

Vlel

ISSN online: 1909-0528

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Vol. 16, n.º 1

enero-junio del 2021



ISSN electrónico: 1909-0528

DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Periodicidad semestral

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

2021

Universidad Santo Tomás

Ediciones USTA

Sede Principal, Edificio Luis J. Torres

Cra. 9 # 51-11, sótano 1

Teléfono: (+57) (1) 587 8797, ext. 2991

<http://ediciones.usta.edu.co>

<http://www.usta.edu.co>

<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei>

editorial@usantotomas.edu.co

Bogotá, D. C., Colombia

2021

Hecho el depósito que establece la ley.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Consejo Editorial Particular

Fr. José Gabriel Mesa Angulo, O. P.

Rector General

Fr. Eduardo González Gil, O. P.

Vicerrector Académico General

Fr. Wilson Fernando Mendoza Rivera, O. P.

Vicerrector Administrativo y Financiero General

Fr. Javier Antonio Castellanos, O. P.

Decano de la División de Educación Abierta y a Distancia

Olga Lucía Ostos Ortiz

Directora de la Unidad de Investigación

Esteban Giraldo González

Director de Ediciones USTA

María del Pilar Florián Escobar

Directora Técnica del CRAI

Via Inveniendi Et Iudicandi

Carolina Blanco Alvarado

Editora

Comité Editorial de la Facultad de Derecho

Fr. Luis Antonio Alfonso Vargas, O. P.

Decano de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Dr. Alejandro Gómez Jaramillo

Decano de la Facultad de Derecho

Adriana María Serrano Cadavid

Secretaria de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Norhy Torregrosa Jiménez

Directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Comité editorial y científico

Rodrigo Plazas Estepa

Magíster en Derecho Mercantil por la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia)

Docente de la Universidad Republicana (Bogotá, Colombia)

Jorge Palomares García

Legum magister (LL-M) Universität Konstanz

Docente e investigador de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Mónica Fernández Muñoz

Doctora en Derecho Privado por la Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa, Italia)

Docente de la Universidad Católica (Bogotá, Colombia)

Óscar Andrés López Cortés

Doctor en Antropología por la Universidad del Cauca (Popayán, Colombia)

Docente de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Alfonso Daza González

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia)

Docente de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Pares académicos de este número

César Niño González

Doctor en Derecho Internacional por la Universidad Alfonso X el Sabio (España)

Magister en Seguridad y Defensa Nacionales por la Escuela Superior de Guerra (Colombia)

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Profesional en Política y Relaciones Internacionales por la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)
Docente de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)

Éyder Bolívar Mojica

Doctor (c) en Derecho Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia (España)
Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina)
Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Docente de la Fundación Universitaria Los Libertadores

Luis Alejandro Martínez Rodríguez

Magíster en Docencia por la Universidad de La Salle (Bogotá, Colombia)
Docente de la Fundación Universitaria los Libertadores (Bogotá, Colombia)

José Guillermo Castro Ayala

Doctor Iuris por la Universidad de Constanza (Alemania)
Docente de la Universidad Nacional (Bogotá, Colombia)

Gustavo Adolfo Alarcón Sánchez

Magíster en Educación, Concentración y Gestión de Instituciones Educativas por la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)
Docente de la Fundación Universitaria Los Libertadores (Bogotá, Colombia)

Andrea Alarcón Peña

Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España)
Docente e investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia)

Juan Carlos Villalba Cuéllar

Magíster por la Universidad París II (Francia)
LL.M en Derecho Comercial Francés, Europeo e Internacional
Docente e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia)

John Fitzgerald Martínez Vargas

Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracias en Iberoamérica
por la Universidad Alcalá de Henares ((España)
Docente de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia)

Gustavo Rojas Páez

Magíster en Sociología Jurídica Universidad de Milán
Docente de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Carlos Arturo Hernández Díaz

Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica por la Universidad Libre
(Colombia)
Docente de la Universidad Autónoma (Bogotá, Colombia)

Walter René Cadena Afanador

Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
Docente de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia)

Daniel Alfonso Barragán Ronderos

Magíster en Filosofía Latinoamericana por la Universidad Santo Tomás
Docente de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia)

Dilia Paola Gómez Patiño

Magíster en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales por la
Universidad Externado de Colombia
Docente de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia)

Joaquín Acosta Rodríguez

Doctor en Derecho Privado por la Universidad Montesquieu (Burdeos IV, Francia)
Docente de la Universidad La Gran Colombia

José Manuel Gual Acosta

Doctor en Derecho Privado y en Perfeccionamiento en Derecho Civil por la Scuola
Superiore Sant'Anna (Pisa, Italia)
Docente de la Universidad Católica (Bogotá, Colombia)

Rosalvina Otálora Cortés

Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad del Salvador (Buenos Aires, Argentina)

Magíster en Estudios Políticos por la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia)

Docente de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Melba Calle Mesa

Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (España)

Docente de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia)

Eduardo Rodríguez Martínez

Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá)

Docente de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia)

Orlando Meneses Quintana

Magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia)

Docente de la Universidad La Gran Colombia

José Guillermo Carrillo Ballesteros

Magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (España)

Docente de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Gloria Andrea Mahecha Sánchez

Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Docente de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia)

Wilson Iván Morgestein Sánchez

Magíster en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá)

Cuidado editorial

Juan Sebastián Solano Ramírez

Corrección de estilo

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Julieta Covo Méndez

Traducción al inglés

Cygnus Mind

Marcación XML

Óscar A. Chacón Gómez

Coordinador editorial de revistas de Ediciones USTA

Tabla de contenido

Editorial

Carolina Blanco Alvarado

Democracia y desarrollo: ¿existe una relación funcional?

Democracy and Development: is there a functional relationship?

*Alberto Castillo
Camilo Vargas*

La influencia del régimen de la competencia sobre el derecho de los contratos: postulados para una reflexión a partir del sistema francés

The influence of the competition regime on contract law: postulates for a reflection based on the French system

*Joaquín Emilio Acosta Rodríguez
Mónica Lucía Fernández Muñoz*

Mutilación genital femenina, entre la cultura y los derechos humanos

Female genital mutilation, between culture and human rights

*Jacqueline Blanco Blanco
Omar Antonio Herrán Pinzón*

Violencia, masculinidad y vulnerabilidad coexistentes en el hábitat carcelario del Cereso Morelos (México)

Coexisting violence, masculinity and vulnerability in the prison habitat of Cereso Morelos (Mexico)

*Omar García Ponce de León
Omar Huertas Díaz
Raúl Antonio López Zarco*

Estado y soberanía en el ciberespacio

State and sovereignty in cyberspace

*Eduardo Andrés Perafán Del Campo
Sebastián Polo Alvis
Marco Emilio Sánchez Acevedo
Catalina Miranda Aguirre*

El derecho a la verdad: eje fundamental de la justicia transicional en Colombia

The Right to Truth: a cornerstone of Transitional Justice in Colombia

Estefanía Acosta Páez

Transfuguismo político: causal de limitación del derecho a la participación política en República Dominicana

Political defection: a cause of limitation of the right to political participation in the Dominican Republic

Jesús E. Caldera Ynfante

Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes frente al populismo mediático y punitivo

Sex crimes against children and adolescents in the face of media and punitive populism

Misael Tirado Acero

Víctor Manuel Cáceres Tovar

Rafael Velandia Montes

Robinson Sánchez Tamayo

Editorial

Carolina Blanco Alvarado

Citar como:

Blanco Alvarado, C. (2021). Editorial. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 16(1).



En su edición enero-junio de 2021, la revista *Via Inveniendi et Iudicandi* propone a sus lectores problemas de investigación cuyas respuestas generan debates complejos en el marco normativo colombiano. Para el efecto, en compañía del Comité Editorial y Científico de la revista, en este número proponemos a la comunidad académica las siguientes temáticas.

Desde la metodología de derecho comparado, reunimos algunos resultados de investigación en derecho privado que muestran la irradiación del régimen francés de la competencia sobre el derecho de los contratos en Colombia.

Atendiendo la necesidad de fortalecer los derechos políticos, presentamos dos artículos que analizan el transfuguismo político en República Dominicana y algunas reflexiones sobre la relación entre democracia y desarrollo.

Para orientar jurídicamente los cambios de la era digital, incluimos algunas reflexiones teóricas sobre la relación de Estado y soberanía en el ciberespacio.

De otro lado, desde la perspectiva del derecho penal y constitucional, publicamos reflexiones sobre los delitos sexuales contra niños frente al populismo mediático y punitivo; la mutilación genital femenina, desde la cultura y los derechos humanos; la violencia, masculinidad y

vulnerabilidad coexistentes en el hábitat carcelario; y el derecho a la verdad como eje fundamental de la justicia transicional en Colombia.

Democracia y desarrollo: ¿existe una relación funcional?*

[Artículos]

Alberto Castillo**

Camilo Vargas***

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2020

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2020

Citar como:

Castillo, A. y Vargas, C. (2021). Democracia y desarrollo: ¿existe una relación funcional? *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1).
<https://doi.org/10.15332/19090528.6475>



Resumen

El artículo reflexiona sobre la relación funcional entre la democracia y el desarrollo a partir de la descripción de su evolución conceptual. Parte desde su concepción instrumental y avanza hacia una concepción ampliada, de modo que, de manera deductiva, extrae las principales variables de su operacionalización. Con base en lo anterior, son discutidas analíticamente diferentes teorías que sustentan los efectos positivos y negativos de la democracia en el desarrollo. Finalmente, mediante un análisis econométrico de las variables identificadas,

* Este trabajo es producto del proyecto de investigación "Relaciones internacionales del siglo XXI", de la Universidad Santo Tomás (Bogotá, Colombia).

** Doctor en Ciencias Políticas, de la Administración y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (España). Investigador de la Universidad Santo Tomás (Colombia) y del Instituto Complutense de Estudios Internacionales (España). Correo electrónico: albcasti@ucm.es; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9778-933X>

*** Magíster en Economía por la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: cam-varg@uniandes.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8753-415X>

es determinada la significancia estadística de la relación funcional entre lo político hacia lo económico y viceversa.

Palabras claves: democracia, crecimiento económico, desarrollo humano, libertades civiles y políticas.

Democracy and Development: is there a functional relationship?

Abstract

The article reflects on the functional relationship between democracy and development by describing its conceptual evolution. It starts from its instrumental conception and advances towards an expanded one, so that, in a deductive way, the main variables of its operationalization are extracted. Based on the above, different theories that support the positive and negative effects of democracy on development are analytically discussed. Finally, through an econometric analysis of the identified variables, the statistical significance of the functional relationship between the political and the economic and vice versa is determined.

Keywords: democracy, economic growth, human development, civil and political liberties.

Introducción

La necesidad humana de configurar un modelo de organización político, social y económico que optimice los recursos disponibles dentro de las fronteras nacionales ha conducido a desarrollar varias investigaciones académicas sobre las diferentes formas de gobierno. En ellas destacan las virtudes de la *democracia* como un tipo ideal de sistema político y, además, de los diferentes modelos económicos de desarrollo.

A partir de los años setenta, los procesos democratizadores en el mundo se han intensificado. Desde una visión inspirada por W. W. Rostow, muchos países han considerado la democracia como la forma más eficiente de

buscar su propio desarrollo. Las diferentes olas de democratización han generado un mapa político mundial en donde la mayoría de los países es o se autodenomina democracia. Las experiencias de crecimiento de regímenes no democráticos como en el sudeste asiático y China, por citar algunos, han demostrado que no es necesaria una democracia para obtener altos crecimientos económicos. Sin embargo, nos encontramos también con la situación de que los países con mayores ingresos son democracias.

Este artículo busca responder a la pregunta ¿Cuál es la relación funcional entre democracia y desarrollo? A partir de lo anterior, se revisarán las cuestiones más relevantes de estos análisis teóricos y empíricos. En la primera parte se hará un recorrido sobre la conceptualización de la democracia y el desarrollo, conjuntamente, se resaltará el problema de la operacionalización de los conceptos y se destacará la evolución de la medición con la introducción de nuevas variables. En la segunda parte, se buscará abordar la relación entre democracia y desarrollo en su sentido más estricto y se añadirán paulatinamente nuevos elementos constitutivos de la evolución de estos conceptos. Consecutivamente, se analizarán dos ejemplos en donde el éxito tanto de un régimen democrático como el de uno no democrático son plausibles con diferentes modos de desarrollo. Más adelante, se analizará la democracia y el desarrollo humano, la construcción del indicador y su potenciación a través de la democracia de sus elementos constitutivos. Además, se mencionará la importancia de la estabilidad y la legitimidad de las instituciones para el crecimiento económico, tanto para los regímenes democráticos como los no democráticos.

Cabe resaltar que el componente cualitativo del ámbito social y político es muy importante para que, complementado con el económico, pueda

mostrarnos el camino o los caminos para tomar decisiones públicas en relación con el sistema de desarrollo que queramos adoptar.

En ese sentido, la última parte hace una regresión, explorando la relación de lo político hacia lo económico y viceversa. Dentro del análisis se indagará sobre los puntos de quiebre en los procesos políticos para ver cuáles son los regímenes que pueden potenciar el crecimiento económico. Igualmente, se estudiará hasta qué punto las crisis económicas pueden deteriorar las libertades civiles y los derechos políticos y, de esta forma, intentar responder la pregunta de investigación.

Estado de la cuestión y marco teórico: la democracia, el desarrollo y sus postulados básicos

La democracia es un concepto constituido a través del tiempo.

Etimológicamente, la palabra democracia proviene del griego *δημοκρατία* (*dēmokratía*), que en su traducción más generalizada significa ‘gobierno por el pueblo’ y, por tanto, sus principios rectores inducen a la búsqueda del bien común de la polis no como una agregación de los distintos intereses particulares de sus miembros, sino más bien la determinación de un interés general superior (Blanco, 2013; Téllez y Fernández, 2020).

En el siglo XX se pudo observar cómo el número de democracias en el mundo incrementó exponencialmente. Entre 1970 y 2010, se pasó de 35 a casi 120 democracias, es decir, el 60 % de los Estados del mundo tenía esta clasificación política. Samuel P. Huntington (1994) denominó a este proceso la tercera ola de la democracia. En cualquier caso, si bien la mayoría de los sistemas políticos son democracias, en la actualidad se observa un creciente desinterés. Desde 2017, según datos de Freedom House (2018) se muestra un escenario de crisis de las democracias a nivel global, específicamente, en elecciones libres y justas, libertad de prensa y el Estado de derecho. En el 2018 se estimó que 116 de 195 Estados se

catalogaban como democracias electorales, es decir el 59 % del total mundial.

Uno de los inconvenientes a la hora de realizar un marco teórico en torno a la democracia es la multiplicidad de usos del concepto y, asimismo, la operacionalización de las variables e indicadores que intentan captar las percepciones de los ciudadanos sobre ella (Barragán, 2016). Si bien aún existe una gran confusión en relación con la definición actual del término, por los objetivos de este artículo, se requiere una aproximación al concepto generalizado de la democracia para proceder a su medición y comparación.

En las décadas de los cincuenta y sesenta se realizaron notorios esfuerzos de teóricos políticos para reducir la confusión conceptual y terminológica (Dahl, 1992; Huntington, 2014; Sartori, 1992; Schumpeter, 1963). Estos trabajos elaboraron un bagaje conceptual que se concentró en las bases tradicionales político-filosóficas y los diferentes valores de la sociedad actual.

Algunos autores como Robert Dahl (1997) equipararon la democracia con las instituciones y los procesos (elecciones libres y justas) que hacen parte de un gobierno representativo. En este sentido, la democracia tiene un carácter elevado de legitimidad, pues permite que, a través de la participación directa o indirecta, el pueblo sea quien determine el ejercicio y titularidad del poder. Lo anterior se enmarca en la idea ateniense de participación de los ciudadanos libres en la polis, toda vez que desarrolla el ideal-tipo de forma de gobierno basado en un sistema político de participación ciudadana, en donde los actores adquieren el poder para decidir por medio de una competencia, la captación del voto popular, tal como señalaba Schumpeter (1963), la democracia entendida como un método.

Esta primera aproximación teórica favoreció la medición y estudio de las democracias, puesto que los países podían ser o no catalogados como democráticos si contaban con elementos como la competencia política, la existencia de oposición y minorías. El elemento de competencia viene de la mano con el desarrollo del capitalismo, cuyas bases estructurales son la libre competencia y la prevalencia del mercado.

Utilizar únicamente este concepto nos conduce a una restricción analítica, dado que en la democracia actúan múltiples variables que brindan robustez a las concepciones valorativas del concepto. Por este motivo, Larry Diamond (1999) vincula la libertad como objetivo de la democracia, por tanto, establece que los valores clave de la democracia son las libertades políticas, el derecho a la participación y la igualdad frente a la ley. Con base en lo anterior, resalta la importancia que la igualdad de los ciudadanos y ciertas garantías tienen dentro de la democracia, como la libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, los derechos de los líderes políticos a competir en busca de apoyo, la diversidad de las fuentes de información, las instituciones que garanticen la política del gobierno dependa de los votos y las elecciones libres e imparciales. Todos estos son elementos aglutinados por Robert Dahl (1997) en el término de *poliarquía*, que usó como sinónimo de democracia a gran escala.

En principio, el aporte de Dahl pretendía dar herramientas más elaboradas para la operacionalización de la escala teórica del concepto de democracia a partir de la cuantificación y el análisis de las diferentes garantías que deben tener los ciudadanos. De esta manera permitió conducir estudios comparativos con otros países del mundo, muchos de los cuales distan ampliamente en el ejercicio de las garantías de las libertades a sus ciudadanos. Así, la medición del concepto de democracia puede leerse desde dos fundamentos esenciales: por un lado, la capacidad del

ciudadano de participar con las mismas oportunidades que cualquier otro en la elección de sus representantes y, por otro lado, la capacidad del ciudadano de contribuir en la construcción política por medio del debate público. En esta última está la relevancia del concepto de poliarquía.

Con la propuesta de medición conceptual, en la actualidad nos encontramos con sistemas políticos que no llegarían a considerarse como plenas democracias, toda vez que la democracia puede ser entendida como un ideal o fin último. Los diferentes aspectos de la evolución de los sistemas políticos y las concepciones del hombre como ciudadano hacen repensar el papel del individuo dentro de la configuración del Estado.

En los intentos de medir la democracia utilizando los dos factores mencionados se encuentran los trabajos más relevantes que han sido desarrollados por la fundación Freedom House, a partir del planteamiento de Raymond Gastil (1980), quien realizó una aproximación a través de la consideración de dos escalas constitutivas de la democracia relacionadas con las garantías de los ciudadanos. Otro intento de medir es realizado en *Polity IV Project* del Center for Systemic Peace (2014) con características y transiciones de regímenes políticos desde 1800, donde se clasifican los países en democracias, anocracias y autocracias. Finalmente, el índice de democracia de la Intelligence Unit de la revista *The Economist* clasifica los países según su nivel de democracia.

Aparte del concepto de democracia, la idea de desarrollo también ha sido ampliamente estudiada para dar una fórmula por la cual los países menos adelantados pueden transitar hasta lograr su propio desarrollo, sobre todo, permitiendo establecer la relación entre ciudadanía y economía. De esta forma, se presenta el constante debate entre libertad e igualdad como objetivos que pueden ser mutuamente excluyentes dentro de las democracias, pues, como señala Sodaro (2014, p. 139), las economías que distribuyen sus recursos y oportunidades entre la mayoría con criterios de

igualdad son más democráticas que aquellas que los concentran en pocas manos. De igual forma, las economías que garantizan la libertad económica de su población con mínima intervención del gobierno pueden ser consideradas más democráticas.

Algunos autores clásicos como Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus y Karl Marx dedicaron sus esfuerzos a entender las leyes que rigen las dinámicas económicas a largo plazo y el progreso material. Según Smith (2010), el progreso económico de una nación radica en factores básicos como la división del trabajo, la productividad y el tamaño del mercado. Tal como señala Alonso (2000), el proceso de capitalización de la economía es un elemento fundamental para el desarrollo, porque cataliza directamente el crecimiento económico y, a través de su impacto, también a la productividad. En cambio, Malthus (1977) argumentó que el crecimiento económico está íntimamente ligado con el crecimiento demográfico como variable exógena. Del mismo modo, Ricardo (1993) resaltó la importancia del crecimiento sobre la distribución de la renta y el impacto sobre la inversión, además que incorporó la importancia de la capitalización de la economía y el factor demográfico. Por último, Marx (1980) afirmó que el factor determinante del crecimiento económico de una nación es el capital que termina conformando un sistema basado en la plusvalía, la acumulación de capital, es decir, en los excedentes que terminan generando un desequilibrio económico y social.

A propósito, la idea rostowiana de desarrollo a través de etapas de crecimiento fue bastante extendida pues parte del supuesto de la acumulación de excedentes como el ahorro y la inversión. El crecimiento es medido en líneas generales por el producto interno bruto per cápita, que fundamenta así las cinco etapas de crecimiento: la sociedad tradicional, la sociedad transicional, el despegue, la madurez tecnológica y el consumo masivo (Rostow, 1967). De acuerdo con Alonso (2000), el tránsito de estas

etapas es marcado por un cambio en la base económica, en su marco institucional y en el sistema de valores de las sociedades.

Una de las ideas fundamentales dentro de la consolidación de las teorías del desarrollo fue la trampa de la pobreza, un círculo vicioso de fuerzas que mantienen un país pobre en esa situación. La idea fue desarrollada por Ragnar Nurkse (1955), quién afirmaba que la incapacidad de ahorro e inversión de los países pobres se explica por la baja dotación de capital, por lo cual se requiere una elevada inversión de las economías externas. A partir de lo anterior, Rosenstein-Rodan (1943) propuso la teoría del *big push*, o gran impulso, que hace énfasis en la necesidad de llevar a cabo acciones externas de inversión para corregir dichas circunstancias.

También Gunnar Myrdal (1957) resaltó que los ámbitos dinámicos a nivel geográfico conllevan que las inversiones se concentren más en los lugares en donde existe previamente la actividad industrial, es decir, aquellos países ricos donde se atrae más inversión que los países pobres.

Igualmente, el trabajo de modelado económico permitió identificar las variables que inciden en el crecimiento económico, tal como lo recoge Alonso (2009) en su defensa de la teoría del desarrollo. Una primera generación de modelo propuesta por Harrod y Domar determinó que la inversión es la variable que cataliza el ahorro, lo cual permite el crecimiento económico (Domar, 1946; Harrod, 1939). Otro modelo relevante para la explicación del crecimiento es el de Solow y Swan, quienes consideraron el capital y el trabajo como factores endógenos, los cuales se aplican al proceso de producción combinándose con la tecnología y, conforme a los precios del mercado, el crecimiento del PIB per cápita (PIBPC) se determina en función de la tasa de progreso técnico (Solow, 1956; Swan, 1956). En cualquier caso, la teoría ha introducido paulatinamente en los modelos económicos aspectos menos tangibles que el capital físico, como el conocimiento, la tecnología o el capital humano.

Con la llegada del pensamiento neoliberal, la agenda de trabajo sobre el desarrollo fue relegada, pues aplicaba un modelo básico de crecimiento compartido por los diferentes países desarrollados como el camino óptimo para crecer e implementar en los países en desarrollo. En los años ochenta, considerada una década perdida, está el origen de los posteriores desarrollos teóricos del enfoque de las necesidades humanas. Lo anterior sirvió para asumir una agenda mucho más compleja, que incluye múltiples dimensiones del desarrollo de los países.

En este punto se debe destacar la operacionalización del concepto de desarrollo humano, el cual se efectuó en el seno del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), donde Mahbub ul Haq (2005) y un grupo de especialistas, como Frances Stewart (1985) y Amartya Sen (1973), construyeron la definición, la fundamentación doctrinal del indicador y los informes. Según Ul Haq:

El objetivo principal del desarrollo es ampliar las opciones de las personas. En principio, estas opciones pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo. A menudo las personas valoran los logros que no se reflejan, o al menos no en forma inmediata, en las cifras de crecimiento o ingresos: mayor acceso al conocimiento, mejores servicios de nutrición y salud, medios de vida más seguros, protección contra el crimen y la violencia física, una adecuada cantidad de tiempo libre, libertades políticas y culturales y un sentido de participación en las actividades comunitarias. El objetivo del desarrollo es crear un ambiente propicio para que la gente disfrute de una vida larga, saludable y creativa. (Ul Haq, 2005)

Los trabajos de Amartya Sen (1998) en relación con la conceptualización del desarrollo han sido indispensables, los ha dotado dentro de la filosofía política del peso de la justicia social, basado en la visión de John Rawls (1995). El ejemplo de Rawls del velo de la ignorancia entra en contradicción con los fundamentos utilitaristas de Bentham y estos, a su

vez, dominan el pensamiento económico, según los cuales una sociedad más justa es el resultado de los bienestar individuales.

Al igual que la democracia, el concepto de desarrollo ha evolucionado y ampliado su base conceptual a partir de la incorporación de variables multidimensionales, que han trascendido la acumulación de capital físico. El crecimiento de los ingresos para un país es un medio para incrementar las oportunidades y libertades de sus ciudadanos.

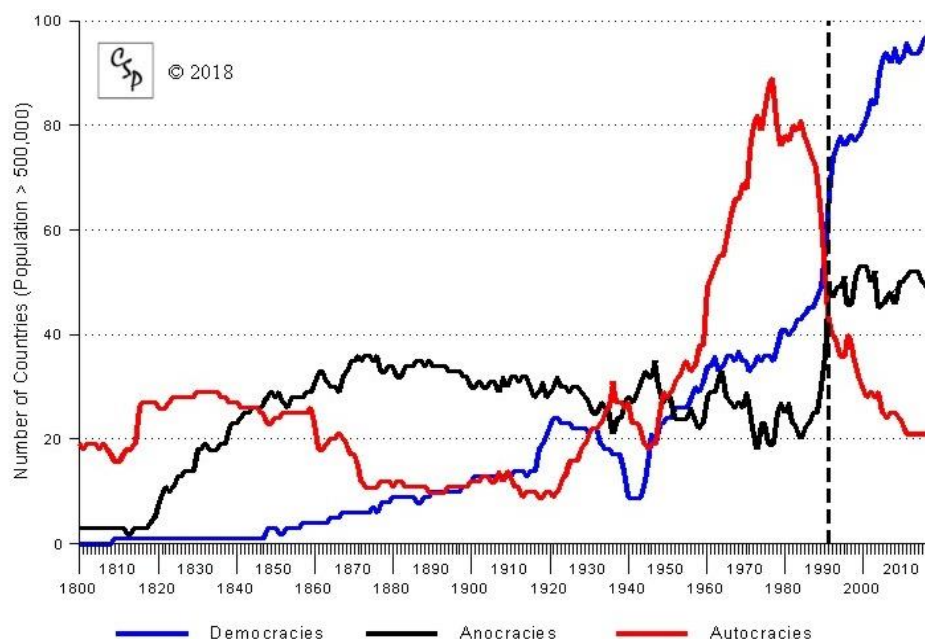
La relación entre la democracia y el desarrollo

El papel del Estado en la corrección de los fallos del mercado y las tareas redistributivas es fundamental para el desarrollo de su economía. La visión neoliberal, impuesta en los años ochenta, promovió la reducción de las funciones del Estado a un nivel mínimo, pero estuvo lejos de ser totalmente positiva, como se predijo. En cambio, hubo situaciones, como el crecimiento asiático, que prueban que la simple apertura comercial al libre mercado no es suficiente, puesto que el Estado juega un papel crucial.

La caída del muro de Berlín no solo representó el fin de la guerra fría, sino que conllevó la proliferación de gobiernos democráticos derivados de los territorios satélites de la antigua Unión Soviética y también la incorporación de los países latinoamericanos, como se puede observar en la Figura 1, en la medición que realizan el proyecto *Polity IV* del Center for Systemic Peace. En esta figura puede verse la tendencia de crecimiento de las democracias a partir de los años noventa y que los regímenes autocráticos florecieron en los años setenta, como sucedió en América Latina. Las *anocracias* son una clasificación que utiliza este índice, que se refiere a los países donde el gobierno es débil o inexistente, que puede considerarse como una democracia parcial, ya que no llega a ser una autocracia ni una democracia. Los estudios del *Polity IV* han demostrado que este tipo de regímenes son más proclives a los conflictos armados,

pues, en la mayoría de los casos, el dominio es ejercido por una élite. La Figura 1 ilustra la tendencia al alza de los regímenes democráticos desde los años noventa, de lo cual puede deducirse que actualmente presenciamos una era democrática como no se ha visto antes debido al número de países considerados como democracias.

Figura 1. Tendencia histórica de los regímenes políticos en el mundo



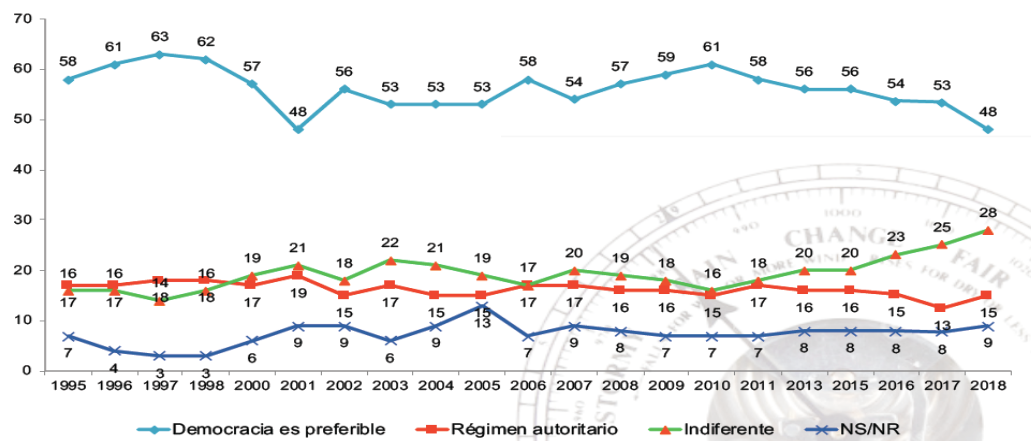
Fuente: Marshall y Elzinga-Marshall (2017).

Debido a sus características y valores, la democracia como sistema político se empezó a percibir en el mundo como la forma de gobierno más eficiente y, por ende, la más aceptable. La universalidad del sufragio como la manifestación de la voluntad por medio del voto llevó aparejado el carácter más legítimo de configuración de sistema de gobierno. Pero, como se ha mencionado, el desarrollo más significativo fue el atribuido a la concepción de la democracia como un valor universal (Sen, 1999), en el cual las libertades de los ciudadanos están resguardadas en el Estado de derecho, donde existe el imperio de la ley y la igualdad real frente a esta.

La relación existente entre democracia y desarrollo no es del todo clara. A lo largo de los años se han resaltado desde un enfoque kantiano (Kant, 1967) las bondades de la democracia en la prevención del conflicto por medio de las instituciones y normas liberales (Doyle, 1983). Asimismo, diversos estudios analizan las variables que componen la democracia y el desarrollo para establecer la correlación entre estas (Acemoglu y Robinson, 2006; Huber et ál., 1993; Lipset, 1987; Przeworski et ál., 2000). Un hallazgo común de los estudios es que la democracia habilita las posibilidades de los sujetos para poder cambiar el equilibrio de poderes entre clases, en donde la clase media desempeña un papel fundamental a la hora de organizarse y salvaguardar los derechos y libertades del conjunto de la sociedad.

Cuando un pueblo elige a sus representantes y estos son incompetentes a la hora de gestionar el sistema económico por la cantidad de procesos que incluyen, más que ayudar terminan siendo un obstáculo para una gestión eficaz. Una respuesta a la problemática consiste en conformar un régimen autoritario, estableciendo un Estado decidido y fuerte que sea capaz de aplicar políticas necesarias en nombre del bien común, tal como se puede observar en Figura 2 para el caso latinoamericano. En las últimas mediciones realizadas por el Latinobarómetro (2018) es evidente la disminución del apoyo a la democracia en América Latina, que alcanzó el 48 % de apoyo en 2018, una cifra que en 17 años no se había presentado. Además, la indiferencia al tipo de régimen es bastante significativa debido a la apatía política, institucional y democrática que alcanza el 28 %. De acuerdo con lo anterior, es adecuado preguntarse ¿Es ventajoso optar por un crecimiento económico a costa de la pérdida de las libertades políticas? o ¿Por qué razón la democracia puede tener una relación positiva con el desarrollo?

Figura 2. Apoyo a la democracia: total de América Latina (1995-2018)



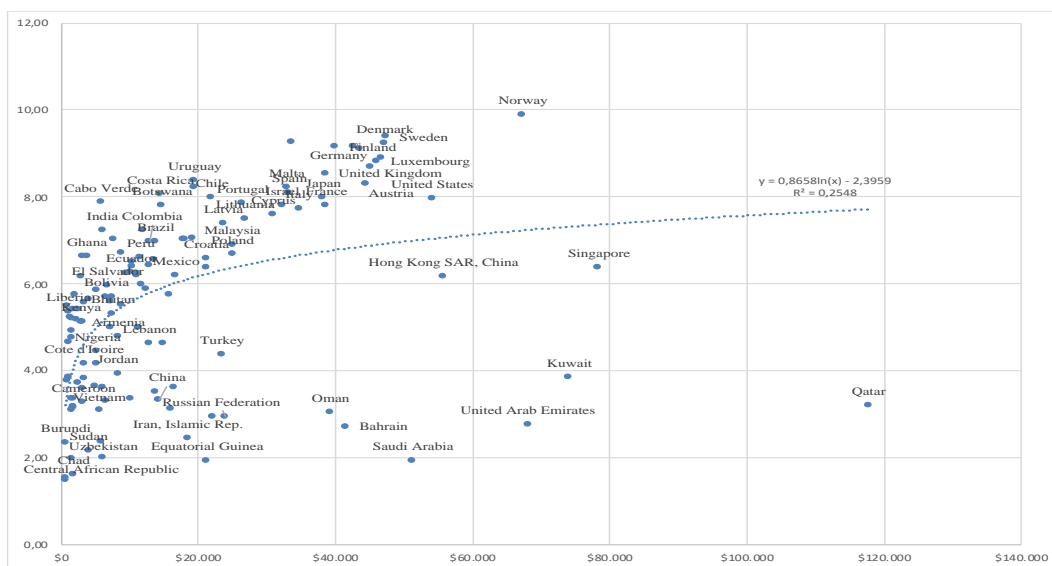
Fuente: Latinobarómetro (2018).

A partir de lo anterior, al examinar los ingresos de los países del mundo y el índice de democracia¹, en la Figura 3 se aprecia claramente que los países con mayor renta PIBPC (más de USD 20 000 en el 2016) son aquellos que poseen un índice de democracia mucho más elevado. Por ende, son más los casos concentrados en esta combinación. Sin embargo, cabe señalar que algunos países con un elevado PIBPC –como Catar, Emiratos Árabes Unidos, Baréin, Kuwait, Arabia Saudita y Omán– tienen, en su mayoría, un nivel de ingresos elevado a causa del petróleo y un índice de democracia bajo, por eso están en los niveles de la autocracia, ya que dichos países están gobernados por dictaduras revestidas en algunos casos con el nombre de democracia constitucional o monarquía absolutista. De todos modos, no se puede establecer una relación explicativa con estas dos variables, pues el coeficiente de determinación es de 0.254 en la regresión logarítmica lineal, lo cual es bastante débil. En

¹ El índice de democracia utilizado es el elaborado por The Economist Intelligence Unit, "Index of Democracy 2018", construido sobre la base de diferentes indicadores, como el proceso electoral y pluralismo, funcionalidad del gobierno, participación política, cultura política y libertades civiles.

consecuencia, es difícil determinar con solo dos variables la causalidad de la democracia a través del PIB y viceversa.

Figura 3. Relación entre índice de democracia y PIB per cápita (2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Banco Mundial (2018) y The Economist Intelligence Unit (2018).

Es difícil conceptual y metodológicamente encontrar una relación entre las variables. En cualquier caso, como se observa en la Tabla 1, al revisar los cinco países con mayores PIBPC del mundo se puede apreciar que solo se encuentran dos democracias y el resto son regímenes autoritarios. Esto muestra que el crecimiento económico no se debe simplemente a poseer una democracia como forma de gobierno, pero sí es bastante relevante que ninguna democracia plena se encuentra en subdesarrollo. Así pues, cuando revisamos las cinco economías de menor PIBPC, se encuentra que todas son regímenes autoritarios y no aparece ninguna democracia. Es decir, se puede inferir que la democracia es una característica necesaria mas no suficiente para los países desarrollados que no dependen de reservas de petróleo y, por tanto, una democracia plena no se encontrará dentro de los países con bajos niveles de crecimiento económico.

Una característica de los regímenes autoritarios es que no tienen que responder ante su población, por eso adoptan decisiones eficazmente y no están sometidos a las constantes presiones de los grupos políticos, como puede suceder en una democracia. Sin embargo, esto no quiere decir que las dictaduras sean la receta para el crecimiento económico, pues en promedio registran los índices de crecimiento económico más bajos.

Tabla 1. Tipo de régimen según ingreso per cápita

País	2016 PIBPC	Índice de democracia	Régimen
Alto PIBPC			
Catar	\$ 117 716	3.19	Autoritarismo
Singapur	\$ 78 427	6.38	Democracia defectuosa
Kuwait	\$ 74 109	3.85	Autoritarismo
Emiratos Árabes Unidos	\$ 68 074	2.76	Autoritarismo
Noruega	\$ 67 340	9.87	Democracia plena
Bajo PIBPC			
Malawi	\$ 1053	5.49	Régimen Híbrido
Níger	\$ 897	3.76	Autoritarismo
República Democrática del Congo	\$ 792	1.49	Autoritarismo
Burundi	\$ 686	2.33	Autoritarismo
República Centroafricana	\$ 644	1.52	Autoritarismo

Fuente: elaboración propia con base en datos del Banco Mundial (2018) y The Economist Intelligence Unit (2018).

En consecuencia, la idea que tienen los gobiernos autocráticos se puede resumir en la declaración que hizo el líder de Singapur Lee Kuan Yew en 1992: “No creo que la democracia necesariamente conduzca al desarrollo. Creo que lo que necesita un país para desarrollarse es disciplina más que democracia. La exuberancia de la democracia conduce a la indisciplina y a una conducta contra la moral pública que es hostil para el desarrollo” (citado por Bhalla, 1997, p. 196) (traducción propia).

Por otro lado, un aspecto positivo de la democracia está relacionado con el aumento en la acumulación de capital humano y la reducción de la desigualdad en los ingresos, lo cual incrementa el crecimiento. Pero esto también hace disminuir la acumulación de capital físico e incrementa el gasto público, rebajando el crecimiento (PNUD, 2002, p. 56).

Algunos autores han apostado por defender la funcionalidad de la democracia, como Olson (2001), quien afirma que solo a través de la democracia se puede facilitar el crecimiento, debido a que asegura el respeto de una serie de derechos como la propiedad privada y los derechos contractuales que impulsan el crecimiento y la inversión (p. 53).

Los teóricos de la modernización sostienen que la convergencia a la democracia es un hecho inevitable del desarrollo económico de las naciones. La propensión para realizar ese tránsito se incrementa en los países de ingresos medios (PNUD, 2002). O'Donnell es uno de los autores que utiliza muchas de las variables clásicas de la teoría de la modernización, como el PIBPC, y sostiene que los bajos y altos niveles de desarrollo en América Latina son resultado de los sistemas políticos no democráticos y que este régimen es viable en el estadio medio de modernización. Sin embargo, señala que se debe tener en cuenta el nivel de dispersión de la renta, ya que puede estar concentrada en algunos sectores y que en realidad no signifique un incremento real del ingreso del resto de la población (O'Donnell, 1979, citado por Altman, 2001).

No obstante, Przeworski y Limongi (1997) señalan que el surgimiento de la democracia no depende de un nivel determinado de desarrollo económico, pues, al fin y al cabo, la democracia es perseguida por los actores políticos en busca de unas metas y puede darse en cualquier fase del desarrollo.

El desarrollo económico y la estabilidad política son dos metas independientes y el camino hacia una de ellas no tiene por qué estar

vinculado necesariamente con la otra. De este modo, Huntington (2014) sustentaba que los programas de desarrollo económico pueden contribuir a la estabilidad política, pero en otros casos pueden causar un serio debilitamiento. La importancia radica en la construcción de instituciones², así pues, el problema no está en la libertad sino en la creación de un orden público legítimo. Puede haber orden sin libertad, pero en ningún caso puede existir libertad sin orden.

Existen varias consideraciones para esclarecer los diferentes modelos debido a que en muchos se utiliza la variable de libertad que comprende la libertad económica y política. Lograr separarlas ayudará a comprender las anomalías de los modelos. Un ejemplo propuesto por Bhalla (1997, p. 196) es que India, con una elevada libertad política, crece despacio y, en cambio, en el este asiático algunas economías con baja libertad política crecen considerablemente rápido.

El fundamento teórico de la democracia, señalado por Karl Popper (2016), es la capacidad de crítica que evita el despotismo. Solo las instituciones democráticas crean mecanismos para corregir los errores, pero no los evita, pues solo a través de estos se permite una reforma continua de los errores en los que se pueda caer.

La democracia abre el camino al crecimiento porque ofrece mayores posibilidades en comparación con los regímenes no democráticos, como la mayor transparencia a la hora de la utilización de los recursos por los controles democráticos, que hace más difícil cometer actos fraudulentos y de corrupción (Przeworski y Limongi, 1997, p. 166). Asimismo, hay menor incertidumbre y mayor seguridad en relación con los derechos de propiedad, los cuales promueven la inversión. Las democracias son más

² Léase con la definición de North (1990), son las reglas de juego existentes en una sociedad que dan forma a la interacción humana (que dan incentivos y penalizaciones).

estables políticamente y se enfrentan mejor a los cambios de poder que no perturban el crecimiento. Otro aspecto importante es la construcción social que tienen las instituciones, lo cual se traduce en mayor legitimidad y participación popular.

En este sentido, Seymour Martin Lipset afirmaba que “cuando mejor le va a una nación (económicamente) son mayores las posibilidades para mantener gobiernos democráticos” (1959, p. 75) (traducción propia). Además, Diamond señala que cuando a las personas de un país les va mejor, mayores son las posibilidades de que favorezcan, encuentren y mantengan un sistema democrático para su país (1992, p. 468). Un mayor crecimiento económico hace que las rentas de las personas incrementen, y puede traducirse en mayor educación, que a su vez genera más presiones sobre el gobierno para que mejoren las condiciones laborales y sociales, porque se comienza a exigir resultados y mejores condiciones para sus ciudadanos, llevando consigo una participación de la población en la construcción de política democrática.

La democracia y el desarrollo humano

El vínculo entre democracia y desarrollo humano requiere una concepción más amplia que la visión economicista de los diferentes conceptos que hemos tratado hasta ahora. La evolución del concepto de democracia y de sus implicaciones no solo políticas, sino sociales y económicas, determina unas pautas y reglas de configuración del Estado. A través de los derechos de los ciudadanos, la democracia conforma las instituciones comúnmente reconocidas y, por ende, legitimadas.

En cierta medida, la visión moderna de la democracia va más allá del régimen de gobierno, pues se entiende como una extensión de los derechos del ciudadano, tanto civiles como políticos, que garantizan la autonomía individual frente al poder del Estado y la participación en la esfera pública,

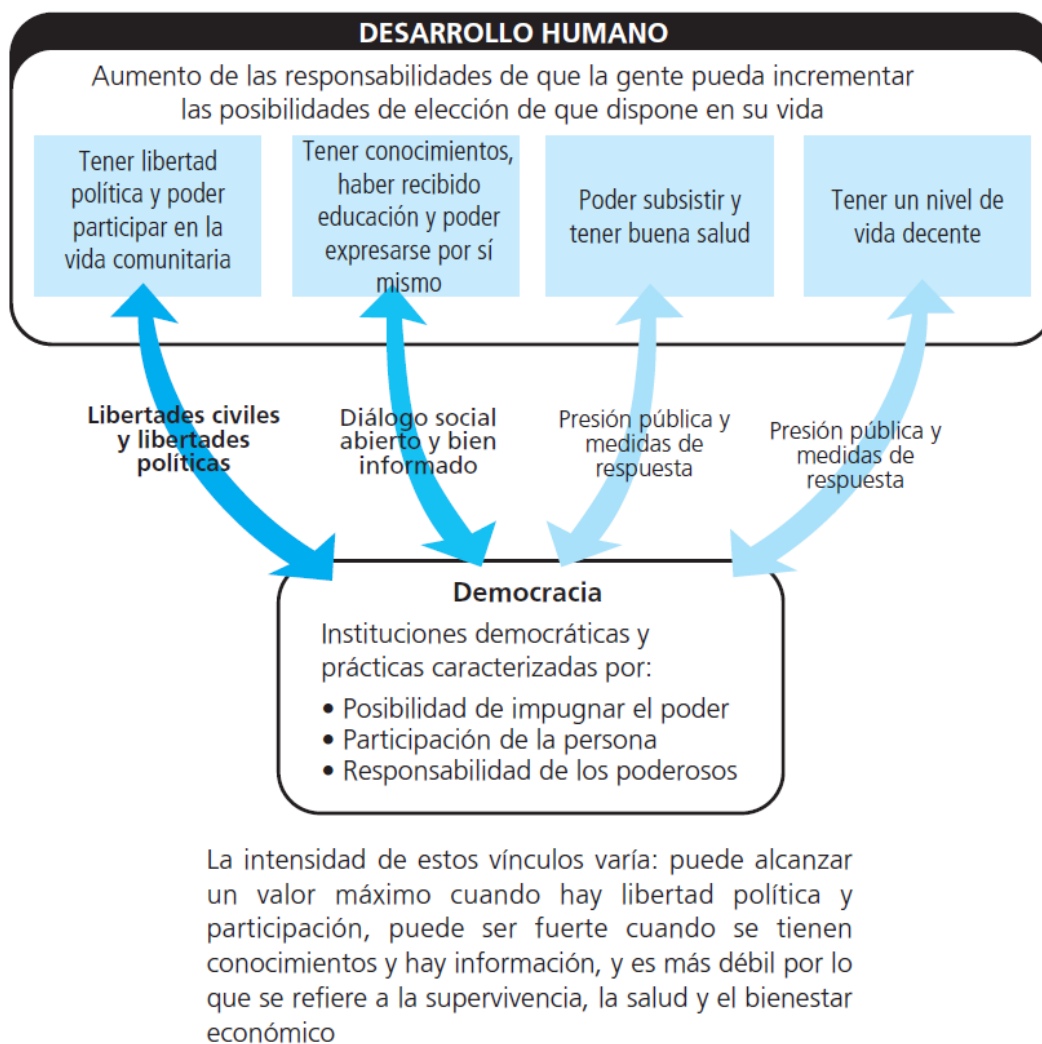
además de los derechos económicos, sociales y culturales que responden al reconocimiento de la igualdad, la solidaridad y la no discriminación (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2000, p. 49). Para fortalecer la ciudadanía es importante considerar el desarrollo de la democracia, pues esta busca la construcción de políticas incluyentes con la protección de las minorías, entendiéndose como un desarrollo integral.

