-5. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10978-020-09259-7>
- Couso, Javier, et al., *Constitutional Law in Chile*. Kluwer Law International, 2013.
- Couso, Javier y Coddou, Alberto. “Las Asignaturas Pendientes de la Reforma Constitucional Chilena”. En *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 1ra ed. Editado por Claudio Fuentes, 191-217. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010.
- Couso, Javier y Hilbink, Lisa. “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile”. En *Courts In Latin*

- America, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 99-127. Cambridge University Press, 2011.
- Cristi, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán: una biografía intelectual*. Lom Ediciones, 2da ed. 2011.
- Cristi, Renato. "Precisiones en Torno a la Noción de Poder Constituyente". En *El constitucionalismo del miedo*. 2014.
- Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo. *La República en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago de Chile: LOM, 2006.
- Colón-Ríos, Joel I. "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia". *Constellations* 18, n° 3 (2011): 365-388. Doi: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-8675.2011.00643.x>
- Constitución Política de la República de Chile [C.P.]. 21 de octubre de 1980.
- Couso, Javier. *Radical democracy and the "new Latin American constitutionalism"*. En Seminario de teoría política y constitucional en Latinoamérica, 2014. Doi: https://www.Law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/selar3_couso_cv_eng_20130516.pdf
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776).
- "Democracy Index 2019". *The Economist Intelligence Unit*. www.eiu.com/topic/democracy-index
- Díaz de Valdés, José M y Verdugo, Sergio. "The ALBA Constitutional Project and Political Representation". *International Journal of Constitutional Law* 17, n° 2 (2019): 479-488. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/moz037>
- Dixon, Rosalind. "Constitutional Rights as Bribes". *Connecticut Law Review*, 50, n° 3 (2018): 644-693. Doi: https://opencommons.uconn.edu/law_review/381
- Dixon, Rosalind., y Verdugo, Sergio. "Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement" (artículo no publicado) (2020).
- Donoso, Sofia. "Democratizing Force: The Political Impact of the Student Movement in Chile". *New Perspectives* 39 (2016):167-196. Doi: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/S0163-786X20160000039008/full/html>
- Elkins, Zachary. "Constitutional Revolution in the Andes?". En *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, 108. Cheltenham, Edward Elgar Pub: 2017.
- Erdos, D. "Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)". *International Journal of Constitutional Law* 5, n° 2 (2007): 343-369. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/mom001>
- García, José. "Minimalismo e Incrementalismo Constitucional". *Revista Chilena de Derecho* 41, n° 1

- (2014): 267-302. Doi: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9458>
- Greene, Jamal. “The Anticanon”. *Harvard Law Review* 125, n° 2 (2011): 379-474. Doi: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2685&context=faculty_scholarship
- Grez Toso, Sergio. “La Ausencia de un Poder Constituyente Democrático en la Historia de Chile”. *Revista IZQUIERDAS* 3, n° 5 (2009): 1-21. Doi: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/123041/Grez_Toso_Sergio_Ausencia_de_un_poder.pdf?sequence=1
- Grugel, Jean y Nem Singh, Jewellord. “Protest, Citizenship and Democratic Renewal: The Student Movement in Chile”. *Citizenship Studies* 19, 3-4 (2015): 353-366. Doi: <https://doi.org/10.1080/13621025.2015.1006172>
- Fuentes Saavedra, Claudio. *El Pacto*. Santiago de Chile: Ediciones UDP, 2012.
- Heiss, Claudia. “Legitimacy Crisis and the Constitutional Problem in Chile: A Legacy of Authoritarianism”. *Constellations* 24, n° 3 (2017): 470-479. Doi: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12309>
- Henríquez Viñas, Miriam. “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009”. *Estudios constitucionales* 8, n° 1 (2010): 401-424. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100015>
- Hilbink, Lisa. “¿Nueva constitución o nada! Promesas y trampas del momento constitucional chileno”. *Derecho y crítica social* 6, n°1 (2020): 96-102. Doi: <https://derechocriticasocial.files.wordpress.com/2020/11/4.-hilbink-1.pdf>
- Hirschl, Ran. “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”. *The American Journal of Comparative Law* 53, n° 1 (2005): 125-155. Doi: <https://www.jstor.org/stable/30038689>
- Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. London: Harvard University Press, 2004.
- Hoffman, Florian, y Bentes, Fernando. “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil”. En *Courting Social Justice*. Ira ed. Editado por Varum Gari y Daniel M. Brinks. New York: Cambridge University Press, 2008.
- Huneus, Carlos. *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Santiago de Chile: Taurus, 2014.
- Jackson, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”. *Harvard Law Review* 119, n° 1 (2005): 109-128. Doi: <https://www.jstor.org/stable/4093561>
- Klare, Karl E. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. *South African Journal on*