Como señala José Antonio Ocampo, existen tres principios para una buena relación entre economía y democracia: 1) la democracia entendida como una extensión de la ciudadanía, 2) la democracia como diversidad en relación con las diferentes formas de adaptar mecanismos de desarrollo, y 3) la importancia de las reglas macroeconómicas claras y fuertes son complementarias a la democracia (Ocampo, 2004). Pues bien, es a través del desarrollo que se brindan las capacidades a los individuos. Sen (1999) señala que el valor universal de la democracia se configura a través de varias virtudes que enriquecen a los ciudadanos, como el valor intrínseco de la participación social y política en el bienestar de los hombres; el valor instrumental, donde la ciudadanía expresa sus demandas para que sean respondidas; y la virtud de la importancia constructiva, porque es a través del debate abierto, del intercambio de opiniones, informaciones y análisis donde se construyen las necesidades sociales y económicas de la población.

Por otra parte, según el informe del PNUD (2002), las democracias son mejores que los regímenes no democráticos en la gestión del conflicto y no perturban los cambios en el crecimiento económico, y además funcionan mejor en la prevención de catástrofes. Por otro lado, los incentivos políticos de las democracias evitan desastres como la ruina económica. La democracia ayuda a difundir y hacer visible los diferentes problemas, como, por ejemplo, los relacionados con el estado de bienestar. Como se puede apreciar en la Figura 4, las interrelaciones entre los componentes

del desarrollo humano con la democracia determinan la intensidad cuando se desarrollan estas capacidades. Los vínculos más estables entre democracia y desarrollo humano son las libertades civiles y políticas, y el diálogo social abierto y bien informado, considerando que las libertades de las personas brindan de capacidades para elegir su vida.

Figura 4. Vínculos entre democracia y desarrollo humano.



Fuente: PNUD (2002, p. 58).

De esta manera, la democracia potencia el respeto de los derechos humanos, concibiendo la libertad como un derecho propio del individuo

que le permite desarrollar sus propias capacidades. Pero la institucionalidad democrática formal, con elecciones libres y la libertad de asociaciones, no es un paso definitivo para la consolidación democrática, sino que debe ir más allá. Es necesario que los individuos se apropien de todos los mecanismos democráticos, lo cual es posible con una población formada e interesada en los asuntos públicos.

La democracia no puede asegurar por sí misma el desarrollo social y económico equitativo, es necesario el desarrollo y el fortalecimiento de las instituciones democráticas al servicio del desarrollo humano. La legitimidad de estas instituciones se fundamenta en la construcción social a través de la participación en la arena pública. En los regímenes no democráticos la legitimidad se ha obtenido de la estabilidad y la eficiencia. Así pues, un factor influyente en el desarrollo económico es el fortalecimiento de las instituciones (Alonso y Garcimartín, 2008).

Según el informe del PNUD, la democracia por sí sola no es un fin sino un medio. Se necesita de la gobernabilidad democrática

[...] algo más que el simple derecho a voto que tienen las personas para instalar un gobierno o destituirlo. Debe incluir el fortalecimiento de las instituciones democráticas de una manera más amplia, a fin de que puedan ponerse a la par con los cambios de la distribución del poder económico y político, y debe fomentar una política democrática que haga posible la participación y la responsabilidad públicas, incluso cuando el poder y los procesos pertinentes se encuentren fuera de las instituciones oficiales del Estado. (PNUD, 2002, p. 61)

La cuestión es que, para poder desarrollarse, los países deben contar con valores democráticos que construyan en forma compartida una respuesta a los desequilibrios dinámicos que se presentan en la sociedad, brindando la legitimidad de estas instituciones. Adicionalmente, debe considerarse la distribución de las rentas de la sociedad, reduciendo la corrupción y con

índices elevados de transparencia. Pero muchas democracias carecen de voluntades reales de hacer un desarrollo democratizado, pues tienen una jerarquía social, económica y política de élites que se diferencia altamente de los demás, pues no quieren hacer una reforma fiscal, una reforma a las leyes de propiedad de la tierra o una ampliación del acceso al crédito. La construcción institucional a través de la legitimidad es diferente en cada escenario del mundo, pues, además de contar con aspectos endógenos diferenciados, la multidimensionalidad de su calidad no se puede exportar. También cabe considerar que el Estado nación westfaliano está aún muy arraigado en la mente de los políticos y cada vez más los problemas y cuestiones se convierten en un asunto global que necesitan respuestas y organizaciones globales, no solo locales.

La democracia, el desempeño económico y otras variables

Esta sección busca profundizar el análisis de los apartados anteriores de forma cuantitativa, en ese sentido busca las posibles relaciones entre democracia, desempeño económico y otras variables. El diseño metodológico se centra en un primer trabajo (Acemoglu et ál., 2019), en el cual se encuentra que la democracia incrementa el PIBPC en un 20 % en el largo plazo. Dentro del estudio se tienen en cuenta seis indicadores alternativos de democracia, además de considerar las situaciones en las cuales los países tuvieron retrocesos en su proceso político. La muestra abarca 175 países desde 1960 hasta 2010 e incorpora dentro del análisis la inversión, productividad total de los factores (PTF), comercio exterior, inscripciones en educación primaria y secundaria, tasas impositivas, tasa de mortalidad infantil, indicadores de agitación social y reformas en el mercado.

Por otro lado, Barro (1999) invierte el trabajo anterior, al exponer cómo un mejor desempeño económico promueve la democracia en cerca de 100

países para el periodo de 1960 a 1995. En ese artículo las libertades civiles y los derechos electorales reaccionan positivamente a la historia de estas variables, un mayor PIBPC, más años de educación primaria, una menor brecha entre las diferencias educativas entre hombres y mujeres, una reducción en la tasa de urbanización y la menor dependencia de recursos naturales (petróleo).

Descripción de variables

Considerando las referencias previas, en este artículo se considera como variable fundamental el nivel de democracia (DEMO) estimado por The Economist Intelligence Unit (EIU). El indicador evalúa categorías de preguntas contenidas en el proceso electoral, funcionamiento del gobierno, participación y cultura política, además de las libertades civiles. De los 167 países analizados entre 2006 y 2018, un mayor valor representa un avance hacia la democracia. Tal es el caso de los “regímenes autoritarios”, los cuales registran valores iguales o inferiores a 3.99; los “regímenes híbridos”, entre 4 y 5.99; “democracias fallidas”, entre 6 y 7.99, y por encima de este último valor las “democracias consolidadas”³. Por ejemplo, en 2018 Australia (9.09) es clasificada como “democracia consolidada”, mientras que Camerún (3.03) pertenece a la categoría “régimen autoritario”.

Los puntajes de libertades civiles (CL) y derechos políticos (PR) fueron suministrados por Freedom House (FH). En el primer caso se encuentran preguntas relacionadas con libertad de expresión y creencias, derechos de asociación, cumplimiento de la ley, autonomía y derechos individuales. Dentro de los derechos políticos los cuestionarios se enfocan en el proceso electoral, el pluralismo y participación política junto con el

³ En 2007 y 2009 no se registró información del índice.

funcionamiento del gobierno. Estas dimensiones se clasifican en una escala de 1 a 7, donde el número inferior representa el mayor grado de libertad. Por ejemplo, en 2018 Siria obtuvo una puntuación de 7 en ambas categorías, en contraposición a Japón, que registró 1.

De lo expuesto hasta el momento, se puede percibir una estrecha relación entre desempeño económico y desarrollo democrático. Japón y Australia son países con PIBPC alto (USD 53 800 y USD 38 428), en relación con Siria y Camerún (USD 2058 y USD 1452). Pero esto no es una verdad absoluta: existen países pobres con procesos políticos muy avanzados (Tuvalu) y medianamente ricos con mucho camino por recorrer en su democracia (Baréin).

Con excepción de los indicadores democráticos del EIU y FH, todos los datos fueron obtenidos del Banco Mundial. El comercio exterior, el recaudo tributario y el gasto gubernamental (GG) están expresados como porcentaje del PIB⁴. Por el lado de la educación, se analizó el comportamiento del número de estudiantes inscritos en educación primaria y secundaria como porcentaje de la población en ese grupo de edad. La tasa de mortalidad infantil fue obtenida a partir del número de defunciones en niños menores de 1 año por cada 1000 nacimientos. Además de los anteriores, el coeficiente de Gini fue empleado para estimar la desigualdad en los ingresos, siendo 0 el equivalente a la igualdad perfecta y 1 la desigualdad extrema. De modo similar, la tasa de urbanización calcula la proporción de la población que vive en áreas urbanas. Por último, a la mayoría de las variables cuantitativas les fue aplicado el logaritmo natural (simbolizado por una “L” que antecede a una palabra).

Complementando lo anterior, se agregaron variables dicótomas para medir los cambios en el tiempo, por ejemplo, “Crisis” adquiere el valor de 1 para

⁴ El comercio exterior comprende la suma de las exportaciones e importaciones.

el periodo comprendido entre 2009 a 2018 (periodo poscrisis internacional 2008). Cada país fue clasificado en una categoría de acuerdo con lo señalado por EIU. En el caso de “petróleo”, el grupo de referencia son los países que, según la clasificación del Fondo Monetario Internacional, exportan al menos el 50 % en combustibles minerales, lubricantes y materiales relacionados.

Resultados

Fueron elaboradas regresiones donde la variable dependiente es el logaritmo natural del PIBPC (Tabla 2), el puntaje en libertades civiles (Tabla 3) y la puntuación en derechos políticos (Tabla 4). Todas las regresiones incluyen un intercepto (C).

Tabla 2. Regresiones del desempeño económico (variable dependiente LPIBPC)

Variable	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4
C	5.70 (0.11)***	3.93 (0.13)***	1.07 (0.06)***	1.50 (0.07)***
LDE	1.73 (0.07)***	1.01 (0.08)***	0.14 (0.04)***	
ES		0.04 (0.00)***	0.006 (0.00)***	0.006 (0.00)***
PT			0.13 (0.04)***	0.19 (0.04)***
L (PIBPC-5)			0.82 (0.01)***	0.78 (0.01)***
HI				-0.013 (0.03)
DP				0.12 (0.03)***
DT				0.33 (0.05)***
N	1622	852	852	852
R ²	0.27	0.71	0.96	0.96
F	616.9***	1034.9***	5519.9***	3892.6***
DW	0.02	0.05	0.53	0.56

Nota: *p<0.10; **p<0.05; ***p< 0.01

Fuente: Cálculos propios.

Tabla 3. Regresiones de las libertades civiles (variable dependiente LCL)

Variable	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8
C	3.04 (0.04)***	3.21 (0.05)***	0.43 (0.04)***	0.41 (0.04)***
LPIBPC	-0.25 (0.005)***	-0.25 (0.006)***	-0.04 (0.01)***	-0.04 (0.01)***
GG		-0.01 (0.00)***	-0.002 (0.00)***	-0.002 (0.00)***
PT		0.79 (0.03)***	0.16 (0.02)***	0.16 (0.02)***
L (CL-5)			0.85 (0.01)***	0.85 (0.01)***
CRISIS				0.11 (0.01)***
N	4104	2443	2435	2435
R2	0.38	0.59	0.88	0.89
F	2486.9***	1199.6***	4769.8***	4806.7***
DW	0.04	0.08	0.48	0.51

Nota: *p<0.10; **p<0.05; ***p< 0.01

Fuente: Cálculos propios.

Tabla 4. Regresiones de los derechos políticos (variable dependiente LPR)

Variable	Modelo 9	Modelo 10	Modelo 11	Modelo 12
C	3.06 (0.05)***	3.21 (0.06)***	0.45 (0.05)***	0.48 (0.05)***
LPIBPC	-0.26 (0.01)***	-0.25 (0.01)***	-0.04 (0.01)***	-0.04 (0.01)***
GG		-0.01 (0.00)***	-0.002 (0.00)***	-0.002 (0.00)***
PT		0.96 (0.03)***	0.21 (0.02)***	0.22 (0.02)***
L (PR-5)			0.84 (0.01)***	0.85 (0.01)***
CRISIS				0.07 (0.01)***
N	4104	2443	2435	2435
R2	0.31	0.55	0.87	0.87
F	1840.9***	1010.1***	4180.3***	3408.6***
DW	0.04	0.08	0.48	0.48

Nota: *p<0.10; **p<0.05; ***p< 0.01

Fuente: Cálculos propios.

En primera instancia se encuentra relación del proceso político con el desempeño económico, puntualmente cuando el nivel de democracia

(LDE) aumenta 1 %, el PIBPC aumenta 0.14 % (modelo 3). Aun así, la educación secundaria (ES) aporta de forma significativa a las variaciones del PIB (el R cuadrado se amplía de 0.27 a 0.71 al comparar el modelo 1 y 2). Si bien un proceso democrático puede estar relacionado con una población más educada, del mismo modo la educación por sí sola consigue generar un mayor desarrollo económico, menor desigualdad y consolidar el proceso político.

Igualmente, los recursos naturales y la historia económica explican el PIBPC. Los países petroleros (PT) en promedio tienen entre el 13 % y 19 % de PIB más alto frente a los no petroleros (modelo 3 y 4). Por otro lado, cuando el PIB de hace 5 años (PIBPC-5) aumenta en 1 %, el PIB del presente se incrementa entre 0.78 % y 0.82 % (modelo 3 y modelo 4).

De la misma forma, es importante resaltar los puntos de quiebre en los procesos políticos. Los regímenes autoritarios tienen niveles de riqueza similares a los regímenes híbridos (HI), pero tienen un peor desempeño frente a las democracias parciales (DP) y democracias consolidadas (DT) (generan un PIBPC entre 12 % y 33 % superior, ver modelo 4). En este punto nos preguntamos, ¿existen condiciones mínimas para que un proceso político garantice un mayor crecimiento económico?

Para ver la situación desde el otro lado de la moneda, vemos que un PIBPC más alto promueve el proceso democrático, calculado a través de las libertades civiles y derechos políticos. Cuando el PIBPC crece 1 %, el nivel democrático se incrementa 0.04 % (modelo 8 y 12)⁵. Este resultado contrasta con la paradoja de los países petroleros (PT), en el sentido de que estos tienen un mejor desempeño económico frente a los no petroleros, a costa de restringir el proceso político (en el modelo 8 y 12 los

⁵ Aunque el signo de la regresión es negativo, puntajes más bajos de libertades civiles y derechos políticos representan mayores libertades políticas.

países petroleros tienen mayores restricciones sobre las libertades civiles y derechos políticos, entre el 16 % y 22 %).

Por último, es importante resaltar los efectos de la crisis económica de 2008 sobre los procesos políticos. El indicador de libertades civiles y derechos políticos ha retrocedido en la última década (11 % y 9 % en el modelo 8 y 12). Si a lo anterior se suma la persistencia de la historia política, es el momento de preguntarse cuáles condiciones deberían darse para revertir esta situación (la historia política se encuentra relacionada con los coeficientes rezagados 5 años atrás de la variable de libertades civiles y derechos políticos, el coeficiente es 0.85)⁶.

Conclusiones

Después de realizar este recorrido teórico y empírico no podemos afirmar totalmente que la relación entre democracia y desarrollo es clara, pues existen matices que hacen a esta relación más opaca. Como se analizó en la primera parte, el principal problema que encontramos es la conceptualización de los términos en estudio. La democracia ha evolucionado en su forma de percepción y se han sumado a su construcción variables que responden a necesidades actuales y que han sido aprehendidas por la ciudadanía. De igual forma, la evolución del concepto de desarrollo ha incorporado nuevas variables no tangibles económicamente y se han sumado externalidades que al inicio no eran relevantes desde la óptica economicista. Así pues, la construcción de un modelo que pueda explicar estas funciones es difícilmente realizable, pues las mediciones de los indicadores se realizan en formas diferentes. Un

⁶ De acuerdo con el trabajo estadístico de Durbin y Watson (1951), las regresiones presentan problemas de autocorrelación positiva, los cuales fueron mitigados al incluir rezagos de 5 años del PIBPC, las libertades civiles y los derechos políticos. Por otro lado, los errores no siguen la distribución normal, pero el tamaño de muestra permite realizar inferencia estadística.

problema que debe responderse para poder avanzar sobre este asunto es la estandarización de las mediciones de estos conceptos.

Entrados en materia, en el segundo apartado se analizó cómo se relacionan en su término más estricto la democracia y el desarrollo. Se han resaltado algunas características propias de la democracia que ayudan a incrementar el nivel de crecimiento, como la protección de la propiedad, la transparencia que evita la corrupción por medio de controles públicos, la predictibilidad de las normas y, además, los mecanismos de construcción política por los ciudadanos a través de debates públicos y discusiones.

La democracia potencia en gran medida el desarrollo humano porque prevalece y vela por las libertades de los ciudadanos, lo cual es importante para que las personas puedan desarrollar sus capacidades y elegir su modo de vida. Pero también se necesita voluntad política de todos los actores, especialmente en países democráticos donde la escena económica y política es dominada por una élite, es bastante difícil promulgar un cambio de sistema en perjuicio de sus beneficios. Por eso es importante potenciar la gobernabilidad ciudadana social, política y económicamente para que se dé un desarrollo humano equitativo.

Tanto los regímenes democráticos como los no democráticos obtienen su crecimiento económico gracias a la legitimidad y estabilidad de sus instituciones. En los países no democráticos esa legitimidad es funcional a la estabilidad, de este modo atraen inversiones y desarrollan su modo de crecimiento. Y en las democracias esa legitimidad se da por la construcción compartida de la acción colectiva.

La democracia como valor universal es fundamental para desarrollar sosteniblemente una economía. Pero es necesario que se dé una generalización de la democracia en el desarrollo y que se desarrollen democráticamente todos los mecanismos de construcción de ciudadanía.

La relación de lo político hacia lo económico fue analizada mediante un ejercicio de regresión. La educación secundaria aporta de forma significativa a las variaciones del PIB, en el sentido que una población más educada participa más en su proceso político, pero la educación por sí sola también puede generar mayor desarrollo. Adicionalmente, es importante resaltar los puntos de quiebre en los procesos políticos: los regímenes autoritarios tienen niveles de riqueza similares a los regímenes híbridos, pero tienen peor desempeño frente a las democracias parciales y democracias consolidadas.

El vínculo anterior también se estudió en sentido contrario, es decir hasta qué punto el PIBPC consolida un sistema democrático. La crisis internacional de 2008 ha mostrado cómo el deterioro en los ingresos se ha reflejado en retrocesos en las libertades civiles y derechos políticos, pero existen paradojas: los países petroleros tienen un mejor desempeño económico frente a los no petroleros a costa de restringir el proceso político.

Referencias

- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2006). *Economic origins of dictatorship and democracy*. Cambridge University Press.
- Acemoglu, D., Naidu, S., Restrepo, P. y Robinson, J. (2019). Democracy does cause growth. *Journal of Political Economy*, 127(1), 47-100.
<https://www.doi.org/10.1086/700936>
- Alonso, J. A. (2000). Crecimiento y desarrollo: bases de la dinámica económica. En J. A. Alonso (dir.), *Diez lecciones sobre la economía mundial* (pp. 89-116). Civitas.
- Alonso, J. A. (2009). En defensa de la teoría del desarrollo. *Cuadernos Económicos de ICE*, 78(2), 9-28.
<http://www.revistasice.com/index.php/CICE/article/view/5967/5967>
- Alonso, J. A. y Garcimartín, C. (2008). *Acción colectiva y desarrollo: el papel de las instituciones*. Editorial Complutense.

- Altman, D. (2001). Democracia política y desarrollo económico: ¿Existe alguna relación? *Desarrollo Humano e Institucional en América Latina*, 18.
- Banco Mundial. (2018). *Datos de libre acceso del Banco Mundial*.
<https://databank.worldbank.org/data/source/world-development-indicators>
- Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 37-57.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>
- Barro, R. J. (1999). Determinants of democracy. *Journal of Political Economy*, 107(6), 158-183. <https://doi.org/10.1086/250107>
- Bhalla, S. (1997). Freedom and economic growth: a virtuous circle? En A. Hadenius (ed.), *Democracy's victory and crisis* (pp. 195-241). Cambridge University Press.
- Blanco, C. (2013). Aproximación a la noción de soberanía estatal en el marco del proceso andino de integración. *Revista Republicana*, 15, 91-103.
<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/23>
- Center for Systemic Peace. (2014). *Polity IV Project: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2013*. <https://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2000). *Equidad, desarrollo y ciudadanía*. Naciones Unidas.
https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/2686/S2006536_es.pdf
- Dahl, R. A (1992). *La democracia y sus críticos*. Paidós.
- Dahl, R. A. (1997). *La poliarquía: participación y oposición*. Tecnos.
- Diamond, L. (1992). Economic development and democracy reconsidered. *American Behavioral Scientist*, 35(4/5), 450-499.
<https://doi.org/10.1177/000276429203500407>
- Diamond, L. (1999). *Developing democracy: toward consolidation*. Johns Hopkins University Press.
- Domar, E. D. (1946). Capital expansion, rate of growth, and employment. *Econometrica*, 14, 137-147. <https://doi.org/10.2307/1905364>
- Doyle, M. (1983). Kant, liberal legacies, and foreign affairs. *Philosophy and Public Affairs*, 12(3), 205-235. <http://www.jstor.org/stable/2265298>

- Durbin, J. y Watson, G. S. (1951). Testing for Serial Correlation in Least-Squares Regression. *Biometrika*, 38(1/2), 159-171. <https://doi.org/10.2307/2332325>
- Freedom House. (2018). *Democracy in crisis. Freedom in the World 2018*. <http://www.freedomhouse.org>
- Gastil, R. (1980). *Freedom in the world*. Freedom House.
- Harrod, R. (1939). An essay in dynamic theory. *Economic Journal*, 49(193), 14-33. <https://doi.org/10.2307/2225181>
- Huber, E., Rueschemeyer, D. y Stephens, J. (1993). The impact of economic development on democracy. *The Journal of Economic Perspectives*, 7(3), 71-86. <https://doi.org/10.1257/jep.7.3.71>
- Huntington, S. P. (1994). *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*. Paidós.
- Huntington, S. P. (2014). *El orden político en las sociedades en cambio*. Planeta.
- Kant, I. (1967). *La paz perpetua*. Aguilar.
- Latinobarómetro. (2018). *Informe Latinobarómetro 2018*. http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf
- Lipset, S. M. (1959). Some social requisites of democracy: economic development and political legitimacy. *The American Political Science Review*, 53(1), 69-105. <https://doi.org/10.2307/1951731>
- Lipset, S. M. (1987). *El hombre político: las bases sociales de la política*. Tecnos.
- Malthus, T. (1977). *Ensayo sobre el principio de la población*. Fondo de Cultura Económica.
- Marshall, M. G. y Elzinga-Marshall, G. (2017). *Global Report 2017: conflict, governance, and state fragility*, Polity IV data series. Center for Systemic Peace. <http://www.systemicpeace.org/vlibrary/GlobalReport2017.pdf>
- Marx, Karl. (1980). *El capital: crítica de la economía política*. Fondo de Cultura Económica.
- Myrdal, G. (1957). *Economic theory and underdeveloped regions*. Duckworth.

- North, D. C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511808678>
- Nurkse, R. (1955). *Problemas de formación de capital en los países insuficientemente desarrollados*. Fondo de Cultura Económica.
- Ocampo, J. A. (2004). *Economía, cohesión social y democracia*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Olson, M. (2001). *Poder y prosperidad: la superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*. Siglo XXI.
- Popper, K. (2016). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidós.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2002). *Informe sobre desarrollo humano: profundizar la democracia en un mundo fragmentado*. Ediciones Mundi-Prensa. http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2002_es.pdf
- Przeworski, A. y Limongi, F. (1997). Democracy and development. En A. Hadenius (ed.), *Democracy's victory and crisis* (pp. 163-194). Cambridge University Press.
- Przeworski, A., Alvarez, M. E., Cheibub, J. A. y Limongi, F. (2000). *Democracy and development: political institutions and well-being in the world, 1950-1990*. Cambridge University Press.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Ricardo, D. (1993). *Principios de economía política y de tributación*. Fondo de Cultura Económica.
- Rosenstein-Rodan, P. N. (1943). Problems of industrialization of Eastern and South-Eastern Europe. *Economic Journal*, 53(210), 202-211. <https://doi.org/10.2307/2226317>
- Rostow, W. W. (1967). *El proceso del crecimiento económico*. Alianza.
- Sartori, G. (1992). *Elementos de teoría política*. Alianza.
- Schumpeter, J. (1963). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Aguilar.
- Sen, A. (1973). On the development of basic income indicators to supplement the GNP measure. *United Nations Economic Bulletin for Asia and the Far East*, 24 (2/3), 1-11.

- Sen, A. (1998). Teorías del desarrollo a principios del Siglo XXI. *Cuadernos de Economía*, XVII(29), 73-100.
- Sen, A. (1999). Democracy as a universal value. *Journal of Democracy*, 10(3), 3-17.
https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf
- Smith, A. (2010). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica.
- Sodaro, M. J. (2004). *Política y ciencia política: una introducción*. McGraw-Hill
- Solow, R. (1956). A contribution to the theory of economic growth. *Quarterly Journal of Economics*, 70(1), 65-94. <https://doi.org/10.2307/1884513>
- Steward, F. (1985). *Basic needs in developing countries*. Johns Hopkins University Press.
- Swan, T. W. (1956). Economic growth and capital accumulation. *Economic Record*, 32, 334-361. <https://doi.org/10.1111/j.1475-4932.1956.tb00434.x>
- Téllez, R. y Fernández, M. (2020). La democracia y el ciudadano: reflexión a partir de la dinámica electoral colombiana. En A. H. Moreno (ed.), *El derecho colombiano y la apertura en los debates sociales contemporáneos* (pp. 8-27). Ediciones USTA.
- The Economist Intelligence Unit. (2018). Index of Democracy 2018.
<http://www.eiu.com/topic/democracy-index>
- Ul Haq, M. (2005). The human development paradigm. En S. Fukuda-Parr y A. K. Shiva Kumar (Eds.), *Readings in human development: concepts, measures and policies for a development paradigm* (pp. 17-34). Oxford University Press.

La influencia del régimen de la competencia sobre el derecho de los contratos: postulados para una reflexión a partir del sistema francés*

[Artículos]

Joaquín Emilio Acosta Rodríguez**

Mónica Lucía Fernández Muñoz***

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2020

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2020

Citar como:

Acosta Rodríguez, J. E. y Fernández Muñoz, M. L. (2021). La influencia del régimen de la competencia sobre el derecho de los contratos: postulados para una reflexión a partir del sistema francés. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1).
<https://doi.org/10.15332/19090528.6477>



* El presente texto es el resultado parcial del proyecto de investigación "La reinterpretación de la teoría de la imprevisión de los contratos a la luz de los principios y valores constitucionales", adscrito al Grupo Derecho, Sociedad y Empresa del Politécnico Grancolombiano, investigación financiada por esta institución universitaria.

** Doctor en Derecho de los Negocios por la Université de Bordeaux (Francia). Magíster en Derecho Privado y especialista en Derecho Comercial por la Université Paris II (Panthéon-Assas). Abogado por la Universidad Santo Tomás (Bogotá, Colombia). Docente e investigador del Programa de Derecho del Politécnico Grancolombiano (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: joaquinacosta2001@yahoo.fr, jacosta@poligran.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6849-1577>

*** Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa (Italia). Especialista en Responsabilidad Civil y Daño Resarcible y en Docencia Universitaria. Abogada por la Universidad del Cauca (Colombia). Docente e investigadora del Programa de Derecho del Politécnico Grancolombiano (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: tutorias.mfernandez@gmail.com, mfernand@poligran.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7885-8600>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Resumen

Para que una convención sea válida, ya no basta con que ella responda a las exigencias del derecho civil: también es menester que satisfaga las del derecho de la competencia. De esta manera, los acuerdos que falsean el juego de la competencia obligan al juez contemporáneo a alterar la validez de numerosas convenciones, ya que tales comportamientos frecuentemente se apoyan en un acuerdo contractual. Igualmente, la sanción de un abuso de posición dominante puede afectar directamente la formación de un contrato, su renovación en condiciones modificadas e incluso a algunas de sus estipulaciones, si constituyen fruto de tal actitud. En Colombia tal sanción tiene rango constitucional. Las manifestaciones de esta nueva realidad generan múltiples problemáticas; por ende, este artículo aborda la influencia que el derecho de la competencia produce en el derecho de contratos. Se propone un análisis de dicha influencia para reformular el problema de la libertad contractual, a la luz del redimensionamiento del orden público. De esta manera, se recurre a un análisis histórico-originalista, a partir del derecho francés, para repensar la fuerza obligatoria del contrato.

Palabras clave: libertad contractual, derecho de la competencia, orden público económico, orden público.

The influence of the competition regime on contract law: postulates for a reflection based on the French system

Abstract

For an agreement to be valid, it is no longer sufficient for it to meet the requirements of civil law: it must also satisfy those of competition law. Thus, the agreements that distort the game of competition oblige the contemporary judge to alter the validity of numerous conventions, since such behaviors are often based on a contractual agreement. Likewise, the penalty for an abuse of a dominant position can directly affect the formation of a contract, its renewal under modified conditions and even

some of its stipulations, if they are the result of such an attitude. In Colombia, such penalty has constitutional rank. The expressions of this new reality generate multiple problems; therefore, this article addresses the influence that competition law has on contract law. An analysis of this influence is proposed in order to reformulate the problem of freedom of contract, in light of the reshaping of public order. In this way, a historical-originalist analysis, based on French law, is used to rethink the binding force of contract.

Keywords: freedom of contract, competition law, economic public order, public order.

Introducción

La constatación de que la delimitación clásica de la libertad contractual, también denominada orden público clásico (Gauvain, 2019, p. 40), dejaba de satisfacer los imperativos sociales condujo al legislador a doblar este marco con un orden público económico y social (Farjat, 1963, p. 17; Marque, 1967, p. 522; Hémard, 1950, p. 342; Ripert, 1934, p. 352). Exclusivamente negativo en el pasado, el orden público ha adquirido de esta manera una dimensión positiva. Ya no se contenta con prohibir, sino que impone comportamientos (Terré et ál., 2013, p. 42). De inspiración liberal inicialmente, una mutación profunda se produjo en el siglo XX con la creencia de que el Estado debía orientar la vida económica y contractual también, en una dirección favorable a la utilidad social (Revet, 1996, p. 12; Vargas, 2018, p. 106); de esta manera el Estado debe intervenir en los vínculos contractuales de poderío económico desigual con el fin de proteger a la parte débil (Marque, 1967, p. 520; Malaurie, 1953, p. 162; Ripert, 1934, p. 352; Salah, 1999, p. 261; Savatier, 1965, p. 163).

En efecto, inicialmente y en aras de responder a una determinada visión del interés general, el derecho de contratos ha tratado de canalizar la actividad contractual en el sentido que le parece más útil a la colectividad.

Ya no se trata de proteger una categoría de personas, sino de imponer una particular concepción de la utilidad social. Así, dentro del objetivo de luchar contra la inflación, el Gobierno practica una política de tasación, esto es, fija él mismo el precio de los bienes y servicios. Se habla entonces de orden público económico de dirección (Quiroz, 2014; Saidiza y Carvajal, 2016).

Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han instado al legislador a reglamentar de manera imperativa el contenido de los contratos celebrados entre partes que se encuentran en una situación de desigualdad estructural, con el fin de evitar que el fuerte explote al débil, más allá de los vínculos laborales: transportista y pasajero, asegurador y asegurado, o arrendador y arrendatario... se habla entonces de orden público económico de protección, fruto de la influencia del derecho del consumo (Flour et ál., 2012, p. 302; Ghestin, 1981, p. 57; Mestre, 1996, p. 33)¹. Por razones de metodología, nos centraremos en la primera modalidad².

Problemática

Para que una convención sea válida, ya no basta que responda a las exigencias del derecho civil: también es menester que satisfaga las del “tentacular” derecho de la competencia (Fages y Mestre, 1998, p. 73; Mestre, 1987, p. 304; Stoffel-Munck, 2000, p. 602). Como lo afirma con fuerte énfasis la Corte de Casación francesa: “son nulas las convenciones que, bajo cualquier forma, y por cualquier causa, tengan por objeto o puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia” (26 de mayo de 1992) (traducción propia)³. Las

¹ Estos autores emplean las expresiones de “*ordre public social*”, “*ordre public économique proprement dit*”, “*ordre étatique impératif*” y “*ordre privé impératif*”.

² En futuros escritos abordaremos la problemática generada a raíz del impacto que ha tenido el derecho del consumo en el derecho de contratos.

³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 février 1992, 87-12.844, Publié au bulletin: “Sont nulles les conventions sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet

manifestaciones de esta nueva realidad son múltiples (Garat, 2018, p. 307). Limitándonos a lo esencial, tenemos la prohibición del rechazo a las ofertas de compra (Barret, 2005, p. 5; Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-375/97; Serna, 1967, p. 62), así como la de las prácticas discriminatorias, las cuales han propinado golpes serios al principio de la libertad contractual desde hace ya buen tiempo: la primera ha impuesto la celebración de determinados contratos, la segunda ha modelado su contenido (Cañón et ál., 2020). De igual manera, la condena a los acuerdos que falsean el juego de la competencia altera la validez de numerosas convenciones, ya que tales comportamientos suelen apoyarse en una base contractual (Code de commerce, 1807, art. L. 420-1 [Fran.]). Igualmente, la sanción de un abuso de posición dominante puede afectar directamente la formación de un contrato, su renovación en condiciones modificadas e incluso algunas de sus estipulaciones (*v. gr.* cláusula de exclusividad, cláusula de no competencia) si constituyen fruto de tal actitud (Code de commerce, 1807, art. L. 420-2 [Fran.]). En Colombia, tal sanción tiene rango constitucional (C. P., 1991, art. 333 [Colom.]; Rengifo, 2004, p. 18).

Al procurar no tanto asegurar el buen funcionamiento del mercado sino, más bien, corregir determinados desequilibrios contractuales, las nuevas reglas son susceptibles de interferir de manera mucho más directa la vida contractual. Son así anulables numerosas estipulaciones contractuales cuya validez parecía, sin embargo, asegurada en virtud de las exigencias tradicionales del derecho de contratos (Mestre, 1994, p. 351). Asimismo, determinado tipo de acuerdos, como los contratos *intuitu personae*, podrían desaparecer, ya que, al basarse en una elección subjetiva tendiente

ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence". Es así nula la cláusula que, en el contrato celebrado entre una petrolera y una bomba de gasolina, prevé que, al expirar ese contrato, la segunda debe restituir en especie a la primera las cubas prestadas, ya que tal pacto busca disuadir la negociación con otros proveedores y constituye así un freno a la competencia.

a excluir a otros participantes económicos, generarían naturalmente un objeto de anticoncurrencial (Oppetit, 1995, p. 251). De seguir fielmente esta vía, el derecho de contratos correría determinados peligros: se arriesgaría a degenerar en un simple instrumento de política económica –socializante ayer, (neo)liberal hoy–. Y el utilitarismo que subyace a estas concepciones solo sería admisible si la ciencia económica tuviera la capacidad de definir un resultado social óptimo, lo cual está lejos de verificarse si se tienen presentes sus frutos pasados (Terré et ál., 2013, p. 428). Igualmente, la desnaturalización de los conceptos jurídicos en nombre de estándares económicos solo puede conducir a la arbitrariedad y a la contingencia de las elecciones (Oppetit, 1992, p. 25).

Una mirada sobre el derecho francés para comprender mejor la problemática colombiana

Para formular una propuesta que ayude a afrontar tales problemáticas, en lugar de hacer una comparación estricta del derecho de contratos en los regímenes jurídicos colombiano y francés, el eje principal del análisis será el derecho francés. Este sistema será la referencia principal en materia de “concurrencialización” contractual, esto es, la irradiación del régimen de la competencia en el derecho de contratos⁴. A medida que se avance en la temática, ello permitirá aprehender las perspectivas abiertas para el derecho colombiano –y quizás también para otros sistemas jurídicos de la región– en referencia con el derecho francés (Gallego, 2014). En efecto, se estima que el ámbito jurídico colombiano extraerá ingentes beneficios en virtud de tal enfoque. Según los doctrinantes colombianos (Arrubla, 2015 p. 19; Bonivento, 2017, p. 123; Emiliani, 2001, p. 43; Jiménez, 2015, p. 193; Ospina y Ospina, 2018, p. 32), también el estudio del derecho de

⁴ *Concurrencialización* es un neologismo, como en su momento ocurrió con el fenómeno de la *constitucionalización*.

obligaciones y contratos se enriquece cuando tiene en cuenta las fuentes de donde emana la organización jurídica nacional (Hourquebie, 2012a, p. 90; Hourquebie, 2012b, p. 41). “Referirse a los orígenes de ese derecho [colombiano] constituye una base de comprensión de sus orientaciones y principios. El derecho civil francés constituye una referencia ineludible para quienes pretenden profundizar la teoría jurídica colombiana” (Cely, 2011, p. 13) (traducción propia). El derecho francés ocupará la mayor parte de este trabajo, lo cual permitirá una mejor comprensión del derecho colombiano, que está fuertemente influenciado por la tradición jurídica francesa. Esta técnica es el “originalismo genealógico”: cuando el sentido de un texto es investigado a partir de las fuentes extranjeras que le han inspirado (Le Quinio, 2011, p. 396).

Adicionalmente, en los primeros puestos de los sistemas romanistas figura sin ninguna duda el derecho francés, pionero de la codificación, cuyo modelo ha sido ampliamente difundido no solo en Europa, sino que su influencia se ha extendido a otros sistemas de obediencia romanista, como los derechos de América Latina (Cortabarría, 2005, pp. 1-14; Guzmán, 1994, p. 1361; Guzmán, 2000, p. 13; Guzmán, 2009, p. 19; Larroumet, 2004, p. 8; Mirow, 2000, p. 83; Ramos, 1997).

Así las cosas, comenzaremos el presente abordaje con el denominado orden público económico de dirección.

El orden público económico de dirección

Este se encuentra conformado por las reglas a través de las cuales el Estado canaliza la actividad contractual en el sentido que le parece más conforme a la utilidad social (Ghestin, 1981, p. 57; Ghestin, 1984, p. 79). De esta manera nace una economía dirigida, practicada en Francia durante unos cuarenta años, especialmente a través de la tasación de los precios y el control de los intercambios (Clamour, 2006, p. 32; Jamin, 2008, p. 17;

Pimont, 2002, p. 41). No obstante, en una economía donde las transacciones internacionales aumentan permanentemente, se verificó que el Estado no podía controlar de manera estable la moneda y los precios, ya que estos solo reconocen las leyes del mercado en un marco de globalización (Arnaud, 2004, p. 53; Basedow, 1999, p. 226; Basedow, 1998, p. 7; Champaud, 2002, p. 171; Delmas-Marty, 2000, p. 402; Delmas-Marty, 2001, p. 63; Farjat, 2003, p. 511; Mockle, 2002, pp. 1-7; Ullrich, 2003, p. 311). De ahí un cambio de política económica con la adopción de la *Ordonnance* 86-1243, del 1 de diciembre de 1986, relativa a la libertad de los precios y la competencia. En adelante, salvo disposiciones particulares, los precios son libremente determinados por el juego de la competencia. De esta manera, el orden público económico de dirección, de inspiración socializante, cede el puesto a un orden público económico de inspiración neoliberal (Terré et ál., 2013, p. 427).

A ello se añaden en Francia nuevas disposiciones que han sido introducidas por la reforma a su derecho de la competencia efectuada por las *Loi* 96-588, *Loi* 2001-420 (*ley nouvelles régulations économiques* [NRE]) y la *Loi* 2008-776 (*modernisation de l'économie*) y que figuran en el *article* L. 442-6 del Code de commerce. En síntesis, la parte esencial del orden público económico de dirección vuelve hoy al derecho de la competencia, cuya importancia no deja de crecer (Dreifuss-Netter, 1990, p. 375; Vogel, 1998, p. 62).

Necesidad de limitar la libertad de comercio e industria

El liberalismo económico clásico predicó que el principio de la libertad de comercio e industria exige abstenerse de proferir una reglamentación de la competencia. En efecto, los comerciantes mediocres deberían ser eliminados por el libre juego de las reglas del mercado, ya que los clientes tratan con quien vende menos caro al tiempo que ofrece los productos de

mejor calidad (Echeverry y Díaz, 2016). No obstante, este punto de vista sigue siendo utópico (Auguet, 2002, p. 34; Azéma, 1990, p. 32; Boutard-Labarde y Canivet, 1994, p. 53; De Leyssac y Parleani, 2002, p. 71; Decocq y Decocq, 2002, p. 81; Decocq y Decocq, 2010, p. 63; Malaurie-Vignal, 1996, p. 71). De un lado, la transparencia del mercado, condición esencial de la competencia, existe raramente. A pesar de la estandarización jurídica, la competencia relativa a la calidad de los productos juega difícilmente. Únicamente los compradores profesionales están en condiciones de comparar esta calidad. La competencia sobre los precios opera con mayor facilidad, pero el cliente no conoce siempre todos los precios implementados en un momento dado en el mercado. El derecho debe entonces intervenir para permitir que la competencia se materialice.

Por otra parte, la experiencia demuestra que una competencia absolutamente libre termina por destruirse a sí misma, ya que de eliminaciones en eliminaciones desemboca en la creación de monopolios. Es necesario que la libertad beneficie a todos y no solamente a algunos. Además, no es siempre el mejor quien gana, ya que como se decía coloquialmente “ley del zorro libre en el gallinero libre es generadora de desorden e injusticias” (Guyon, 2003, p. 909). Contrariamente al sueño de los economistas liberales, la competencia no es un estado natural, espontáneo y normal (Ruet, 2002, p. 3086). Bien al contrario, una economía de competencia no es una economía de facilidad. Ella obliga a los agentes económicos a innovar, así como a mejorar la calidad de sus productos y servicios, en lugar de vivir en la quietud de un coto. También obliga a los comerciantes a vender menos caro y a proponer servicios más apropiados a las necesidades de la clientela. La competencia incita a los consumidores a mostrarse diligentes si pretenden mantener su presión sobre el mercado en aras de mejorar su poder de compra y su calidad de vida. No obstante, la competencia generalmente ni se desea ni se acepta

por aquellos con estrechez de miras. En consecuencia, ella es casi tan vulnerable y excepcional como los regímenes democráticos. Su libre juego debe ser asegurado por la intervención de las autoridades administrativas y judiciales. Se puede así decir, como el célebre político revolucionario francés Louis Antoine de Saint-Just, “*pas de liberté pour les ennemis de la liberté*” (‘ninguna libertad para los enemigos de la libertad’). Clásicamente esta intervención tuvo por objeto la defensa de la lealtad de la competencia, ya que en la guerra comercial todos los golpes no están autorizados. El derecho de hacer competencia es susceptible de abuso (Schaeffer, 1981, p. 403).

Nota histórica

A finales del siglo XIX se verificó, especialmente en los Estados Unidos, que la reglamentación comercial en vigor no era suficiente. La *Sherman Act* de 1890 y posteriormente la *Clayton Act* de 1914 establecieron las bases de una legislación *antitrust*, la cual se desarrolló rápidamente (Farjat, 1963, p. 56). El mismo movimiento se produjo mucho más tarde en Francia, ya que durante mucho tiempo el régimen galo se limitó a prohibir las prácticas anticompetitivas individuales. Excepcionales en el siglo XIX, tales prohibiciones se volvieron cada vez más numerosas bajo la influencia de un intervencionismo administrativo creciente –fruto de las dificultades del periodo de guerras mundiales (*Ordonnance* 45-1483)–, pero que no había desaparecido con el regreso de la prosperidad (*Loi* 73-1193). Su aplicación era de la competencia de la rama jurisdiccional.

Sin embargo, a partir de 1953, en Francia la evolución económica condujo a luchar también contra las prácticas contra la competencia denominadas colectivas (*Décret* 53-707), es decir las *ententes*. La aplicación de esta nueva reglamentación fue confiada, en lo esencial, a un organismo administrativo, la *Commission technique des ententes* y, luego de la ley, la

Commission de la concurrence (Champaud, 1985, p. 61). Sin embargo, esos organismos solo tenían un poder consultivo. La decisión era tomada inicialmente por los tribunales represivos, por cuanto las infracciones a la competencia constituían delitos; posteriormente, a partir de 1977 en Francia, la medida correspondió al ministro de Economía, a quien se confirió el poder de infligir sanciones pecuniarias. Estas multas podían ser objeto de un recurso ante el Conseil d'État, de tal suerte que el derecho de la competencia tenía un aspecto administrativo (Guyon, 2003, p. 927).

La distinción de los comportamientos anticompetitivos individuales de los colectivos presentaba numerosos inconvenientes. Así los abusos de posición dominante estaban considerados como comportamientos colectivos, mientras que son por naturaleza individuales, ya que son cometidos por empresas en situación de monopolio. Adicionalmente, numerosos comportamientos anticompetitivos, especialmente las cláusulas de exclusividad, podían ser casos individuales o colectivos y dar lugar, en consecuencia, a apreciaciones divergentes por el Conseil d'État (Consejo de Estado) y la Cour de cassation (Corte de Casación). De esta manera, la *Ordonnance* 86-1243, la cual recopiló en Francia la totalidad de las reglas del derecho de la competencia, abandona a justo título la distinción entre comportamientos individuales y colectivos, además efectuó una unificación de los litigios, puesto que tales procesos son en adelante de la competencia de los jueces (*Ordonnance* 86-1243, modificada por la Loi 87-499, arts. L 464-1 y 464-7). Esta medida solo aumentaría la congestión judicial en Colombia; quizás en nuestro país convenga, a la inversa, dejar tales pleitos en manos exclusivas de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta *Ordonnance* se basa en otra distinción, inspirada de los derechos estadounidense y comunitario europeo (Bonassies, 1983, p. 56). Tal diferenciación considera que determinados comportamientos son anticompetitivos debido a su

naturaleza misma, mientras que otros solo se vuelven anticompetitivos en virtud de las vulneraciones que generan al buen funcionamiento del mercado (Vogel, 1994, p. 3746).

La *Ordonnance* 86-1243 ha sido incorporada al Code de commerce, constituyendo así su *livre quatrième* ('libro IV'). La Loi 2001-420 aportó algunas modificaciones. Adicionalmente, desde el Reglamento comunitario 1/2003, el juez, así como la autoridad administrativa de la competencia, pueden aplicar directamente el derecho comunitario de la competencia. Más recientemente, la *Ordonnance* 2019-359 reformó radicalmente el título IV del libro IV del Code de commerce, especialmente en lo relativo a la transparencia mercantil, las prácticas restrictivas de la competencia y demás prácticas comerciales prohibidas.

Derecho de la competencia y derecho de contratos

Si bien se ha sostenido que el derecho de la competencia tiende a convertirse en una rama autónoma, cada vez más diferenciada del derecho común de obligaciones (Robichez, 1999, p. 176), y que las relaciones contractuales escapan al derecho de la competencia (Burst, 1993, p. 48; Corte de Casación francesa, 22 de octubre de 1985), los acontecimientos ya evocados demuestran otra realidad. Así, restablecer un clima favorable a la libertad contractual es también procurar que exista una verdadera competencia entre los actores de la vida económica, de tal suerte que la ley de la oferta y la demanda pueda funcionar plenamente (Bonassies, 1983, p. 56; Dreifuss-Netter, 1990, p. 375; Malaurie-Vignal, 1995, p. 54; Oppetit, 1995, p. 251; Chagny, 2004, p. 142). La idea no era extraña a los codificadores napoleónicos, quienes, no contentos con afirmar solemnemente el principio de la libertad de comercio e industria también sancionaron penalmente las coaliciones constituidas para procurarse un beneficio económico que no sería el resultado del desarrollo natural de la

oferta y la demanda (Código Penal francés, 1810, art. 419; *Ordonnance* 86-1243, art. 52-1). Sin embargo, tales textos se revelaron ineficaces frente al movimiento de concentración industrial y comercial que modificó profundamente el paisaje económico a partir de finales del siglo XIX (Pfister, 2012, p. 355).

La libertad de competencia, un principio limitado

La libertad de la competencia presenta múltiples beneficios: favorece la baja de precios y la mejora de la calidad, también permite la aparición en el mercado de productos nuevos y aumenta la diversidad de ofertas (Guyon, 1995, p. 19). En consecuencia, un comerciante no tiene derecho a reparación si su clientela lo abandona para beneficio de un competidor mejor equipado o aprovisionado, que al tiempo venda a mejor precio. Tal competencia es sana. Así, el derecho no debe impedirla.

En Francia, el principio de la libertad de la competencia figura expresamente en el título primero del libro IV del Code de commerce (1807, art. L 410-2 [Fran.]). En consecuencia, nadie cuestiona su existencia, además tal normativa se entiende como una aplicación particular de una libertad más amplia: la de comercio e industria, la cual en Francia observa un valor “cuasi constitucional”:

[...] que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nu t pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre. (Consejo Constitucional francés, Sentencia 81-132 DC, 16 de enero de 1982)

Reste à savoir si la liberté d'entreprendre se confond avec la liberté du commerce et de l'industrie ou en est distincte. La violation de la liberté du commerce et de l'industrie a été invoquée dans la décision 81-129 DC des 30-31 octobre 1981; mais le Conseil constitutionnel n'a pas

véritablement répondu à ce moyen et il est donc difficile d'affirmer qu'il a reconnu valeur constitutionnel à cette liberté. Une manière de résoudre le problème est de considérer que la liberté du commerce et de l'industrie comporte deux aspects ou principes : celui de la libre entreprise et celui de la libre concurrence; et de considérer alors que le premier principe a été constitutionnalisé (par les Décis. 16 janv. et 27 juill. 1982) et qu'il n'est pas certain qu'il en ait été de même du second. (Favoreu, 2014, p. 937)

En lo que se refiere al caso colombiano, la Sentencia C-228 de 2010 no deja margen de duda: esta libertad tiene rango constitucional. Este principio significa que toda maniobra que no esté prohibida se entenderá permitida, y así la clientela de un comerciante será el resultado de su habilidad para atraerla, así como su diligencia para conservarla (Champalaune, 2001 p. 8; Goldman, 1992 p. 101; Guyon, 1978, p. 5; Kdhir, 1994, p. 30; Pédamon, 1983, p. 13). En consecuencia, el perjuicio provocado por una competencia leal es lícito y no da pie al derecho a reparación. De esta manera, el simple hecho de vender menos caro que los otros comerciantes no constituye competencia desleal sino una práctica perfectamente sana, bajo reserva de respetar la prohibición de las ventas a pérdida y de jamás procurar, mediante una acción concertada, eliminar a los competidores. Igualmente, esta libertad postula que todo comerciante puede ser "lealmente desafiado" por otro comerciante, quien también puede instalarse en las cercanías de su rival. La Cour de cassation lo ha recordado particularmente a propósito de un peluquero que abrió un salón cerca de su antiguo jefe y atrajo a algunos de sus clientes (Corte de Casación francesa, 16 de octubre de 1972). El Tribunal señala, por un lado, que ninguna regulación prohíbe la apertura de un salón de peluquería en las proximidades de otro y, por otro lado, que el trabajador no había contraído ninguna obligación de no competencia al momento del perfeccionamiento de su contrato de trabajo. De esto deduce que la

competencia es justa, la persona interesada simplemente aprovecha la experiencia adquirida de su jefe. Finalmente, el alto tribunal desestima el reclamo por daños del exjefe del peluquero (véase también Corte de Casación francesa, 17 de abril de 1980, a propósito de una sala de cine perjudicada por una cafetería que había instalado un receptor de televisión en su establecimiento).

De la restricción de la libertad de la competencia a la restricción de la libertad contractual

La doctrina reconoce que tal especialidad jurídica, “pieza esencial de un orden público neoliberal” (Terré et ál., 2013, p. 45) (traducción propia), apunta directamente al mantenimiento de la competencia. Sin embargo, aunque en principio libre, la competencia no permite el uso de cualquier procedimiento. No obstante, no existe una lista legal taxativa de actos prohibidos. Es por referencia a los principios fundamentales de responsabilidad civil que los tribunales han desarrollado una teoría de la competencia desleal como “actos contrarios a los usos practicados en círculos comerciales honestos” (Guyon, 2003, p. 911) (traducción propia). En efecto, si bien la competencia es libre, encuentra su límite fundamental en el marco de la lealtad. Ahora bien, la competencia desleal clásica supone que un comerciante utiliza procedimientos abusivos para desviar o tratar de desviar a los clientes de otro comerciante que ejerce su actividad en el mismo campo que aquel (Schmidt-Szalewski, 2003, p. 933). De esta manera, la competencia puede prohibirse excepcionalmente mediante ley o acuerdo. Este es particularmente el caso de los monopolios operativos reconocidos por la autoridad de propiedad intelectual (patentes de invención, marcas registradas). En tal caso, es la competencia misma la que es ilícita, incluso si el procedimiento utilizado es correcto, justo y regular (Pollaud-Dulian, 1999, p. 83).

Cláusulas de no competencia

Obviamente, la forma más radical de protegerse de la competencia es evitar la instalación de cualquier competidor (Auguet, 2000, p. 114; Serra, 1998, p. 9). Las cláusulas de exclusividad constituyen un ejemplo de estas prácticas. De hecho, estas permiten una distribución comercial más segura y más eficiente. Sin embargo, tales cláusulas también pueden afectar la libre competencia. Por lo tanto, los acuerdos de no competencia plantean varios interrogantes, si adoptan la forma de una exclusividad de reventa o una exclusividad de compra, generalmente en el marco de un contrato de concesión.

El contrato de concesión es relativamente nuevo en el derecho comercial. Hasta hace unos cincuenta años apenas existía, excepto en el derecho administrativo, donde generalmente se asimilaba a un arrendamiento: el concesionario era el que tenía derecho a usar parte del dominio público. Por el contrario, la concesión comercial es una variedad de venta comercial. Es un contrato innominado, nacido de las necesidades de la práctica y que en el fondo aún no está sujeto a ninguna regulación específica. (Le Tourneau, 1994, p. 72) (traducción propia)

Se discute la conveniencia de una intervención del legislador. Es cierto que tal regulación puede proteger al concesionario contra las cláusulas leoninas, insertadas a veces en el contrato por un licenciante económicamente más poderoso. También pueden evitarse ciertos efectos anticompetitivos de las concesiones exclusivas. Pero un estatuto legislativo tendría la desventaja de la rigidez en un área donde la flexibilidad es necesaria para adaptar rápidamente las redes de ventas a la evolución de las necesidades de los clientes. Además, el derecho común de obligaciones ya protege al concesionario contra maniobras o abuso por parte del concedente. Por lo tanto, la regulación no es necesaria (Maymon-Goutaloy, 1982, p. 520).

Las cláusulas de no competencia se utilizan en todas las actividades económicas. Así, un médico que reemplaza temporalmente a otro generalmente acepta abstenerse de establecerse en las cercanías durante un cierto periodo para no hacerse con la clientela a la que trató durante su reemplazo. Del mismo modo, el miembro de una profesión liberal que transfiere a su clientela, en la medida en que esta transferencia es legal, también contrae un compromiso de no recuperación dentro de un perímetro y durante un periodo determinados. Estas cláusulas son especialmente frecuentes en las relaciones comerciales. A veces vinculan a dos comerciantes (obligación de no reincorporación de un vendedor de buena voluntad), a veces se aplican en las relaciones de un comerciante y uno de sus antiguos empleados (obligación de no crear un fondo competidor o incluso no contratar con un competidor). A veces, vinculan al arrendador del edificio con el operador del fondo de comercio (compromiso de no alquilar una oficina en el mismo edificio a un competidor, Corte de Casación francesa, 16 de marzo de 1976). A veces, finalmente, figuran en los estatutos de una sociedad (Guyon, 2000, p. 103) o en un contrato, como la venta de un inmueble (Cros, 2002, p. 908).

Validez de las cláusulas de no competencia*

El derecho positivo francés adopta una posición matizada con respecto a estas cláusulas (Guyon, 2003, p. 928). En efecto, a veces son legítimas, en particular porque especifican el contenido de una obligación legal, como en el caso de la venta de un fondo de comercio (Corte de Casación francesa, 14 de abril de 1992). Pero, a veces, también obstruyen artificialmente una competencia sana en sí misma —socavando así la

* Nos limitaremos aquí a las cláusulas pactadas en las relaciones comerciales individuales. Pero también sucede que estas cláusulas resultan del comportamiento anticompetitivo colectivo o son impuestas por una empresa dominante. Por lo tanto, su validez debe evaluarse a la luz del régimen aplicable a este tipo de acuerdos.

libertad económica—, que es solo un aspecto de la libertad individual (Favoreu, 2014, p. 922). En consecuencia, el legislador francés rara vez prohíbe las cláusulas de no competencia (Décret 91-1197, art. 133, para el caso de los contratos de colaboración entre abogados). Por su parte, los tribunales franceses juzgan que una prohibición contractual de la competencia, es decir, una obligación de no competir, es válida solo si se cumplen dos tipos de condiciones: 1) la libertad de comercio solo puede ser enajenada en beneficio de un tercero que tenga un interés legítimo (Corte de Casación francesa, 8 de mayo de 1967). De esta manera la cláusula será válida si esta tiene como objetivo evitar una competencia anormal o peligrosa. En consecuencia, la cláusula solo es válida si la obligación de no competencia es necesaria para proteger los intereses de su beneficiario (Corte de Casación francesa, 4 de mayo de 1993, y 4 de enero de 1994); 2) la cláusula de no competencia solo puede restringir no suprimir la libertad de acción de su deudor. Por lo tanto, debe limitarse en cuanto a su objeto, es decir, no impedir ninguna actividad económica o profesional, sino solo una actividad relacionada con la realizada por el beneficiario (Corte de Casación francesa, 27 de junio de 1984). Aquí encontramos la idea del interés legítimo, porque si el individuo es totalmente diferente no hay competencia. Asimismo, la prohibición debe limitarse en el tiempo o en el espacio. El alcance exacto de tal limitación es una cuestión de hecho (Corte de Casación francesa, 28 de febrero de 1865; Corte de Casación francesa, 27 de octubre de 1981).

Conclusiones: deslealtad como violación de usos profesionales

Una revisión de la jurisprudencia y doctrinas francesas conduce a un hallazgo quíntuple en la materia (Corte de Casación francesa, 3 de febrero de 1909; Corte de Casación francesa, 7 de diciembre de 1954; Corte de Casación francesa, 5 de enero de 1966; Corte de Casación francesa, 19 de

julio de 1976; Corte de Casación francesa, 28 de abril de 1980; Corte de Casación francesa, 5 de octubre de 1982; Corte de Casación francesa, 15 de junio de 1983; Corte de Casación francesa, 30 de noviembre de 1983; Tribunal de Gran Instancia de Grenoble, 3 de mayo de 1984; Corte de Casación francesa, 14 de mayo de 1985; Corte de Casación francesa, 11 de octubre de 1988; Corte de Casación francesa, 29 de marzo de 1989; Tribunal de París, 11 de octubre de 1990; Corte de Casación francesa, 18 de mayo de 1993; Tribunal de Douai, 2 de octubre de 1995; Corte de Casación francesa, 18 de junio de 1996; Corte de Casación francesa, 13 de mayo de 1997; Corte de Casación francesa, 1 de junio de 1999; Corte de Casación francesa, 19 de noviembre de 2002, competencia desleal entre taxis y ambulancias; Consejo de Estado francés, 31 de mayo de 2006; Consejo Constitucional francés, Sentencia 2018-771 DC).

1. En el concepto clásico de competencia desleal, la falta siempre la comete un comerciante que actúa en el mismo sector de actividad que su víctima.
2. La acción en competencia desleal supone una falta (Corte de Casación francesa, 3 de enero de 1985). Sin embargo, la jurisprudencia es algo confusa a este respecto. Algunas decisiones parecen admitir una responsabilidad objetiva. En realidad, se han emitido en caso de infracción de un derecho de propiedad industrial o de usurpación de nombre comercial. Por lo tanto, no son aplicaciones de competencia desleal en sentido estricto, sino de la protección mejorada aplicable a estos elementos de fondo.
3. Por otro lado, la falla consiste en la violación no de una norma legal (habría competencia prohibida) sino de un uso profesional (Corte de Casación francesa, 29 de abril de 1997). De ello resulta una doble dificultad. Desde un punto de vista práctico, es difícil conocer usos que a menudo no están codificados. De hecho, la codificación, al menos en esta área, enfrenta obstáculos casi insuperables, como lo demuestra el Código

internacional de prácticas publicitarias leales (*Code international des pratiques loyales en matière de publicité*), adoptado por la Cámara de Comercio Internacional el 20 de mayo de 1973. En efecto este código presenta algunos detalles interesantes.

Art. 2. Décence. La communication commerciale doit proscrire toute déclaration ou tout traitement audio ou visuel contraire aux convenances selon les normes actuellement admises dans le pays et la culture concernés.

Art. 3 Loyauté. La communication commerciale doit être conçue de manière à ne pas abuser de la confiance des consommateurs ou à ne pas exploiter le manque d'expérience ou de connaissance des consommateurs.

Tout facteur pertinent susceptible d'influencer la décision des consommateurs doit être signalé d'une manière et à un moment qui permettent aux consommateurs de le prendre en considération.

Art. 4 Responsabilité sociale. La communication commerciale doit respecter la dignité humaine et ne doit encourager ou cautionner aucune forme de discrimination, y compris fondée sur la race, l'origine nationale, la religion, le sexe, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle.

La communication commerciale, sauf raison justifiable, doit proscrire toute exploitation des sentiments de peur, de malchance ou de souffrance.

La communication commerciale ne doit pas sembler cautionner ou encourager des comportements violents, illicites ou antisociaux.

La communication commerciale doit proscrire toute exploitation de la superstition. (Code international des pratiques loyales en matière de publicité, adoptado por la Cámara de Comercio Internacional con fecha 20 de mayo de 1973, arts. 2 a 5)

A menudo invoca la noción de lealtad, lo cual constituye una tautología (Guyon, 2003, p. 916) cuando se trata de definir competencia desleal. Desde un punto de vista teórico, la exclusiva referencia a los usos profesionales genera el riesgo de conducir a soluciones de tipo corporativo. Los comerciantes considerarán que la competencia que ellos practican es leal mientras que la competencia que experimentan no lo es. Sin embargo, la acción en competencia desleal no parece tener como único fundamento la protección exclusiva de otros comerciantes. También interesa a los acreedores y a los empleados de la empresa competidora, al sufrir las consecuencias de su ruina. Lamentablemente, estas diversas bases no siempre son conciliables.

4. Sin embargo, sí parece verificarse una mínima claridad conceptual, la falta oscila alrededor de la noción de deslealtad, a su turno inscrita en un contexto de antagonismo: la rivalidad entre comerciantes, si bien admitida por el sistema jurídico, tiene límites claros; estos observan como objetivo la defensa de la lealtad de la contienda, ya que en la guerra comercial todos los golpes no están autorizados. El derecho de hacer competencia es susceptible de abuso (Gual, 2009, p. 22). De ahí que la noción de lealtad contractual, reconociendo un natural antagonismo entre los contratantes, redimensione la noción de deslealtad contractual, al tiempo que legitima la aplicación de la teoría del abuso del derecho, así como la del abuso de posición contractual dominante. Un ejemplo de tal constatación es la sanción a la revocatoria abusiva de la oferta, al rechazo abusivo de una oferta, a las cláusulas abusivas, la fijación unilateral abusiva del precio o a la terminación unilateral abusiva del contrato. Estas figuras, desconocidas por el derecho tradicional de contratos, hallan su fundamento en el régimen de competencia mercantil y la manera en que caracteriza la deslealtad o el abuso.

5. Fruto de las anteriores constataciones, la falta no necesita ser intencional. *A fortiori* no supone una intención de dañar (Corte de Casación francesa, 18 de abril de 1958; Corte de Casación francesa, 6 de noviembre de 1990; Corte de Casación francesa, 26 de abril de 1994). Además, y contrariamente a la ortodoxia de la teoría de la responsabilidad civil, los tribunales franceses tienden a condenar a daños mayores al que cometió una falta intencional, incluso si esta no causó un daño mayor al de una simple negligencia.

Referencias

- Arnaud, A.-J. (2004). *Entre modernité et mondialisation: leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État* (2.^a ed.). LGDJ.
- Arrubla, J. (2006). *Contratos mercantiles: contratos atípicos* (Tomo III). Legis.
- Auguet, Y. (2000). *Concurrence et clientèle: contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*. LGDJ.
- Auguet, Y. (2002). *Droit de la concurrence*. Ellipses.
- Azéma, J. (1990). *Le droit français de la concurrence* (2.^a edición). PUF.
- Barret, O. (2005). Variations autour du refus de contracter. En *Mélanges Jean-Luc Aubert: propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit* (pp. 5-22). Dalloz.
- Basedow, J. (1998). Un droit commun des contrats pour le marché commun. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 50(1), 7-28.
https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1998_num_50_1_1113
- Basedow, J. (1999). Vie universelle. Droit national? À propos de la mondialisation du droit. En *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon: D'ici, d'ailleurs: harmonisation et dynamique du droit* (pp. 226-248). Société de Législation Comparée.
- Bonassies, P. (1983). Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la concurrence-moyen. En *Études dédiées à Alex Weill* (pp. 51-73). Dalloz-Litec.
- Bonivento, J. (2017). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles*. Librería del Profesional.

- Boutard-Labarde, M.-C. y Canivet, G. (1994). *Droit français de la concurrence*. LGDJ.
- Burst, J.-J. (1993). *Concurrence déloyale et parasitisme*. Dalloz.
- Cañón, M., Echeverry, D. y Blanco, R. (2020). Promesas de compraventa como medio de reubicación de vendedores informales: procedencia de la venta directa de bienes fiscales del Estado. En D. A. Echeverry (ed.), *Justicia o eficiencia en la asignación de los derechos de propiedad y las relaciones de intercambio: implicaciones negociales* (pp. 127-151). Ediciones USTA.
- Cely, A. (2011). *Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés: étude franco-colombienne* (tesis de doctorado, Université Paris II).
<https://docassas.u-Paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/c8589e10-939d-4d88-aoec-b6886ae78228?inline>
- Chagny, M. (2004). *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*. LGDJ.
- Champalaune, C. (2001). Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et la libre concurrence. *Rapport Cour de cassation*. Corte de Casación francesa.
https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/commerce_industrie_5970.html
- Champaud, C. (1985). Les sources du droit de la concurrence. *Etudes offertes à Roger Houin: problèmes d'actualité posés par les entreprises* (pp. 61-83). Dalloz-Sirey.
- Champaud, C. (2002). Régulation et droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 16(1), 23-66.
- Clamour, G. (2006). *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Dalloz.
- Cortabarría, J. (2005). El Code Napoleón y sus comentaristas como fuentes del Código Civil argentino. *Revista Iushistoria*, 1, 1-14.
<https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1644/2077>
- Cros, C. (2002). La clause de non concurrence accessoire au contrat de cession d'un bien immobilier. *Recueil Dalloz*, 11(7064), 908-929.
- De Leyssac, C. L. y Parleani, G. (2002). *Droit du marché*. PUF.
- Decocq, A. y Decocq, G. (2002). *Droit de la concurrence interne et communautaire*. LGDJ.

- Decocq, A. y Decocq, G. (2010). *Droit européen des affaires*. LGDJ.
- Delmas-Marty, M. (2000). La pénalisation internationale des activités économiques: un espace à géographie variable. En É. Louquin y C. Kessedjian (dirs.), *La mondialisation du droit* (pp. 400-419). Litec.
- Delmas-Marty, M. (2001). Les processus de mondialisation du droit. En C.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation* (pp. 63-80). Bruylant.
- Dreifuss-Netter, F. (1990). Droit de la concurrence et droit commun des obligations. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 369-391.
- Echeverry, D. L. y Díaz, S. (2016). Minería aurífera ilegal en el resguardo indígena alto Andágueda. *Novum Jus*, 10(1), 135-149.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.6>
- Emiliani, R. (2001). *Curso razonado de las obligaciones, la obligación civil y sus fuentes voluntarias* (Tomo I, Parte Primera). Editorial Universidad Sergio Arboleda.
- Fages, B. y Mestre, J. (1998). L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat. *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 71-81.
- Farjat, G. (1963). *L'ordre public économique*. Dalloz.
- Farjat, G. (2003). Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation. *Revue Internationale de Droit Économique*, 17(3-4), 511-531.
- Favoreu, L. (2014). *Droit Constitutionnel*. Dalloz.
- Flour, J., Aubert, J.-L. y Savaux, E. (2012). Droit civil, *les obligations (tomo 1). L'acte juridique* (15.^a ed.). Sirey.
- Gallego, J. (2014). Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, 40, 143-165.
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0040.01>
- Garat, M. (2018). El Gobierno, la Constitución y el orden económico, con particular referencia al marco constitucional uruguayo. *Revista Estudios Constitucionales*, 16(2), 307-338. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200307>

- Gauvain, R. (2019). Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale: Rapport à la demande de Monsieur Édouard Philippe Premier Ministre par Député de Saône-et-Loire Parlementaire en mission (LO144). <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf>
- Ghestin, J. (1981). L'utile et le juste dans les contrats. *Archives de Philosophie du Droit*, 26, 57-75.
- Ghestin, J. (1984). L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français. En C. Perelman y R. Van Der Elst (dirs.), *Les notions à contenu variable en droit* (pp. 77-93). Centre national de recherches de logique.
- Goldman, B. (1992). La liberté du commerce dans les pays développés. G. Farjat y B. Remiche (dirs.), *Liberté et droit économique* (pp. 95-112). De Boeck.
- Gual, J. (2009). El control de las cláusulas abusivas. Un régimen en evolución. *Revista IUSTA*, 30, 15-44. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2009.0030.01>
- Guyon, Y. (1978). Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie? En J. M. Mousseron y B. Teyssie (dirs.), *Dix ans de droit de l'entreprise* (pp. 5-27). Librairies techniques.
- Guyon, Y. (1995). Développer la concurrence. *Cahier de Droit de L'entreprise*, 2, 19-41.
- Guyon, Y. (2000). *Traité des contrats. Les sociétés (aménagements statutaires et conventions entre associés)* (4.^a ed.). LGDJ.
- Guyon, Y. (2003). *Droit des affaires: droit commercial général et sociétés* (T. 1). Economica.
- Guzmán, A. (1994). El código Napoleón y el Código Civil de Chile. *Boletín de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 10, 1361-1383.
- Guzmán, A. (2000). *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*. Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán, A. (2009). *Estudios de historia dogmática y sistémica sobre el código civil chileno-colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Hémar, J. (1950). L'économie dirigée et les contrats commerciaux. En *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : études offertes à Georges Ripert. Tome II, La propriété, contrats et obligations, la vie économique*. (pp. 341-363). LGDJ.

- Hourquebie, F. (2012a). Diversité des cultures juridiques: comment relever les défis de la mondialisation? En *Organisation internationale de la Francophonie, Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone* (pp. 88-99). Délégation à la paix, à la démocratie et aux droits de l'homme.
- Hourquebie, F. (2012b). Le principe d'indépendance de la justice dans les pays de l'espace francophone. *Les Cahiers de la justice*, 2, 41-60.
- Jamin, C. (dir.). (2008). *Droit et économie des contrats*. LGDJ.
- Jiménez, F. (2015). *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Legis.
- Kdhir, M. (1994). Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie: mythe ou réalité. *Recueil Dalloz*, 4, 30-43.
- Larroumet, C. (dir.). (2004). *L'avenir de la codification en France et en Amérique Latine. Actes du colloque international organisé par l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*. Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains.
- Le Quinio, A. (2011). *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*. Fondation Varenne.
- Le Tourneau, P. (1994). *La concession commerciale exclusive*. Economica.
- Malaurie, P. (1953). *L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS*. Matot-Braine.
- Malaurie-Vignal, M. (1995). Droit de la concurrence et droit des contrats. *Recueil Dalloz*, 8, 51-54.
- Malaurie-Vignal, M. (1996). *Droit interne de la concurrence*. Armand Colin.
- Marque, J. N. (1967). G. Farjat, L'ordre public économique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 19(2), 520. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1967_num_19_2_14861
- Maymon-Goutaloy, M. (1982). Contre une intervention législative en matière de concession commerciale. *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 35(4), 520-534.
- Mestre, J. (1987). obs. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 304-316.
- Mestre, J. (1994). obs. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 349-361.

- Mestre, J. (1996). L'ordre public dans les relations économiques. En T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle* (pp. 33 y ss.). Dalloz.
- Mirow, M. (2000). The power of codification in Latin America. Simón Bolívar and the Code Napoleon. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 8, 83-116.
https://ecollections.law.fiu.edu/faculty_publications/121
- Mockle, D. (2002). Mondialisation, droit des peuples et État de droit. En D. Mockle, (dir.), *Mondialisation et Etat de droit* (pp. 237-288). Bruylant.
- Oppetit, B. (1992). Droit et économie. *Archives de philosophie du droit*, 37, 17-26.
- Oppetit, B. (1995). La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence. *Revue des sciences morales et politiques*, 241-254.
- Ospina, G. y Ospina, E. (2018). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis.
- Pédamon, M. (1983). La liberté d'entreprendre et l'intervention des autorités publiques, dans les autorités publiques et l'entreprise privée. *Revue de Jurisprudence Commerciale* (nombre especial), 13-25.
- Pfister, L. (2012). Contrat, libre concurrence et ordre public: la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle. *Revue des Contrats*, 2, 349-361.
- Pimont, S. (2004). *L'économie du contrat*. PUAM.
- Pollaud-Dulian, F. (1999). *Droit de la propriété industrielle*. Montchrestien.
- Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, 2(41), 77-97.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358701004>
- Ramos, C. (1997). *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Universidad Católica del Perú.
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Universidad Externado de Colombia.
- Revet, T. (coord.). (1996). *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*. Dalloz.
- Ripert, G. (1934). L'ordre économique et la liberté contractuelle. *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény: les sources generales des systemes juridiques actuels*. (pp. 347-359) (t. II). Sirey.

- Robichez, J. (1999). *Droit du travail, droit de la concurrence et droit de la consommation, le rôle de la branche du droit dans la didactique juridique* (tesis de doctorado, Université Paris I). <http://www.theses.fr/1999PA010255>
- Ruet, L. (2002). Du principe de rivalité. *Recueil Dalloz*, 3086-3099.
- Saidiza, H. y Carvajal, J. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal. *Revista IUSTA*, 44, 17-39. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0044.01>
- Salah, M. (1999). Les transformations de l'ordre public économique, vers un ordre public régulateur. *Philosophie du droit et droit économique quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat* (pp. 264-276). Frison-Roche.
- Savatier, R. (1965). L'ordre publique économique. *Recueil Dalloz*, 31-43.
- Schaeffer, E. (1981). L'abus dans le droit de la concurrence. *Gazette du Palais*, 401-418.
- Schmidt-Szalewski, J. (2003). Développement de l'action en concurrence déloyale. *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon: aspects actuels du droit des affaires* (pp. 933-947). Dalloz.
- Serna, J.-C. (1967). *Le refus de contracter*. LGDJ.
- Serra, Y. (1998). Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence. *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 51, 7-22.
- Stoffel-Munck, P. (2000). *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*. LGDJ.
- Terré, F., Simler, P. Lequette, Y., Chénédé, F. (2013). *Droit civil. Les obligations*. Dalloz.
- Ullrich, H. (2003). La mondialisation du droit économique: vers un nouvel ordre public économique (Rapport introductif). *Revue Internationale de Droit Économique*, 17(3-4), 291-312. <https://doi.org/10.3917/ride.173.0291>
- Vargas, A. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *Revista IUSTA*, 2(49), 91-114.
- Vogel, L. (1994). Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence. *Juris-classeur périodique - La Semaine Juridique I*, 3737-3749.
- Vogel, L. (1998). *Droit de la concurrence et concentration économique, études comparatives*. Economica.

Normas jurídicas citadas

Cámara de Comercio Internacional. Code international des pratiques loyales en matière de publicité. 20 de mayo de 1973.

https://www.arpp.org/IMG/pdf/code_consolide_pratique_publicite_marketing.pdf

Constitución Política de Colombia [C. P.]. 4 de julio de 1991 (Colom.).

Francia. Code de commerce. 1807.

Francia. Code pénal. 1810.

Francia. Décret 53-707. Relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social. 9 de agosto de 1953.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000299254/>

Francia. Décret 91-1197. Organisant la profession d'avocat. 27 de noviembre de 1991.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000356568/>

Francia. Loi 2001-420. Relative aux nouvelles régulations économiques. 15 de mayo de 2001. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000223114/>

Francia. Loi 2008-776. De modernisation de l'économie. 4 de agosto de 2008. *Journal officiel*, 0181 del 5 de agosto de 2008.

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2008/08/07/0181>

Francia. Loi 73-1193. D'orientation du commerce et de l'artisanat. 27 de diciembre de 1973. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000509757/>

Francia. Loi 87-499. Transférant le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence à la juridiction judiciaire. 6 de julio de 1987.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000508810/>

Francia. Loi 96-588. Sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. 1 de julio de 1996.

Francia. *Ordonnance* 45-1483. Relative aux règles applicables en matière de prix. 8 de septiembre de 1945. (Derogada por la *Ordonnance* 86-1243 del 1 de diciembre de 1986).

Francia. *Ordonnance* 86-1243. Relative à la liberté des prix et de la concurrence. 1 de diciembre de 1986.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000333548/>

Francia. *Ordonnance* 2019-359. Portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques, prohibées. 24 de abril de 2019. *Journal officiel*, 0097, 25 de abril de 2019. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038410002/>

Unión Europea. Reglamento (CE) 1/2003. Del Consejo de la Unión Europea relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular su artículo 83. 16 de diciembre de 2002. *Diario Oficial* n.º L 001 del 04 de enero de 2003. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003R0001>

Jurisprudencia citada (ordenada cronológicamente)

Corte de Casación francesa, Sala de Mociones, Sentencia de 28 de febrero de 1865.

Corte de Casación francesa, Sala de Mociones, Champagne Heidsieck c. Charles Heidsieck, Sentencia de 3 de febrero de 1909.

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Cognac Martell c. Charles Martel, Sentencia de 7 de diciembre de 1954.

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 18 de abril de 1958.

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, La Vache qui rit c. La Vache sérieuse, Sentencia de 5 de enero de 1966.

Corte de Casación francesa, Sala Social, Sentencia de 8 de mayo de 1967.

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 16 de octubre de 1972.

Corte de Casación francesa, Tercera Sala Civil, Sentencia de 16 de marzo de 1976. *Recueil Dalloz*, 1976, 559.

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 19 de julio de 1976. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 237, 203.

Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 17 de abril de 1980. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 145, 113.

- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 28 de abril de 1980. *Juris-classeur périodique - La Semaine Juridique* 1982, II, 19791.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 27 de octubre de 1981. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 371, 295.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 5 de octubre de 1982. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 296, 254.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 15 de junio de 1983. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 174, 151.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 30 de noviembre de 1983. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 331, 287.
- Corte de Casación francesa, Sala Social, Sentencia de 27 de junio de 1984. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* V, 269, 204.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 3 de enero de 1985. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 93, 82.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 14 de mayo de 1985. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 148, 126.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 22 de octubre de 1985. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 245, 206.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 11 de octubre de 1988. *Juris-classeur périodique - La Semaine Juridique* 1989, II, 21297, note Charley Hannoun y Xavier Desjeux.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 29 de marzo de 1989. *Recueil Dalloz*, 1989, 408, note Yves Serra.
- Tribunal de París, Révillon c. Carole Révillon, Sentencia de 11 de octubre de 1990. *Revue des sociétés*, 1991, 393.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 6 de noviembre de 1990. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 262, 183.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 18 de febrero y 26 de mayo de 1992. *Recueil Dalloz*, 1993, 57-59, note Charley Hannoun.

- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 14 de abril de 1992. *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 1992, 786, note Jean Derruppé; *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1993, 150, note Pierre-Yves Gautier.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, 26 de mayo de 1992. *Recueil Dalloz*, 1993, 57-59, note Charley Hannoun.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 4 de mayo de 1993. *Juris-classeur périodique - La Semaine Juridique* 1993, II, 22111, note Marie-Chantal Boutard-Labarde.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 18 de mayo de 1993. *Juris-classeur périodique - La Semaine Juridique* 1994, II, 22243, note Alain Dekeuwer.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 4 de enero de 1994. *Recueil Dalloz*, 1995, 205, note Yves Serra.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 26 de abril de 1994. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 151, 119.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 18 de junio de 1996. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 185, 159.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 29 de abril de 1997. *Recueil Dalloz*, 1997, 459, note Yves Serra. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1998, 218, note Rémy Libchaber.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 13 de mayo de 1997. *Juris-classeur périodique édition Entreprises*, 1998, 79, note Jean Pierre Fourgoux.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-375, 14 de agosto de 1997.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-375-97.htm#:~:text=T%2D375%2D97%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20oposici%C3%B3n%20dominante%20se%20refiere,grado%20relativamente%20amplio%20y%20apreciable>
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 1 de junio de 1999. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 114, 93.
- Corte de Casación francesa, Sala Comercial, Sentencia de 19 de noviembre de 2002. *Bulletin Civil de la Cour de Cassation* IV, 171, 196.

Consejo de Estado francés, Assemblée plénière, Ordre des avocats au barreau de Paris,
Sentencia 275531 de 31 de mayo de 2006.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-228, 24 de marzo de 2010.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>

Consejo Constitucional francés, Sentencia 771 DC, de 25 de octubre de 2018.

Tribunal de Douai, Sentencia de 2 de octubre de 1995. *Recueil Dalloz*, 1996, 99, note Jean
Pierre Fourgoux.

Tribunal de Gran Instancia de Grenoble, Sentencia de 3 de mayo de 1984. *Gazette du
Palais*, 372.

Mutilación genital femenina, entre la cultura y los derechos humanos*

[Artículos]

Jacqueline Blanco Blanco**

Omar Antonio Herrán Pinzón***

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2020

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2020

Citar como:

Blanco Blanco, J. y Herrán Pinzón, O. A. (2021). Mutilación genital femenina, entre la cultura y los derechos humanos. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1).

<https://doi.org/10.15332/19090528.6478>



Resumen

Este artículo analiza la relación cultura-derechos humanos, a partir de la práctica conocida como ablación femenina. Es necesario examinar si en este caso hay correspondencia entre la cultura y los derechos humanos o si, por el contrario, los derechos humanos deben priorizarse para proteger los derechos a la vida y a la sexualidad de las mujeres a quienes se les realiza dicha práctica. Este objeto fue abordado desde los métodos

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación INV-DER-2556, titulado "Mutilación genital femenina, diversidad cultural y universalidad de los derechos humanos", vinculado al grupo Derecho Público, desarrollado durante el 2018 en la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia).

** Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, magíster en Historia, especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, y Licenciada en Ciencias Sociales. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia). Correo electrónico:

jacqueline.blanco@unimilitar.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7148-4856>

*** Magíster en Derecho Procesal Penal y abogado. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: omar.herran@unimilitar.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7731-0996>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

dialéctico y lógico, pues permiten el estudio teórico y conceptual para comprender la ablación desde lo cultural y desde lo jurídico. El análisis concluye que la ablación lesiona la vida y la intimidad de las mujeres; por lo tanto, de tratarse de una manifestación cultural, esta es contraria a los derechos de las mujeres que son sometidas de manera inconsulta.

Palabras clave: ablación, mujeres, cultura, derechos humanos.

Female genital mutilation, between culture and human rights

Abstract

This article analyzes the relationship between culture and human rights, based on the practice known as female circumcision. It is necessary to examine whether in this case there is a correspondence between culture and human rights or whether, on the contrary, human rights should be prioritized to protect the rights to life and sexuality of women who undergo this practice. This topic was approached from the dialectical and logical methods, since they allow the theoretical and conceptual study to understand female circumcision from a cultural and legal perspective. The analysis concludes that female circumcision harms the life and intimacy of women; therefore, being a cultural expression, it is contrary to the rights of women who are subjected to it in an unconsulted manner.

Keywords: female circumcision, women, culture, human rights.

Introducción

En marzo del 2007, los diarios colombianos hicieron pública una noticia acerca de una práctica que hasta la fecha había sido desconocida en el territorio nacional: se trataba de la ablación o mutilación genital aplicada a las niñas indígenas pertenecientes a la etnia embera chamí, asentada en el municipio de Pueblo Rico, Risaralda, en el Eje Cafetero. Según el diario, tres niñas de la comunidad, una de 17 días de nacida y las otras dos de 16

días, habían sido sometidas a esta ancestral práctica por parte de las parteras del grupo, con el conocimiento de los mayores y la aquiescencia de los padres (Salazar, 2010).

La alarmante noticia llegó a oídos de la Defensoría del Pueblo y otros organismos nacionales e internacionales, quienes de inmediato propusieron una serie de programas que pudieran ser aceptados por los miembros de la comunidad, con el objeto de poner fin a la práctica de la ablación. Las reflexiones en torno al tema se extendieron hasta diciembre del 2010, cuando los embera chamí anunciaron el fin de la práctica.

A diferencia de lo ajeno que pudiera resultar la temática para los colombianos, el número de mujeres sometidas a la ablación en todo el mundo es tristemente grande: 200 millones es la cifra aproximada que maneja la Organización Mundial de la Salud (2020); sin embargo, los informes más recientes advierten que la mutilación genital femenina ha disminuido gracias a la expedición de leyes que, además de prohibir la práctica, establecen sanciones a los padres y a los médicos que intervengan en el proceso. El caso más reciente de legislación expedida para prohibir la denominada circuncisión tipo III ocurrió en Sudán, en abril del 2020 (véase Walsh, 2020).

La mayor dificultad frente a esta práctica está en lo que Laura Nuño, citada por Ludeña Silverio (2018), ha descrito así: “cuando las normas culturales se enfrentan a las normas legales, suele prevalecer la primera” (s. p.). Esta afirmación plantea la necesidad de romper con algunas tradiciones que son amenazas para la pervivencia del grupo que las practica. Entonces, se trata de una forma de “desculturización”, en palabras de Ludeña Silverio: de determinadas experiencias que causan subvaloración del género femenino a partir de formas tradicionales respaldadas por la religión y fincadas en la predominancia de sociedades patriarcales para las que el hombre, varón del grupo, es su miembro máspreciado.

La pregunta que orientó el desarrollo de este artículo es: ¿la ablación femenina es una práctica cultural que define la ancestralidad en el interior de una comunidad o se trata de una amenaza a la pervivencia de las culturas, por cuanto afecta los derechos fundamentales (a la vida y a la sexualidad, específicamente) de las mujeres a quienes se les practica? Por su parte, el objetivo propuesto señala que es preciso identificar los límites de la práctica de la ablación en cuanto a lo cultural y lo jurídico (Cortés, 2016). En lo cultural, es necesario en nombre de la solidaridad del grupo porque amenaza la vida de las mujeres, multiplicadoras de cultura; en lo jurídico, para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres, específicamente los relacionados con la vida y la sexualidad (Kymlicka, 1996, p. 8).

Marco teórico

El abordaje de la temática se hizo mediante el análisis de los conceptos *cultura* e *identidad cultural*, por considerarlos esenciales en la comprensión de la problemática, al tiempo que demanda el planteamiento de un debate epistemológico que permita un punto intermedio entre la comprensión de la tradición-ancestralidad y la perspectiva occidental fundada en los derechos humanos. El soporte teórico de la discusión se encuentra en las teorías de Will Kymlicka (1996) sobre el multiculturalismo; también, en algunos aportes de Charles Taylor, en lo que respecta a la pluriculturalidad, así como de Pierre Bourdieu en cuanto al campo cultural, y de Thomas Kuhn con su teoría de la incommensurabilidad, además de otros autores que abordan con claridad el concepto de cultura e identidad cultural (Rodríguez, 2016).

Métodos

Los métodos utilizados fueron la dialéctica y la lógica jurídica, porque posibilitan la comprensión de la norma a partir del contexto y dan lugar a la definición de diversos conceptos, obtenidos gracias a la interacción con diversas concepciones teóricas.

El artículo se desarrolla en dos partes: 1) el debate entre los derechos culturales y los derechos fundamentales, y 2) la postura de la Corte Constitucional colombiana frente a los derechos culturales. En consecuencia, el debate teórico entre cultura y derechos humanos, sugerido en el título y ampliado en la primera parte, se particulariza en la segunda parte del documento al intentar acercarse a lo ocurrido en el interior de la comunidad embera chamí, un caso realmente novedoso en materia de sociología jurídica.