- Human Rights* 14, n.º. 1 (1998): 146-188. Doi: <https://doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974>
- King, Phoebe. “Neo-Bolivarian Constitutional Design”, en *Social and Political Foundations of Constitutions*. 1ra ed. Editado por Denis J. Galligan y Mila Versteeg, 366-397. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Lagos Escobar, Ricardo. “La Cuestión Constitucional: Reflexiones de un Actor”. *Centro de Estudios Públicos* 139 (2015): 197-210. Doi: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304101452/rev139_rlagos.pdf
- Lagos Escobar, Ricardo. “Una Constitución para el Bicentenario”. En *Reforma Constitucional* 19 (Francisco Zúñiga Urbina ed., 2005).
- Landau, David. “Abusive Constitutionalism”. *UC Davis Law Review*, 47 (2013): 189-260. Doi: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf
- Landau, David. “Constituent Power and Constitution-Making in Latin America”. En *Comparative Constitution-Making*. 1ra ed. Editado por Hanna Lerner y David Landau, 567-589. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019.
- Landau, David. “Constitution-Making Gone Wrong”. *Alabama Law Review* 64: 5 (2013): 923-980. Doi: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1562&context=articles>
- Landau, David. “The Reality of Social Rights Enforcement”. *Harvard International Law Journal* 53, n.º 1 (2012): 190-246. Doi: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf
- Landau, David y Dixon, Rosalind. “Constitutional Non-Transformation?”. En *The Future of Economic and Social Rights*. 1ra ed. Editado por Katharine G. Young, 110-134. Cambridge: Cambridge University, 2019.
- Lane Scheppelle, Kim. “Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models”. *International Journal of Constitutional Law* 1, n.º 2 (2003): 296-324. Doi: <https://doi.org/10.1093/icon/1.2.296>
- Ley No. 21.200, Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, Diciembre 23, 2019, Diario Oficial [D.O.] (Chile).
- Mudde, Cas y Rovira Kaltwasser, Cristóbal. *Populism: A Very Short Introduction*. Oxford University Press, 2017.
- Muñoz León, Fernando. “‘Chile es una República Democrática’: La Asamblea Constituyente como Salida a la Cuestión Constitucional”, *Anuario de Derecho Público* 1 (2013): 60-94. Doi: https://www.academia.edu/4479730/_Chile_es_una_rep%C3%BAblica_democr%C3%A1tica_la_Asamblea_Constituyente_como_soluci%C3%B3n_a_la_cuesti%C3%B3n_constitucional
- Navia, Patricio y Verdugo, Sergio, “From Institutional Design to Expanding Rights: The Growing Support for a New Constitution in Chile, 1990–2018” (2018) (Manuscrito)