Resultados

El debate entre los derechos culturales y los derechos fundamentales

En la tarea por comprender a la sociedad en su particular forma de ser, pensar, sentir y manifestar es imprescindible adoptar una posición dialógica que lleve al entendimiento entre las dos partes: la primera ha hecho suya toda forma de comportamiento y ha normalizado los acontecimientos que en la comunidad no solo resultan cotidianos, sino que además hacen parte de su visión de mundo; la segunda, generalmente, muestra su desconcierto frente a lo que le es completamente ajeno a su entorno (Ortega et ál., 2020). El problema está en que, para la segunda parte, las prácticas de la primera son calificadas en grado sumo de absurdas, razón por la cual deben ser erradicadas del grupo social observado y, al amparo del amplísimo concepto de los derechos humanos,

se desconoce que la tradición ha convertido en normal lo que para otros puede resultar extraño o tal vez inadmisible (Chaparro, 2020).

Cuando organizaciones internacionales como la National Geographic revelan algunos acontecimientos que a diario ocurren en los rincones más apartados del mundo, se aprecia, recurriendo a Thomas Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas* (2007), lo inconmensurable que resulta conocer, entender y atender las más variadas realidades a las cuales se aferran pequeños grupos humanos. Dichas realidades hacen parte de su naturaleza social, sin que sobre ellas medie precepto jurídico o normativo de carácter externo.

Así, por ejemplo, se tiene conocimiento de la existencia de las denominadas “mujeres kayan”, en Tailandia, quienes utilizan una serie de gruesos collares para estirarse el cuello con el objeto de causar un impacto favorable a los ojos de los hombres de su etnia. El número de anillos que componen el collar dan cuenta de la edad y la riqueza de quien lo porta. Estos objetos no podrán ser retirados por ninguna razón y en ningún momento de la vida (Beech, 2020).

En esta misma línea se encuentra el denominado “pie de loto”, un proceso aplicado a las niñas en la China que llegó a su final a comienzos del siglo XX, y que consistía en vendar los pies hasta lograr llevar los dedos a la planta del pie, lo que causaba dolores extremos. Las niñas a los siete años de edad empezaban a recibir este tratamiento por parte de su madre. Según las investigaciones de Laurel Bossen y Hill Gates en su libro *Bound Feet, Young Hands* (2017), lo hacían para asegurar un buen matrimonio, dado que era del agrado de los hombres encontrar a una mujer dedicada a los trabajos manuales, sin otra posibilidad que la de estar en casa produciendo para la economía del hogar a través de actividades como hilar. Esto se lograba gracias a la limitación del movimiento a causa de la

deformación de los pies, por los vendajes a los que habían sido sometidos. Por esto, el libro lleva por título *Pies vendados, manos jóvenes*.

El origen de tan disímiles comportamientos debe apreciarse en la existencia misma de diversos grupos sociales con particulares conceptos morales y formas de ver y entender el mundo, lo cual lleva al establecimiento de códigos y pretensiones absolutamente singulares (Ortiz Quiroga, 2013). Con esta consideración se entiende, entonces, que los preceptos sociales son el resultado de una realidad dinámica que plantea la necesidad de democratizar los tratamientos jurídicos alrededor de los cuales se dé primacía a las diferencias, por cuanto se descarta la intención del estatismo u homogenización social, tan favorables a la discriminación y al *apartheid* (González Cortés, 2020).

Acerca del tema, la profesora Margarita Ramírez afirma que “la identidad cultural que comparte un grupo o una población implica un sentido personal de lealtad” (Ramírez y Mazariegos, 1993, p. 40). Por su parte, Alfredo López-Austin (1989) considera que la “identidad cultural son los elementos en los cuales basa un grupo su diferencia” (p. 20). Para Richard Wilson (1993), la “identidad cultural se concibe como un sentido de pertenencia, que tienen los miembros de un pueblo en relación con los elementos propios del grupo, definiendo estos como sagrados” (p. 34). Para Santiago Bastos y Roddy Brett (2010), la identidad “no solo se basa en el deseo de formar parte de un grupo, sino en el sentido de pertenencia que se tenga de los elementos que determinan la identidad cultural de este grupo, así como el desarrollo de los usos y costumbres de la cultura” (p. 20), algo así como la máxima atribuida a Julio César, según la cual no solo hay que ser, sino también parecer. Esto determina la necesidad de pertenecer a la etnia y comportarse de acuerdo con sus normas.

Así, pues, la identidad cultural puede definirse a partir de elementos comunes como: 1) la existencia de tipologías o rasgos específicos que se

comparten en el interior de un grupo determinado; 2) la lealtad hacia dichos rasgos que, sumados e integrados a su visión de mundo, constituyen los fundamentos sagrados por los cuales se rigen, y 3) la participación efectiva como miembro de la comunidad, en cuanto a hacer parte de las prácticas establecidas por el grupo. Hasta aquí se supone que la práctica de la ablación es un procedimiento que responde a unos códigos sociales dirigidos a las mujeres de la comunidad, que guardan los preceptos establecidos por un patrón masculino impuesto. Sin embargo, para entenderlo como un tema identitario, habría que verlo desde un espacio eminentemente interno, más desde la intimidad femenina, contradiciendo todo reconocimiento social externo, es decir, lejos de constituir un elemento cultural prevalente a los ojos de la sociedad mayoritaria.

Ahora bien, si la ablación no logra ser un elemento manifiesto, público y predominante de la identidad cultural en una comunidad ancestral, pese a ser una práctica generalizada y compartida, ¿constituye, entonces, una manifestación de su cultura? Procedamos a examinar lo que es cultura.

Ricardo Lima Soto (1995) ha sostenido que la cultura es “una práctica social con arraigo entre la mayor parte de los integrantes de una comunidad” (p. 95), que se transmite por generaciones. En la versión de Antonio Gallo (1998):

[...] la costumbre es el medio de cohesión que implica un modo de vivir, un modo de vestir, un modo de alimentarse, un modo de comunicarse, etc., que forman una textura, un tejido con el cual el hombre, dentro del grupo, llega a ser hombre libre. (p. 13)

Por su parte, Dagoberto Vásquez Castañeda (1983) menciona que “la costumbre se encuentra inmiscuida dentro de lo que las tradiciones definen como prácticas de actos con un significado” (p. 9). Rafaela Macías

Reyes (2011) sostiene que las “tradiciones son costumbres” (p. 62) y, de esta manera, se abre la posibilidad de revisar si toda práctica es verdaderamente histórica al interior de la comunidad y, en algunos casos, originaria; esto es, si tanto los usos sociales como la cosmovisión y las normas se han desarrollado en el interior del grupo desde tiempos remotos y si las generaciones las han conservado, modificadas o no, como parte de su esencia. Estas consideraciones nos remiten a tres aspectos: 1) la cultura traduce una práctica social generalizada, es decir, compartida por la etnia en este caso; 2) el hecho de que la práctica se repita por generaciones, y 3) que tenga un significado. Sin embargo, la ablación es una experiencia improbable y desconocida por sus víctimas, que responde a una posición egoísta del género masculino.

Ahora bien, la cultura elevada al rango de derecho humano fundamental demanda la protección de los actos de la vida diaria de una sociedad que los ha hecho suyos, los ha normalizado y los ha heredado por generaciones. En este caso, ¿cómo actuar jurídicamente frente a la ablación? Según Véronique Champeil-Desplats:

[...] los derechos culturales tienden a descuidar la individualidad para erigir en sujeto de derecho a grupos o colectividades (minorías, comunidades, pueblos) más o menos circunscritos por criterios particularistas e identitarios: prácticas ritualísticas o religiosas, lenguas, códigos sociales... Cualquier negación de los derechos que identifican culturalmente el grupo constituye entonces un etnocidio. (p. 105)

Si bien la autora advierte que atentar contra los derechos que definen la identidad de un grupo es atentar contra su supervivencia cultural, pese a la afirmación de que la ablación no es una clara manifestación de la cultura de un pueblo, la suspensión de esta acción no afecta su valor histórico y cultural. Para comprender mejor el tema, la autora enfrenta los derechos culturales con los fundamentales, y menciona el dilema que se presenta

con la mutilación genital femenina, donde “preservar la identidad del grupo se hace a expensas de los derechos fundamentales del individuo. Por el contrario, preservar la vida del individuo lleva a rechazar las pretensiones a la fundamentalidad de las prácticas identitarias del grupo” (p. 105).

La posición expuesta por la profesora Champeil-Desplats respalda la afirmación acerca de que la ablación, como práctica, encaja en las categorías que describen tanto a la identidad cultural como a la cultura. Sin embargo, es una verdadera amenaza para los derechos fundamentales de las mujeres que ven amenazada su capacidad sexual y reproductiva. Con todo, la Constitución Política de Colombia de 1991, en sus artículos 7 y 8, ha declarado el reconocimiento y la protección a la diversidad cultural, por considerarlas parte de la riqueza nacional. Lo que no es fácil establecer, no solo en la Constitución colombiana, sino también en todas las que han optado por incluir los derechos culturales, son las variaciones que la cultura implica, pues esto determina que sea la sociedad mayoritaria la que establezca la normalización de las manifestaciones culturales de los diferentes pueblos y termine definiendo las posibilidades de reconocimiento constitucional que ellas tengan. Al final, y ante lo impredecibles que pueden resultar las manifestaciones culturales, se ha optado por resolver el asunto una vez se presente, sin posibilidad de advertir políticas al respecto.

No obstante, la Corte Constitucional ha concedido protección a la cultura con la igual amplitud constitucional: “la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado” (C. C., Sentencia C-742/06). Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció, de la misma forma, que estos pueblos tienen

derecho a: “practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales” (C. C., Sentencia T-001/12).

La protección generalizada a la cultura de los pueblos, así como la autorización expresa y abierta a “revitalizar sus tradiciones y costumbres”, remite a un nuevo interrogante relacionado, en esta ocasión, con la originalidad del grupo humano. Sin duda, acontecimientos como la colonización europea o la indetenible colonización cultural moderna complican la posibilidad de encontrar una cultura realmente original. De acuerdo con el profesor Hugues Cayzac (2001):

[...] toda cultura es básicamente pluricultural. Es decir, se ha ido formando, y se sigue formando, a partir de los contactos entre distintas comunidades de vidas que aportan sus modos de pensar, sentir y actuar [...] es a partir de estos contactos que se produce el mestizaje cultural, la hibridación cultural. (p. 16)

De vuelta a la noticia mencionada en la introducción de este artículo (Salazar, 2010), en lo concerniente al rechazo manifestado por la sociedad mayoritaria colombiana a los casos de ablación femenina en los embera-chamí, se pone de relieve el efecto pluricultural al que están sometidos los pueblos indígenas en Colombia, lo cual se debe a dos razones: por un lado, a la correspondencia que debe guardarse con la Constitución de 1991, que en su artículo 246 señala que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a leyes de la República”. Por otro lado, la cohabitación de diferentes culturas en un mismo espacio geográfico provoca tensiones acerca del comportamiento social de acuerdo con los códigos mayoritarios:

[...] la sociedad de acogida suele ser hegemónica y suele establecer jerarquías legales y sociales que colocan a los otros grupos en inferioridad de condiciones, lo que lleva al conflicto, al menosprecio, a la creación de estereotipos y prejuicios dificultando la convivencia social, siempre en detrimento de los grupos más débiles. (Bastos y Cumes, 2007, p. 15)

La pluriculturalidad es el resultado de las enormes e irreconciliables distancias culturales construidas durante siglos por las sociedades. A ese mismo nivel de diversidad se encuentran los valores que cada cultura ha definido para sí: “podría decirse que representan diferentes maneras de ser humano. Pero al final, quizá no exista una manera de arbitrar entre ellas cuando chocan entre sí. Quizá sean simplemente inconmensurables” (Taylor, 1996, p. 77).

Retomando el concepto de pluriculturalidad y su implicación, debe decirse que la influencia de la sociedad mayoritaria, en este caso la occidental, sí contribuye a determinar y a modificar en gran medida lo que es conveniente para las sociedades más pequeñas, numéricamente, lo cual las convierte en fragmentos de culturas por años influenciadas por variadas conductas. Lo que necesita definirse aquí es si conviene o no mantenerse fiel a esta historia: “Ya no se puede seguir afirmando que todas las personas necesitan arraigarse en la cultura concreta, en la que ellas y sus ancestros se criaron” (Waldron, 1992, p. 762) (traducción propia).

La globalización y el mestizaje abren la puerta a un desarraigo creativo, enriquecedor, liberador. El protagonista de nuestra época no es el campesino recluido en la cultura ancestral, sino, por ejemplo, el estudiante francés que escucha *rai* argelino en un aparato japonés de *hi-fi*, se alimenta de pasta italiana y *fast food* norteamericana, chapurrea español con los inmigrantes sudamericanos que viven su barrio, lee a novelistas rusos, practica meditación budista y artes marciales coreanas,

y abarca cibernéticamente el orbe a través de Internet. (Contreras Peláez, 2001, p. 151)

La consideración del profesor Contreras Peláez está relacionada con la posibilidad de romper el gueto que puede surgir de estos círculos sociales, pero deja claro que es importante pertenecer a una cultura determinada; por ello, insiste en la necesidad de conservar los valores más originales de la cultura, siempre que no niegue los beneficios que la modernidad ha proporcionado al mundo moderno.

En cuanto al impacto que ejerce lo externo sobre lo interno, o lo mayoritario sobre lo minoritario, Pierre Bourdieu especifica algunos aspectos externos que intervienen, como lo político, lo económico, lo profesional y lo mediático, para luego analizar sus efectos en la cultura, afirmando que su actuar casi imperceptible los convierte en peligrosos detonantes (Moraña, 2014). Luego, desde su teoría de los campos, observa cómo estos se convierten en un espacio de lucha entre los que pretenden redistribuir el poder (Moreno Pestaña y Vázquez García, 2006, p. 223), de donde se origina la relación dominante-dominados que lleva a la existencia de culturas de exclusión que, en América Latina, ha encontrado particular recepción entre las culturas indígenas y campesinas (Giménez Montiel, 2016).

La Corte Constitucional colombiana frente a los derechos culturales

La Constitución Política de Colombia menciona en 28 oportunidades la palabra *cultura* para indicar el nivel de compromiso que el Estado adoptó desde 1991 con la tolerancia, el reconocimiento y la protección de las diferencias entre los grupos humanos que habitan el territorio, cuyo fundamento constitucional se halla en los principios de dignidad humana, respeto a la diversidad y protección de las minorías (C. C., Sentencia T-605/92). El reconocimiento a las diferencias responde a “la aceptación de

la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (C. C., Sentencia T-380/93). Visto desde otro ángulo, se trata de la superación de la homogeneización, en principio excluyente y luego asimilacionista, a la que fue sometida la nación colombiana por más de tres siglos.

La Corte Constitucional ha sentado importantes posiciones que permiten entender algunas prácticas de los grupos indígenas que reclaman la validación de sus rasgos culturales originales, de cara a lo que la Constitución ha denominado “límites” de la autonomía en la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) y que, a consideración de la sociedad mayoritaria u occidental, rozan con formas de violación a los derechos humanos.

En el marco del reconocimiento que el Estado hizo de las particularidades de los individuos, la Sentencia T-523/97 analiza el significado de la flagelación como sanción legítima entre la etnia paez o nasa, y manifiesta lo siguiente:

El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paezes. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es, pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos

del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. (C. C., Sentencia 523/97)

En la misma línea, donde fueron analizados jurídicamente los efectos y la legitimidad del fuste como forma de castigo entre los paeces, está el uso del cepo entre los embera chamí. Al final, la Corte Constitucional (2012) se refirió a ambos métodos por igual: “[...] la imposición [d]el fuste junto con otra sanción de mayor entidad son aceptables dentro de la justicia indígena” (C. C., Sentencia T-001/12).

Pero, sin duda, un acontecimiento que causó revuelo entre los colombianos no indígenas fue el resuelto en la Sentencia T-030 de 2000. Se trataba de un nacimiento de gemelos en la etnia u’wa, denominado por ellos nacimiento múltiple. La razón del proceso judicial se debió a que los menores fueron entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), debido a que la comunidad rechazaba el nacimiento de varios niños en un mismo parto por considerarlo social y religiosamente contaminante. En esta ocasión, la Corte consideró que los derechos de los niños estaban por encima de la identidad cultural del pueblo u’wa y ordenó

[...] constituir un grupo interdisciplinario para que, bajo la coordinación de la Dirección Seccional del ICBF, Agencia Arauca, señalara el momento oportuno del traslado de los menores, recomendara los tratamientos a seguir, e ilustrara a la familia y a la comunidad U’wa sobre los cuidados de los menores, una vez estos retornasen a su comunidad. (C. C., Sentencia T-030/00)

Igualmente, se indicó el seguimiento del proceso, a partir del cual tenían que rendir informes periódicos a la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Cúcuta.

Otro caso de singular importancia lo desarrolla la Sentencia C-882/11, al afirmar que:

El uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural. (C. C., Sentencia C-882/11)

Ahora bien, tratándose de los alcances que puede tener el derecho a la identidad en Colombia, la Corte fue explícita al mencionar la despenalización de la coca, bajo el argumento de que restringir la identidad cultural a un espacio geográfico determinado pone en riesgo la cultura y traduce políticas de segregación (C. C., Sentencia C-882/11).

Igualmente, la Corte ha reconocido que:

[...] la hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal y alimenticio, entre otros, para varias comunidades indígenas del país; por esta razón, algunos instrumentos normativos y la jurisprudencia constitucional han reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por la Constitución, en particular, por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades. (C. C., Sentencia C-882/11)

El tratamiento que la Corte Constitucional ha reconocido y autorizado para el cultivo y consumo de coca en el interior de las comunidades indígenas colombianas excluye el manejo como alucinógeno desde el mundo occidental; sin embargo, la Corte es enfática en indicar la protección de la práctica por tratarse de una acción eminentemente original de estos pueblos americanos, no trasplantada por los colonizadores, como sí ocurrió con la ablación.

Un caso similar precisa volver a la profesora Champeil-Desplats (2010), en esta ocasión refiriéndose a los hechos ocurridos en Puno (ciudad, departamento y provincia del sureste del Perú), cuando el Gobierno decretó el carácter de patrimonio cultural para la hoja de coca y la posterior consideración de inconstitucionalidad del decreto demandado desde la Presidencia de la República. Lo anterior obedeció a dos razones: por tratarse de una competencia del órgano nacional y por la evidente incompatibilidad entre la consideración de la hoja de coca como patrimonio cultural y los tratados internacionales de lucha contra los estupefacientes. Esto terminó en un enfrentamiento cultural entre los occidentales, que eran finalmente los que le habían otorgado el uso como estupefacientes, y los andinos, para quienes la coca es apenas un elemento más de su paisaje natural, una planta proveedora de bienestar y salud, y un elemento fundamental en las ofrendas ceremoniales (Andina, 2008).

Ciertamente, la protección constitucional a los derechos a la diversidad étnica y cultural en Colombia, así como a la autonomía que gozan los pueblos indígenas están vinculadas con los tratados, convenios y declaraciones internacionales que en esta materia se han acordado (González Serrano, 2013). Sin embargo, es preciso insistir en la línea final del artículo 246 de la Constitución, que recoge la amplitud del concepto de autonomía para introducirlo definitivamente en el sendero de la gran Carta: “siempre que no sea contraria a la Constitución y a leyes de la Republica” (C. P., 1991, artículo 246, [Colom.]). En palabras de la Corte, la protección a la diversidad cultural dispuesta normativamente no implica algún tipo de distanciamiento entre la autonomía de las comunidades indígenas y la realidad jurídica nacional; por el contrario, los derechos a la autonomía y al autogobierno deben coordinarse con la ley nacional (C. C., Sentencia T-001/12). Las dos claridades definen el rumbo de la JEI en cuanto al uso de su cultura, advirtiendo que cuando exista tensión “entre

los derechos individuales fundamentales y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural” (C. C., Sentencia T-001/12) corresponde al juez la decisión, teniendo en cuenta las particularidades del caso y la variabilidad de los componentes de la cultura entre una y otra etnia.

Para llevar el tema de la ablación hasta un posible alcance de la autonomía indígena, se debe observar la problemática a partir de tres aspectos definitivos e innegociables: 1) la condición de etnia, 2) la condición de mujeres, y 3) la condición de niñas, donde estas últimas son sujetos de derechos con especial protección:

En principio, la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas está en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito, se debe observar el principio *pro infans*, que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se pueden tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad. (C. C., Sentencia T-001/12)

Las Sentencias T-349/96 y SU-510/98 establecen las causas por las cuales se hace preciso limitar el desarrollo de algunas manifestaciones culturales que, de acuerdo con los principios del *ius cogens*, generan afectación a los derechos fundamentales. Dichas causas son las siguientes: “por el derecho a la vida (C. P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C. P., artículo 12) y la esclavitud (C. P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C. P., artículo 29)” (C. C., Sentencia T-001/12). Los argumentos jurídicos por los cuales la protección a estos derechos es inminente obedecen a su carácter universal,

imprescriptible, inalienable e irrenunciable, y todos juntos hacen parte de un acuerdo intercultural que los valora en igualdad de condiciones. Los derechos no explicitados en las Sentencias T-349/96 y SU-510/98 quedan en manos del juez constitucional para que, haciendo uso de la ponderación, pueda aplicar el principio de la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones” (C. C., Sentencia T-349/96), con el fin de evitar que el desarrollo normativo correspondiente a la JEI no sea letra muerta.

En este sentido, la ablación, entendida como un procedimiento contrario al derecho a la vida y la integridad de las niñas indígenas de la etnia embera chamí, fue asumida por el Estado por poner en peligro la vida de las afectadas. En consecuencia, basándose en la prevalencia de los derechos fundamentales de las niñas y de las mujeres, las autoridades locales de Puerto Rico en el departamento de Risaralda, junto con los médicos del Hospital San Rafael, asumieron los cuidados clínicos de las tres pequeñas que ingresaron al centro hospitalario luego de que sus clítoris fueron mutilados (“Polémica por ritual embera chamí”, 2007).

Jurídicamente, la ablación contraviene los derechos fundamentales anotados (Morales y Daza, 2017), ya que los informes médicos evidencian las siguientes patologías: crecimiento excesivo de tejido de cicatrización, complicaciones en el parto y riesgo de muerte del recién nacido, condición quirúrgica permanente que obliga a la práctica de intervenciones para disponer el organismo a la vida sexual y al parto, riesgo de muerte para la madre por causas como hemorragia, síncope neurogénico provocado por el dolor y altos niveles de infección en el aparato reproductor; asimismo, dificultad para sanar las heridas, formación de abscesos, relaciones sexuales dolorosas, predisposición a enfermedades de transmisión sanguínea como el VIH/SIDA y la hepatitis, periodos menstruales con

acentuado dolor, infecciones e incontinencia urinaria (Marrugo Núñez, 2014).

Por todo lo expuesto, es probable que la intervención del Estado provoque desconfianza a la hora de verificar el cumplimiento y respeto por el desarrollo de la JEI, como lo establece la Constitución. Sin embargo, dadas las condiciones de extremo riesgo en que se encontraban las niñas de la etnia embera chamí, el derecho a la autonomía por razones culturales se vio rendido ante la prevalencia de los derechos fundamentales:

[...] la consagración del principio de diversidad étnica y cultural [...] se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. (Sentencia SU-510/98)

Sin embargo, el profesor Juan Carlos Abreu y Abreu menciona que los miembros de las comunidades indígenas, reconocidos a sí mismos como tales, precisan su adaptación a los principios jurídicos de los derechos humanos, apostando a la comprensión y adhesión de su cultura a estas normas, para regular la convivencia entre las culturas que se encuentran. Además, advierte que no se trata de subestimar la percepción del mundo que tienen las comunidades, sino de “compartir imperativos de regulación necesarios para el fortalecimiento del Estado” (Abreu y Abreu, 2017, p. 73).

Conclusiones

Los Estados liberales reconocidos a sí mismos como multiculturales y pluriétnicos dieron un gran paso al identificarse en su diversidad,

condición que por muchos años fue aclamada por quienes se percibían en sus diferencias étnicas, religiosas, de género, políticas, ideológicas, etc.

Por motivos culturales, la diversidad –un amplísimo concepto que por su condición inconmensurable escapa al completo arbitraje social– obligó a los Estados a acudir a estrategias formales de validación, a partir de la interpretación normativa y jurisprudencial del orden nacional e internacional, lo cual terminó colocando la cultura a los pies de la interpretación y reinterpretación, proveniente de comunidades externas, con visiones adaptadas a la percepción social mayoritaria.

Este artículo advierte que la práctica de la ablación cumple con tres elementos de la cultura: la práctica generalizada (entre los miembros de una comunidad como la embera chamí, no ocurre lo mismo para otras comunidades), la transmisión por generaciones y la implicación de un significado para la comunidad, independiente de que implique un deterioro a la condición de mujer. Frente al caso, los Estados liberales como Colombia han tenido que acudir a instancias como la Corte Constitucional para que emitan claridad en aspectos concretos relacionados con ciertas prácticas tradicionales de algunas comunidades, como el cepo, los nacimientos múltiples (gemelos y mellizos), o el uso ancestral de la coca. Sin embargo, al llegar a la ablación, se abre un verdadero debate relacionado con la falta de precisión en algunos aspectos que la misma Constitución Política llama a proteger y preservar a partir de lo que considera cultura.

Por otra parte, es importante considerar que la interpretación de lo que es y lo que no es cultura, a la luz del derecho nacional e internacional, termina siendo definido por un ejercicio de interpretación sociológica de la norma, puesto que, al final, las tensiones culturales son dirimidas por la sociedad mayoritaria, desde su propia consideración de lo normal y legal. En el caso de la etnia embera chamí, el Estado intervino porque su

prioridad es garantizar los derechos fundamentales de sus gobernados, en este caso, los derechos a la vida y a la sexualidad de las mujeres, independientemente de las creencias que como comunidad tengan. El particular caso que aborda este trabajo admite que no es posible preservar la identidad cultural a expensas de los derechos fundamentales.

También debe señalarse que los cientos de años de aculturación a los que estuvieron sometidas estas comunidades no permiten hablar con certeza de la existencia de culturas completamente originales. Esto rescata la necesidad de traer la cultura considerada como ancestral a la indetenible evolución del mundo contemporáneo, en lo que pasa a denominarse pluriculturalismo, que admite el rompimiento de guetos culturales para acercar a los miembros de las diferentes comunidades a una sociedad que admite sus particularidades, al tiempo que prioriza la existencia de los derechos humanos como medida de su propio desarrollo.

Referencias

- Abreu y Abreu, J. C. (2017). Reflexiones para una crítica a los derechos humanos, desde una perspectiva multicultural. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Salle*, 14(28), 51-78.
<http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/670>
- Bastos, S. y Brett, R. L. (comps.). (2010). *El movimiento maya en la década después de la paz (1997-2007)*. F&G editores.
- Bastos, S. y Cumes, A. (coords.). (2007). *Mayanización y vida cotidiana: análisis específicos*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/50673.pdf>
- Beech, H. (5 de diciembre de 2020). El drama de las mujeres birmanas que son exhibidas como atracciones turísticas. *New York Times*.
<https://www.nytimes.com/es/2020/12/05/espanol/mundo/tailandia-kayan-turismo.html>

- Bossen, L. y Gates, H. (2017). *Bound feet, young hands: tracking the demise of footbinding in village China*. Stanford University Press.
- Cayzac, H. (2001). *Guatemala, proyecto inconcluso: la multiculturalidad, un paso hacia la democracia*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Chaparro, L. (2020). La violencia contra las mujeres cometida por parte de exparejas en Colombia: ¿una cuestión familiar? En C. Barraza (ed.), *Debates y desafíos para los derechos humanos en Colombia* (pp. 177-203). Ediciones USTA.
- Constitución Política de Colombia [C. P.]. 4 de julio de 1991 (Colom.).
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 14 de diciembre de 1992, M. P.: E. Cifuentes Muñoz, Sentencia T-605 de 1992.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-605-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 13 de septiembre de 1993, M. P.: E. Cifuentes Muñoz, Sentencia T-380 de 1993.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 8 de agosto de 1996, M. P.: C. Gaviria Díaz, Sentencia T-349 de 1996.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 15 de octubre de 1997, M. P.: C. Gaviria Díaz, Sentencia T-523 de 1997.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 18 de septiembre de 1998, M. P.: E. Cifuentes Muñoz. Sentencia SU-510 de 1998.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 25 de enero del 2000, M. P.: F. Morón Díaz, Sentencia T-030 de 2000.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-030-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 30 de agosto de 2006, M. P.: M. G. Monroy Cabra, Sentencia C-742 de 2006,
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-742-06.htm>

- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 23 de noviembre de 2011, M. P.: J. I. Pretelt Chaljub, Sentencia C-882 de 2011.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-882-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], 11 de enero de 2012, M. P.: J. C. Henao, Sentencia T-001/12.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-001-12.htm>
- Champeil-Desplats, V. (2010). El derecho a la cultura como derecho fundamental. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 4(1), 92-116.
https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_4_2010_1/REIB_04_1_o_Veronique.pdf
- Contreras Peláez, F. J. (2001). Derechos colectivos, libertad individual y mitología comunitarista en Will Kymlicka. En F. J. Ansuátegui Roig (ed.), *Una discusión sobre los derechos colectivos* (pp. 135-156). Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”; Dykinson.
- Cortés, S. (2016). Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 129-145.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.03>
- Gallo, A. (1988). *Identidad y valor cultural* (Vol. III). Universidad Rafael Landívar.
- Giménez Montiel, G. (2016). *Estudios sobre la cultura y las identidades sociales*. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.
<https://books.google.com.co/books?id=fCZwDQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
- González Cortés, G. L. (2020) ¿Perpetúan las normas la discriminación hacia las mujeres? De la necesidad del análisis de la producción legal en Colombia. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 15(1), 119-160. <https://doi.org/10.15332/19090528/5744>
- González Serrano, A. (2013). Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 8(2), 45-56.
<https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2013v8n2.1903>
- Hernán Fuentes declara patrimonio cultural de Puno a hoja de coca. (2 de enero de 2008). *ANDINA*. <https://andina.pe/agencia/noticia-hernan-fuentes-declara-patrimonio-cultural-puno-a-hoja-coca-155367.aspx>

- Kuhn, T. (2007). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de la Cultura Económica.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Paidós.
- Lima Soto, R. E. (1995). *Aproximación a la cosmovisión maya*. Universidad Rafael Landívar, Instituto de investigaciones Económicas y Sociales.
- López-Austin, A. (1989). *Hombre-Dios: religión y política en el mundo Náhuatl*. Universidad Nacional Autónoma de México.
www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/hombre/dios.html
- Ludeña Silverio, L. (8 de febrero de 2018). Unaf reúne a especialistas internacionales para abordar la mutilación genital femenina. *AmecoPress*.
<https://amecopress.net/Unaf-reune-a-especialistas-internacionales-para-abordar-la-Mutilacion-Genital-Femenina>
- Macías Reyes, R. (2011). *El trabajo sociocultural comunitario. Fundamentos epistemológicos, metodológicos y prácticos para su realización*. Editorial Académica Universitaria.
<http://edacunob.ult.edu.cu/bitstream/123456789/33/1/El%20trabajo%20sociocultural%20comunitario.%20Fundamentos%20epistemol%C3%B3gicos%2C%20metodol%C3%B3gicos%20y%20pr%C3%A1cticos%20para%20su%20realizaci%C3%B3n.pdf>
- Marrugo Núñez, N. (2014). Multiculturalismo, derechos humanos y derechos de los indígenas en Colombia. Práctica de la ablación en las niñas de la tribu embera Chamí. *Justicia Juris*, 10(1), 32-42. <https://doi.org/10.15665/rj.v10i1.297>
- Morales, S. y Daza, S. M. (2017). El deber de información al paciente el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *Novum Jus*, 10(2), 11-34.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.1>
- Moraña, M. (2014). *Bourdieu en la periferia: capital simbólico y campo cultural en América Latina*. Cuarto Propio.
<https://books.google.com.co/books?id=kgHhCQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=campo+cultural+bourdeau&hl=es&sa=X&ved=oahUKEwiTvFO3ju3dAhWRu1MKHQDmBXUQ6AEIKTAA#v=onepage&q=campo%20cultural%20bourdeau&f=false>

- Moreno Pestaña, J. L. y Vásquez García, F. (eds.). (2006). *Bourdieu y la filosofía*. Montesinos.
- Organización Mundial de la Salud. (3 de febrero de 2020). *Mutilación genital femenina*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>
- Ortega, L., Cárdenas, C., Blanco, C., Ducuara, S. y Valencia, D. (2020). *Reflexiones jurídicas sobre el derecho a la felicidad y el bien común constitucional*. Ediciones USTA. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/31220?show=full>
- Ortiz Quiroga, J. A. (2013). La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 30, 217-249. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3524>
- Polémica por ritual embera chamí. Mutilación a bebés indígenas. (23 de marzo de 2007). *Periódico Hoy*, p. 5.
- Ramírez, M. y Mazariegos, L. M. (1993). *Tradición y modernidad: lecturas sobre la cultura Maya actual*. Universidad Rafael Landívar.
- Rodríguez, E. (2016). El pasaje del Estado y el derecho a la postmodernidad. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2) 11-37. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0002.01>
- Salazar, H. (4 de diciembre de 2010). Etnia indígena prohíbe la ablación femenina. *BBC News*. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2010/12/101203_colombia_indigenas_embera_ablacion_wbm
- Taylor, C. (1996). *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna* (A. Lizón, trad.). Paidós.
- Vásquez Castañeda, D. (1983). *Festividades de Guatemala*. Ministerio de Educación.
- Waldron, J. (1992). Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 25(3-4), 751-793. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=mjlr>

Walsh, D. (30 de abril de 2020). In a victory for women in Sudan, female genital mutilation is outlawed. *The New York Times*.
<https://www.nytimes.com/2020/04/30/world/africa/sudan-outlaws-female-genital-mutilation-.html?smid=tw-share>

Wilson, R. (1993). *Resurgimiento Maya en Guatemala: (experiencias Q'eqchi'es)*. Centro de Investigación de Centro América.

Violencia, masculinidad y vulnerabilidad coexistentes en el hábitat carcelario del Cereso Morelos (México)*

[Artículos]

*Omar García Ponce de León***

*Omar Huertas Díaz****

*Raúl Antonio López Zarco*****

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2020

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2020

* Artículo de Investigación en colaboración entre el Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad del Estado de Morelos - Sede Cuautla y el grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UN, reconocido y clasificado en A1 por Minciencias, 2018, de la Universidad Nacional de Colombia. El manuscrito es producto del proyecto de investigación: "Violencia, masculinidad y vulnerabilidad coexistentes en el hábitat carcelario del Cereso Morelos" (México), gestionado en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México).

** Doctor en Sociología y profesor investigador de tiempo completo adscrito al Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México). Correo electrónico: omart@uaem.mx; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9608-6579>

*** Doctor en Ciencias de la Educación y Derecho, profesor investigador (senior) de tiempo completo de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Director del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica "Extrema Ratio" UN, reconocido y clasificado en A1 por Minciencias, 2018. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8012-2387>

**** Estudiante de Doctorado de la Facultad de Estudios Superiores de Cuautla de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y becario del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) (México). Correo electrónico: raul.lopezzar@uaem.edu.mx; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5532-3216>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Citar como:

García Ponce de León, O., Huertas Díaz, O. y López Zarco, R. A. (2021). Violencia, masculinidad y vulnerabilidad coexistentes en el hábitat carcelario del Cereso Morelos (México). *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1).
<https://doi.org/10.15332/19090528.6479>



Resumen

Este trabajo es resultado de una investigación fenomenológica efectuada a una cárcel del sistema penitenciario del estado de Morelos, que pretende explorar y explicar cómo los reos perciben la violencia, cómo manifiestan su masculinidad y si reconocen su propia vulnerabilidad. Los varones reclusos en el Centro de Reinserción Social Morelos requieren atención directa del Estado por ser obligación directa de este y por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos sobre las personas privadas de la libertad.

Palabras clave: masculinidad, violencia, vulnerabilidad y reclusión.

Coexisting violence, masculinity and vulnerability in the prison habitat of Cereso Morelos (Mexico)

Abstract

This article is the result of a phenomenological research carried out at a prison of the penitentiary system of the state of Morelos, which aims to explore and explain how inmates cope with violence, how they express their masculinity and whether they recognize their own vulnerability. The male inmates of the Morelos Social Reintegration Center require direct attention from the State as a direct obligation of the State and because of the international treaties signed and ratified by the Mexican State regarding human rights of persons deprived of their liberty.

Keywords: masculinity, violence, vulnerability and incarceration.

Introducción

La presente investigación analizó las interacciones de las personas dentro de un hábitat carcelario, el Centro de Readaptación Social (Cereso) ubicado en el ejido de Atlacholoaya, municipio de Xochitepec, estado de Morelos, México. Este trabajo estudia la violencia que viven día a día, la construcción de su masculinidad y sus percepciones de la vulnerabilidad que viven durante el cumplimiento de sus condenas. El objeto general es analizar el comportamiento de los sujetos observados con relación a las significaciones referidas, para lo cual vamos a observar, explorar, interpretar y explicar sus experiencias en torno a la violencia, su masculinidad y la vulnerabilidad de su realidad cotidiana. Los sujetos de estudio son varones mayores de edad que están privados de su libertad. A través de un enfoque hermenéutico-fenomenológico, identificaremos la existencia de una relación proporcional entre la violencia, la masculinidad y la vulnerabilidad en los internos de la institución seleccionada. La violencia y la vulnerabilidad serán consideradas como variables dependientes de la masculinidad. Las observaciones en el Cereso Morelos abarcaron los años 2019 y 2020 como la unidad y periodo de análisis, debido a la escasez de estudios similares o equivalentes en dicha institución y semejantes.

Sin duda, el comportamiento humano ha sido, sigue y seguirá siendo estudiado debido a su complejidad, por su singularidad, las actividades que desarrolla, por sus habilidades y aptitudes manifestadas en diversos contextos y latitudes, características que motivan este estudio.

Investigamos el comportamiento desarrollado por los hombres privados de su libertad, que enfrentan la realidad de coexistir con otros varones en espacios reducidos (en las celdas), con sobrepoblación y hacinados; y además con precarias condiciones de salud, alimentación, y débil o nula interacción social con familia y amigos, así como un mal remunerado

“trabajo” cuando se tiene, y un imperceptible desarrollo laboral, así como escolar, cuyo acceso es limitado. Cabe resaltar que en el contexto mexicano y morelense las deficiencias estructurales, presupuestales y humanas han sido verificadas por organismos gubernamentales nacionales como la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), así como por organizaciones no gubernamentales como México Evalúa (ME) e internacionales como Amnistía Internacional (2017), el Global Peace Index (Índice Global de Paz) (GPI), publicado por el World Prison Population List.

Derivado de una revisión bibliográfica se obtuvieron datos relevantes del último informe relativo a las condiciones y sistemas penitenciarios realizado por la Unión Europea (UE), en el cual resalta que la superpoblación en las cárceles es un problema recurrente en la UE, y otros países del globo, como lo reconocen más de un tercio de los Estados miembros. De acuerdo con el “Informe sobre condiciones y sistemas penitenciarios 2015/2062 (INI)”, esto “pone gravemente en peligro la calidad de las condiciones de reclusión de los internos, resultando en consecuencias adversas para la salud y el bienestar de los reclusos” (Parlamento Europeo, 2017). Asimismo, el Institute for Economics & Peace publicó su *Índice mundial de la paz* (2018), en el cual se mide lo pacífica o conflictiva que es la vida por país. Ese informe considera 161 países del mundo, mostrando que la paz en el mundo mejoró en un 0.28 % respecto al año anterior al estudio, cuando 93 países mejoraron su nivel y 68 retrocedieron. En dicho índice Islandia se mantenía desde 2008 como el país más pacífico del mundo, seguido de Nueva Zelanda, Portugal, Austria y Dinamarca, mientras que Siria resultó el país menos pacífico, acompañado de otros como Afganistán, Irak, Sudán del Sur y Yemen. Dicho estudio hace también una comparación con países de América Latina, según el cual Chile es el más pacífico, ubicado en el lugar 24 en el

ranking mundial, seguido por Costa Rica, que ocupa el puesto número 34 y después Uruguay con el número 35; sin embargo, entre los más conflictivos se encuentran México en el lugar 124, Venezuela con el número 143 y Colombia en 146. De la información anterior, así como de diversos estudios efectuados en países de la Unión Europea (UE) y de otros países, incluyendo el continente americano, se desprende que la inseguridad y la vulnerabilidad de los reclusos son consecuencia de debilidades estructurales, así como organizacionales. Estas deficiencias interfieren con la calidad de vida de los reos y de su seguridad personal y de convivencia en el medio penitenciario. Dichos estudios coinciden con causas y consecuencias de una equivocada e ineficiente reinserción social no solo en Europa, América o Asia, sino a nivel global.

Dichos estudios demostraron que en Latinoamérica y en otras latitudes ocurren violaciones constantes a los derechos humanos de los internos, lo que permite inferir que se ha descuidado o disminuido su importancia (Rivera, 1996), que es uno de los intereses del presente estudio. De acuerdo con el último *Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria* (CNDH, 2019), en México y en Morelos las expectativas de reinserción social son rebasadas por la realidad, ya que los internos padecen sobrepoblación, hacinamiento y deficiencia de los servicios de salud. Hay insuficiencia en los procedimientos para la remisión de quejas de violaciones a los derechos humanos, así como deficiencia en instalaciones necesarias para un buen funcionamiento del centro, además de malas condiciones de higiene de espacios como dormitorios, áreas comunes, sanitarios, comedores, visita familiar, visita íntima o conyugal, locutorios, hay carencia de custodios y estos no están capacitados sobre derechos humanos de los reclusos (Observatorio de Prisiones, 2020). Estos problemas de precariedad en los espacios, malas condiciones de

alojamiento, lejanía del entorno familiar y mezcla de perfiles criminales son condiciones que interfieren con una reinserción eficaz.

Esas situaciones que enfrentan los reclusos coinciden con resultados de estudios sobre la vida en prisión (Olmos, 2007), pues muestran ineficacia del sistema en el proceso resocializador, así como una violencia sistemática que enfrentan a diario (Wieviorka, 2006), lo cual crea una vulnerabilidad proporcional al estímulo recibido. Esa vulnerabilidad o debilidad y desventaja es invisibilizada por el propio sistema e ignorada por la sociedad. Cuando existen problemas sociales que afectan o vulneran a un sector significativo de la población, el Estado, como ente sociopolítico rector, se ve obligado a generar soluciones legislativas y ejecutivas mediante políticas públicas operativas, eficaces y reglamentarias para mejorar la calidad de vida de esa población. La política criminal de un país, estado y municipio o departamento debe armonizarse, integrarse de forma sistémica (Huertas, 2019) con el marco jurídico nacional, en conjunción con documentos como el Plan Nacional de Desarrollo de cada sexenio en el caso de México. Asimismo, estas normas deben estar en concordancia con tratados internacionales en función al respeto a los derechos humanos de los internos (Amnistía Internacional, 2016; CNDH, 2010, pp. 15-16). El objetivo de la reinserción social en México es reintegrar a esas personas a la sociedad, de la cual fueron segregados a través de la resocialización del delincuente para evitar su reincidencia (C. P., 1917 [Méx.]; (Martínez, 2014).

En el caso de las personas privadas de su libertad los derechos humanos son las condiciones mínimas que deben tener para poder convivir durante su reclusión (Huertas et ál., 2019). Estas situaciones son factor de violación constante de sus derechos humanos, el hecho de ser privado de la libertad es en sí un castigo, el cual vulnera derechos de la persona (civiles, políticos, económicos y sociales), así como su entorno

sociocultural y psicoemocional (Scarfó, 2005). Los malos tratos y las condiciones infrahumanas de los espacios vulneran dichas prerrogativas. Los varones reclusos en el Cereso Morelos constantemente enfrentan abusos, vejaciones, malos tratos y hasta tortura al interior de la institución, ya sea por otros reclusos o por autoridades y personal del centro que los debe resocializar. La institución carcelaria legalmente y *de facto* debería brindar y garantizar a los presos las condiciones suficientes para reintegrarse socialmente, es decir, implementar programas y estrategias para que los internos logren su reinserción en la sociedad (Azaola y Hubert, 2017; Martínez, 2014; Observatorio de Prisiones, 2020). Como resultado de sus acciones deben sujetarse a un proceso legal durante el cual la mayoría son violentados, estigmatizados, excluidos socialmente y segregados en cárceles, reclusorios, centros de reinserción social o centros de ejecución de medidas privativas de la libertad para adolescentes. Esto representa restricciones o limitaciones a su movilidad, la interacción social con familiares, amigos y personas ajenas al ámbito penitenciario, y también la restricción de servicios médicos, así como de desarrollo económico y académico.

El encierro es una medida de control social estricto, bajo normas restrictivas y sancionatorias, impuestas por su comportamiento antisocial o antijurídico hacia las personas de su sociedad, el municipio, estado o nación. Estas personas se ven forzadas a adaptarse, a establecer un nuevo proceso de socialización en un entorno distinto, hostil y contrario a la naturaleza humana (Suriá, 2010). Se ha señalado que el castigo disciplinario es históricamente de naturaleza coercitiva y correctiva, que aplica un sistema sancionador organizado desde el gobierno (Foucault, 2009). Por lo tanto, la prisión, como aparato represor y ejecutor, cumple dicho propósito desde su creación (Marcuello-Servós y García-Martínez, 2011). Así se puede entender la norma jurídica señalada en el Primer

Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de agosto de 1955:

Artículo 58. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. (ONU, 1955)

De acuerdo con lo anterior, el proceso de socialización brinda los cimientos para que la persona adopte las formas de vida predominantes en el medio social en el que se pretende desenvolverse. También permite la subsistencia de la sociedad, en la cual nos adecuamos para interactuar con los demás, donde compartimos representaciones, simbolismos y expectativas de lo que la persona puede ser y esperar de los demás, así como de lo que los demás pueden esperar de esa persona. Asimismo, la socialización nos brinda la capacidad de relacionarnos, es una vía de adaptación a las instituciones, nos permite interiorizar los usos, costumbres y normas sociales preexistentes, así como reproducirlas ante el grupo social, y al mismo tiempo es un proceso de aprendizaje continuo que inicia en la infancia y concluye con la muerte, es decir, cuando dejamos de existir (Suriá, 2010).

Las violencias que concurren en el medio penitenciario

¿Que entendemos por violencia? Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la violencia es

[...] el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo o contra otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar

lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. (OMS, 2002)

Esta organización señala que la violencia es una de las principales causas de muerte en la población mundial en edades comprendidas entre los 15 y los 44 años, siendo responsable del 14 % de las defunciones en la población masculina y del 7 % en la femenina; dicho informe también señala que los factores biológicos, sociales, culturales, económicos y políticos influyen en la violencia (OMS, 2002). De acuerdo con lo anterior, la violencia puede emanar de diversas fuentes, por ello bien lo refiere la autora de la obra “Mas allá del bien y del mal” pues ella hace mención que la violencia se encuentra en todas partes e inicia en el propio núcleo social del cual formamos parte, no solo en los centros de reclusión (Barber, 2019).

Esto permite advertir que el ámbito penitenciario no es el único proclive a generar violencia, considerando que es un espacio de opresión reducido con poca movilidad, y lugar de muchas tensiones. Eso ya debe considerarse como violencia institucional, generalmente ejercida por instituciones de control social, de régimen cerrado, instituciones totales (Goffman, 2001). La violencia institucional es aquella que surge directamente de los establecimientos del Estado, la cual está legitimada mediante la norma jurídica para desplegar legalmente el uso de la fuerza y la potestad de constreñir y obligar directamente al merecedor de ella (Doz Costa, 2010). La cárcel es un lugar donde el sujeto junto con otros en desigualdad de condiciones son obligados a vivir por un tiempo determinado, sometidos a un estricto régimen de disciplina impuesto por la propia institución, donde están reducidos casi a objetos, despersonalizados en la mayoría de los casos. Los presos viven la violencia institucional, física, psicológica y simbólica, así como exclusión y segregación dentro de la misma reclusión. La violencia debe verse como un

instrumento activo para el mantenimiento, la guarda y custodia de una posición de poder, generalmente entre hombres (Lorente, 2006).

Se puede señalar la existencia de una violencia simbólica, la cual se puede entender como una forma de poder ejercida sobre los cuerpos y que no necesariamente requiere de coacción física porque es producto de una socialización previa, que ha mutado a los cuerpos y se ha ejercido de manera invisible e insensible, a través del permanente contacto con el mundo físico, que ha sido simbólicamente estructurado y proyectado a organizaciones para el dominio de la sociedad (Sandoval, 2002).

Atendiendo a lo anterior, se puede inferir que la violencia involucra el uso y abuso de algún tipo de fuerza, ejercida contra alguien en forma abierta u oculta (Doz Costa, 2010). Recapitulando, la violencia no es elemento integrante de la masculinidad sino de todo organismo vivo animal o vegetal, ya sea para defenderse, alimentarse o por el simple instinto de conservación de sí mismo. La violencia no es resultado de la masculinidad, aunque algunos autores la han considerado como una de sus expresiones directas (Alatorre, 2006; Bonino, 2002).

Histórica y culturalmente, lo masculino es relacionado con actitudes como agresividad, rudeza, fuerza, potencia física, valentía, virilidad y violencia. También es relacionado con poca o nula demostración de sentimentalismos, ternura o sutileza, con un control férreo de sus emociones, con el hecho de tomar riesgos impetuosamente o ejercer una conducta dominante en todo momento. Algunos estudios señalan condiciones socioculturales y patriarcales que hacen ver a los hombres y a la masculinidad como un modelo hegemónico en la división social entre hombres y mujeres, generador de desigualdades en la estructura misma de la sociedad. Según Bonino, la masculinidad tradicional es “el modelo social hegemónico que impone un modo particular de configuración de la subjetividad, la corporalidad, la posición existencial del común de los

hombres y de los hombres comunes, e inhibe y anula la jerarquización social de las otras masculinidades” (2002, pp. 7-8). Además, Bonino considera que algunos de sus componentes están actualmente en crisis de legitimación social, como el poder configurador, la voluntad de dominio y el control, a los cuales considera como el “corpus” ideológico construido social e históricamente como resultado de las relaciones mujer-hombre, a partir de una cultura de dominación y jerarquización masculina que se ha naturalizado (Bonino, 2002). Ante ese razonamiento se puede pensar, entonces, que la masculinidad tradicional es nociva no solo para las mujeres sino también para los propios hombres (Kaufman, 1987).

Qué es la masculinidad?

Lo masculino y lo femenino ha sido histórica y culturalmente una clasificación dicotómica que señala una diferencia fenotípica que divide al hombre de la mujer, derivada de su identidad biológica entendida como sexo, es decir, que considera algunas características orgánicas específicas como fundamentales y determinantes para diferenciar a los sujetos de una especie (Mejía, 2015). Desde una perspectiva naturalista, el sexo se ha enfocado en las diferencias biológicas entre el macho y la hembra de una especie, o entre el hombre y la mujer, considerándose características naturales e inmodificables que permiten diferenciar a unos de otros (CGCN, 2002). Algunos autores consideran que las diferencias entre hombres y mujeres son de origen natural y no deben alterarse, pues, desde un punto de vista biológico, ya existen importantes diferencias entre masculinidad y feminidad (Money y Ehrhardt, 1992). Desde que existe una división social del trabajo, las mujeres predominantemente han desempeñado trabajos domésticos y de cuidados de los infantes, viejos y enfermos, labores que no eran remuneradas, lo que generó desventajas y desigualdades entre hombres y mujeres (Durkheim, 1968). Eso no

significa que esos trabajos hayan sido impuestos por los hombres o la sociedad, más bien fueron autoimpuestos por la necesidad y situación de la mujer de permanecer mayoritariamente en casa.

Las mujeres, por su parte, han actuado histórica y culturalmente como seres pasivos, tomando un *habitus* pasivo, o rol del “dominado”, permitiendo que los hombres ocuparan el *habitus* de “dominador”, o rol activo, y con ello acumularan diversos capitales (Bourdieu, 1998). La Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en México afirma que “las diferencias y características biológicas, anatómicas, fisiológicas y cromosómicas de los seres humanos que los definen como hombres o mujeres; son características con las que se nace, universales e inmodificables” (Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2016).

Actualmente, deben tenerse en cuenta factores sociales, culturales, económicos y políticos de cada sociedad para entender la diferencia entre sexo y género. En su obra *Sex, gender and society*, Ann Oakley consideró que el sexo biológico consistía en crear una división “obvia y universal” que determinaba los roles sociales de los individuos y que alrededor de esta división podían organizarse otras, asimismo señaló que la cultura constituía un factor esencial en las actividades de cada uno (Oakley, 1977, p. 184). Es importante considerar que si bien la biología resalta los atributos o características naturales de lo que se entiende como *sexo*, la sociedad y la cultura son, al igual que el género, construcciones sociales que se incorporan al individuo y le permiten crear su propia identidad. El género, entonces, puede entenderse como un “conjunto de ideas, comportamientos y atribuciones que una sociedad determinada considera apropiados para cada sexo” (Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2016). En este orden de ideas, se puede considerar que en el contexto social actual se confecciona el concepto de

cuerpo como un conjunto de elementos de enfoque y segmentación sexuales (Bourdieu, 1998), lo que permite ver el peso de lo social en la definición de los comportamientos de las personas.

Lo anterior permite que la persona construya o determine su rol en la sociedad, de esa forma puede especularse que una persona al nacer no tiene la noción de lo que es el sexo ni si es hombre o mujer, masculino, femenino, tampoco de las demás clasificaciones nuevas o emergentes que se tienen actualmente sobre el género. Todas estas categorías las va conceptualizando y aprendiendo a medida que crece, se interrelaciona con la sociedad e interactúa con otras personas que son parte de la diversidad sexo-genérica y sociocultural que son parte de su entorno. Entonces, se ha sintetizado una polaridad o dicotomía sociocultural de hombres y mujeres, que en la sociedad actual está cambiando en algunos círculos sociales. Diversos autores consideran que la condición masculina “es un producto social, un resultado que se puede modificar en uso de nuestra libertad” (Lozoya, 1999). Ahora bien, se entiende por masculinidad una forma de ejercicio de fuerza o de dominio que se ejerce de unos individuos hacia otros, generando relaciones de competencia en diversos ámbitos dentro del mundo simbólico, generalmente de cuerpos con rasgos masculinos, los cuales pretenden ejercer el control de la situación o relación dentro del núcleo social en el que se desenvuelven (Alatorre, 2006). Por estas razones muchos hombres de la sociedad mexicana perciben sus identidades masculinas a partir de las comparaciones que hacen con las identidades femeninas durante gran parte de sus vidas (Gutmann, 1996).

La masculinidad se entiende como “un constructo histórico y cultural, de modo que lejos del determinismo biológico o la mirada etnocéntrica, tendiente a la universalización de una particular forma de ser hombre, las concepciones y las prácticas sociales en torno a este concepto varían según los tiempos y lugares” (Téllez y Verdú, 2011). Estas autoras, además,

señala que existen cuatro teorías antropológicas referidas por Gutmann (1998, p. 49): 1) la masculinidad es cualquier cosa que los hombres piensen y hagan; 2) la masculinidad es todo lo que los hombres piensen y hagan para ser hombres; 3) algunos hombres, inherentemente o por adscripción, son considerados “más hombres” que otros hombres; y 4) las relaciones masculino-femenino son importantes, pues la masculinidad es cualquier cosa que no sean las mujeres. Acorde con lo anterior, la masculinidad es entendida como una conducta inherente a los hombres, desarrollada en cualquier contexto y relacionada usualmente con violencia entre ellos.

La masculinidad, entonces, puede entenderse como aquellos atributos, valores, comportamientos y conductas inherentes y características de cualquier hombre en una sociedad determinada, occidental y consumista (CNDH, 2018). Diversas asociaciones de hombres en el mundo, entre ellas el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE, 2010), la Red Europea de Hombres pro feministas (EuroProfem, 1999), así como la campaña White Ribbon (lazo blanco) (WRC, 1989) aseveran que una de las causas de la violencia se encuentra en la construcción social de los hombres y que es parte integral de la identidad de género. Esto obliga a pensar que pensar que la violencia es considerada una característica de los hombres que les hace sentir “más hombres” dentro de su núcleo social, toda vez que la presión social del propio grupo o espacio en el que se encuentra los obliga a actuar de esa manera. Por otra parte, “hacerse hombre” equivale a transitar un proceso de construcción social en el que a lo masculino le corresponden una serie de rasgos, comportamientos, símbolos y valores, definidos por la sociedad, lo que de alguna manera resulta ser su “masculinidad” (Téllez y Verdú, 2011). Estos conceptos no consideran la vulnerabilidad de los hombres, puesto que esta es invisibilizada e ignorada a pesar de su notoriedad en instituciones totales y

en contextos de reclusión. Sobre todo, por ser consecuencias de una violencia institucional y derivada de deficiencias estructurales, así como de una aplicación parcial del marco legal al que se deben sujetar las autoridades.

En diversas ocasiones el común de la gente asocia la masculinidad con la cultura machista o con el indebidamente llamado *machismo*, que poco o nada considera vulnerables a los varones. Esta es una realidad de la cual pueden o no estar conscientes los reclusos y custodios o el personal de apoyo como médicos, enfermeros, docentes, directivos etc., pues en este escenario de precariedad y vulnerabilidad donde se encuentran los varones su vulnerabilidad no es considerada como un fenómeno social de interés para los estudios de género, enfocados a las mujeres u otros grupos de preferencia sexual diversa.

Como la masculinidad es propia del hombre, esto hace creer que a cualquier varón le ayuda a resistir diariamente los embates de la vida cotidiana, máxime dentro de los contextos de encierro y durante su convivencia con los demás. Es útil reconocer que la hombría o masculinidad de cualquier varón es inmediatamente relacionada con su virilidad, la cual puede entenderse como una capacidad no solo reproductiva sino también símbolo de su desempeño sexual y social, así como una aptitud y actitud para estar listo para un posible combate o para el ejercicio de la violencia de ser necesario (en la venganza, sobre todo). Puede entenderse, entonces, que la virilidad en realidad es una carga psicoemocional y social de gran peso que contribuye a una inmensa vulnerabilidad de los propios hombres, por ello a los varones internos del centro carcelario en cuestión no le es fácil de reconocer abiertamente qué lo aflige, pues hacerlo es admitir debilidad ante los demás (Bourdieu, 1998, p. 69).

La debilidad es una conducta que los hombres no pueden mostrar ante la sociedad precisamente porque dan la sensación de pérdida de hombría, masculinidad, virilidad o empoderamiento, dejando ver al varón como falta de atributos o características representativas de su género, lo que es, incluso, mal visto por la sociedad. El “macho” entiende que debe mostrar su fortaleza, dominio, determinación o control de sí mismo y de ser necesario de otros, tener seguridad en sus palabras y acciones, entre otras cosas. A los hombres no se les educa para mostrarse vulnerables, pues socialmente se ven disminuidos y da pauta a comentarios como “los hombres no lloran” o “los hombres deben tener las tres efes: feo, fuerte y formal”. Entiéndase, entonces, que la masculinidad es una configuración de prácticas sociales y estas son constituidas por múltiples factores tanto personales como económico culturales, sociales, culturales de valores y creencias y hasta políticos, las cuales se producen a través de diversos arreglos asociativos (Faur, 2004). Co esto se deduce que los hombres afirman su identidad masculina, mostrándose a sí mismos y mostrando a los demás que no son mujeres ni débiles, tampoco son niños y mucho menos “raros” (Badinter, 1993; Thomas, 1993). Por su parte, Kimmel expresó que la construcción de la masculinidad era como “aquello que no es femenino” y que requería una validación social, es decir, un reconocimiento o una aprobación de otros hombres como ellos en el núcleo social del cual forman parte.

Vulnerabilidad de los reclusos

La vulnerabilidad es entendida de diversas maneras; por ejemplo, la International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) (Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) afirma que es “la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de

un peligro natural o causado por la actividad humana, y para recuperarse de los mismos” (IFRC, 2020). A nivel nacional, la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables señaló que es vulnerable la “persona o grupo que, por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil; nivel educativo, origen étnico, situación o condición física o mental; requieren de un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia” (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2009). Ahora bien, la misma comisión refiere que los grupos vulnerables son: “aquellos grupos que por sus condiciones sociales, económicas, culturales o psicológicas pueden sufrir maltratos contra sus derechos humanos”, lo que nos permite entender los elementos que son considerados para perfilarse como vulnerable.

De esta manera, se entiende que son vulnerables las personas de la tercera edad, personas con discapacidades, mujeres, niños, pueblos indígenas, personas con enfermedades mentales, personas con VIH/SIDA, trabajadores migrantes, minorías sexuales y personas que viven en aislamiento, inseguridad e indefensión ante riesgos, traumas o presiones, considerando que la vulnerabilidad es un impedimento para un pleno desarrollo individual y social de la persona. La vulnerabilidad social se entiende como esa desventaja de un determinado grupo de la sociedad que se ve disminuido en su calidad de vida o estado de bienestar. Desde una perspectiva sistémica, la violencia tiene manifestaciones en el desempleo y en la precariedad laboral, así como en la ausencia de derechos sociales, considerados como protecciones gestionadas por el Estado. Cuando se habla sobre la vulnerabilidad masculina tendrían que considerarse varios aspectos: “los prisioneros vulnerables son aquellos que, por su edad, género, etnia, salud, condición política o legal encaran un riesgo creciente contra su seguridad, protección, o bienestar como resultado del encarcelamiento” (Reforma Penal Internacional, 2003). En el contexto de

encierro, ser débil, mostrarse inferior o por alguna razón ser menos que los demás hace vulnerable a la persona y evidencia una clara desventaja, propiciando una situación contraria a la que se pretende tener. Eso puede dar como consecuencia la pérdida del respeto, la fractura de su poder o la posibilidad de sufrir abusos y vejaciones de todo tipo.

El ámbito carcelario y su función social

Los centros carcelarios del Estado mexicano son regidos por leyes nacionales, estatales, así como por tratados y acuerdos internacionales, todos ellos encausados a la reinserción de los reclusos y al respeto a sus derechos humanos. Otro punto para considerar es evitar su reincidencia y brindarles las herramientas suficientes para alcanzar dichos objetivos. Asimismo, existen normas de seguridad para evitar la fuga de los reclusos. El sistema penitenciario mexicano legal y políticamente durante mucho tiempo estuvo enfocado en la privación de la libertad como castigo y represión de los antisociales y los enemigos del Estado, sin embargo, a partir de las reformas constitucionales de junio de 2008 y 2011, en materia de derechos humanos, derecho penal y procedimientos penales, mediante el ejercicio legislativo también se encaminó a la reinserción social. Ahora bien, con el paso de los años y la evolución de los sistemas penitenciarios, la idea de castigo se ha modificado paulatinamente, procurando mejoras, que hacen necesario conocer la finalidad de la cárcel y del castigo (Anitua, 2015; Aniyar de Castro, 1972; Calveiro, 2010). El castigo a lo largo del tiempo ha servido de ejemplo para que los demás no realicen acciones reprobables y sancionables contra la sociedad o el Estado, por las consecuencias de las normas sancionadoras.

Existe un clamor social en la sociedad mexicana actual que solicita imponer penas más severas a los delincuentes, y hay partidarios que solicitan la “pena de muerte” como si en lugar de justicia todavía se

buscara o pidiera venganza (Ross, 1901). Parece que se quiere volver a periodos pasados de mayor represión por la inseguridad que se vive, lo que recuerda las palabras de Émile Durkheim (1968), quien señaló que “la pena ha seguido, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres, un acto de venganza, puesto que es un acto de expiación, vengamos lo que el criminal expía, es el ultraje hecho a la moral” (p. 67). Dando a entender que la idea predomina desde esa época, pues las cosas no han cambiado, aunque el nuevo sistema de justicia penal mexicano pretende que la pena de prisión sea la excepción y ofrece otras alternativas, pareciera que la finalidad del proceso es el encarcelamiento y no la reinserción. Así también, “el encarcelamiento es una forma de castigar a los malhechores y de proteger a los ciudadanos de ellos” (Giddens, 2000). Este pensamiento imperaba durante los siglos XIX y XX, sin embargo, parece subsistir ahora en el siglo XXI.

La idea general en los sistemas de prisiones es el de “cambiar y mejorar” a los castigados, en un principio era “regenerar”, posteriormente se pretendió “readaptar”. A partir de junio de 2008, por la reforma del artículo 18 de la Constitución, el propósito cambió al de “reinserción social del sentenciado” (C. P., 1917 [Méx.]). Por ello, la finalidad del sistema penitenciario en México es reinsertar socialmente al individuo para que desempeñe un papel adecuado y digno en la sociedad. De manera tal que quien salga de la cárcel no vuelva a delinquir (Jaime, 2012; Gaytán Martínez, 2017). Cabe señalar que los varones que llegan a la cárcel ya son “hombres”, es decir, ciudadanos ante la ley, por lo tanto son responsables de sus acciones cometidas con anterioridad y están sujetos a cumplir con una obligación impuesta por el Estado (sanción punitiva, corporal). Esto los deja en cierta desventaja o menoscabo, debilitando su persona y sus derechos, sin embargo, estas personas no dejan de ser parte del conglomerado social que los ha excluido y abandonado u olvidado fuera de

la propia sociedad, concentrándolos en espacios determinados y aislados del resto de la población (en las cárceles). A pesar de su condición de interno en una institución total y de control social, de régimen represor, el interno sigue siendo una persona y es parte de la sociedad, quien ha sido separado temporalmente por la trasgresión cometida.

Desde un punto de vista social y moral, se le está estigmatizando como un enemigo de la sociedad, pues así se le ha deteriorado su identidad (Goffman, 2006). En ese orden de ideas, se puede pensar que todos los reclusos o presos se ven como personas malas, indignas de confianza y merecedoras de castigos, incluso de penas crueles como la cadena perpetua o capitales como la pena de muerte (Burón, 2015; Cuello Calón, 1974; Foucault, 2009). Esto deshumaniza la finalidad de la reinserción social, vulnerando derechos humanos flagrantemente. Los espacios destinados a la reclusión tienen exigencias mínimas reguladas por el Estado mediante normas estrictas, además de ello deben facilitar las operaciones administrativo-penitenciarias que demandan las leyes, lo que se refleja en el comportamiento mismo de los internos y en el personal que es responsable de su custodia (Añaños, 2012). Históricamente, la prisión ha sido lugar de crueldad, de privación, de inmundicia, de olvido, donde se daba un trato duro e inhumano a los reclusos, vulnerando y violentando la dignidad humana y propiciando la corrupción general entre los funcionarios de la cárcel. Ahora existen tratados internacionales, leyes y reglamentos que imponen a toda autoridad y a la ciudadanía en general respetar la igualdad de derechos humanos entre hombres y mujeres, por lo que legalmente se rechaza de manera tajante cualquier tipo de violencia hacia cualquier persona, así como la inobservancia o inaplicabilidad de los lineamientos relativos al respeto a los derechos humanos en los internos. La realidad, sin embargo, nos muestra otra cara, de la cual el Cereso Morelos no está exento.

Además de lo ya señalado en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos, el marco legal que regula el Cereso Morelos se encuentra en la Ley Sistema Seguridad Pública Estado Morelos (GOBMOR, 2018), en el Reglamento Interior de la Comisión Estatal de Seguridad Pública (GOBMOR, 2019); Manual de Organización Dirección General de Reinserción Social (GOBMOR, 2018) y el Manual de Organización Dirección General de Centros Penitenciarios (GOBMOR, 2018). Por lo tanto, la “seguridad ciudadana” engloba todas las acciones de los diferentes servicios estatales dirigidos a la lucha contra el crimen de acuerdo con la CIPC (2014). El control de los crímenes o el delito involucra prácticas de control de la conducta y comportamiento de las personas, lo que permite impartir la ley por parte del Estado, esta concepción de orden y control social es una manera de mantener la cohesión social y manejar las relaciones entre los grupos sociales (Garland, 2005). Por su parte, Salinas Betancourt (2018) describe el control social como un “conjunto de mecanismos formales o informales que posibilitan la regulación de la conducta de los componentes sociales, y su direccionamiento teleológico como mecanismo de poder” (s. p.). Es menester resaltar que, de acuerdo con la legislación mexicana, el Estado se arroga el poder público, al estar legitimado y facultado para legislar acerca de la política criminal, el derecho penal y los procedimientos para sancionar y perseguir las conductas antisociales o delitos. Además, la explicación funcional del sistema penal es precisamente el mecanismo de control social por excelencia debido a su aplicación institucionalizada.

Desde un punto de vista formal, el control de la sociedad se puede fracturar con la obligación de las instituciones del Estado de respetar los derechos humanos, por ello esa función da la impresión de ser inhumana y degradante pues permite el hacinamiento de las personas y les aparta de la sociedad, y además las priva de oportunidades para desarrollarse

integralmente como personas (Salinas Betancourt, 2018). Viendo al castigo como la consecuencia de la alteración del orden social por parte de algunos individuos que generan una sensación de inseguridad en la población y que el Estado debe combatir, la vida de la sociedad humana es regida por reglas o normas que son establecidas para regular o moderar las conductas, y estas deben apegarse a un bien o un fin común (Giddens, 2000). Por ello la actividad humana puede conducir a un caos o anarquía en caso de no respetar esas reglas de convivencia que definen el o los comportamientos que la misma sociedad considera adecuados o no y, en según el caso, sanciona a quien se desvía de esas conductas aceptadas por la mayoría.

Las sociedades modernas como la mexicana entienden al castigo como “una compleja institución social, digna de atención” (Garland, 1999, p. 15). Para ello, se crean o implementan instituciones que proporcionan de manera muy conveniente respuestas a la presencia del crimen en la sociedad. Por su parte, Max Weber (1979) señaló que “la exigencia de un castigo, bajo el concepto unitario de ‘expiación’, se explica atendiendo a dos peculiaridades del derecho y la coacción jurídica primitiva” (p. 725). Dando la razón a la norma jurídica como reguladora de los actos de las personas en sociedad, se entiende entonces que en toda sociedad moderna existen retos que debe afrontar, como organizar normas o políticas públicas e instituciones que ayuden a administrar y resolver la problemática. De acuerdo con Garland (1999),

El castigo es visto como un conjunto de prácticas que encarcela, supervisa, priva de recursos o bien regula y controla a los infractores, y la tarea de los penitenciaristas es medir los efectos directos de estas acciones, y delinear las consecuencias reformadoras, disuasivas o inhabilitadoras de las medidas penales sobre la población de infractores que ha sufrido dichas sanciones. (p. 291)

Durkheim ya había considerado que la delincuencia formaba parte de la estructura normal de una sociedad, para él, el delito estaba inmerso en todas las sociedades en mayor o menor medida, pues tiene diferentes manifestaciones, lo normal es simplemente que en la mayoría de las sociedades, si no en todas, haya algún tipo de delincuencia, por lo que cada sociedad admite o se arroga un cierto límite de esta, desde luego sin sobrepasarse. De hecho, la delincuencia constituye un elemento o factor de salud social, ya que es una parte integrante de toda sociedad sana, por lo tanto, el delito es normal porque una sociedad sin él sería completamente imposible (Durkheim, 1968). Debido a lo anterior, se implementaron castigos para tratar de disuadir esas conductas en la población: las cárceles o prisiones son dispositivos de control disciplinario que crean formas de ejercer la violencia y el poder mediante sistemas de clasificación, distribución y tratamiento a delincuentes, a través de sus fundamentos, dispositivos arquitectónicos, discursos normativos, así como sistemas de privilegios y prácticas de corrupción (Araujo, 1993).

Metodología y técnicas de recolección de datos empíricos

Para cumplir los objetivos planteados en esta investigación, se hizo una amplia revisión bibliográfica, dentro de la cual se obtuvo una selección de información relativa al tema de investigación, lo cual permitió hacer un estudio microsocial, pues se busca información de varones que viven reclusos. Para ello se analizaron datos descriptivos, obtenidos de los testimonios de cinco personas privadas de su libertad en el Cereso Morelos, quienes fueron observadas y estudiadas (López, 2012) utilizando un método inductivo, es decir, desde la experiencia de vida de esas personas (Gómez Bastar, 2012). Como lo refieren Taylor y Bogdan (1994), las personas son las que construyen la realidad social, por eso se sigue un trabajo con un modelo fenomenológico: personas relatan desde su vida

cotidiana la manera en que perciben su vida en un reclusorio mexicano. Esa es la fuente principal de información, poder ver desde la perspectiva de la persona que está encarcelada. La teoría sobre masculinidad es el marco para entender los roles que pueden darse entre varones. Dentro de la investigación se pueden desarrollar conceptos y comprensiones partiendo de las pautas dadas por los datos. Dicha metodología está vinculada a la perspectiva teórica de las ciencias sociales conocida como fenomenología, donde el fenomenólogo pretende entender los fenómenos sociales desde la perspectiva del propio actor, explorando el modo en que este experimenta el mundo de manera holística, en donde las personas, grupos y escenarios son considerados un todo y no solo variables. Dicha metodología es acorde con la investigación, pues se centra en el enfoque fenomenológico, el cual procura explicar los significados en los que estamos inmersos en nuestra vida cotidiana, de acuerdo con J. H. Lambert (1728-1777) matemático, físico, astrónomo y filósofo suizo que utilizó un método que puede entenderse como fenomenológico, ante el predominio de las opiniones sociales, o los estudios de corte cualitativo permiten observar a la persona humana como un todo indivisible, singular y único, sin embargo, pueden cambiar por la frecuencia de algunos comportamientos divergentes (Fuentes et ál., 2010). La fenomenología es considerada como un estudio de las estructuras creadas por la conciencia que habilitan al conocimiento para escribir a los objetos fuera de sí, acorde con las ideas de Husserl (1998), pues pretende analizar y entender la esencia de las cosas y las emociones de los actores en su propio contexto, dado que la fenomenología fundamenta su estudio en las experiencias de vida del propio sujeto en su contexto o hábitat, que es el objetivo de la investigación.

Con respecto a un suceso o hecho ocurrido que puede ser generador de uno o varios cambios y desde su propia perspectiva. Asimismo, al

referirme al “paradigma” que pretende explicar la naturaleza de las cosas, la esencia y la veracidad de los hechos o fenómenos sociales. Desde un punto de vista fenomenológico de interpretación, el alcance será la clasificación descriptiva-explicativa, cuya finalidad es experimentar la realidad tal como otros la perciben para obtener una debida comprensión de la perspectiva de otras personas, orientando la estrategia descriptiva basada en el apoyo empírico mediante las propias palabras de los entrevistados (Taylor y Bogdan, 1994). Del análisis de lo anterior hay una correspondencia entre los métodos utilizados y los supuestos epistemológicos y metodológicos propuestos (Sautu, 2005). En esta investigación se busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. No se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible, para obtener un entendimiento lo más profundo posible. La investigación usa un procedimiento inductivo, tratando de partir de resultados particulares e intentando encontrar posibles relaciones generales (Gómez Bastar, 2012). Como lo refieren Taylor y Bogdan (1994), dentro de la investigación se pueden desarrollar conceptos y comprensiones partiendo de las pautas dadas por los datos.

Por otro lado, se utilizó la observación como parte de la técnica de recolección de datos relativos a esta investigación, así como entrevistas en profundidad, siguiendo un modelo de conversación normal, mediante preguntas abiertas y no a través de un intercambio formal de preguntas y respuestas (Taylor y Bogdan, 1994), entendiendo la entrevista como una técnica de investigación reflexiva, subjetiva y pertinente para la investigación social (Chávez et ál., 2013). Las entrevistas, de orden cualitativo, fueron obtenidas de la narración del actor, la cual coadyuva en el procesamiento de información, robusteciendo el tema de investigación (Creswell, 1994). Para ello, el informante puede expresar

sus opiniones, matizar sus respuestas e incluso desviarse del guion inicial pensado por el investigador cuando se divisan temas emergentes que es preciso explorar. De esa manera, el conocimiento que se produce es mediante las diversas relaciones entre los registros, los sistemas de hechos observables, los sistemas de taxonomías y de categorías empíricas y conceptuales que dan la posibilidad de potencializar el análisis y la síntesis de la realidad estudiada, reflexionada y reproducida lo más veraz posible (Chávez et ál., 2013).

En conclusión

Existe una relación tanto directa como indirecta y proporcional entre la masculinidad, la violencia y la vulnerabilidad en los varones reclusos en el Cereso Morelos, por las causas y características analizadas, derivadas de las manifestaciones propias de la conducta de las personas, que se ven focalizadas en una microsociedad ya determinada y que da una muestra de lo que puede acontecer a nivel macrosocial. En el gobierno del estado de Morelos se requiere voluntad política y presupuestal suficiente para la profesionalización y sensibilización del personal que ahí labora, así como la participación de los propios internos, aprovechando sus propias experiencias y aprendizajes sobre la acumulación de riesgos, deficiencias o debilidades para generar su propia resiliencia. Asimismo, se debe permitir recibir apoyo de organizaciones de la sociedad civil, universidades y otras organizaciones no gubernamentales que sirven como contralores sociales y coadyuvantes con los anteriores para lograr dicho fin. Las acciones derivadas del aprendizaje personal mediante el acierto y error, mediante un trato más digno y menos agresivo o violento, se pueden restablecer y hacer respetar muchos de los derechos humanos que han sido vulnerados por la condición de reclusos.

Dichas prerrogativas derivan en las condiciones mínimas que un ser humano requiere para vivir lo más dignamente posible, como los derechos a la salud, educación básica gratuita, es decir, bachillerato, dedicarse a la actividad productiva o trabajo que prefiera siempre y cuando este sea lícito y, por consecuencia, que se garantice el derecho a percibir ingresos justos conforme al trabajo realizado, recibir prestaciones laborales, las cuales le son negadas por la condición de prisionero, el derecho a no ser discriminado por ningún motivo o condición, además del trato digno y el restablecimiento o fortalecimiento del capital social, lo que posibilita a la reincorporación a la sociedad de la cual fueron segregados, y así evitar reincidir. Una vez cumplida la condena o alcanzados algunos de los beneficios de reducción de la pena, salen los residentes al exterior sin oportunidades de trabajo y muchas veces sin apoyo económico de amigos o familiares, lo que dificulta que el recién libertado se reintegre. Por estas razones se ve orillado a reincidir en conductas anómalas o desviadas, consideradas como nocivas para el tejido social de cualquier estado, por lo tanto, delinquir parece ser su última opción, solo por el hecho de no conseguir donde vivir, qué comer ni dónde trabajar, pues una persona recientemente liberada genera desconfianza y hasta temor, por ello nadie le tiende la mano una vez está libre.

Se debe adecuar el sistema de penas y reclusión, hacer que la cárcel sea menos cárcel, y cuanto menos lo sea, mejor. No solo no sirve para combatir los problemas que están en el origen de los delitos cometidos por la inmensa mayoría de las personas presas, sino que contribuye a agravarlos. La reforma más urgente que necesita la cárcel en México consiste en reducirla de tamaño al mínimo. La mejor cárcel es aquella en la que no es preciso entrar, lo que no implica animar la impunidad y la falta de responsabilidad, sino trabajar para que se pueda retribuir a la víctima y a la sociedad cumpliendo otro tipo de penas y sanciones (Cabrera, 2011).

En el quehacer educativo, es necesario promover el respeto a los derechos de los presos como un valor esencial inherente a quien ha sido, en determinados momentos de su vida, un ciudadano 'libre' y del que se espera que vuelva a serlo. Se debe mejorar la calidad de vida de los presos, restableciendo tanto como sea factible sus responsabilidades cívicas (Caride Gómez, 2013; Caride et ál., 2015).

Referencias

- Amnistía Internacional. (2017). *Informe 2016/17 Amnistía Internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo*.
<https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1048002017SPANISH.PDF>
- Anitua, G. I. (2015). Justificación del castigo. En J. L. Fabra Zamora, *Filosofía y teoría del derecho* (pp. 2109-2139). México: Ezequiel Spector.
- Aniyar de Castro, L. (1972). Prisión y clase social. *Sistema de Servicios Bibliotecario y de Información*, 5-25.
- Añaños, F. T. (2012). Violencias y exclusiones en el medio penitenciario. *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, 19(59), 13-41.
<http://www.scielo.org.mx/pdf/conver/v19n59/v19n59a1.pdf>
- Araujo, P. G. (1993). La carcel como pedagogía totalizante. *Tramas*, 5, 41-51.
<https://biblat.unam.mx/hevila/TramasMexicoDF/1993/no5/3.pdf>
- Azaola, E. y Hubert, M. (2017). ¿Quién controla las prisiones mexicanas? En R. Benítez y S. Aguayo (eds.), *Atlas de la seguridad y la defensa de México 2016* (pp. 91-96). Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia; Senado de la República Mexicana.
https://www.casade.org/PublicacionesCasade/Atlas2016/Elena_Azaola_Maissa_Hubert.pdf
- Badinter, E. (1993). *XY: la identidad masculina*. Alianza.
- Bonino, L. (2002). Masculinidad hegemónica e identidad masculina. *Dossiers Feministes*, 6, 7-35. <https://www.raco.cat/index.php/DossiersFeministes/article/view/102434>
- Bourdieu, P. (1998). *La dominación masculina*. Anagrama.

- Burón, F. G.-M. (2015). *La historia de las penas: “de Hammurabi a la cárcel electrónica”*. Tirant lo Blanch.
- Cabrera, C. J. (2011). Exclusión social y prisiones. *Documentación Social*, (161), 43-66.
- Calveiro, P. (2010). El tratamiento penitenciario de los cuerpos. *Cuadernos de Antropología Social*, 32, 57-74.
- Caride, J. A. (2013). Educar en las cárceles: nuevos desafíos para la educación social en las instituciones penitenciarias. *Revista de Educación*, 360, 36-47.
<https://doi.org/10.4438/1988-592X-RE-2013-360-219>
- Caride, J. A., Gradaílle, R. y Caballo, M. B. (2015). De la pedagogía social como educación, a la educación social como pedagogía. *Perfiles Educativos*, 37(148), 4-11.
<http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v37n148/v37n148a16.pdf>
- Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. (2009). *Grupos vulnerables*.
http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Eje_tematico_old_14062011/9_gvulnerables_archivos/G_vulnerables/ci_gvulnerables.htm
- CGCN. (2002). *Glosario de Términos Básicos sobre Género*. Coordinación General de la Comisión Nacional de la Mujer.
- Chávez, M., Covarrubias, K. y Uribe, A. (2013). *Metodología de investigación en ciencias sociales*. Universidad de Colima.
<https://portal.ucol.mx/culturascontemporaneas/libros/Prefacio%20MICS.pdf>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2010). Recomendación General Número 18 sobre la situación de los derechos humanos de internos de los centros penitenciarios de la República Mexicana.
https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_018.pdf
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Respeto a las diferentes masculinidades*. <https://www.cndh.org.mx/documento/respeto-las-diferentes-masculinidades-porque-hay-muchas-formas-de-ser-hombre-tu-puedes>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2019). *Diagnóstico nacional de supervisión penitenciaria*. <https://www.cndh.org.mx/web/diagnostico-nacional-de-supervision-penitenciaria>

- Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres. (05 de diciembre de 2016). Sexo vs género: ¿Por qué es importante conocer las diferencias? (blog). <https://www.gob.mx/conavim/articulos/sexo-vs-genero-por-que-es-importante-conocer-las-diferencias?idiom=es>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C. P.]. 5 de febrero de 1917 [Méx.].
- Creswell, J. W. (1994). *Research Design: Qualitative and Quantitative Approaches*. Publicaciones SAGE.
- Cuello Calón, E. (1974). *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*. Bosdi.
- Doz Costa, J. (2010). Violencia institucional y cultura política. *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*, 38, 145-168.
<https://www.redalyc.org/pdf/185/18516804010.pdf>
- Durkheim, E. (1968). *La división del trabajo social*.
- Durkheim, E. (1998). *El suicidio*. Ediciones Coyoacán.
- Faur, E. (2004). *Masculinidades y desarrollo social: las relaciones de género desde la perspectiva de los hombres*. UNICEF. <https://www.unicef.org/masculinidades.pdf>
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI.
- Fuentes, Y., Dueñas, N., Pérez, J., Mosquera, B., Rojas, Y., Vitón, E., Pi, A., Vásquez, M. (2010). La aplicación de la fenomenología y la teoría fundamentada en una investigación. *Revista Digital Sociedad de la Información*, 21, 1-9.
<http://www.sociedadelainformacion.com/21/aplicacion.pdf>
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna*. Siglo XXI.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control*. Gedisa.
- Gasper, D. y Gómez, Ó. (2014). *Evolution of thinking and research on human and personal security 1994-2013*. United Human Development Report Office.
http://hdr.undp.org/sites/default/files/gomez_hdr14.pdf

- Gaytán Martínez, A. (2017). regeneración, readaptación, reinserción. La transformación del fin de la pena en México. *Revista Electrónica de Divulgación de la Investigación*, 13, 1-14.
<http://ricaxcan.uaz.edu.mx/jspui/bitstream/20.500.11845/460/1/regeneracion-readaptacion-reinsercion-la-transformacion-del-fin-de-la-pena-en-mexico.pdf>
- Giddens, A. (2000). *Sociología*. Alianza.
- Goffman, E. (2001). *Internados*. Amorrortu.
- Goffman, E. (2006). *Estigma: la identidad deteriorada*. Amorrortu.
- Gómez Bastar, S. (2012). *Metodología de la investigación*. Red Tercer Milenio.
- Gutmann, M. C. (1996). *The meanings of macho: being a man in Mexico City*. University of California Press.
- Gutmann, M. C. (1998). Traficando con hombres: la antropología de la masculinidad. *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 47-99.
- Huertas, O. (2019). *Política criminal sistémica: origen rizomático y contribuciones para su reflexión*. Ibáñez.
- Huertas, O., Manrique, F. y Benítez, C. (2019). *Análisis del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia: propuestas para el Estado social de derecho*. Universidad Nacional de Colombia; Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Husserl, E. (1998). *Invitación a la fenomenología*. Paidós.
- Institute for Economics & Peace. (2018). *Global peace index*.
<https://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2020/08/Global-Peace-Index-2018-2-1.pdf>
- International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies. (2020). ¿Qué es la vulnerabilidad? <https://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster-management/sobre-desastres/que-es-un-desastre/que-es-la-vulnerabilidad/>
- Jaime, E. (2012). Más cárceles, ¿para qué? *México Evalúa*.
<https://www.mexicoevalua.org/mas-carceles-para-que/>
- Kimmel, M. (1997). Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la identidad masculina. En T. Valdes, *Masculinidades Poder y crisis* (pp. 49-62). Ediciones de las Mujeres, Isis International, Flacso.

- López, N. (2012). *Métodos y técnicas de investigación cuantitativa y cualitativa*.
Universidad de Guadalajara.
- Lorente, A. M. (2006). Masculinidad y violencia. implicaciones y explicaciones.
Gipuzkoako Foru Aldundia, 1-10.
https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/gizonduz_dokumentuak/es_def/adjuntos/masculinidad_y_violencia_implicaciones_y_explicaciones.pdf
- Lozoya, J. (1999). *Como se construye la masculinidad. Familia, educación y cultura*.
Jornadas de Mujer y Salud, Jerez.
- Marcuello-Servós, C. y García-Martínez, J. (2011). La cárcel como espacio de desocialización humana. ¿Fracaso del sistema penitenciario español? *Portularia*, 9(1), 49-60. <https://www.redalyc.org/pdf/1610/161018226005.pdf>
- Martínez, P. (2014). *La resocialización del delincuente* (tesis). Universitat Jaume I.
<http://hdl.handle.net/10234/106276>
- Mejía, C. (2015). Sexo y género. Diferencias e implicaciones para la conformación de los mandatos culturales de los sujetos sexuados. En J. A. Taguenga (coord.), *Cultura, política y sociedad Una visión calidoscópica y multidisciplinar* (pp. 235-263).
Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- Money, J. y Ehrhardt, A. (1992). *Desarrollo de la sexualidad humana: diferenciación y dimorfismo de la identidad de género*. Morata.
- Oakley, A. (1977). *Sex, gender and society*. Temple Smith.
- Observatorio de Prisiones. (2020). <https://observatorio-de-prisiones.documenta.org.mx/>
- Olmos, C. Y. (2007). Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 5, 1-24. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2477673>
- Organización de las Naciones Unidas. (1955). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>

- Organización Mundial de la Salud. (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*.
https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_es.pdf
- Parlamento Europeo. (2017). Informe sobre condiciones y sistemas penitenciarios 2015/2062 (INI). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0251_ES.html
- Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, 2(41), 77-97.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358701004>
- Reforma Penal Internacional. (2003). *Derechos humanos y reclusos vulnerables. Manual de Capacitación n.o 1*. Reforma Penal Internacional. Unión Europea.
<https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/man-hr1-2003-vulnerable-prisoners-es.pdf>
- Rivera, B. (1996). *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una “cultura” de la resistencia* (tesis). Universitat de Barcelona.
- Ross, E. A. (1901). *Social control: a survey of the foundations of order*. Macmillan.
<https://archive.org/details/socialcontrolasoorossgoog/page/n4/mode/2up?view=theater>
- Saidiza, H. y Carvajal, J. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal. *Revista IUSTA*, 44, 17-39.
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0044.01>
- Salinas Betancourt, L. (2018). Control social y criminalidad. *Studylib*.
<http://studylib.es/doc/408907/control-social-y-criminalidad>
- Sandoval, R. M. (2002). Pierre Bourdieu y la teoría sobre la dominación masculina. *Revista Colombiana de Sociología*, 7(1), 55-73.
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/11150>
- Sautu, R. B. (2005). *Manual de Metodología*. Clacso.
- Scarfó, F. (2005). *La privación de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de las normas de las Naciones Unidas*. Universidad de la Plata.