- inédito, archivado con autor).
- Ossa, Juan Luis. *Chile Constitucional*. Fondo de Cultura Económica, 2020.
- “Partidos de Unidad Constituyente rechazan idea propuesta por ME-O de disolver el actual Congreso”, *El Mostrador* (Oct. 28, 2020), <https://bit.ly/3sLg6Al>.
- Prieto Rudolph, Marcela. “A Feminist Rethinking of the Chilean Constitution?”. *I•CONnect* (Blog), 5 de noviembre de 2020. [www. iconnectblog.com/2020/11/symposium-on-chilean-referendum-part-iii-a-feminist-rethinking-of-the-chilean-constitution/](http://www.iconnectblog.com/2020/11/symposium-on-chilean-referendum-part-iii-a-feminist-rethinking-of-the-chilean-constitution/)
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, *Opinión Ciudadana Y Cambio Constitucional. Análisis Desde La Opinión Pública*. 2015.
- Ruiz-Tagle, Pablo. “La Trampa del Neopresidencialismo: La Constitución ‘Gatopardo’”. En *La república en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago de Chile: LOM, 2006.
- Salazar, Gabriel. *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, siglo XXI)*. Santiago de Chile: LOM, 2011.
- Saldaña, José. “Reformas Constitucionales en el Chile Democrático: Análisis de Tendencias 1992–2008”. En *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, 1ra ed. Editado por Claudio Fuentes, 85-113. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2010.
- Salgado M., Constanza. “Derechos Sociales, Protección de la Salud e Interpretación Constitucional”. *Revista De Derecho (Coquimbo)* 22, n° 1 (2015): 401-432. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100010>
- Schilling-Vacaflor, Almut. “Bolivia’s New Constitution: Towards Participatory Democracy and Political Pluralism”. *European Review of Latin American and Caribbean Studies* 90 (2011): 3-22. Doi: <https://www.jstor.org/stable/23047817>
- Suárez, Christian. “La Constitución Celda o ‘Straightjacket Constitution’ y la Dogmática Constitucional”. *Revista Universum* 1, n° 24 (2009): 248-271. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-23762009000100014>
- Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia N° 0084/2017 del 28 de noviembre de 2017. (Bol.).
- Tschorne, Samuel. “Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: Poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional”. *Estudios Políticos* 160 (2020): 81-117. Doi: <https://doi.org/10.38178/07183089/1451200207>
- Tushnet, Mark. “The New ‘Bolivarian’ Constitutions: A Textual Analysis”. En *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, 126. Cheltenham, Edward Elgar Pub: 2017.

- Verdugo, Sergio. "Chile's New Constitutional Experiment". *Quaderni Costituzionali* 4 (2020): 842-845. Doi: 10.1439/99332.
- Verdugo, Sergio. "La necesidad del pragmatismo constitucional en Chile: una solución común para constituyentes y evolucionistas", *IberICONnect* (Blog), 2020. <https://bit.ly/3iFiELm>.
- Verdugo, Sergio. "On the Protests and Riots in Chile: Why Chile Should Modify its Presidential System". *I•CONNECT* (Blog), 20 de octubre de 2019. www.icconnectblog.com/2019/10/on-the-protests-and-riots-in-chile-why-chile-should-modify-its-presidential-system/.
- Verdugo, Sergio. "The Chilean Political Crisis and Constitutions as Magic Bullets: How to Replace the Chilean Constitution?". Blog, 4 de noviembre de 2019. <https://verfassungsblog.de/the-chilean-political-crisis-and-constitutions-as-magic-%09bullets/>
- Verdugo, Sergio. "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution". *International Journal of Constitutional Law* 17, n° 4 (2019): 1098-1123. DOI: 10.1093/icon/mozo84
- Vilhena, Oscar., Baxi, Upendra y Vijloen eds. *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*. Pretoria University Law Press: 2013.
- Villalobos Dintrans, Pablo. "Why Health Reforms Fail: Lessons from the 2014 Chilean Attempt to Reform". *Health Systems & Reform* 5, n° 2 (2019): 134-144. DOI: <https://doi.org/10.1080/23288604.2019.1589916>
- Vitor Cardoso, João. "Cambios socio-económicos y legitimación constitucional: Camino hacia una nueva constitución en Chile", *Derecho y Crítica Social* 6, n° 1 (2020): 68-95. Doi: <https://derechocriticasocial.files.wordpress.com/2020/11/3.-cardoso.pdf>
- von Bogdandy, Armin., Ferrer Mac-Gregor, Eduardo., Morales Antoniazzi, Mariela., Piovesan, Flávia., Soley, Ximena., *Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*, en *Transformative Constitutionalism in Latin America* 3 (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan & Ximena Soley eds., 2017).
- Werner Mueller, Jan. *What is populism?* 9, 20. University of Pennsylvania Press, Inc. 2016.
- Wolff, Jonas. "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador". En *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Editado por Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor, 183. Routledge, 2012.
- Zúñiga Fajuri, Alejandra. "El Derecho a la Vida y el Derecho a la Protección de la Salud en la Constitución: Una Relación Necesaria", *Estudios constitucionales* 9, n° 1 (2011): 37-64. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100003>
- Zúñiga Urbina, Francisco. "Nueva Constitución y Operación Constituyente". *Estudios Constitucionales* 11, n° 1 (2013): 511-540. DOI: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art14.pdf>