- Suriá, R. (2010). *Psicología social (Sociología)*. RUA.
- Taylor, S. J. y Bogdan, R. (1994). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Paidós.
- Téllez, A. y Verdú, A. (2011). El significado de la masculinidad para el análisis social. *Nuevas Tendencias en Antropología*, 2, 80-103.
<http://www.revistadeantropologia.es/Textos/N2/El%20significado%20de%20la%20masculinidad.pdf>
- Thomas, F. (1993). Badinter, Elisabeth. XY de L'Identité masculine (reseña). *Revista Colombiana de Psicología*, 2, 155-156.
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/psicologia/article/view/15799/16616>
- Vision of Humanity. (2018). Failing justice: Mexico's institutional weaknesses.
<http://visionofhumanity.org/mexico/failing-justice-mexicos-institutional-weaknesses/>
- Walmsley, R.. (2018). *World prison population list*. Institute for Crime & Policy Research.
https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf
- Wieviorka, M. (2006). La violencia: destrucción y constitución del sujeto. *Espacio Abierto*, 15(1-2), 337-347. <https://www.redalyc.org/pdf/122/12215214.pdf>

Estado y soberanía en el ciberespacio*

[Artículos]

*Eduardo Andrés Perafán Del Campo***

*Sebastián Polo Alvis****

*Marco Emilio Sánchez Acevedo*****

*Catalina Miranda Aguirre******

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2020

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2020

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Derecho, Estado y sociedad", adscrito a la línea "Derecho constitucional y políticas públicas", del grupo de investigación Derecho Público y TIC (G-TICCY), de la Universidad Católica de Colombia.

** Candidato a doctor en Ciencias Sociales, Dinámicas y Cambios en el Espacio y en la Sociedad de la Globalización por la Universidad de Granada, España. Magíster en Estudios Políticos e Internacionales y Politólogo de la Universidad del Rosario, Colombia. Editor académico de la revista científica *Novum Jus*. Profesor universitario e investigador del grupo de investigación en Derecho Público y TIC de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Analista y consultor en asuntos públicos e internacionales. Correo electrónico: eaperafan@ucatolica.edu.co, eduardoapdc@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9981-2679>

*** Estudiante de Maestría en Economía de las Políticas Públicas de la Universidad del Rosario. Politólogo de la Universidad del Rosario. Profesor e investigador de la línea de investigación "Dinámicas y asuntos internacionales" del Grupo de Estudios Políticos Internacionales (GEPI), de la Facultad de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: sebastian.polo@urosario.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2950-6710>

**** Doctor en Tecnologías de los Servicios de la Sociedad de la Información de la Universidad de Valencia, España. Especialista en Derecho Constitucional y en Gobierno Local Electrónico. Abogado y profesor de posgrado de la Universidad Católica de Colombia e investigador de la línea de investigación "Derecho y TIC". Correo electrónico: mesanchez@ucatolica.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7745-2182>

***** Internacionalista de la Universidad del Rosario, investigadora del Centro de Pensamiento Estratégico y Proyección Institucional de la Oficina de Planeación, Policía Nacional de Colombia. Asesora de la Dirección de Justicia, Seguridad y Gobierno del Departamento Nacional de Planeación. Correo electrónico: cmiranda92@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3017-5915>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Citar como:

Perafán Del Campo, E. A., Polo Alvis. S., Sánchez Acevedo, M. E. y Miranda Aguirre, C. (2021). Estado y soberanía en el ciberespacio. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1). <https://doi.org/10.15332/19090528.6480>



Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar la transformación del concepto de soberanía estatal frente a la emergencia del ciberespacio. De esta forma, las ideas que se desarrollarán en este artículo partirán de la reconstrucción de las nociones tradicionales de soberanía estatal, la revisión de los enfoques de actuación estatal en el contexto de la gobernanza global del internet, la conceptualización de las nuevas formas de ejercicio de la soberanía estatal en el ciberespacio y el desarrollo del caso colombiano como ejemplo en materia de ciberseguridad y ciberdefensa.

Palabras clave: soberanía, Estado, ciberespacio, ciberdefensa, internet.

State and sovereignty in cyberspace

Abstract

This paper aims to study the transformation of the concept of state sovereignty regarding cyberspace's emergence. Thus, the ideas that will be developed in this article will be based on the reconstruction of the traditional notions of state sovereignty, the review of approaches related to state actions in the context of global internet governance, the conceptualization of the new forms of exercising state sovereignty in cyberspace and the development of the Colombian case as an example of cybersecurity and cyberdefense.

Keywords: sovereignty, State, cyberspace, cyber defense, internet.

Introducción

Tras los diversos cambios que se han desarrollado con la transformación de las interacciones humanas al nivel global, posibles gracias a la progresiva y acelerada modernización de los medios de comunicación, los retos sobre la vigilancia y el control de la libertad de los ciudadanos incluyen nuevos desafíos derivados de estos avances tecnológicos en la era de la virtualización. Con la consolidación de la cobertura, la velocidad de navegación y el acceso a nuevos dispositivos de tecnología para la navegación, el uso del internet ha generado nuevos cuestionamientos sobre el ejercicio de la libertad de las personas y del rol que deben asumir las instituciones, así como medio para la consecución de información, para el establecimiento de todo tipo de interacciones entre personas que trascienden el contacto humano, entre otros elementos que han permitido una dinamización total de las actividades productivas humanas.

El problema no solo reside en el establecimiento de una nueva dimensión de acción por cubrir en temas de legislación, protección y vigilancia, sino también es un reto para la especialización de funciones que permita una acción pertinente del Estado. Por lo tanto, es necesario comprender el posible nexo entre el fenómeno de la masificación del uso y acceso al internet y las responsabilidades del Estado de ejercer un control adecuado frente a este proceso, específicamente en el establecimiento de una relación causal que incide en una transformación del Estado tanto en el ejercicio de nuevas funciones para la protección de la ciudadanía, como en el surgimiento de nuevos interrogantes que pueden contribuir a la mutación de la percepción de la soberanía del Estado (Barragán y López, 2018; Rodríguez, 2020).

La relevancia que el internet ha cobrado en nuestro diario vivir es evidente. Desde la mayoría de medios y sistemas de información y comunicación a nivel internacional, pasando por el sistema financiero

mundial, hasta los protocolos de activación de misiles nucleares, todos poseen como base para su funcionamiento el internet. Esta herramienta ha evolucionado de forma tal que ha creado un nuevo espacio virtual de interacción, el cual desdibuja las fronteras territoriales e integra a quienes tienen acceso al mundo digital en una red compleja de transmisión de información: el ciberespacio (Mansell y Raboy, 2011)

Este espacio virtual de interacción ha dado paso al mejoramiento de la comunicación entre una gran diversidad de actores a nivel internacional, los cuales intercambian información a asombrosa velocidad respecto a una inconmensurable variedad de asuntos. El ciberespacio no es solo el escenario en donde se intercambia información sobre asuntos que en principio podríamos considerar como de entretenimiento para el usuario, los cuales giran alrededor de la cultura pop, el cine, la televisión y la música. En internet también se desarrollan asuntos de carácter económico, político y social que demandan una considerable proporción de la atención de dicha diversidad de actores en el ciberespacio.

La convergencia de contenidos de carácter económico, político y social en el internet, y las condiciones particulares de dicha red, han permitido que esta se transforme en una importante plataforma de activismo político. Esto se puede observar en, por ejemplo, el uso del internet como catalizador de la primavera árabe, la militancia internacional en apoyo a la liberación de Palestina y Cataluña, entre otros casos (Soengas-Pérez, 2013). El internet posibilita la producción de contenidos que pueden tener impacto en el desarrollo de la vida política en los distintos ámbitos e instancias del Estado (Silva y Pérez, 2019).

El carácter transnacional del internet, la convergencia de una gran cantidad de actores internacionales en el ciberespacio, la facilidad y aparente libertad para la producción de diversos contenidos en la red (incluidos materiales sensibles), el impacto de dicha información en la

población, la constante evolución tecnológica y los desafíos que un mundo interconectado plantea (Koerner y Perafán, 2020), son algunos aspectos alrededor de los cuales los Estados deben reflexionar a partir del surgimiento de este nuevo espacio. Uno de estos elementos es la ciberseguridad y la ciberdefensa.

Se conoce con el nombre de *ciberspacio* al espacio artificial creado por el conjunto de sistemas de la información y telecomunicaciones que utilizan las tecnologías de información y comunicación (TIC), es decir, de redes de ordenadores. Mucho más que internet, más que los mismos sistemas y equipos, el *hardware* y el *software*, e incluso que los propios usuarios, es un nuevo espacio, con sus propias leyes físicas que, a diferencia de los demás, ha sido creado por el hombre para su servicio (Ministerio de Defensa, 2013). En otras palabras, el ciberespacio es la dimensión generada durante el tiempo de interconexión e interoperabilidad de redes, sistemas, equipos y personal relacionados con los sistemas informáticos, cualesquiera que sean estos, y las telecomunicaciones que los vinculan (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2013).

Ahora, para entender la ciberseguridad se debe partir de la seguridad de la información, que, según Kosutic:

Se define como la preservación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información, donde por confidencialidad se entiende, la propiedad que la información no sea puesta a disposición de otros sin autorización, integridad es la propiedad de mantener la exactitud y completitud de la información y disponibilidad es la propiedad de ser accesibles y utilizables ante la demanda de una entidad autorizada. (Kosutic, 2012)

En este sentido, es posible entender la *ciberseguridad* como la seguridad de la información en el ciberespacio, en otras palabras, cuando se busca *proteger* la información contenida en el *hardware*, redes, *software*,

infraestructura tecnológica o servicios, nos encontramos en el ámbito de la seguridad informática o *ciberseguridad* (Medina, 2019).

Las ideas hasta ahora presentadas se desarrollarán alrededor de dos grandes temas en este artículo. El primero recogerá las discusiones sobre la mutación del ejercicio de la soberanía por parte de los Estados en un escenario en constante transformación: el ciberespacio. El segundo desarrollará dos elementos fundamentales a través de los cuales los Estados ejercen su soberanía: la ciberseguridad y la ciberdefensa; estos dos elementos serán abordados a partir del caso colombiano.

Metodológicamente, este trabajo se desarrollará mediante disertaciones teóricas sobre los límites y retos de la organización estatal en el ejercicio de su soberanía en el ciberespacio (Gallego, 2014). A partir de lo anterior, se procederá a esbozar diversos estudios de casos para el abordaje casuístico de los postulados teóricos y, por último, se construirán reflexiones finales sobre los diversos condicionamientos del Estado para su ejercicio de control en espacios virtuales.

Soberanía, Estado, tecnología y globalización

Estado y soberanía

Preguntémonos: ¿hasta qué punto, en un espacio cuyas fronteras son difusas, el ejercicio de la libertad del ciudadano puede considerarse como contraproducente para los intereses y responsabilidades del Estado? Para ello, es necesario comprender los límites y elementos incidentes en la condición ontológica de la soberanía estatal. Antes del abordaje de esta cuestión, es necesario afirmar que la soberanía es un elemento esencial para la preservación de la seguridad de los Estados (Burgos, 2018) y que la interconectividad es un elemento transformador de las sociedades y los individuos, en el marco de un proceso de globalización acelerada (Carreño

y Sánchez, 2018), y que estos dos son conceptos que tienden a contraponerse. Esto se debe a que la soberanía busca el establecimiento de unos límites de acción que contribuyan a la implementación de un ordenamiento determinado en pro de la seguridad y el orden dentro de una autoridad establecida, mientras que la interconectividad es un proceso que pretende trascender los límites anteriormente mencionados (Blanco, 2013).

En la tradición de la ciencia política existe una amplia literatura respecto al concepto de Estado. Sin embargo, si inspeccionamos algunas de sus definiciones tanto clásicas como modernas, podemos encontrar algunas características en común. Si consideramos el trabajo de Maquiavelo (2010), Hobbes (2009), Weber (1964), Kelsen (1949), Bobbio (1989), entre otros, podríamos caracterizar al Estado como una entidad jurídico-administrativa soberana que dispone del monopolio de la fuerza legítima y que se encuentra emplazada en un territorio, la cual tiene como fin garantizar el acceso a una serie de bienes contractuales para su población. Tal vez, los bienes más importantes que provee el Estado para estos autores son la seguridad, la administración de justicia y un paquete de derechos básicos consignados en la mayoría de las constituciones nacionales (Saidiza y Carvajal, 2016).

De manera complementaria, desde la sociología, cabe anotar que la forma particular en la cual el Estado provee estos bienes responde a los marcos de referencia moral (Galán, 2017) que, de manera histórica, han sido contruidos por parte de la población emplazada en los dominios del Estado (Oppenheimer, 2014). En pocas palabras, el accionar estatal responde a una construcción social que parte de los imaginarios de los diversos actores que componen el Estado (Wendt, 2003). En este sentido, tal como puede ser constatado en la realidad, cada Estado se comporta de una forma particular frente a su población, al igual que la manera en la

cual reafirma su soberanía responde igualmente a criterios socialmente contruidos.

De acuerdo con Burdeau, “el signo esencial de la soberanía es precisamente la posesión del poder constituyente” (citado por Peralta, 1999). Dentro de una perspectiva liberal, frente a la creación de un nuevo orden político y jurídico de los Estados por medio del acoplamiento estructural del sistema político y el sistema de derecho en una constitución, el establecimiento de una relación de autoridad es un factor que ha determinado el desarrollo de la concepción de la soberanía bajo los preceptos de este paradigma (Ramírez y Noguera, 2017; Schwartz, 2019). Asimismo, para Burdeau, la soberanía es una “característica, atribución o facultad esencial del poder del Estado que consiste en dar órdenes definitivas, de hacerse obedecer en el orden interno del Estado y de afirmar su independencia en relación con los demás Estados” (Burdeau, 1973, p. 248). Partiendo de esta definición, es posible vislumbrar que la soberanía es un elemento constitutivo del orden interno y de la legalidad inherente al Estado.

Empero, como resultado de las diversas transformaciones políticas, económicas e ideológicas sobre las teorías del Estado, manifestadas tras la caída de la Unión Soviética como símbolo del fin de la Guerra Fría, se daría apertura a un proceso de interconectividad que trascendería los órdenes nacionales vigentes en ese entonces (Laidi, 1998). Con el avance a gran escala de las tecnologías y los medios de comunicación y transporte, que se daría simultáneamente con la apertura y expansión del libre comercio, la cooperación internacional y la integración política, el Estado se vería en un proceso de replanteamiento de funciones ante la presencia de nuevos retos y problemáticas producto del advenimiento de nuevas coyunturas y amenazas latentes.

En este sentido, con base en los avances anteriormente mencionados, iniciaría un proceso crítico de transformación sobre la percepción y naturaleza de uno de los factores transversales de la sociedad y el Estado liberal moderno: el individuo. De acuerdo con Zygmunt Bauman, la aceleración de las dinámicas de interacción humana incide directamente en un proceso de individualización de la sociedad, que se materializa como la “capacidad práctica y realista de autoafirmarse, en detrimento de un proceso colectivo de ciudadanía” (2015, p. 15). De acuerdo con Bauman (2015):

[...] liberar a la gente puede volverla indiferente. El individuo es el enemigo número uno del ciudadano, sugería De Tocqueville. El “ciudadano” es una persona inclinada a procurar su propio bienestar a través del bienestar de su ciudad, mientras que el individuo tiende a la pasividad, el escepticismo y la desconfianza a la “causa común”, el “bien común”, la “sociedad buena” o la “sociedad justa”. ¿Qué significa el “bien común” si no dejar que cada uno se satisfaga a sí mismo? (p. 41)

A pesar de estos procesos de individualización y de “desarraigo” del individuo dentro de un proyecto de sociedad civil, los cuales se han manifestado en actividades determinadas como la libertad económica, de locomoción y de información, la reacción del Estado se ha manifestado en un proceso de transformación orgánica y funcional en torno a estos fenómenos. El Estado ha debido replantearse frente al advenimiento de una “modernidad líquida”¹, la cual puede ejemplificarse en las características que hasta ahora le hemos otorgado en este artículo al ciberespacio, en fenómenos relacionados con la globalización que se pueden observar en el ámbito migratorio (Navas y Montoya, 2018; Polo y

¹ La modernidad líquida se concibe, dentro de los postulados de Zygmunt Bauman, como un proceso de aceleración y de transformación etérea de las relaciones sociales y de poder existentes entre los sujetos, la tecnología y las instituciones, el cual se desarrolla en un escenario político e ideológico de posmodernidad.

Serrano, 2018; Salazar, 2016), en la transformación de las relaciones laborales (Ostau y Niño, 2017; 2018), en la incursión de debates bioéticos y perspectivas alternativas en la realidad y quehacer jurídico de los Estados (Palencia et ál., 2019; Restrepo, 2018; Torres et ál., 2018; Woolcott, 2015; Woolcott y Fonseca, 2018), en el valor y protección de las ideas en una economía de mercado (Flórez et ál., 2018; Woolcott y Flórez, 2014), en los principios que orientan los sistemas de gobierno (Ruiz-Rico y Silva, 2018), entre otros.

Ahora, particularmente, dentro del caso económico, el proceso de desmontaje de los modelos keynesianos derivó en la consolidación de un modelo neoliberal de Estado, abocado a la implementación de un modelo regulador en torno a las actividades económicas de los individuos. Sin embargo, esto también incidió en una percepción del Estado como un actor que se halla en una disyuntiva en torno a su vocación funcional: ¿ser un ente garante de las libertades individuales o corresponder a un fin esencial de su existencia mediante la defensa de la soberanía y el bien común (garantía del paquete básico de derechos)? Dicha disyuntiva también depende de una condición progresiva de predominio de la ausencia de certeza política, en la que no existen principios rectores que brinden una concepción definida y clara de los roles del Estado dentro de un mundo globalizado. De acuerdo con Pardo (2009), dichas condiciones se desprenden de la siguiente situación:

El derecho, los poderes públicos, los juristas, siguen fascinados por una ciencia que realizó descubrimientos espectaculares y que sigue deslumbrando con sus avances, pero en la que ya no se encuentran las certezas de antaño. El derecho persiste en ir a buscar en la ciencia certidumbres, cuando lo que obtiene de ella son, como mucho, probabilidades. Se cierra así un círculo envolvente que se inicia cuando la ciencia, con sus avances, plantea incertidumbres que afectan a derechos y

valores relevantes que ella no resuelve; son las instancias políticas o jurídicas las que han de decidir; pero éstas a su vez se remiten a la ciencia en la búsqueda de unas certezas que allí con frecuencia no encuentran, con el riesgo de que sea la tecnociencia organizada la que acabe dominando espacios de decisión con el déficit de legitimidad que de ello resulta. (p. 18)

Partiendo de lo anterior, es posible afirmar que estos procesos de interconectividad, que se han desarrollado en el marco de la globalización, generan un escenario de incertidumbre política que repercute en un aparente accionar limitado de los Estados, por la consecuente indecisión que se da ante la inconclusión de los debates de la vocación y finalidad del Estado. Inclusive, podría plantearse una pérdida de poder del Estado como consecuencia de un posible accionar soberano limitado en el ciberespacio.

Sin embargo, por otra parte, recordemos los planteamientos de Michel Foucault que dieron forma al surgimiento de la teoría de la biopolítica, la cual le otorga al Estado la condición de ser una forma de poder heredera de las prácticas del poder pastoral que ejerce vigilancia y control sobre todos los espacios de la vida ciudadana, y ata la identidad y el diario transcurrir de los sujetos a los marcos de posibilidad de acción del Estado. Frente a esta concepción del Estado, a la cual Foucault llamó en su momento la más eficiente y compleja estructura de técnicas de individualización y procedimientos de totalización en la historia de la humanidad, podríamos también preguntarnos si realmente dicha forma de poder ha perdido relevancia frente al fenómeno del internet y la consolidación del ciberespacio. Para responder este cuestionamiento, es importante que más adelante indagemos sobre la naturaleza del poder que desarrolla Foucault.

Gobernanza global de internet: ¿soberanía limitada?

La posible pérdida de relevancia por parte del Estado en el contexto del ciberespacio podría evidenciarse en el empoderamiento de otros actores a nivel internacional, los cuales podrían poseer un margen de actuación y decisión más amplio sobre el internet. Podríamos pensar que el ejercicio de la soberanía en el ciberespacio escapa del dominio exclusivamente estatal, al observar un modelo en el que la sociedad civil y la empresa privada son los protagonistas de la *global media and communication policy* ('política de los medios de comunicación globales'). Un escenario en el cual la discusión sobre los elementos inherentes al concepto de soberanía (territorio, seguridad y legalidad) trasciende la exclusividad estatal y se crea la gobernanza global de internet.

La Commission On Global Governance (1995) definió la gobernanza global de internet en los siguientes términos:

La suma de las muchas maneras en que los individuos e instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos comunes. Es un proceso continuo a través del cual se pueden acomodar intereses conflictivos o diversos y se pueden adoptar medidas de cooperación. Incluye instituciones y regímenes oficiales facultados para hacer cumplir la ley, así como acuerdos que las personas e instituciones han concertado o perciben que son de su interés. (p. 2) (traducción propia)

En este orden de ideas podemos definir la gobernanza global de internet como el proceso de concertación y confrontación de intereses de diversos actores internacionales, mediante el cual se moldea la forma en la que se gestiona el internet a nivel mundial. En este sentido, la principal evidencia de cómo se desarrolla la gobernanza global de internet y cuáles son sus particularidades recae en los diversos escenarios internacionales de discusión respecto al internet, los acuerdos internacionales en esta materia

y la normativa que regula el desarrollo de la red a nivel internacional (Internet Society, 2016).

Si bien esta gobernanza involucra un gran número de actores que no son exclusivamente estatales, especialmente la sociedad civil y el sector privado, el protagonismo de los Estados ha sido determinante en el desarrollo de la *global media and communication policy* (Mansell y Raboy, 2011). Tal como sostiene Chenou (2014), los representantes estatales han sido el grupo con mayor participación con relación a los demás grupos de interés en las instancias de discusión de la gobernanza global de internet. Inclusive, siendo los Estados el grupo de interés con mayor representación en dicha gobernanza, estos no poseen necesariamente posturas convergentes respecto a la gestión del internet. Por el contrario, dados los valores particulares de cada Estado y la manera diferenciada en que cada uno percibe la forma en la que debe actuar respecto a sus funciones estatales sustantivas en este ámbito, se defienden modelos diferentes para la gobernanza de internet en escenarios internacionales.

Un claro ejemplo de estas diferencias en los modelos estatales de gobernanza en internet son las posturas contrarias que defienden Estados Unidos y China. Chenou señala que las principales divergencias entre estas dos potencias se encuentran en el terreno de la seguridad informática y la libertad de expresión. Mientras que Estados Unidos promulga una política de *internet abierto* fundamentado en la autorregulación privada de los contenidos, China defiende una postura más restrictiva respecto a los contenidos disponibles en la red y al acceso de los datos privados por parte del Estado (Chenou, 2014).

Estos dos modelos generales dan cuenta de dos lógicas estatales basadas en valores culturales diferentes. Mientras que Estados Unidos es el abanderado del desarrollo pleno de las libertades individuales y de los valores democráticos a nivel mundial (Huntington, 2015), China se

caracteriza por la cohesión social y la integración de su población dentro de un proyecto normativo en el que la población debe seguir fervientemente las directrices de su Estado para posicionarse como un actor poderoso y protagónico en el sistema internacional (Callahan, 2015).

Cada uno de estos modelos posee simpatizantes y detractores en los escenarios de discusión de la gobernanza global de internet. En términos generales, los planteamientos de Chenou (2014) nos permiten observar que los Estados han votado en dichos escenarios internacionales en dos bloques: uno a favor de un enfoque amplio respecto al desarrollo del internet y otro que sostiene una postura más restrictiva.

Este conjunto de factores, en los cuales el Estado reafirma su poderío en términos de su relación con el ciberespacio, se han evidenciado en la gobernanza global de internet. En este sentido, la idea sobre una posible pérdida de poder por parte de los Estados en el ciberespacio debe ser matizada y, por el contrario, se puede observar que estos poseen un amplio margen de acción en la gobernanza global de internet respecto a aquellos elementos que tradicionalmente se han relacionado con el concepto de soberanía.

Una nueva soberanía

Es pertinente mencionar el importante abordaje del concepto de soberanía realizado por Hans Kelsen y su razón de ser en el Estado. Según este autor, en la revisión de este concepto

[...] las dificultades comienzan en el instante en que la reflexión va más allá del orden jurídico estatal propio, es decir, más allá de aquel dominio que se considera de ordinario como orden jurídico estatal, hallándose ante objetos que aspiran al calificativo de “Derecho” con la misma razón que el orden jurídico del Estado, sin que por eso puedan considerarse como partes consecutivas de éste. (Kelsen, 1949)

Por lo tanto, dentro de las concepciones tradicionales de la soberanía, como un elemento que depende el ejercicio del Estado para la consecución de sus intereses y la preservación de su seguridad, es necesario entender las posibles transformaciones y respuestas que se han dado a esta problemática.

Ahora bien, a pesar de que no se ha aclarado teóricamente una materialización deontológica de las responsabilidades y capacidades del Estado para dar una respuesta certera a esta problemática, el Estado ha tendido a mutar simultáneamente con la aparición de estos nuevos retos para la legalidad. Con el advenimiento de los modelos neoliberales de Estado, los cuales han focalizado sus funciones en el desarrollo de un rol regulador mínimo de las actividades de la economía, se ha superado progresivamente la estructura orgánica tradicional del Estado.

Ante las crecientes necesidades del Estado para regular las diversas actividades de los ciudadanos, la delegación hacia entidades descentralizadas que propicien una acción reguladora especializada frente a una temática determinada ha sido un elemento que ha surgido durante los últimos años, animando reflexiones sobre el ejercicio y naturaleza de estas entidades, hasta incluso ser un paso de apertura al debate sobre la trascendencia del modelo de división trifinio del poder público. No obstante, este es un debate de grandes magnitudes que no compete al presente artículo, pero es necesario para resaltar que el desarrollo de las nuevas transformaciones del Estado, ante las nuevas necesidades operativas para la vigilancia y la protección de la ciudadanía, es una temática que merece ser mencionada.

Desde estos elementos previos, las experiencias como el acceso y uso del internet para la consecución de información, la comunicación y la interacción en un amplio espectro de coyunturas y asuntos determinados pueden ser una ventana de oportunidad que determina la misma

condición de individualidad del usuario. Con el surgimiento de estos recursos y su consolidación en la vida cotidiana de la humanidad, en una primera fase jamás el hombre estuvo más cerca de un estado de libertad plena, garantizada por el acceso a grandes fuentes de información, a diversas formas de comunicación, interacción y acción dentro del medio, al punto de llegar al límite de lo aceptable y legal para la sociedad. Es el caso de la *deep web*, que es un medio de acceso a información y servicios que pueden ser ilegales, como la venta de drogas o la venta pirata de elementos protegidos por derechos de autor, pasando por el acceso a información privilegiada y venta de armas, hasta servicios de naturaleza perversa, como la experimentación humana, la pornografía infantil y la oferta de violencia física y sexual.

A pesar de la seria posibilidad de que estos delitos se desarrollen mediante las facilidades operativas de dichos medios, el accionar del Estado para su prevención, neutralización y mitigación sigue siendo insuficiente y, al mismo tiempo, condicionado por el mismo medio. A pesar de que existen mecanismos de detección de acceso y uso de estos recursos ilegales, mediante la triangulación de posición por dirección IP, el rastreo de movimientos bancarios virtuales, entre otras herramientas, sigue habiendo una relativa fractura entre el avance acelerado y progresivo de nuevos *modus operandi* desde el plano virtual y las formas de enjuiciamiento y de ejercicio de la ley en el plano real. De acuerdo con Valencia, “las nuevas tecnologías permiten el acceso a espacios globales que conectan diversos territorios, grupos e individuos, sin que los Estados tengan capacidad de controlar o regular lo que sucede dentro de sus fronteras” (2015, p. 34).

A pesar de que se han redactado y concebido diversas perspectivas, escritos y ensayos sobre este tema, es claro dilucidar que, ante la incertidumbre teórica y política para la evolución orgánica y facultativa del Estado para la respuesta oportuna ante el mencionado problema, las

tendencias temáticas para la solución de este problema se han dirigido por dos vías. La primera corresponde a una perspectiva sobre la concepción de los vacíos de las capacidades y las competencias del Estado ante la presunta libertad ilimitada de los usuarios, mediante la identificación y caracterización de estos elementos como un problema mancomunado de todos los Estados. La identificación de la naturaleza de esta condición, la cual prohíja la proliferación de un sinnúmero de medios para la comisión de delitos que atentan contra la posible seguridad de los ciudadanos y el Estado, tienden a estar relacionados con comportamientos del delito organizado transnacional (DOT).

Ahora bien, dentro de esta categoría se ubica la consolidación de elementos vinculantes en derecho (Acosta y León, 2018) para la creación de obligaciones que correspondan a una responsabilidad institucional para la prevención y mitigación de estos medios. Dentro de esta forma de acción, se da la creación de tratados y acuerdos internacionales con el propósito de generar una acción mancomunada ante estos potenciales flagelos, puesto que la naturaleza transnacional de la interacción cibernética puede incidir en la necesidad de cristalizar una cooperación internacional que responda de forma cohesionada y coordinada. Dicha materialización de compromisos ocurre mediante el establecimiento de un régimen internacional, el cual se define, según los principios de Stephen Krasner, como “una serie de principios implícitos y explícitos, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión, en los cuales las expectativas de los actores convergen en un tema dado de las relaciones internacionales” (1983, p. 2), el cual busca su aplicación como obligación de los Estados bajo el principio de *pacta sunt servanda*.

De acuerdo con Valencia (2015):

Los riesgos tecnológicos, que no respetan las fronteras de los Estados, obligan a que los Estados deban colaborar y cooperar cada vez más entre ellos para garantizar un mínimo de efectividad en la solución de los problemas globales que afectan a los ciudadanos de diversos Estados, de múltiples formas. (p. 34)

Sin embargo, no solo los mecanismos de cooperación internacional mancomunada para la detección de delitos cibernéticos y los elementos vinculantes en el marco del derecho internacional siguen siendo relativamente incipientes; también es necesario resaltar que los delitos cibernéticos pueden estar ligados a otras formas de actividades ilícitas en los ámbitos nacional e internacional, como el secuestro, la extorsión, la tortura, el asesinato, el fraude, el robo, la prostitución y trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, entre otros asuntos de seria importancia para la seguridad de la ciudadanía y de los Estados. Lo anterior ha conducido, por ejemplo, a pensar desde una perspectiva crítica, condicionada a las realidades regionales, los retos en materia de criminología. Sobre este asunto es pertinente revisar el caso latinoamericano tanto desde la perspectiva criminológica como desde la construcción de referentes regionales particulares para asumir los retos de un mundo globalizado y cambiante (Silva et ál., 2018).

Por otra parte, la segunda vía, a diferencia de la primera, busca el desarrollo de una estrategia a un nivel particular frente a la mencionada problemática. A pesar de que este mecanismo tiende a estar articulado a los elementos que permiten una cooperación global en la materia, el desarrollo de esta estrategia se basa en un ejercicio de vigilancia sistemática a potenciales infractores y delincuentes. Esto se ejerce mediante el principio de vigilancia de panóptico de Foucault, el cual se entiende como un sistema que “se ejerce sobre los individuos a la manera de vigilancia individual y continua, como control de castigo y recompensa

y como corrección, es decir, como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas formas” (Foucault, 1980, p. 117), el cual está fundamentado en tres elementos rectores: vigilancia, control y corrección. A pesar de que este es un modelo de vigilancia formado para la materialización de un proceso de ortopedia social, encaminado a la rehabilitación de sujetos que hayan infringido la ley y el orden, es posible su implementación como un medio de control anticipado a la posible comisión del delito, el cual podría implicar el control estatal de la experiencia del internauta.

Además de esta forma de vigilancia, este método también busca el establecimiento de una cultura de denuncia y control descentralizado, de la cual son parte los mismos usuarios. Esto potencia dinámicas de criminalización en el seno de la estructura social (Ariza, 2018), en la cual también intervienen los medios de comunicación como aparatos de reproducción de una ideología punitiva (Barragán y López, 2018; Velandia, 2018), que se enclava en las formas de interacción de la ciudadanía, estableciendo un sentido de la justicia y del proceso penal (Moya, 2018) frente a la construcción del fenómeno de lo delictivo. Esta estrategia toma como asidero la vigencia de principios éticos y morales como factores que permiten una operatividad de un sistema descentralizado de vigilancia ciudadana en el ciberespacio lo cual ha permitido que se inauguren debates como el relacionado con el derecho a la intimidad en este tipo de redes (Castro, 2016). Además de esto, la implementación de este elemento depende del control de contenido y el límite al acceso de información como mecanismos para fijar una frontera entre lo legal y lo ilegal.

Sin embargo, una gran limitante de esta forma de control se basa en el hecho de presunción del delito como un *fait accompli*, el cual no solamente compromete al principio de *bona fides* como garantía necesaria del derecho al debido proceso, sino también puede ser un elemento que

condicione la legitimidad de la autoridad por la comisión de actos ilegales para el cumplimiento de sus funciones. Además, este sistema de vigilancia puede incidir en una amenaza latente al principio de *habeas data* para la salvaguarda de la información personal de los usuarios, además de condicionar la libertad individual bajo los intereses y elementos que definen las perspectivas de seguridad de los Estados.

Vigilancia y control sobre la experiencia del cibernauta

Recordemos que, tal como lo hemos enunciado, el internet ha creado un nuevo territorio virtual que en principio escapa de las fronteras estatales. El ciberespacio puede ser asimilado en términos conceptuales a las aguas internacionales que escapan de la soberanía de los Estados; sin embargo, los usuarios que navegan en la red se encuentran físicamente emplazados en un territorio estatal. Esta situación genera una tensión latente que genera cuestionamientos a la soberanía de los Estados.

Respecto a esta dicotomía podemos observar que los Estados han logrado reafirmar su soberanía en el ciberespacio. Esto se ha logrado por medio de la vigilancia, el control y la regulación estatal de la experiencia cibernética del internauta como espacio de control del biopoder. Si bien el internet vuelve difusas las fronteras estatales debido a la interconexión transnacional en tiempo real, el acceso a internet depende de una infraestructura que se encuentra territorialmente localizada en los Estados. De esta forma el control del contenido al que tienen acceso los internautas se ha transformado en una forma de reafirmación de la soberanía estatal. Esto se puede evidenciar a través del desarrollo de políticas públicas estatales en diversos Estados para la regulación del contenido al que los usuarios tienen acceso en internet.

Por otra parte, la relación entre la justicia (los derechos constitucionales básicos que garantiza cada Estado de manera particular) y el internet es

observable en el contenido que se puede producir y al cual se puede acceder en la red. En términos generales existen acciones punibles que, de acuerdo con la normativa de cada Estado, en caso de ser cometidas por parte de algún ciudadano, el sistema judicial se pone en marcha para juzgar dicha conducta. En el caso de internet, el Estado reclama de igual forma su capacidad para juzgar y disciplinar a los ciudadanos que cometan acciones ilegales en el ciberespacio.

Supongamos que un ciudadano colombiano hace uso de internet para la venta de drogas, armamento militar o cualquier otro producto de la actividad delictiva. En este caso, dado que la legislación colombiana prohíbe este tipo de conductas, el internauta que transgrede la normativa estatal en internet es susceptible de ser vigilado y disciplinado por parte del Estado colombiano. Este tipo de ejemplos pueden ser rastreados en todo el mundo, como en el caso del desmantelamiento por parte de las agencias de seguridad estadounidenses de una serie de dominios en la *deep web* en los que se llevaba a cabo actividades delictivas por medio del internet (Weimann, 2016).

Ahora, la garantía del paquete de derechos constitucionales básicos que garantiza cada Estado también se hace extensiva en el ciberespacio. Derechos como, por ejemplo, la protección de la niñez (Velandia et ál., 2018) son garantizados a través del veto. Un ejemplo de esto es la prohibición de la publicación y descarga de contenidos que se encuentren relacionados con pornografía infantil, dado que en la mayoría de Estados esta es una conducta prohibida en sus marcos normativos. De esta forma, si recordamos que los Estados son construcciones sociales que actúan conforme a los valores de una población, podemos entender por qué estos buscan imponer dichos marcos normativos en un ciberespacio que, dada su naturaleza, podría escapar de su jurisdicción.

A pesar de la posibilidad de acción mediante el uso del principio de razón de Estado, como lo mencionaba Burdeau, un ejercicio de soberanía en el que se apela a dicha “característica, atribución o facultad esencial del poder del Estado que consiste en dar órdenes definitivas” (Burdeau, 1973, p. 248), sigue entablada la disyuntiva entre la garantía de derechos y libertades de la ciudadanía y la protección y la respuesta ante posibles amenazas contra la seguridad y la salvaguarda del Estado. En este sentido, la libertad individual y el control del Estado vuelven a encontrarse de manera conflictiva.

Por otra parte, recordemos los planteamientos de Michel Foucault que dieron forma al surgimiento de la teoría de la biopolítica, la cual le otorga al Estado la condición de ser una forma de poder heredera de las prácticas del poder pastoral que ejerce vigilancia y control sobre todos los espacios de la vida ciudadana y ata la identidad y el diario transcurrir de los sujetos a los marcos de posibilidad de acción del Estado. Frente a esta concepción del Estado, podríamos también preguntarnos si realmente dicha forma de poder ha perdido relevancia frente al fenómeno del internet y la consolidación del ciberespacio.

Atendiendo a este cuestionamiento, entrevemos que la extensión de las prácticas del poder pastoral al ciberespacio es la evidencia del ejercicio de control estatal que reclama la vigencia de su soberanía. Por lo tanto, con el advenimiento del ciberespacio y la alta volatibilidad y liquidez de las relaciones que allí se desarrollan, el Estado, tradicionalmente ligado a la condición burocrática weberiana, debe replantear sus mecanismos y estrategias de ortopedia política para superar dicha burocracia anquilosada y acelerar sus respuestas a la misma velocidad que el fenómeno globalizador del internet demanda.

Ahora, el control del acceso al internet y de la experiencia del internauta no es la única forma a través de la cual el Estado reafirma la vigencia de su

soberanía en el ciberespacio. Tal como lo demuestra Valderrama (2018), el internet se ha transformado en un derecho fundamental que cada vez ingresa con mayor fuerza en las agendas constitucionales, los cuales deben estar en la capacidad de proveer este servicio a sus ciudadanos. En este sentido, si recordamos las discusiones respecto al Estado desarrolladas al inicio de este artículo, su legitimidad está directamente relacionada con su capacidad de garantizar un paquete de derechos básicos a su población, por lo tanto, su relación con el fenómeno del internet también podría ser entendida como un potencial foco de legitimidad y objeto de responsabilidad social (*social accountability*), particularmente en sistemas democráticos. En este sentido, podríamos observar cómo, incluso, la forma que adquiere la relación del Estado con el fenómeno del internet podría influir en la percepción democrática que se tiene de dicho Estado. La legitimidad democrática (Agudelo y Prieto, 2018) podría verse condicionada, dentro de un modelo integral (De Los Santos et ál., 2018) no solo por el reconocimiento del internet como derecho fundamental, sino por la forma particular de control y regulación que pesa sobre este.

Esta situación guarda relación con la promesa de salvación que Foucault describe en el poder pastoral. Este poder, cuya génesis se encuentra en la institución de la Iglesia, promete a quienes siguen las reglas de juego del Estado su salvación terrenal a través de una economía de derechos. Dicha economía distribuye y asigna derechos a quienes se encuentran atados y no transgreden los márgenes de posibilidad de acción del Estado. Por el contrario, quienes rompen con dichos márgenes son objeto de una redistribución de sus derechos, frente a la cual una de las posibilidades más comunes es la privación del derecho a la libertad. En este sentido, dentro de la narrativa de la salvación de los Estados modernos, el internet es un elemento condicionado por las reglas de juego estatales, realidad a la

cual se ata a los sujetos a partir de un proceso “objetivizador naturalizado”, como derecho que es objeto de distribución (Perafán et ál., 2020).

Por otra parte, podríamos preguntarnos: ¿sobre qué tipo de contenidos los Estados han reclamado la necesidad de control y regulación? Tal como indica Chenou (2014), a lo largo de la historia de la gobernanza global de internet, algunos de los asuntos más recurrentes han sido la ciberseguridad y los derechos humanos, los cuales se han expresado en los diversos escenarios de discusión sobre el internet, tales como la World Summit on Information Society (WSIS), el Working Group on Internet Governance (WGIG), el Internet Governance Forum (IGF) y la World Congress on Information Technology (WCIT). Estos dos aspectos se relacionan de manera directa con los dominios sustanciales del Estado mencionados anteriormente (seguridad, justicia y paquete constitucional de derechos básicos).

Existen amenazas latentes en internet que han sido securitizadas por parte de los Estados. Gran parte de los Estados desarrollados y en vías de desarrollo han formulado políticas estatales de ciberseguridad y ciberdefensa debido al incremento exponencial de ataques cibernéticos a páginas gubernamentales, filtración de contenidos clasificados de seguridad y a la posible violación de protocolos que controlan la infraestructura militar (Vargas, 2014). Esta preocupación estatal por las amenazas en materia de seguridad que se originan desde internet no solo se ha evidenciado en el desarrollo de políticas estatales, sino también en el trabajo conjunto entre Estados para la formulación de políticas internacionales de ciberseguridad. Un ejemplo de esto es la elaboración del manual de ciberseguridad de la International Telecommunication Union (ITU), el manual para la ciberguerra de la OTÁN (Organización del Tratado del Atlántico Norte) y la política pública de seguridad digital

colombiana, la cual desarrollaremos como ejemplo en las siguientes páginas.

Proteger el ciberespacio colombiano para garantizar la seguridad ciudadana y la defensa nacional

La comisión de ilícitos en el ciberespacio ha tenido un crecimiento exponencial desde el año 2010, desde cuando es posible realizar análisis estadísticos sobre el comportamiento de estos delitos gracias a la adopción de nueve bienes jurídicos tutelados relacionados en el Código Penal colombiano. Si bien en casi una década de estudio sobre estos datos es posible afirmar que los casos de delitos informáticos han incrementado con el paso de los años, el 2020 es un año tan atípico como preocupante: han crecido en forma exponencial todos los delitos definidos por la Ley 1273 debido a la virtualización de la vida producto de las medidas de aislamiento (tanto obligatorio como voluntario) definidas por el Gobierno nacional y los Gobiernos territoriales para mitigar el contagio y la saturación de los sistemas de salud con ocasión de la pandemia. Solo por dar algunos ejemplos, del 25 de marzo al 8 de noviembre de 2020 (periodo covid-19), la interceptación de datos informáticos varió en un 235 % (975 casos en 2020 en comparación a 291 casos del 2019) y la suplantación de sitios web en un 377 % (3499 casos en 2020 en comparación a 733 casos del 2019) (Policía Nacional, 2020).

Los delitos informáticos son, entonces, los de mayor crecimiento en el país (incluso por encima de los delitos de alto impacto como el homicidio, el hurto y la extorsión). Por esa razón demandan soluciones colectivas, intersectoriales y mancomunadas, pero, sobre todo, flexibles y vanguardistas que permitan anteceder y predecir la gran agilidad con la que los ciberdelincuentes crean mecanismos y herramientas más

sofisticadas para afectar los sistemas informáticos del Estado, las empresas y la ciudadanía.

Como se ha expuesto a lo largo de este documento, los ciberdelitos trascienden las fronteras nacionales, por lo cual requieren respuestas que emanen de la concertación entre los diversos actores del sistema internacional (estatales y no estatales). Es por este motivo que esta sección busca desarrollar algunos antecedentes elaborados desde la Unión Europea (UE) y la Organización de Estados Americanos (OEA) en materia de ciberseguridad, para después enunciar algunos elementos propios a la política pública y la normativa colombiana que dan cuenta de los avances y las capacidades del país en materia de seguridad cibernética.

Respuestas regionales a la seguridad y la defensa cibernética: los casos de la UE y la OEA

Para combatir las actividades ilegales en el espacio cibernético, la Unión Europea ha comenzado a legislar en el marco de la ciberseguridad para la ciudadanía europea. Una de las últimas actuaciones que realizó la UE en este sentido fue el desarrollo de la estrategia de ciberseguridad europea, como un marco de acciones encaminada a solventar y mejorar el espacio en la red (Medina, 2019). El documento nace respaldado por una serie de órganos, instituciones y políticas que ya están trabajando en torno a las diversas dimensiones de la seguridad desde finales de 1990 (Machín y Gazapo, 2016).

La estrategia de ciberseguridad de la UE establece los planes de esta organización para prevenir y responder a las perturbaciones y ataques que pudieran afectar a los sistemas de telecomunicaciones del viejo continente. En este contexto, la UE tiene una extraordinaria importancia no solo porque agrupa a 28 países industrializados que juegan un papel relevante en la economía digital mundial, sino que en ellos las tecnologías digitales

son fundamentales en la economía y la sociedad en su conjunto. Lo anterior también está relacionado con el nivel de amenaza al que estos países deben responder, comparados con otros actores del sistema, como los crecientes ciberataques dirigidos por grupos de delincuencia organizada internacionales que operan con un elevado nivel técnico (Wegener, 2014).

En la más reciente Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (UE) (6 de julio de 2016) relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información de la Unión para fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior, se definieron las siguientes prerrogativas:

1. Establecer obligaciones para todos los Estados miembros de adoptar una estrategia nacional de seguridad de las redes y sistemas de información;
2. Crear un grupo de cooperación para apoyar y facilitar la cooperación estratégica y el intercambio de información entre los Estados miembros y desarrollar la confianza y seguridad entre ellos;
3. Crear una red de equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (*computer security incident response teams*, CSIRT) con el fin de contribuir al desarrollo de la confianza y seguridad entre los Estados miembros y promover una cooperación operativa rápida y eficaz;
4. Establecer requisitos en materia de seguridad y notificación para los operadores de servicios esenciales y para los proveedores de servicios digitales;
5. Establecer obligaciones para que los Estados miembros designen autoridades nacionales competentes, puntos de contacto únicos y CSIRT con funciones relacionadas con la seguridad de las redes y sistemas de información. (Unión Europea, 2016)

Por su parte, la OEA ha trabajado para fortalecer las capacidades de seguridad cibernética entre los Estados miembros desde principios de la década de 2000. Con los años se ha convertido en un líder regional en asistencia a los países para fortalecer la capacidad técnica y de seguridad cibernética en materia de políticas que garanticen un ciberespacio seguro y resiliente. Además, la OEA promueve un especial cuidado por los derechos humanos y las posibles tensiones que pudiesen surgir frente al paradigma de la seguridad (Carvajal, 2018). En este contexto, el programa de seguridad cibernética de la OEA apoya las iniciativas sobre la base de un análisis en profundidad y en la comprensión de la magnitud de las amenazas (OEA, 2015).

En el año 2004, los Estados miembros de la OEA aprobaron la Estrategia Interamericana Integral para Combatir las Amenazas a la Seguridad Cibernética, la cual aboga por un esfuerzo coordinado de múltiples partes interesadas en la lucha contra las amenazas cibernéticas en el hemisferio, y proporcionan un marco inicial para cultivar y guiar dicho enfoque. Los Estados miembro fueron extraordinariamente previsivos cuando adoptaron tal estrategia ya que ha mejorado la protección de la infraestructura de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), fortaleciendo la capacidad de los Gobiernos para responder y mitigar incidentes cibernéticos. Estos compromisos se han reafirmado y fortalecido con los años, a partir de la adopción de numerosas declaraciones oficiales, incluyendo la más reciente, relacionada con el papel y las responsabilidades de la OEA y sus Estados miembros en la promoción de la seguridad cibernética, la lucha contra la delincuencia informática y la protección de infraestructuras de información crítica (Medina, 2019).

Respuestas del Estado colombiano a las amenazas cibernéticas

Entender las capacidades de Colombia en ciberseguridad también amerita comprender el lugar de este país en cuanto a su madurez cibernética. De acuerdo con el Reporte de Ciberseguridad 2020 realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), Colombia está en una etapa consolidada, lo cual significa que “los indicadores están instalados y funcionando. Sin embargo, no se le ha dado mucha consideración a la asignación de recursos. Se han tomado pocas decisiones acerca de los beneficios con respecto a la inversión relativa en este aspecto. Pero la etapa es funcional y está definida” (2020, p. 42).

Entre los esfuerzos desarrollados por el Estado para mejorar su madurez cibernética, el país expidió una nueva Política Nacional de Confianza y Seguridad Nacional (CONPES 3995 de 2020), y un Comité de Seguridad Digital al interior de la Presidencia de la República. Asimismo, Colombia también cuenta con un Grupo de Respuesta a Emergencias Cibernéticas (COLCERT) en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional. Estos avances indican que existen necesidades que están siendo cubiertas por el Estado, pero falta invertir mayor recursos (financieros y humanos) para atender efectivamente los riesgos de la masificación en el uso de nuevas TIC y la extensión de la virtualización en todos los espacios de la vida.

Por su parte, el *National Cyber Security Index* elaborado por e-Governance Academy (eGA)² ubica a Colombia en el puesto 60 de 161 países analizados. De acuerdo con este índice, el país tiene un 46.75 en el índice de seguridad cibernética nacional (el cual mide las capacidades

² Organización de consultoría y tanque de pensamiento sin ánimo de lucro construida como una iniciativa conjunta del Gobierno de Estonia, Open Society Institute y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Su objetivo es crear y transferir conocimiento y buenas prácticas en el área de la transformación digital: gobierno y democracia electrónica, y ciberseguridad nacional.

implementadas por los Gobiernos), mientras que se evalúa en un 56.09 los aspectos relacionados con el cumplimiento promedio del porcentaje en el índice de desarrollo de las TIC y el índice de preparación en red. Es decir, la posición de Colombia en el mundo es similar a la que tiene en su región: existen esfuerzos normativos y en política pública, pero falta una mayor inversión en diversas capacidades para que el país pueda convertirse en un líder y referente en esta materia.

Estructura y desarrollo de la política nacional de seguridad digital, y las políticas en seguridad ciudadana y defensa nacional relacionadas con el espacio cibernético

Colombia es reconocida por la puesta en marcha de diversos planes, estrategias y políticas que conciernen a la seguridad y defensa nacional. La evolución histórica del conflicto armado en Colombia (Bernal, 2018) ha llevado a que la seguridad sea una prioridad en el ámbito gubernamental. Inclusive, con la firma de los Acuerdos de Paz con la extinta guerrilla de las FARC, la seguridad continúa en el centro de la discusión nacional (Cubides et ál., 2018). Sin embargo, algunos cambios en el panorama político colombiano, como la firma de los acuerdos anteriormente mencionados que han sido acompañados por una transformación transitoria de ciertos espectros del andamiaje institucional para su implementación (Pérez, 2018), han llevado al Estado colombiano a reconocer, priorizar y fortalecer otros aspectos de las políticas nacionales de seguridad y defensa. En este contexto, surgen nuevos retos que deben ser considerados, como el robustecimiento y reflexión sobre la pertinencia de la Política Nacional de Seguridad Digital, la Política de Defensa y Seguridad (Ministerio de Defensa Nacional, 2020) y la Política Marco de Convivencia y Seguridad Ciudadana (Ministerio de Defensa Nacional, 2019).

El nuevo documento CONPES 3995, “Política Nacional de Confianza y Seguridad Digital”, expedido en 1 de julio de 2020, tiene como

antecedentes en política pública el documento CONPES 3701, “Lineamientos de Política para Ciberseguridad y Ciberdefensa” (2011), y el documento CONPES 3854, “Política Nacional de Seguridad Nacional” (Departamento Nacional de Planeación, 2016). Ambos documentos han sido fundamentales en la construcción de lineamientos y capacidades, pero carecían de un componente realmente eficaz en la construcción de confianza digital. El CONPES 3995 busca:

Establecer medidas para desarrollar la confianza digital a través de la mejora a la seguridad digital de manera que Colombia sea una sociedad incluyente y competitiva en el futuro digital mediante el fortalecimiento de capacidades y la actualización del marco de gobernanza en seguridad digital, así como con la adopción de modelos con énfasis en nuevas tecnologías. (Departamento Nacional de Planeación, 2020, p. 27)

Para cumplir con este objetivo, y considerando lo relativo exclusivamente al sector defensa y seguridad, las diferentes instituciones del Estado con competencias en esta materia deberán, entre otros:

- Elaborar un diagnóstico y plan de mejoramiento continuo de capacidades operativas, administrativas, humanas científicas y de infraestructura.
- Definir lineamientos para la confirmación de una red de participación cívica digital para mejorar la interacción y cooperación frente a amenazas cibernéticas.
- Establecer un Modelo Nacional de Gestión de Incidentes para el manejo en gestión de riesgos e incidentes relacionados con la seguridad digital.
- Diseñar un registro central único de incidentes de seguridad digital a nivel nacional.

- Definir un modelo de divulgación periódica de vulnerabilidades en todos los sectores.
- Crear e implementar un sistema de intercambio de información cibernética.

En materia de políticas sectoriales vigentes, la Política de Defensa y Seguridad “para la legalidad, el emprendimiento y la equidad” (2019) contempla la “innovación, inteligencia estratégica, prospectiva e inteligencia artificial” como una de las acciones de sus líneas de política que busca dar un salto tecnológico hacia los nuevos avances de ciencia y tecnología (específicamente con el uso de inteligencia artificial y analítica de datos) para facilitar el procesamiento de la gran cantidad de información que las Fuerzas Armadas recogen y que incide en la toma de decisión estratégica, pero también en la operativización táctica de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Sin embargo, es la Política Marco de Convivencia y Seguridad Ciudadana (Ministerio de Defensa Nacional, 2020) la que define lineamientos específicos en protección del ciberespacio, en adopción de nuevas capacidades (de una manera más específica) que protejan a los ciudadanos de aquellos factores de riesgo que atenten contra su integridad física, mental y financiera, y que son propias del espacio digital.

La primera línea relacionada es “tecnología para la convivencia y la seguridad ciudadana”. Esta busca optimizar los recursos y aumentar la capacidad de control y vigilancia a través de cámaras para el reconocimiento facial que contribuyan a la persecución penal, la identificación de vehículos y placas, la protección de los derechos humanos en procedimientos policiales; el incremento de aeronaves remotamente tripuladas (RPAS), el fortalecimiento de las capacidades de análisis del Observatorio del Delito y del Centro Nacional de Análisis Criminal de la

Dirección de Investigación Criminal (DIJIN e Interpol), entre otras. La segunda se enfoca en los “ciudadanos ciberseguros”, centrando su atención en tres acciones específicas: la prevención de los delitos en el ciberespacio, la persecución contra el ciberdelincuente y la articulación institucional contra el ciberdelito (Ministerio de Defensa Nacional, 2020, pp. 71-75).

Capacidades sectoriales en ciberseguridad y ciberdefensa

Para dar respuesta a las nuevas amenazas que emergen del ciberespacio, la Policía Nacional de Colombia tiene un despliegue y unas capacidades desarrolladas en materia de investigación criminal e inteligencia policial para perseguir, anticipar y atender los requerimientos ciudadanos relativos a los delitos que ocurren en el espacio cibernético. Desde el 2001, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, se creó el Grupo Investigativo de Delitos Informáticos que posteriormente se convirtió en el Grupo de Investigaciones Tecnológicas. Sin embargo, no es hasta el 2010, con ocasión de la Ley 1273 del 2009, que se crea un equipo especializado administrativo para la protección de datos e información. Un año más tarde, en el 2011, por orden del CONPES 3701 de 2001, se crea el Comando Conjunto Cibernético, el Grupo de Respuestas de Emergencia Cibernética Nacional y el Centro Cibernético Policial, el cual acoge el CAI Virtual.

La Policía Nacional de Colombia actualmente cuenta con un Centro de Capacidades para la Ciberseguridad (C4), y una Estrategia contra los Delitos Informáticos que en el 2018 fue transformada en la Estrategia Integral de Ciberseguridad (ESCIB). Todos estos elementos buscan contrarrestar fenómenos que atentan contra la ciberseguridad; fortalecer la economía digital y el comercio electrónico; proteger a la población especialmente vulnerable a delitos en el espacio cibernético como niños, niñas y adolescentes; prevenir y anticipar amenazas que devengan de espacios digitales; mejorar la educación y la capacitación en temas

cibernéticos; fortalecer alianzas nacionales e internacionales para la mejora de las capacidades, entre muchos otros.

Frente al caso específico a la ciberdefensa, cabe señalar que

[...] los Estados la organizan mediante el establecimiento de una estrategia nacional de seguridad. De acuerdo con las amenazas y los consiguientes riesgos, se planean y definen unas estrategias de defensa desde los diferentes espacios estratégicos que dan lugar sus distintas facetas, como la defensa territorial, la defensa aérea, la defensa de las fronteras, la defensa económica y, en el dominio del ciberespacio, una ciberdefensa que garantice la ciberseguridad. (Feliu, 2013, p. 2).

En este contexto,

[...] la ciberdefensa es entendida como el conjunto de acciones u operaciones activas o pasivas desarrolladas en el ámbito de las redes, sistemas, equipos, enlaces y personal de los recursos informáticos y teleinformáticos de la defensa a fin de asegurar el cumplimiento de las misiones o servicios para los que fueran concebidos, a la vez que se impide que fuerzas enemigas los utilicen para cumplir los suyos. Se ha planteado iniciar el proceso de la ciberdefensa por la inteligencia informática, con el ciberespacio como ambiente, para obtener los elementos descriptores que conformen la identificación de los escenarios y, a la vez, parametrizar las amenazas para dimensionar los riesgos y así posibilitar el diseño de los instrumentos de defensa. (Becerra et ál., p. 92)

A partir de lo anterior, la ciberdefensa ejerce la defensa activa y pasiva del centro de operaciones, de los medios de información que posee la institución con el fin de repeler los ataques cibernéticos que sufra, al cual su arma rectora, por disposición, son las comunicaciones militares, y apoya la protección cibernética de la infraestructura crítica del país (Carreño et ál., 2020). Se trata de una estrategia determinada de adquirir una capacidad de defensa del ciberespacio, combinando la protección

interior de los sistemas, la vigilancia permanente de redes sensibles y la respuesta rápida en caso de ataque, contrarrestando las amenazas ciberespaciales y garantizando acceso al ciberespacio. Además, es la estrategia para la protección de los activos relacionados con los sistemas de información a través de controles de detección, corrección y disuasión que contrarresten las posibles amenazas (Ejército Nacional de Colombia, 2015).

El Grupo de Respuesta a Emergencias Cibernéticas de Colombia (COLCERT) define su misión como

[...] la coordinación de la ciberseguridad y ciberdefensa nacional, la cual está enmarcada dentro del proceso misional de gestión de la seguridad y defensa del Ministerio de Defensa Nacional. Su propósito principal es la coordinación de las acciones necesarias para la protección de la infraestructura crítica del Estado colombiano frente a emergencias de ciberseguridad que atenten o comprometan la seguridad y defensa nacional. (2013)

Además, mediante el Sistema de Información del Centro de Operaciones del Ejército Nacional (SICOE) las unidades operativas mayores y menores reportan todos y cada uno de los eventos y situaciones operacionales que se presentan en todo el territorio nacional. Su objetivo primordial es promover la información en el momento requerido, permitiendo realizar análisis cuantitativos y cualitativos de cualquier situación operacional, bajo los niveles de seguridad que garanticen la integridad y la reserva de la información (Medina, 2019). Por otra parte, el Sistema de Información Geográfica del Ejército (SIGE) es una herramienta para la captura, almacenamiento, manipulación, análisis, modelación y presentación de datos militares referenciados que se apoya en información cartográfica y herramientas necesarias para el planeamiento y seguimiento de operaciones militares. El SIGE es una herramienta de análisis espacial que

brinda información geográfica detallada para facilitar el proceso militar en todas las decisiones (Fuerzas Militares de Colombia, 2017), el cual es dirigido desde el Comando Conjunto Cibernético (CCOC).

Conclusiones

Lo que en principio surgió como una iniciativa en gran medida privada que sentó las bases de la creación de un nuevo espacio virtual, el ciberespacio, rápidamente fue reclamado por parte de los Estados como un espacio susceptible de ejercicio de su soberanía. El recorrido que hasta ahora hemos desarrollado nos ha permitido evidenciar el rol determinante de los Estados en la gobernanza global de internet.

Si bien los Estados no son el único actor en la gobernanza global de internet, juegan un papel fundamental en términos de control y regulación, debido a que el internet involucra asuntos sustantivos del quehacer estatal, como la seguridad, la legalidad y los derechos constitucionales básicos. En este sentido, el Estado hace extensivos estos elementos en el ciberespacio, justifica su accionar en internet con base en las amenazas latentes a su seguridad y reafirma su soberanía en el ciberespacio.

Lo anterior se puede evidenciar en el desarrollo de políticas estatales que condicionan la experiencia del internauta al marco normativo del Estado, el cual emana de una construcción social basada en los valores particulares de cada sociedad. El desarrollo de técnicas y estrategias de control y vigilancia de la experiencia del internauta por parte del Estado es la forma a través de la cual el ejercicio de la soberanía estatal ha mutado. De igual forma, estas formas de vigilancia y control son discutidas en los escenarios internacionales en donde se construye la gobernanza global de internet.

Dichas posturas son defendidas y debatidas en estos escenarios por parte de los Estados que poseen la mayor proporción de representatividad respecto a los demás grupos de interés en la gobernanza global de internet. Entre estas posiciones encontramos dos modelos característicos que acaparan gran parte de la discusión respecto a dicha gobernanza, uno amplio, promulgado por parte de Estados Unidos, y uno restrictivo por parte de China.

A pesar de estas condiciones que han posibilitado un desarrollo sistemático de un ordenamiento paradigmático a nivel institucional, funcional e instrumental, el debate sigue vigente. Es de imperiosa necesidad que todos los sectores de la sociedad y de la comunidad internacional comprendan la magnitud de esta problemática como una ventana de oportunidad para contribuir al debate y al hallazgo de soluciones para garantizar un acceso más seguro e íntegro a estos medios que, a pesar de las amenazas anteriormente mencionadas, siguen siendo un medio comunicación e información sin parangón.

Finalmente, si bien los avances que tiene el país en materia normativa y en desarrollo de capacidades para proteger a la población y al Estado de amenazas cibernéticas es significativo, es importante reconocer que hay algunos retos que persisten y que, con el paso del tiempo, parecen aumentar. Entre estos desafíos sobresalen la necesidad de medir la percepción de seguridad de los ciudadanos en materia de seguridad cibernética; fortalecer la gestión de riesgos enfocada en las personas, los procesos y las tecnologías; la relación que existe entre las amenazas cibernéticas con el mundo tangible, por ejemplo: la captación mujeres, y de niños, niñas y adolescentes con fines de tráfico y explotación sexual a través de redes sociales; los mecanismos de prevención del sabotaje a través de sistemas informáticos necesarios en comicios democráticos; las alianzas público-privadas que puedan mejorar la capacidad de las

empresas y del Estado en estrategias anticipativas y de mitigación frente a riesgos cibernéticos; la necesidad difundir más datos abiertos para que académicos y tomadores de decisión puedan generar documentos científicos y políticas públicas basadas en evidencia; la relación que existe entre las criptomonedas, la *dark web*, y el lavado de activos que provienen de economías ilícitas, entre otros.

Referencias

- Acosta, E. y León, J. E. (2018). Una mirada al derecho internacional desde H. L. A. Hart. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 50-57.
- Agudelo, O. A. y Prieto, C. H. (2018). A vueltas con la legitimidad democrática. El caso de la explotación minera. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23 (Extra 2), 26-36.
<https://doi.org/10.5281/zenodo.1798342>
- Ariza, R. A. (2018). Los feos, los sucios, los malos: criminalización surrealista de los acontecimientos urbanos. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 170-178.
- Banco Interamericano de Desarrollo y Organización De Estados Americanos. (2020). *Ciberseguridad: riesgos, avances y el camino a seguir en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo.
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Reporte-Ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>
- Barragán, P. A. y López, A. L. (2018). Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación. *Novum Jus*, 12(2), 189-200.
- Bauman, Z. (2015). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Becerra, J., Cotino-Hueso, L., León, I. P., Sánchez-Acevedo, M. E., Torres-Ávila, J. y Velandia-Vega, J. (2018). *Derecho y big data*. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Bernal, C. A. (2018). Mutaciones de la criminalidad colombiana en la era del posconflicto. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 80-95.

- Blanco, C. (2013). Aproximación a la noción de soberanía estatal en el marco del proceso andino de integración. *Revista Republicana*, 15, 91-103.
- Bobbio, N. (1989). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Burdeau, G. (1973). *Traité de science politique*, tomo II. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
- Burgos, G. (2018). El Estado moderno en cuanto “abstracción armada”. Algunas reflexiones. *Revista Republicana*, 24, 105-126.
- Caldera, J. 2018. La democracia como derecho fundamental: ideas sobre un modelo de democracia integral. *Opción*, 34(87), 584-624.
- Callahan, W. (2015). Identity and Security in China: the negative soft power of the China dream. *Politics*, 35(3-4), 216-229.
- Carreño, D. y Sánchez, M. (2018). La asunción del Hiper-Estado. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 38-48.
- Carreño, D., Restrepo, J. y Martínez, J. (2020). El ver: fundamento teórico del sistema modular. En D. Carreño (ed.), *Aplicación del método del ver, juzgar y actuar al fundamento teórico y a la práctica del sistema* (pp. 10-64). Editorial USTA.
- Carvajal, J. E. (2018). El paradigma de la seguridad y las tensiones con los derechos humanos. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 97-110.
- Castro, M. A. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133.
- Chenou, J. M. (2014). *Global internet policy: a fifteen-year long debate*. Springer
- Commission On Global Governance. (1995). *Our global neighbourhood: The report of the commission on global governance*. Oxford University Press,
- Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. (2013). *Ciberdefensa- ciberseguridad riesgos y amenazas*.
http://www.cari.org.ar/pdf/ciberdefensa_riesgos_amenazas.pdf
- Cubides, J., Caldera, J. y Ramírez, E. (2018). La implementación del Acuerdo de Paz y la seguridad en Colombia en el posconflicto. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 178-193.

- De Los Santos, I., Ávila, F. y Caldera, J. E. (2018). La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la democracia integral. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 75-97.
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). Documento CONPES 3701.
- Departamento Nacional de Planeación. (2016). Documento CONPES 3854.
- Departamento Nacional de Planeación. (2020). Documento CONPES 3995.
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3995.pdf>
- Ejército Nacional de Colombia. (2015). *Procedimiento comunicaciones operacionales y Ciberdefensa*. <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=357574&download=Y>
- European Union Institute For Security Studies (EISS). (2016). *Discurso inaugural del alto representante de la Unión*.
<http://www.iss.europa.eu/uploads/media/speech4.pdf>
- Feliu, L. (2013). *Aproximación conceptual: ciberseguridad y ciberdefensa*. Escuela Superior de Ingenieros de Telecomunicaciones
- Flórez, G., Salazar, S. y Acevedo, C. (2018). De la indiferencia pública a la protección de los autores e intérpretes de las producciones de cine en Colombia, a propósito de la ley Pepe Sánchez de 2017. *Vniversitas*, 67(136), 57-79.
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Galán, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118.
- Gallego, J. (2014). Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, 40, 143-165.
- Grupo de Respuesta a Emergencias Cibernéticas de Colombia. (2013). Grupo de respuesta a emergencias cibernéticas de Colombia. <http://www.colcert.gov.co/>
- Hobbes, T. (2009). *Leviatán*. Alianza.
- Huntington, S. (2015). *Choque de civilizaciones*. Paidós.
- Instituto Español de Estudios Estratégicos. (2012). *Ciberespacio: nuevo escenario de confrontación*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=547632>

- International Telecommunication Union. (2018). *Guía para la elaboración de una estrategia nacional de ciberseguridad - Participación estratégica en la ciberseguridad*.
- Internet Society. (2016). *Informe de políticas: gobernanza de internet*.
<http://www.internetsociety.org/es/policybriefs/internetgovernance>
- Kelsen, H. (1949). *Teoría general del derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria.
- Koerner, A. y Perafán, E. A. (2020). Direito social e tecnologias digitais. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 15(2), 249-276. <https://doi.org/10.15332/625>
- Kosutic, J. (1949). *Ciberseguridad en 9 pasos: el manual sobre seguridad de la información para el gerente*. EPPS Services.
- Krasner, S. (1983). *International regimes*. Cornell University Press.
- Laidi, Z. (1998). *A world without meaning*. Routledge.
- Machín, N. y Gazapo, M. (2016). La ciberseguridad como factor crítico en la seguridad de la Unión Europea. *Revista UNISCI*, 42, 47-68.
- Mansell, R. y Raboy, M. (eds.). (2011). *The handbook of global media and communication policy*. Wiley Blackwell.
- Maquiavelo, N. (2010). *El príncipe*. Alianza.
- Medina, G. E. (ed.). (2019). *La seguridad en el ciberespacio: un desafío para Colombia*. Escuela Superior de Guerra.
- Ministerio de Defensa Nacional. (2019). *Política de defensa y seguridad para el emprendimiento, la legalidad y la equidad*.
- Ministerio de Defensa Nacional. (2020). *Política marco de convivencia y seguridad ciudadana*.
- Moya, M. F. (2018). Sentido de justicia y proceso penal. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 50-63.
- Navas, F. y Montoya, S. (2018). The need of having an intercultural approach, in the welcome mechanisms of migrants and refugees in Bogotá. Policy review, learning from others, making proposals. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 114-126.

- Observatorio de la Ciberseguridad en América Latina y El Caribe. (2016). *Ciberseguridad Estamos preparados en América Latina y el Caribe*.
<https://www.sites.oas.org/cyber/ES/Paginas/Documents.aspx>
- Oppenheimer, F. (2014). *El Estado: su historia y evolución desde un punto de vista sociológico*. Unión Editorial.
- Organización de los Estados Americanos. (2004). Resolución AG/RES. 2004 (XXXIV-O/04) "Adopción de una estrategia interamericana integral para combatir las amenazas a la seguridad cibernética: un enfoque multidimensionales y multidisciplinario para la creación de una cultura de seguridad cibernética.
- Organización de los Estados Americanos. (2015). Iniciativa de seguridad cibernética de la OEA. Foro global sobre experticia cibernética (GFCE).
<https://www.sites.oas.org/cyber/ES/Paginas/Documents.aspx>
- Organización del Tratado del Atlántico Norte. (2013). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa de OTAN.
- Ostau, F. R. y Niño, L. A. (2016). Incidencia del derecho internacional del mundo del trabajo en el marco de los derechos humanos en Colombia. *Revista Republicana*, 20, 65-96.
- Ostau, F. R. y Niño, L. A. (2017). La filosofía del mundo del trabajo en el siglo XXI. *Revista Republicana*, 22, 21-46.
- Palencia, E. A., León, M. V., Ávila, F. M. y Carvajal, P. M. (2019). El precedente judicial: herramienta eficaz para jueces administrativos del Distrito de Barranquilla. *Opción*, 35(89-2), 396-434.
- Pardo, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons.
- Perafán, E. A., Polo, S. y Caro, J. L. (2020). ¿Mirror box: ¿una reivindicación estética sobre el capital erótico de la mujer? *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 1(1), 183-206.
- Peralta, R. (1999). Soberanía nacional y Estado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 105, 309-334.

- Pérez, B. (2018). Construcción de paz en el orden del derecho transnacional penal: el caso colombiano. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 65-78.
- Policía Nacional. (2020). *Balance cibercrimen 2020*.
https://caivirtual.policia.gov.co/sites/default/files/balance_cibercrimen_2020_-_semana_45.pdf
- Polo, S. y Serrano, E. (2018). Nueva república, nuevo horizonte, nuevo porvenir: las migraciones colombianas hacia Chile, 1990-2016. *Novum Jus*, 12(1), 165-188.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.7>
- Ramírez, A. H. y Noguera, D. L. (2017). Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo. *Novum Jus*, 11(2), 19-51.
- Restrepo, J. (2018). Feminizar a los hombres para prevenir la criminalidad. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 112-129.
- Rodríguez, A (2020). Nuevos derechos, derechos emergentes: entre rupturas y continuidades. En M. C. Ballesteros y A. M. Jiménez, (eds.), *Derechos humanos emergentes y justicia constitucional* (pp. 11-39). Ediciones USTA.
- Ruiz-Rico, G. y Silva, G. (2018). Tendencias y problemas actuales del sistema parlamentario en España. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 195-209.
- Saidiza, H. y Carvajal, J. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal. *Revista IUSTA*, 44(1), 17-39.
- Salazar, M. A. (2016). Incidencia de las normas internacionales para la protección de los trabajadores migrantes irregulares en Colombia. *Novum Jus*, 10(2), 89-101.
- Schwartz, G. (2019). Donde derecho y política se acoplan estructuralmente: las constituciones. *Novum Jus*, 13(2), 17-37.
- Silva, G. y Pérez, B. (2019). Nuevas estrategias de construcción de la realidad del delito en el orden de las sociedades en red. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 24(2), 124-133.
- Silva, G., Vizcaíno, A. y Ruiz-Rico, G. (2018). El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 11-31.

- Soengas-Pérez, X. (2013). El papel de internet y de las redes sociales en las revueltas árabes: una alternativa a la censura de la prensa oficial. *Revista Comunicar*, 21(41), 147-155.
- Torres, H., Tirado, M. y Trujillo, S. (2018). El funcionalismo radical penal a partir de la bioética. *Revista Republicana*, 25, 179-198.
- Unión Europea. (2016). Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L1148>
- Valencia, D. (2015). *El Estado en la era de la globalización y las nuevas tecnologías*. Ibáñez.
- Valderrama, D. E. (2018). El acceso a internet como derecho fundamental: caso costarricense y su viabilidad en Colombia. *Novum Jus*, 12(2), 165-185.
- Vargas, M. (2014). *Ciberseguridad y ciberdefensa: ¿Qué implicaciones tienen para seguridad nacional?* Editorial Universidad Militar Nueva Granada.
- Velandia, R. (2018). Medios de comunicación y su influencia en la punitividad de la política penal colombiana. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(1), 146-168.
- Velandia, R., Tirado, M. y Gómez, A. (2018). 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*, 25, 241-263.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Wegener, H. (2014). Ciberseguridad en la Unión Europea. Instituto Español de Estudios Estratégicos. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO77bis-2014_CiberseguridadProteccionInformacion_H.Wegener.pdf
- Weimann, G. (2016). *Going darker? The challenge of dark net terrorism. Studies in Conflict & Terrorism*, 39, 195-206. The Woodrow Wilson Center.
- Wendt, A. (2003). *Social theory of international relations*. Cambridge University Press.
- Woolcott, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. *Revista Criminalidad*, 57(1), 61-74.

- Woolcott, O. y Flórez, G. (2014). El régimen de exención de responsabilidad de los ISP por infracciones de propiedad intelectual en el TLC Colombia Estados Unidos: Una explicación a partir de la DMCA y la DCE. *Vniversitas*, 63(129), 385-416.
- Woolcott, O. y Fonseca, P. (2018). Los medicamentos y la información: implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia. *Revista Criminalidad*, 60(1), 79-93.

El derecho a la verdad: eje fundamental de la justicia transicional en Colombia*

[Artículos]

Estefanía Acosta Páez**

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2020

Fecha de aprobación: 7 de diciembre de 2020

Citar como:

Acosta Páez, E. (2021). El derecho a la verdad: eje fundamental de la justicia transicional en Colombia. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1).
<https://doi.org/10.15332/19090528.6481>



Resumen

El presente artículo tiene como finalidad realizar un estudio conceptual y normativo entorno al nacimiento, desarrollo y aplicación del derecho a la verdad en el contexto de la justicia transicional, así como los mecanismos e instituciones que materializan el derecho de las víctimas, tanto en su aspecto subjetivo como colectivo.

Palabras clave: derecho a la verdad, justicia transicional, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, víctimas, Colombia.

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación "Derecho, Estado y sociedad: transformaciones del derecho público" de la Universidad Católica de Colombia, de la línea de investigación de "Derecho administrativo" del grupo de investigación Derecho Público y TIC.

** Candidata a doctora en Derecho por la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Público por la Université de Bordeaux (Francia), abogada por la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Categorizada en MinCiencias como investigadora asociada. Actualmente es investigadora de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: estefania.acostap@urosario.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5131-1763>

The Right to Truth: a cornerstone of Transitional Justice in Colombia

Abstract

The purpose of this article is to carry out a conceptual and normative study of the birth, development, and application of the right to truth in the context of transitional justice, as well as the mechanisms and institutions that materialize the rights of victims, both in their subjective and collective aspects.

Keywords: right to truth, transitional justice, Final Agreement to End the Armed Conflict, victims, Colombia.

Introducción

El derecho a la verdad es un elemento connatural y un resultado objetivo, consustancial al desarrollo de todo proceso judicial que, ante todo, busca el establecimiento de la verdad con miras a determinar en justicia un acertado reconocimiento de derechos y una determinada titularidad de obligaciones resarcitorias. Además, debe garantizar el derecho de las víctimas¹, que al ser sujetos pasivos de actos de violencia generalizada y sistemática contra los más relevantes bienes jurídicos de protección constitucional², se ven inermes frente a una agresión ilegítima en uso de la fuerza desprovista de toda justificación; afirmación que está en perfecta concordancia con las reflexiones académicas de la noción de democracia interna (Picarella, 2018) y externa (Blanco, 2013a; Blanco, 2013b).

¹ Además de ser un derecho fundamental, el derecho a la verdad ha sido considerado por la doctrina como uno de los ejes fundamentales de la justicia transicional, y como eje fundamental de la reparación de las víctimas, tal y como lo señala Cáceres (2013).

² En relación con el estado de violencia generalizada y sistemática de los derechos fundamentales de las víctimas, dichos elementos normativos son característicos de las vulneraciones de los derechos de los civiles desde mediados del siglo XX, de acuerdo con la doctrina, lo que permite dimensionar el grado de violación de dichos derechos, según Llano (2011).

En este contexto específico, las garantías de las víctimas se refieren principalmente a la verdad, justicia, reparación y no repetición. El centro de estudio del presente documento es la verdad (Cortés, 2016). El derecho a la verdad es uno de los principios de la justicia transicional³, el cual busca ser garantizado en periodos de transición, construcción de paz y recuperación del tejido social (Ibáñez, 2017, p. 68). La importancia de este derecho garantiza de alguna manera que al colectivo le sean restablecidos sus derechos, especialmente el derecho a no olvidar, y a que esa verdad descubierta perdure en el tiempo para que sea aceptada por la sociedad y sea reconstruida por quienes la integran (Castro, 2016; Rincón y Peñas, 2015).

De acuerdo con Agudelo (2018), la investigación dogmática “explora de manera amplia el aspecto normativo del derecho” (p. 15). Así, pues, esta investigación indagará desde el ámbito jurídico ¿Cuál es el contenido normativo del derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional? Para ello abordará el actual estado del derecho a la verdad y la importancia de su ejercicio para las víctimas dentro de un esquema de justicia transicional, para determinar los instrumentos tanto constitucionales como legales idóneos para su tutela efectiva, de tal manera que se garanticen los derechos de las víctimas del conflicto armado interno en Colombia (Rodríguez, 2014).

Discusión y resultados

El concepto del derecho a la verdad

Con la finalidad de comprender a cabalidad lo que constituye en la actualidad el derecho a la verdad es necesario hacer un análisis de su

³ Este derecho fundamental de las víctimas ha sido eje esencial en todos los procesos de justicia transicional, particularmente en procesos de paz en países africanos, que se constituyen en los referentes más representativos, tal como lo refiere Wabgou (2013).

advenimiento y de sus principales elementos estructurales, por lo cual, se hará 1) una breve reseña sobre su origen, 2) se analizarán sus elementos constitutivos, y 3) se estudiará la normativa aplicable en la materia.

De acuerdo con la doctrina (Naqvi, 2006) y con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2006), el derecho a la verdad surge normativamente por la redacción de los artículos 32⁴ y 33⁵ del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (Naciones Unidas, 1977), en los que se les reconoce a las familias que han sido víctimas del enfrentamiento bélico entre dos actores beligerantes en conflicto el derecho de que se les brinde información sobre lo ocurrido a sus allegados que han desaparecido por el conflicto.

En relación con lo anterior, Fajardo (2012) reconoce que el derecho a la verdad surge con el nacimiento del derecho internacional humanitario, y que ha sido considerado en el derecho internacional como una norma consuetudinaria. Al respecto, este autor cita la Comisión Internacional de la Cruz Roja, según la cual:

El derecho a la verdad era una norma del derecho internacional consuetudinario aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los internos, de modo que cada parte en el conflicto debía tomar todas las medidas factibles para conocer el paradero de las personas presuntamente desaparecidas a raíz de un conflicto armado y debían

⁴ "Artículo 32: Principio general. En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros" (Naciones Unidas, 1977).

⁵ "Artículo 33. Desaparecidos. Tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar desde el fin de las hostilidades activas, cada Parte en conflicto buscará las personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa. A fin de facilitar tal búsqueda, esa Parte adversa comunicará todas las informaciones pertinentes sobre las personas de que se trate" (Naciones Unidas, 1977).

comunicar a sus familiares todo dato de que dispusieran acerca de su suerte. (citado por Fajardo, 2012, p. 20)

Teniendo en cuenta los antecedentes referidos, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el encargado de dar forma al concepto del derecho a la verdad, en el contexto de los regímenes totalitarios que germinaron en América Latina a partir de los años 70 (Ibáñez, 2017, p. 191), en el marco de la comisión de desapariciones forzadas y otros crímenes que comprometieron la responsabilidad internacional del Estado (Orjuela, 2000, p. 2).

Por lo tanto, el derecho a la verdad tiene una naturaleza dual, que a su vez implica una doble titularidad que debe ser protegida. En primer lugar, aquella que reposa en cabeza de las víctimas directas de violaciones a los derechos humanos, y en segundo lugar, otra que recae en cabeza de la sociedad, de conocer la verdad de los hechos acontecidos, con la finalidad de poder acceder a los mecanismos judiciales pertinentes para obtener justicia, y, de contera, lograr una reparación legítima para las víctimas directas. Este conjunto de caracteres esenciales ha sido reconocido en la doctrina, concretamente en los Principios para la Lucha contra la Impunidad (Principios 2, 3 y 4), también llamados principios de Joinet (Naciones Unidas, 1997).

Aunado a lo anterior, tal y como lo reconoce el manifiesto en cita y ha sido puesto de presente en el derecho internacional, el derecho a la verdad “implica igualmente el deber de recordar las atrocidades acaecidas en el pasado, y se concreta en la obligación estatal de adoptar medidas adecuadas para lograr tal propósito” (Uprimny y Saffon, 2012, p. 6).

Teniendo presente este reconocimiento y los contenidos estructurales que le asigna al derecho a la verdad, no se puede desconocer que, como una declaración propia del derecho internacional de carácter multilateral, no

obliga en ninguna manera a los Estados, pero no es menos cierto, tal y como al efecto lo han resaltado Uprimny y Saffon, que dichos principios han sido reconocidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, el derecho a la verdad se encuentra consagrado normativamente en la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José (OEA, 1969), puesto que el contenido de los principios anteriormente mencionados encuentra fundamento en los artículos 1, 8 y 25 de la Convención. Tales disposiciones normativas contienen obligaciones que compelen a los Estados a garantizar el respeto y el pleno ejercicio de todos los derechos reconocidos en el pacto, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo.

Esta normativa internacional enunciada se encuentra recogida en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, configurando de esta manera parte integrante del bloque de constitucionalidad. En este sentido, es necesario recabar sobre lo dicho por la Corte Constitucional, la cual ha reconocido que las normas de la Convención Americana de los Derechos Humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, además, que las interpretaciones realizadas por los órganos jurisdiccionales internacionales en la materia deben servir de criterio de interpretación para la aplicación de los derechos consagrados en tales instrumentos⁶.

No obstante lo anterior, desde el 2002 la Corte Constitucional ha recalcado que el derecho a la verdad constituye un derecho fundamental de las víctimas, pues

⁶ Al respecto es necesario considerar las sentencias de la Corte Constitucional C-010 de 2000, C-251 de 1997 y T-786 de 2003, entre otras.

ha reconocido su carácter de tal en diversas oportunidades, al manifestar que los derechos de las víctimas en los procesos penales desbordan la pretensión eminentemente indemnizatoria o patrimonial de reparación y, al corresponder a un concepto de reparación más integral, incluyen también el derecho a la verdad y el derecho a la justicia. (C. C., Sentencia C-282 de 2002)

Teniendo en cuenta el concepto del derecho a la verdad y sus ejes estructurales, es necesario analizar su regulación y su marco de aplicación en el derecho internacional para poder entender claramente sus formas de interpretación y aplicación en el marco de la justicia transicional.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, y a pesar de no ser el fundamento principal del presente artículo, resulta de interés resaltar el contexto de los derechos humanos desde el escenario del derecho constitucional, para lo cual la doctrina ha establecido diferencias sobre el particular (Barreto, 2014; Barreto, 2018), reflejando que es el reconocimiento del papel jurídico de los derechos humanos y su incidencia frente al fenómeno de la globalización.

Ahora bien, el problema de investigación planteado en este artículo supone reiterar que la naturaleza jurídica de la noción de Estado ha sido contextualizada académicamente desde diferentes perspectivas, las cuales ya no se concentran solo en el escenario interno (Blanco, 2019; Scocozza, 2015), sino también en el escenario externo.

El derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional

Una vez definidos el alcance y el contenido del derecho a la verdad tanto en el ámbito nacional como internacional, es necesario establecer su relevancia dentro del marco de la justicia transicional, más aun después de la firma del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la

Construcción de una Paz Estable y Duradera” y con la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

En este contexto, se hace indispensable articular la noción del derecho a la verdad, teniendo como objetivo su aplicación dentro de los esquemas de justicia transicional y las herramientas diseñadas dentro de este, como la Comisión de la Verdad y otros instrumentos que permiten su aplicación. Con tal objetivo, 1) se hará una definición del concepto de justicia transicional, 2) se abordará la necesidad del establecimiento de la verdad como eje esencial de los procesos que se adelantan en su marco, y 3) se definirá cuál es el rol de las víctimas y de qué forma pueden hacer efectivo su derecho a la verdad en el marco de dichos procedimientos.

En primer lugar, la justicia transicional ha sido definida por la doctrina como “el conjunto de herramientas empleadas por países que dejan atrás periodos de conflicto y represión para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada” (Centro Internacional para la Justicia Transicional, s. f.).

Adicionalmente, la doctrina la ha definido como “el tipo de arreglos judiciales y extrajudiciales que facilitan y permiten la transición de un régimen autoritario a una democracia o de una situación de guerra a una de paz” (Rettberg, 2005, p. 1).

En tal sentido, se deben precisar las diferentes formas en las que la verdad puede ser reconocida dentro de los esquemas de justicia transicional, dependiendo de los escenarios en los cuales esta se desarrolle. De acuerdo con lo anterior, existen tres conceptos de verdad en este tipo de procesos sociales y normativos:

- (i) la verdad judicial, esto es, la verdad oficial de lo sucedido alcanzada a través de un proceso judicial, ya sea porque fue declarada por éste, o se

puede inferir del mismo; (ii) los mecanismos extrajudiciales institucionalizados de búsqueda de la verdad, que consisten en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad, y cuyo prototipo son las comisiones de verdad; y (iii) las verdades sociales no institucionalizadas, es decir, todas aquellas formas de reconstrucción de la verdad y preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales, tales como historiadores, periodistas, literatos y científicos sociales, entre otros. (Uprimny y Saffon, 2006, p. 235)

En segundo lugar, la aspiración de las normas jurídicas de justicia transicional, y en particular las que se han implementado en Colombia con ocasión de la terminación del conflicto armado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), tienen como derrotero el establecimiento de la verdad como requisito esencial de acceso de los grupos que deponen las armas y que hacen su tránsito a la legalidad a los beneficios en él contemplados. En este sentido, la verdad se articula de forma inescindible con el establecimiento de las consecuencias jurídicas de las graves violaciones a los derechos humanos.

De esta manera, teniendo en cuenta la satisfacción a plenitud del derecho a la verdad, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto estableció como un principio el esclarecimiento de la verdad, según el cual:

Esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas, y de la sociedad en general. La reconstrucción de la confianza depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad. (2017, p. 113)

En este escenario, uno de los ejes axiológicos fundamentales de la justicia transicional es el derecho a la verdad, tanto colectivo, como individual. De su materialización depende la definición de las consecuencias jurídicas del

sometimiento de los miembros de las FARC-EP a la Jurisdicción Especial para la Paz, puesto que en la medida en que reconozcan lo acontecido será directamente proporcional la pena que recibirán.

Ante lo anterior, es necesario aclarar que el Acuerdo Final dispuso de tres tipos de sanciones a quienes se sometan a la JEP: 1) las sanciones propias, 2) las sanciones alternativas y 3) las sanciones ordinarias, las cuales dependen en su graduación punitiva y aplicación, del grado de verdad que reconozcan los actores de las graves violaciones a los derechos humanos.

En este sentido:

1. Las sanciones propias: tienen un componente restrictivo y reparador, y se impondrán a aquellos autores de graves violaciones a los derechos humanos que reconozcan la verdad sobre lo acontecido y su responsabilidad. Este tipo de sanciones serán restrictivas de ciertos derechos como la libertad de movimiento y residencia, y podrán tener una duración de entre 5 y 8 años.
2. Las sanciones alternativas: serán aplicables a los autores de graves atentados contra los derechos humanos que reconozcan tardíamente la verdad de lo ocurrido, y que acepten su responsabilidad. Consisten exclusivamente en pena privativa de la libertad entre 5 y 8 años.
3. Las sanciones ordinarias: son aplicables a quien no hayan reconocido su responsabilidad individual por lo acontecido y no hayan accedido a decir oportunamente la verdad sobre los crímenes por los cuales se les procesa. Esta sanción, al igual que la anterior, tiene una función estrictamente retributiva y consistirá en pena privativa de la libertad de 15 a 20 años.

Con fundamento en lo anterior, el Acuerdo Final dispone que:

[...] el reconocimiento de verdad y responsabilidad de las conductas podrá hacerse de manera individual y colectiva, de forma oral o mediante

escrito remitido a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, una vez instalada la Sala.

En tercer lugar, sobre los derechos de las víctimas, en relación con los procedimientos para el reconocimiento de la verdad y la aceptación de responsabilidad de los autores de graves violaciones a los derechos humanos en el marco de la justicia transicional, las víctimas pueden participar de forma activa para que su derecho legítimo a la verdad individual y colectiva sea tutelado. En virtud de ello, el artículo 27 D de la Ley 1922 de 2018, “Por medio de la cual se adoptan unas Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”, dispone las acciones que estas pueden efectuar en el proceso de establecimiento de la verdad. Entre tales acciones se encuentran las siguientes:

1. Presentar informes por medio de organizaciones de víctimas y de derechos humanos.
2. Ser oídas en los supuestos de priorización y selección de casos.
3. Respecto de la garantía de priorización, las víctimas podrán participar con observaciones a través de sus organizaciones.
4. Aportar pruebas y, con posterioridad a la recepción de versiones voluntarias, presentar observaciones a estas y recibir copia del expediente.
5. Asistir a la Audiencia Pública de Reconocimiento y dentro de los 15 días hábiles posteriores, presentar observaciones finales escritas sobre todos los aspectos concernientes a la resolución de conclusiones.
6. Presentar observaciones en relación con los proyectos restaurativos presentados por la persona compareciente.
7. Las víctimas de violencia basada en género, incluyendo aquellas de violencia sexual, tienen derecho a no ser confrontadas con su agresor.

Como corolario de todos los instrumentos mencionados anteriormente, en el actual marco de justicia transicional, se ha diseñado un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), que contiene las herramientas de articulación del derecho a la verdad, y los procedimientos en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto. Dicho sistema tiene como fundamento el derecho a la verdad, el cual la reconoce como eje esencial en los siguientes términos:

El Sistema Integral parte del principio del reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido. (Ibáñez, 2017, p. 70)

Aunado a las herramientas de orden procedimental antes enunciadas, en el marco de la justicia transicional y como parte del SIVJRNR, se han creado cinco mecanismos que tienen como finalidad la materialización de las herramientas dispuestas para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, y en particular el derecho a la verdad, las cuales están compuestas por:

1. La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.
2. La Unidad Especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto del conflicto armado.
3. La Jurisdicción Especial para la Paz.
4. Las Medidas de Reparación Integral para la Construcción de la Paz.
5. Las Garantías de no Repetición.

Dentro de todo este marco institucional creado por el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado, es importante reconocer que la institución que por excelencia está dedicada a la aplicación de instrumentos jurídicos para la protección y tutela del derecho a la verdad

es la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.

En palabras del Acuerdo Final, y resaltando su compromiso con el esclarecimiento de la verdad en el marco de la Justicia Transicional, esta Comisión

Será un órgano temporal y de carácter extra-judicial, que busca conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones y ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto (derecho a la verdad colectiva); promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición. (p. 117)

Teniendo en cuenta las finalidades de la Comisión antes señalada, de acuerdo con lo analizado en este documento y lo reconocido por la doctrina (Uprimny y Saffon, 2006), este tipo de mecanismos son idóneos para el reconocimiento de los derechos de las víctimas. En este sentido, la verdad que emane en aplicación del procedimiento legal se enmarca en el contexto de una verdad institucional extrajudicial, que si bien permite, mediatamente, viabilizar el trabajo de los órganos jurisdiccionales, permite también una materialización inmediata y un resarcimiento efectivo del derecho a la verdad de las víctimas. Lo dispuesto en las líneas anteriores esta reiterado por gran parte de la doctrina colombiana (Picarella, 2017).

Mecanismos jurídicos de protección y materialización del derecho a la verdad de las víctimas dentro del SIVJNR

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, además de hacer un análisis del arquetipo institucional con el que cuenta el SIVJNR —contenido por el Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se creó un entramado

institucional con el propósito de implementar a plenitud el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, firmado entre el Gobierno y las FARC-EP, el 26 de noviembre de 2016, a efectos de verificar el ámbito de competencia material de las instituciones de la justicia transicional para materializar el derecho a la verdad de las víctimas—, es importante destacar que la garantía del derecho a la verdad tiene varias fases para su consolidación. En palabras de la Corte Constitucional y de la Corte IDH, esta tiene dos ámbitos de aplicación, siendo al mismo tiempo derecho de naturaleza colectivo y subjetivo (Llano, 2013).

Por lo tanto, para su plena satisfacción, y teniendo en cuenta las fases de su concreción, el derecho a la verdad se materializa, primero, en una etapa preliminar de recopilación y validación de información, que se puede denominar reconstrucción de contexto general, en la cual cualquiera de las entidades creadas para el efecto en procesos de justicia transicional se encarga de establecer los antecedentes, el contexto, los actores enfrentados en el conflicto y cómo estaban constituidos, las diferentes formas de las conductas criminales y los lugares o aspectos geográficos de tales conductas, entre otros aspectos.

En una segunda etapa —y con fundamento en información recaudada de manera preferente por órganos facultados para abordar el estudio de las circunstancias modales de la verdad contextual de los hechos, como pueden serlo, las Comisiones de la Verdad— esta información privilegiada puede ser usada por las víctimas o bien puede servir de fundamento por otras autoridades, en este caso con facultades jurisdiccionales, para determinar con precisión en cada caso concreto cómo se cometieron las violaciones a los derechos de las víctimas. De esta manera se trata de establecer en cada caso, con precisión, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas criminales para permitir establecer la verdad de

los hechos y determinar el grado de responsabilidad individual de los autores.

Teniendo en cuenta estos dos momentos, el SIVJRNR implementado por el Acuerdo Final ha creado dos organismos que contribuyen y dan respuesta a estas dos etapas: la Comisión de la Verdad, la cual está encargada de establecer las circunstancias contextuales que encarnan la verdad de lo hechos de forma contextual, y la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual cuenta con la competencia material para adelantar la investigación, juicio y sanción de los autores de las conductas punibles cometidas en el marco del conflicto armado, y de esta manera establecer la verdad de cada caso.

Por la importancia de estos dos órganos, en la presente investigación se hará un estudio de su competencia material en el marco de las normas jurídicas que regulan su funcionamiento, con el propósito de validar la hipótesis de investigación y, de esta manera, comprobar que la Comisión de la Verdad tiene la función de garantizar los derechos colectivos de las víctimas del conflicto y de la sociedad en general, y que, en contraste, la Jurisdicción Especial para la Paz tiene como misión establecer la verdad de cada caso en concreto.

Teniendo como derroteros los ejes temáticos ya enunciados, en materia de protección de los derechos de las víctimas, el Acuerdo Final dedicó el punto 5 de su cuerpo normativo a desarrollar este eje esencial, creando el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y todo el conjunto de herramientas orgánicas, jurídicas y procedimentales que componen la Jurisdicción Especial para la Paz. Este entramado normativo e institucional, parte de la necesidad de reconocimiento de dos ejes esenciales en relación con las víctimas: sus derechos humanos y el derecho a la verdad del que son titulares. En este sentido se ha desarrollado un conjunto de principios que irradian la interpretación, intelección y

correcta aplicación de las disposiciones contenidas en el marco de la justicia transicional.

La materialización de estos principios es el SIVJNR, el cual está integrado por cinco mecanismos y medidas, tal y como se consagró en el Acuerdo Final, las cuales incluyen la creación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (en adelante Comisión de la Verdad), la cual se constituye como un organismo de carácter extrajudicial, de naturaleza temporal, que tiene como finalidad dar explicación tanto a la sociedad como a las víctimas de la complejidad de los hechos ocurridos en el transcurso del conflicto armado, a través del esclarecimiento y conocimiento de la verdad de lo ocurrido, estableciendo cómo acaecieron las graves violaciones a los derechos humanos.

Una vez agotada esta primera fase, los hechos determinados con claridad por la Comisión de la Verdad servirán para establecer la responsabilidad de los autores de graves violaciones a los derechos humanos, al logro de la reconciliación y la recomposición del tejido social en las regiones que han sido afectadas por la violencia en el transcurso del conflicto armado, con lo que se busca que tales situaciones no se repitan en el futuro.

Una vez delimitado el objetivo de la Comisión de la Verdad, sus labores deben articularse con todo el conjunto de acciones y herramientas administrativas y judiciales que se han desarrollado en el marco del SIVJNR, pues, tal como lo describen las disposiciones del Acuerdo Final, es el mecanismo más idóneo para responder a “la necesidad ética, política e histórica de contribuir, junto con otras iniciativas, a crear condiciones, los compromisos y las garantías de no repetición”.

En este sentido, la Comisión de la Verdad deberá cumplir con tres objetivos fundamentales: 1) esclarecer lo ocurrido, especialmente de las violaciones de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes; 2

promover y contribuir al logro del reconocimiento de la calidad de las víctimas como sujetos políticos e integrantes de la sociedad civil, en tanto ciudadanos y ciudadanas, y, aunado a lo anterior, la determinación de la responsabilidad de los autores de los graves atentados en contra de los derechos humanos perpetrados en el marco del conflicto armado, lo cual se concreta tanto en un reconocimiento de naturaleza colectiva como individual; 3) promover la convivencia en los territorios, posibilitando escenarios de resolución pacífica de los conflictos, en un marco de tolerancia y de reivindicación democrática.

El desarrollo de un enfoque diferencial en la labor de la Comisión de la Verdad, en los términos del Acuerdo Final, será la única forma de que la sociedad colombiana reconozca los mecanismos históricos de discriminación y estigmatización que deben ser desarraigados de los imaginarios colectivos y sociales con la finalidad de que se logre finalmente un respeto del otro a partir de la diferencia.

Según lo anterior, los criterios orientadores que tendrá la Comisión de la Verdad en el ejercicio de sus funciones constituirán 1) la centralidad de las víctimas, 2) la imparcialidad e independencia, 3) su naturaleza transitoria, 4) la participación tanto de víctimas como de victimarios, 5) un enfoque territorial, 6) un enfoque diferencial y de género, 7) una coordinación con otras medidas de construcción de paz, 8) garantías para los comisionados y las comisionadas, 9) condiciones de seguridad, 10) estándares de convivencia y reconciliación, 11) el establecimiento de reglas de procedimiento, 12) el establecimiento de una metodología de recolección de información y, 13) su naturaleza de mecanismo extrajudicial.

Tomando como marco de referencia estos criterios orientadores, la Comisión de la Verdad tendrá la competencia material de establecer el esclarecimiento de los siguientes hechos relevantes para determinar las

situaciones que resarcirán el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad, en el marco de la implementación del Acuerdo Final:

- Hechos ocurridos en el marco del conflicto armado que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), destacando aquellas que tienen carácter masivo y sistemático.
- La responsabilidad colectiva del Estado, las entidades y las autoridades públicas, de los miembros de las FARC-EP, de los paramilitares y otras organizaciones ilícitas que hayan cometido graves atentados contra los derechos humanos y contra las normas del derecho internacional humanitario.
- El impacto humano y social del conflicto armado, particularmente en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, y las formas diferenciadas de maltrato en contra de mujeres, niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores, a personas en relación de su religión, opiniones o creencias, a las personas en situación de discapacidad, miembros de la comunidad LGBTI, entre otros.
- El impacto de las acciones desplegadas en virtud del conflicto sobre el ejercicio de la política y el funcionamiento de los mecanismos democráticos, con especial énfasis en los efectos producidos por tales acciones en los partidos políticos de la oposición.
- El impacto de las acciones llevadas a cabo en medio del conflicto a los actores de la violencia desplegada, tales como los combatientes, sus familias y entornos sociales.
- El contexto histórico y las causas del conflicto armado interno, para lo cual, la Comisión de la Verdad debe tener en cuenta los informes de la Comisión Histórica del Conflicto y sus víctimas.

- Las condiciones que permitieron la persistencia y continuación del conflicto, teniendo en cuenta como insumo los informes de la Comisión Histórica del Conflicto y sus víctimas.
- El establecimiento de los hechos que se llevaron a cabo durante el desarrollo del conflicto, en particular de los agentes del Estado y de las organizaciones al margen de la ley.
- La definición de las causas y orígenes del fenómeno del paramilitarismo, y las formas en que este tipo de organizaciones se manifiestan, sus formas de organización, financiación, y el impacto de sus acciones.
- El desplazamiento y despojo de tierras con ocasión del conflicto y sus consecuencias.
- La relación histórica y actual del conflicto armado con el sustento, financiación y pervivencia de cultivos ilícitos, la producción y comercialización de drogas ilícitas, y de hechos constitutivos de lavado de activos.
- Las experiencias de fortalecimiento del tejido social en las comunidades y las experiencias de resiliencia individual o colectiva, al igual que los procesos de transformación positiva de las organizaciones e instituciones a lo largo del conflicto.

Teniendo como fundamento las diferentes situaciones fácticas que conforman la competencia material de determinación de la Comisión de la Verdad, el Acuerdo Final para la terminación del Conflicto ha definido como extremos temporales para la investigación y el establecimiento de dichas circunstancias la duración del conflicto armado interno. No obstante, esta temporalidad extensa no es óbice para que la Comisión pueda establecer las causas del conflicto armado, y analizar e indagar acerca de la ocurrencia y condiciones particulares de situaciones pretéritas o posteriores a este.

Con la finalidad de determinar el conjunto de situaciones fácticas anteriormente descritas, la Comisión de la Verdad tendrá como funciones:

- Indagar e investigar sobre el conjunto de hechos anteriormente reseñados a través de “metodologías y formas de recolección de análisis de información que sean necesarias para tal efecto, considerando las generalmente aceptadas por las ciencias sociales, y teniendo en cuenta los anteriores esfuerzos de construcción de la verdad, incluyendo como insumo básico, entre otros, los informes de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas” (Decreto 588 de 2017, art 13).
- La creación de espacios a nivel nacional, regional y territorial donde se puedan llevar a cabo audiencias públicas de carácter temático, con enfoque territorial, en el que se cuente con la participación de las víctimas, tanto a nivel individual como colectivo, y de diferentes actores sociales.
- Los espacios anteriormente referidos podrán incluir escenarios públicos de “discusión y reflexión o ceremonias culturales”, con la finalidad de que quienes hayan participado en el conflicto tengan la posibilidad de hacer actos de reconocimiento de responsabilidad, pedir perdón y ofrecer explicaciones sobre las conductas delictivas realizadas.
- La elaboración de informes que determinen el establecimiento de los diferentes contextos de ocurrencia de los hechos y las conclusiones y recomendaciones de su trabajo. “El informe de la Comisión será presentado de manera oficial mediante acto público a las ramas del poder público y al conjunto de la sociedad colombiana” (Ibáñez, 2017, p. 45).
- Desempeñar labores de orientación a las víctimas y a las comunidades que participen en las acciones, herramientas y planes para la defensa y materialización de sus derechos.

- La implementación de una estrategia de difusión, pedagogía y relacionamiento activo con los medios de comunicación para dar cuenta de los avances y desarrollos de la Comisión en cumplimiento de sus funciones, con la finalidad de asegurar la mayor participación posible.
- La adopción de medidas para el archivo de la información recolectada sobre las labores desempeñadas, y tomar las medidas necesarias para asegurar su preservación.
- “Asegurar la transversalidad del enfoque de género, en todo el ámbito de trabajo de la Comisión, con la creación de un grupo de género que contribuya con tareas específicas de carácter técnico, de investigación, preparación de audiencias, entre otras” (Ibáñez, 2017, p. 87).
- Rendir cuentas a la sociedad de forma periódica, al menos semestralmente, sobre las actividades desarrolladas.
- Darse su propio reglamento y programa de trabajo.

Una vez definidas las funciones y ejes estructurales de la Comisión de la Verdad, establecidas en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, es necesario aludir su régimen de implementación, el cual fue establecido por el Decreto 588 de 2017, en el que se reguló la forma jurídico-operativa en la cual habría de funcionar la Comisión. En este sentido, el artículo 1 de dicho decreto dispuso que la Comisión de la Verdad sería un “ente autónomo e independiente del orden nacional, de rango constitucional, con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeto a un régimen legal propio, por un periodo de tres años de duración”. Por otro lado, su estructura orgánica estaría compuesta por un presidente, “de conformidad con los lineamientos del pleno de comisionados”, cuyas funciones administrativas y directivas están consagradas en el artículo 21 del Decreto 588 de 2017, el cual contará con el apoyo de un secretario general, quien tiene como

función principal la administración de la Comisión, y que será designado por los comisionados para cumplir las funciones establecidas en el artículo 22.

Por su parte, la Comisión de la Verdad estará compuesta por 11 comisionados, incluyendo a su presidente, los cuales, de acuerdo con lo normado en el artículo 24 del Decreto 588 de 2017, “serán elegidos por el Comité de Escogencia establecido en el artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 01 de 2017”. Aunado a lo anterior, se debe mencionar que los recursos y el patrimonio con el cual se financiará la Comisión de la Verdad, en virtud del artículo 30 del Decreto 588 de 2017, provendrán de los siguientes rubros:

1. Los recursos del Presupuesto General de la Nación que se le asignen.
2. Las donaciones públicas o privadas para el desarrollo de los objetivos de la Comisión de la Verdad.
3. Los aportes de cualquier clase provenientes de recursos de cooperación internacional para el cumplimiento del objetivo de la Comisión de la Verdad.
4. Los demás que reciba en desarrollo de su objeto.

Además, a la Comisión de la Verdad, en el marco de su desarrollo funcional, no le son oponibles “las reservas en materia de acceso a la información pública frente a las violaciones de derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario”, según el artículo 21 de la Ley Estatutaria de Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, Ley 1712 de 2014.

Por otra parte, y en concordancia con lo anterior, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se concreta en administrar justicia de forma exclusiva, autónoma y preferente de las conductas:

1. Cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.
2. De las conductas cometidas por las personas que participaron en el conflicto armado, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de derechos humanos.
3. La JEP asumirá la competencia en los términos del artículo 6 de la Ley 1922 de 2018, de las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.
4. De acuerdo con la Sentencia C-080 de 2018 de la Corte Constitucional, la JEP tiene competencia para conocer todos los delitos de ejecución permanente, así como los estrechamente relacionados con el proceso de dejación de armas.

Además de lo anterior, es menester señalar que la Corte Constitucional, a efectos de determinar la competencia de la JEP, ha señalado que los casos sometidos a su conocimiento deben contener los siguientes criterios:

1. “Que el conflicto armado haya sido causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,
2. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:
 1. Su capacidad de cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.
 2. Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.

3. La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.
4. La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito”. (artículo transitorio 23 del Acto Legislativo 01 de 2017)

Conclusiones

De acuerdo con el análisis, en aplicación de las normas creadas para la terminación del conflicto armado interno en Colombia, existen normas y mecanismos jurídicos en aplicación de la justicia transicional que permiten el respeto y la garantía del derecho a la verdad de las víctimas del conflicto, a través de dos arquetipos institucionales: la Comisión de la Verdad y la Jurisdicción Especial para la Paz. Estas instituciones protegen el derecho a la verdad en sentido colectivo y subjetivo, el primero de ellos desde la construcción de la verdad de lo acaecido en el conflicto desde un aspecto contextual, y, el segundo, estableciendo la verdad jurídica en cada caso concreto.

A través del estudio realizado, se encontró que el contenido del derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional resulta un eje fundamental para la construcción de paz, más allá de los mecanismos de justicia. Con la consolidación del derecho a la verdad se realiza un acertado reconocimiento de derechos y se garantiza a las víctimas el esclarecimiento de los hechos ocurridos en el marco del conflicto.

No obstante lo anterior, más allá del reconocimiento conceptual, normativo y jurisprudencial, el gran reto para el caso de Colombia es la materialización del derecho a la verdad a través de las instituciones creadas para tal fin y de los procesos judiciales. Las fases de su concreción son: 1) en una etapa preliminar de recopilación y validación de información, 2) el estudio de las circunstancias modales de la verdad de

los hechos y 3) el análisis de los resultados de acuerdo con la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas.

Finalmente, como se mencionó, los mecanismos garantistas dependen de la Comisión de la Verdad bajo los criterios orientadores de 1) la centralidad de las víctimas, 2) la imparcialidad e independencia, 3) la participación de víctimas y de victimarios, 4) un enfoque territorial, un enfoque diferencial y de género, 5) una coordinación con otras medidas de construcción de paz, 6) garantías para los comisionados y las comisionadas, 7) estándares de convivencia y reconciliación y 8) el establecimiento de una metodología de recolección de información.

Referencias

- Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 24 de noviembre de 2016.
<https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final%20Firmado.pdf>
- Agudelo, O. (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Barreto, J. M. (2014). Epistemologies of the south and human rights: Santos and the quest for global and cognitive justice. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 21(2), 398-422.
- Barreto, J. M. (2018). Decolonial thinking and the quest for decolonising human rights. *Asian Journal of Social Science*, 46(4-5), 484-502.
- Blanco, C. (2013a). Aproximación a la noción de soberanía estatal en el marco del proceso andino de integración. *Revista Republicana*, 15, 34-56.
- Blanco, C. (2013b). Algunas propuestas frente a la crisis de legitimidad de la Comunidad Andina. *Análisis Político*, 26(78), 23-45.
- Blanco, C. (2019). El ámbito del derecho en la descentralización territorial colombiana y la Comunidad Andina (CAN). *Revista Republicana*, 26, 93-108.

- Cáceres, E. (2013). Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano. *Revista Novum Jus*, 7(2), 57-87.
- Castro, A. M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.5>
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. (s. f.). ¿Qué es la justicia transicional? <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. 4 de abril de 2017. *Diario Oficial* n.º 50.196.
- Colombia. Decreto Ley 588 de 2017. Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición. 5 de abril de 2017. *Diario Oficial* n.º 50.197.
- Colombia. Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. 6 de marzo de 2014. *Diario Oficial* n.º 49.084.
- Colombia. Ley 1922 del 18 de julio de 2018. Por medio de la cual se adoptan unas Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. 18 de julio de 2018. *Diario Oficial* n.º 50.658.
- Corte Constitucional de Colombia. 28 de mayo de 1997, M. P.: A. Martínez, Sentencia C-251 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. 19 de enero de 2000, M. P.: A. Martínez, Sentencia C-010 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. 3 de abril de 2002, M. P.: M. J. Cepeda Espinosa y E. Montealegre Lynett, Sentencia C-282 de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. 11 de septiembre de 2003, M. P.: M. Monroy, Sentencia T-786 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. 15 de agosto de 2018, M. S.: A. Lizarazo, Sentencia C-080 de 2018.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Sentencia Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Reparaciones y Costas.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf
- Cortés, S. (2016). Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 129-145. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.03>
- Fajardo, L. (2012). Elementos estructurales del derecho a la verdad. *Revista Civilizar*, 12(22), 15-34.
<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/89>
- Ibáñez, J. (2017). *Justicia transicional y las comisiones de la verdad*. Instituto Berg.
- Llano, J. (2011). Apuntes para la comprensión del conflicto armado colombiano contemporáneo. *Revista Novum Jus*, 5(2), 9-27.
- Llano, J. (2013). Prácticas jurídicas locales desde los actores del conflicto armado en Colombia. *Revista IUSTA*, 39(2), 257-287.
- Naciones Unidas. (2006). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7967.pdf>
- Naqvi, Y. (2006). El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción? *International Review of the Red Cross*, 862.
https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_naqvi.pdf
- Naciones Unidas. (1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
<https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977#PRE>
- Naciones Unidas. (1997) Consejo Económico y Social. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

- Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Accesado el 7 mayo 2021]
- Orjuela, L. (2000). La debilidad del Estado colombiano en tiempo del neoliberalismo y el conflicto armado. *Colombia Internacional*, 49-50, 103-116.
<https://doi.org/10.7440/colombiaint49-50.2000.05>
- Picarella, L. (2017). El cosmopolitismo de la utopía a la posible implementación práctica. *Revista de Filosofía*, 86(2), 70-90.
<https://produccioncientificaluz.org/index.php/filosofia/article/view/31216/>
- Picarella, L. (2018). Democratic deviations and constitutional changes: The case of Turkey. *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 7(2), 9-16.
- Rettberg, A. (2005). Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional. En A. Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 1-18). Ediciones Uniandes; International Development Research Centre.
- Rincón, K. y Peñas, A. (2015). El delito político en Colombia frente al derecho internacional humanitario. *Revista IUSTA*, 43, 67-90.
<http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2538/2470>
- Rodríguez, A. (2014). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2), 135-175.
- Scocozza, C. (2015). La Primera Guerra Mundial. Un conflicto que llega desde el este. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 42(2), 161-176.
- Uprimny, R. y Saffon, M. (2006). Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica. *De Justicia*. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_39.pdf
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En *Justicia transicional: Teoría y praxis*. Universidad del Rosario.
- Wabgou, M. (2013). Experiencias posconflicto de países africanos: justicia transicional en Ruanda. *Revista Novum Jus*, 7(1), 31-49.
- Zuluaga, M. (2015). *¿Y cómo es posible no saber tanto?* Fondo Editorial Universidad EAFIT.

Transfuguismo político: causal de limitación del derecho a la participación política en República Dominicana*

[Artículos]

Jesús E. Caldera Ynfante**

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2020

Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2020

Citar como:

Caldera Ynfante, J. E. (2021). Transfuguismo político: causal de limitación del derecho a la participación política en República Dominicana. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1). <https://doi.org/10.15332/19090528.6482>



Resumen

Este artículo analiza el ordenamiento electoral de República Dominicana, en sintonía con una tendencia común del derecho público de Occidente, que tipifica el transfuguismo político-electoral y sanciona la conducta desleal del tránsfuga contra las decisiones o los postulados del

* El presente artículo forma parte del proyecto "Fundamentación e implementación de los derechos humanos" del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, con Categoría A1 de MinCiencias, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), de la Universidad Católica de Colombia, del que forma parte el autor.

** Doctor en Derecho por la Universidad Santo Tomás, Colombia. Doctor en Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales por la Universidad de Burgos (España). Profesor de pregrado y posgrados en Derecho Constitucional, Teoría del Estado y de Mecanismos de Protección Internacional de Derechos Humanos en la Universidad Libre, la Universidad Santo Tomás, la Universidad del Sinú y la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: jecaldera@ucatolica.edu.co, jesuscalderaynfante@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6776-7308>; Scopus ID: 57205325278

partido político, con la limitación de sus derechos políticos pasivos, no pudiendo ser postulado ni ser elegido a cargos de elección popular. El transfuguismo traduce una restricción de tipo legal interno contra todo actor político que traiciona a sus compañeros de partido, a su partido o las decisiones de sus órganos partidarios, pactando con otras fuerzas políticas, basada en normas constitucionales, convencionales y en decisiones de organismos judiciales o instancias internacionales de protección de derechos humanos que, de manera vinculante, por efectos de la cosa interpretada (*res interpretata*), le confieren legitimidad y validez jurídica a la inhabilitación que se impone al transgresor frente a su conducta de *perfidia político-partidista*. Esto incluye la restricción del goce de sus derechos políticos pasivos, prohibiéndole ser nominado como candidato a cargos públicos, limitándole el derecho a ser elegido, como consecuencia de prácticas de transfuguismo político-electoral.

Palabras clave: transfuguismo político, partidos políticos, democracia, derechos políticos, elecciones.

Political defection: a cause of limitation of the right to political participation in the Dominican Republic

Abstract

This article analyzes the electoral system of the Dominican Republic, in line with a common trend of public law in the West, which typifies political-electoral defection and punishes the disloyal conduct of the defector against the decisions or postulates of the political party, with the limitation of his passive political rights, not being able to be nominated or elected to popularly elected offices. Defection translates into an internal legal restriction against any political actor who betrays his fellow party members, his party or the decisions of party bodies, making agreements with other political forces, based on constitutional and conventional norms and on decisions of judicial bodies or international entities for the protection of human rights which, in a binding manner,

by effects of the interpreted thing (*res interpretata*), confer legitimacy and legal validity to the disqualification imposed on the transgressor in view of his conduct of *partisanship perfidy*. This includes the restriction of the enjoyment of his passive political rights, prohibiting him from being nominated as a candidate for public office, limiting his right to be elected, as a consequence of practices of political-electoral defection.

Keywords: political defection, political parties, democracy, political rights, elections.

Introducción*

El transfuguismo¹ político-electoral está regulado en la legislación de República Dominicana para preservar la estabilidad de los partidos políticos, la calidad de la democracia, la lealtad del líder elegido al programa del partido que lo postula y a sus electores, así como la confianza entre los electores de las organizaciones políticas y los candidatos que participan dentro de las elecciones internas partidistas, en los comicios abiertos frente a otros partidos u organizaciones políticas y en las decisiones que los representantes adopten en organismos colegiados como los ayuntamientos (cabildos o concejos) municipales, asambleas legislativas o congresos nacionales, como expresión del parlamento nacional o en elecciones presidenciales. La materialización del transfuguismo supone, en principio, la violación a la normativa legal sobre la materia, que tiene como efecto la imposición de limitaciones regladas sobre los derechos políticos del infractor. Ahora bien, en la praxis política generalizada –a la que no escapa República Dominicana–, la aplicación de las sanciones previstas en las normas electorales frente a los sujetos

* Países como México, Colombia, Brasil o España sancionan, con rigor, la deslealtad político-electoral o parlamentaria del transfuguismo.

¹ Tránsfuga, aquí empleado como categoría jurídica, sin ánimo peyorativo, entendido como "persona que pasa de una ideología o colectividad a otra", según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

políticos infractores (personas naturales, partidos políticos, directivos partidistas, candidatos) implica que la regulación de los supuestos taxativos del fenómeno del transfuguismo no limita ni impide efectivamente su consumación dado el hecho de la falta de previsión de órganos sancionadores o de ausencia de procedimientos disciplinarios adecuados que conduce a que los entes encargados de su implementación no hacen valer su fuerza imperativa, dejando hacer, dejando pasar, sin reprimenda alguna, actitud que podría configurar una conducta de connivencia frente a las causales de pérfora político-electoral. Como se apreció en las elecciones presidenciales de República Dominicana del 6 de julio de 2020, la cláusula sobre transfuguismo político no fue aplicada conforme la previsión normativa. La Junta Central Electoral y los órganos judiciales (electoral y constitucional) habrían tenido que asumir los costos políticos si hubiesen restringido la participación del candidato cuya voluntad estaría comprendida en el supuesto normativo que configura el transfuguismo —entendido como causal jurídica de limitación del derecho electoral pasivo (*derecho a ser elegido*) de todo aquel actor político-electoral inmerso dentro del tipo del transfuguismo político previsto en el ordenamiento constitucional y electoral dominicano—. Así las cosas, fue notoria la participación electoral del doctor Leonel Fernández² en dichos comicios, dando lugar a la configuración del transfuguismo, como hecho jurídico y político, pues quedó en el tercer puesto de las preferencias de los votantes, luego de la división de su partido, el Partido de la Liberación Dominicana (PLD), y luego pasó a conformar el partido llamado la Fuerza del Pueblo. Independientemente del resultado electoral que haya cosechado, lo diciente es que fue precandidato a la nominación presidencial por el PLD, del que se marcha luego de ser derrotado en la

² Tres veces presidente de República Dominicana y líder por quien profesa el mayor de los respetos y la más sincera consideración el autor de estas líneas.

contienda interna, aduciendo fraude electoral en su contra, desacatando el resultado de la voluntad popular del que fue su partido político de siempre, y, por esta razón como candidato presidencial con las banderas de su nuevo partido (Fuerza del Pueblo).

Al margen de la regulación legal electoral, que prohíbe dicha participación, primaron fuertes consideraciones de carácter político para dejarlo concurrir a las elecciones presidenciales, pues su presencia en la carrera presidencial sería *un mal menor* frente a una eventual inhabilitación político-electoral de su candidatura, que, adoptada en derecho, lo hubiese victimizado o martirizado ante el país y la región pudiendo capitalizar a su favor la eventual la sanción ante el electorado. En este tipo de circunstancias, a la hora de implementar los correctivos previstos en las normas para prevenir todo tipo de deslealtad partidista, se demuestra que no basta su consagración expresa en la regulación legal sino que, para su vigencia y aplicación eficaz, es necesario un férreo compromiso institucional de los órganos sancionadores competentes del Estado, que, ceñidos al debido proceso, deben colocarse por sobre todo tipo de consideraciones extrajurídicas para hacer valer la ley y, con su efectiva aplicación, fortalecer la confianza ciudadana en la democracia y el sistema de partidos políticos como uno de sus pilares esenciales. Las motivaciones políticas, de cálculo partidista, de carácter comunicacional o hasta de naturaleza económica, pesan enormemente en la búsqueda práctica del poder político y, por ende, en la contienda política y electoral, deviniendo en factores reales de poder meta-jurídico que pueden incidir o influir contra la efectividad de las normas legales sancionatorias del transfuguismo político, afectando, a la postre, la credibilidad ciudadana en la legalidad con la que se comportan los actores políticos, la solidez de los partidos políticos y la calidad de la democracia constitucional.

Marco jurídico nacional que proscribe el transfuguismo electoral como causal de restricción de los derechos políticos del tráfuga

Para Caldera Ynfante (2018a; 2019a; 2020b, 2020c) y Caldera Ynfante et ál. (2018b, 2019b), *la democracia es un derecho fundamental* destinado a garantizar el goce efectivo de todos los derechos fundamentales por y para la persona humana de la comunidad política. La democracia, como derecho fundamental³, esto es, la democracia integral, está llamada a realizar el logro del “contenido normativo de la dignidad humana”. Vista desde una perspectiva integral, el derecho fundamental a la democracia está compuesto por una doble faceta, que contiene el aspecto procedimental –elecciones y formación del principio de mayorías– y un aspecto sustancial –disfrute plenamente efectivo de los derechos fundamentales por todas las personas, sin exclusiones ni discriminaciones–, cuyo propósito es asegurar la realización del derecho al proyecto de vida valioso y el derecho a vivir una vida sin temores ni daños, a favor de cada persona, que además debe satisfacer el derecho de

³ Siguiendo la dogmática de la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-428 de 2012) un derecho fundamental comprende: 1) Su relación funcional para la realización del contenido de la dignidad humana (que comprende, a su vez, vivir en libertad, vivir bien, vivir sin humillaciones); 2) tiene forma de derecho subjetivo (un sujeto beneficiario; un sujeto obligado y un nexo o relación jurídico-constitucional) y 3) existe un consenso de dogmática constitucional, convencional, jurisprudencial o legal que le atribuye tal nivel de relevancia que determina constitucionalmente su aplicación vinculante. La democracia, a su juicio, cumple con tales parámetros de identificación, pudiendo, por tanto, ser calificada con el rango de derecho iusfundamental y que el Estado, sus órganos y agentes están en el deber de promover, asegurar, proteger, garantizar y satisfacer efectivamente a favor de toda persona humana, cuyo cumplimiento puede ser exigido al Estado como sujeto pasivo obligado a su reconocimiento y garantía. La dogmática de los derechos fundamentales se basa en la garantía de la dignidad humana (valor, principio y derecho constitucional *per se*) y la afirmación del cuidado de la vida humana y la protección de la persona humana en situación de debilidad manifiesta, exclusión, miseria, pobreza o vulnerabilidad, razón de ser de la política, asumida como instrumento para el logro de la felicidad humana, la convivencia armónica, la reducción o superación de la violencia, la seguridad humana, el desarrollo humano integral y, en últimas, de la vida buena de los seres humanos asociados a la comunidad política en libertad, con justicia, seguridad, propiciándoles bienes materiales e inmateriales para vivir una vida decente, una vida con sentido, una vida que valga la pena vivirla.

funcionar efectivamente en la sociedad, con oportunidades que le permitan desplegar su capacidades y obtener florecimiento humano mediante la garantía de condiciones materiales e inmateriales que le permitan vivir una vida con sentido de manera decente, donde el poder político, a decir de Caldera Ynfante (2020a), es concebido como una *biocracia*, en tanto poder dispuesto al cuidado de la vida, la protección de la persona humana y la naturaleza teniendo como paradigma la plena efectividad de todos los derechos humanos de todas las personas. Todo lo anterior, en el marco del Estado democrático constitucional, en el que la realización de la persona humana pasa por la efectiva concreción de los derechos de la persona humana bajo la teoría de la integralidad de los mismos, que los concibe interrelacionados, indivisibles e interdependientes, con lo cual los derechos políticos y, dentro de ellos, el régimen de partidos, forman parte del plexo de los derechos inherentes a la dignidad humana de las personas, siendo que el Estado y las instituciones están llamadas a promover, garantizar, proteger y asegurar su ejercicio y su goce efectivo como elementos medulares del sistema democrático y del ordenamiento constitucional, a decir de Rodríguez (2014). A juicio de Caldera Ynfante (2020a), desde su definición de *biocracia*, el poder político ha de estar orientado al cuidado de la vida y la protección de la persona humana, en especial, de los más frágiles y vulnerables de la sociedad, a quienes debe permitirse condiciones efectivas para su plena realización humana en tanto gocen efectivamente de sus derechos humanos, todos fundamentales, en aras de la materialización de su proyecto de vida valioso y sin daños, como presupuesto de la felicidad individual -como condición de posibilidad de su contribución voluntaria al bien común- a la que tiene derecho. Esta es la piedra angular del nuevo orden mundial —basado en el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, para el cual la democracia viene a ser un

macroderecho o un derecho omnicomprendivo de rango superior que, con su satisfacción, al mismo tiempo realiza y contribuye a la plena y efectiva realización de los demás derechos fundamentales, inherentes a la dignidad de la persona humana, permitiendo que la persona humana alcance su proyecto de vida valioso, que obtenga florecimiento humano, en el marco del Estado democrático constitucional que está vinculado a la categoría de democracia integral.

De otra parte, los derechos políticos y electorales, de origen liberal, no son absolutos. Su esfera de actuación es objeto de límites, por mandato de la ley, para proteger el núcleo esencial de los derechos de las demás personas, el bien común, la seguridad y defensa o la soberanía nacional (Rincón y Peñas, 2015). Incumben al hombre, como persona humana, en lo individual, y como partícipe en la toma de decisiones en la comunidad política, son la base de la democracia y del sistema de partidos para la búsqueda del poder político y el ejercicio de funciones públicas como expresión de la soberanía popular. Piza Escalante (1979, p. 203), expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), postula que “los derechos de libertad son derechos del hombre ‘frente’ al Estado y a los demás que, por lo tanto, implican un deber básicamente negativo, de no hacer, y que imponen al Estado abstenerse de violarlos él mismo, proteger al sujeto ante cualquier violación, y a lo sumo, activamente, establecer mecanismos jurídico-formales para su realización”.

Para Hernández (1995, pp. 1041-1042) los derechos políticos son “aquellos que posibilitan la participación de cierto tipo de persona, ciudadanos, en la conformación de la voluntad general del Estado. Son derechos también identificables bajo la denominación de derechos de participación pública o en asuntos públicos”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2009, Cap. II, Venezuela, párr. 18) indica que los derechos

políticos son “aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país”. Para la CIDH (2003a, Cap. IV. Cuba, párr. 11) están dotados de dos elementos:

el derecho al ejercicio directo del poder y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo. Ello supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las cuales se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas.

Además, indica que “el ejercicio de los derechos políticos es ‘inseparable’ de los otros derechos humanos fundamentales” (CIHD, 1990a, Cap. I, Haití, párr. 15). A tenor de Dalla Via (2011, pp. 21-22), “no hay derechos políticos sin democracia y no hay democracia sin derechos políticos”, incluidos los derechos políticos y electorales, “como un medio para consolidar un régimen de libertad personal y justicia social, en el marco de las instituciones democráticas”:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010, párr. 172) ha señalado que “la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra ‘el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho’.

El transfuguismo electoral como causal de restricción de los derechos políticos del tráfuga en República Dominicana

Recientemente, el Congreso de la República Dominicana, en ejercicio de su potestad de configuración normativa interna, mediante legislación adoptada siguiendo las pautas constitucionalmente establecidas, tipificó y sancionó la práctica del transfuguismo político-electoral. Consiste en el accionar destinado a *traicionar a sus compañeros de partido, a su partido*

o las decisiones de sus órganos partidarios, pactando con otras fuerzas políticas.

Esta normativa establece limitaciones regladas y permitidas a los derechos políticos pasivos (prohibición de ser nominados como candidatos a cargos de elección popular o *derecho a ser elegido*)⁴ a los tráfugas político-electorales, consciente del grave daño que tales conductas desleales y traicioneras entrañan para la confianza pública en la política, la unidad y fortalecimiento de los partidos políticos y para la vitalidad y efectividad del sistema democrático, del que son pilar angular en el Estado constitucional y convencional de derecho que rige dicho país. Para sancionar las prácticas de transfuguismo electoral, el Congreso dominicano aprobó la Ley Orgánica de Régimen Electoral (15 de 2019) y la Ley de Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos (33 de 2018). A su turno, siguiendo las disposiciones imperativas de la Ley 15 de 2019, la Junta Central Electoral expidió el Reglamento para la Escogencia de Candidatos mediante Convenciones y Encuestas del 7 de mayo de 2019.

La aprobación de esta legislación tiene justificación en el denominado principio del margen de apreciación nacional, concebido como un instrumento argumentativo, una herramienta hermenéutica, surgida en el Sistema Europeo de protección de derechos humanos —extendido al Sistema Interamericano—, que pregonaba que los Estados, en su quehacer regulatorio interno, cuentan con un ámbito (margen de apreciación nacional) de holgura interpretativa para analizar y dotar de sentido jurídico-legal a las normas convencionales supranacionales, sobre la base del contacto más directo y del conocimiento del entorno social con el que cuentan las autoridades nacionales, especialmente, el Poder Legislativo.

⁴ Los demás derechos inherentes a la participación política del actor político transgresor, en su faceta activa, no resultan afectados.

El Congreso dominicano, haciendo uso del poder regulatorio, también llamado poder de policía, exteriorizado a través de la ley, aprobó la mentada legislación que previene y sanciona el transfuguismo político-electoral, fruto de su legitimidad democrática. En esta ley ponderó la razonabilidad y necesidad de limitar, mediante ley orgánica y ley ordinaria, la faceta pasiva del derecho a la participación política (ser nominado como candidato a cargo de elección popular) del tráfuga, sin menoscabo del contenido esencial de los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, Organización de las Naciones Unidas, 1976); artículo 8 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, Organización de los Estados Americanos, 1978) y 22 de la Constitución de República Dominicana, toda vez que le está permitido al Congreso dominicano, en ejercicio del aludido poder de policía, regular una situación lesiva a la salud del sistema de partidos y al sistema democrático dominicano.

Dicho poder de policía, en tanto potestad regulatoria, mediante la aprobación de la ley, lo realiza el Congreso, desplegando su libertad de configuración normativa atendiendo los parámetros interpretativos del *margen de apreciación nacional* frente al derecho convencional citado (PIDCP-CADH), estando habilitado, como se verá más adelante, para limitar la faceta pasiva de los derechos políticos del tráfuga. Esta actuación busca proteger los bienes jurídicos tutelados que tienen mayor peso constitucional —y que justifican la limitación parcial del derecho del político pasivo del tráfuga—, como lo son el interés general (sistema democrático constitucional como un todo), el interés colectivo (unidad y fortaleza del partido, movimiento o agrupación política, lealtad para con la comunidad política en general, los electores en particular y para con los compañeros y las banderas de una causa política), que se ven transgredidos cuando el sedicioso partidista o tráfuga se aparta del

partido y pacta con otras fuerzas políticas para lesionar los intereses políticos legítimos de sus anteriores compañeros y los de su anterior partido, agrupación o movimiento político.

El Congreso dominicano, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, lleva a cabo el poder de policía a partir del conocimiento de la realidad nacional sobre el funcionamiento de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas, considerando razonable, necesario y proporcionado proteger el sistema de partidos, como médula del régimen democrático y le confiere rango legal a la perfidia o deslealtad política como causal de restricción de los derechos políticos pasivos del actor responsable de la conducta transgresora merecedora de reproche. De esta forma, los tráfugas político-electorales deben soportar una restricción parcial del libre ejercicio de sus derechos políticos, mediante la limitación legal de su faceta pasiva, esto es, para ser postulado a cargos de elección popular.

Allí radica, entonces, la factibilidad de que la ley nacional limite el derecho a la participación política pasiva (nominación a cargos de elección popular) del infractor incurso en perfidia político-electoral, ya que la unidad y funcionamiento efectivo de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas trasciende lo meramente individual para formar parte de la institucionalidad democrática del país, como expresión del acceso y ejercicio del poder político y del desarrollo de las funciones públicas confiadas por los electores a las organizaciones políticas que llegan a la conducción del Estado dentro de la Constitución, la legalidad especial y la reglamentación regulatoria.

Por ende, la legislación que tipifica, previene y reprende el transfuguismo político-electoral busca que toda persona afiliada a un partido, movimiento o agrupación política ejerza sus derechos a la participación política (activa o pasiva) con lealtad, honradez y transparencia, respetando

las decisiones de sus órganos internos de decisión y acatando los estatutos de la organización. El que proceda con lealtad y rectitud con lo decidido o reglado por la organización partidista, se hace merecedor de los honores y distinciones de servir a la comunidad y representar al partido de su militancia al acceder popularmente al poder político. Quien obre de modo contrario, incurriendo en prácticas de transfuguismo político-electoral, tendrá que soportar la limitación (restricción parcial) de sus derechos políticos pasivos (para ser nominado como candidato) durante el tiempo y las circunstancias previstas en la ley, debiendo dársele garantías al debido proceso durante la tramitación sancionatoria que pretende reprimir la conducta contraventora del sujeto político de que se trate.

La Constitución de la República Dominicana (2015) permite la limitación de los derechos fundamentales solo por ley, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad

La Constitución dominicana vigente⁵, en su artículo 74, sigue la tendencia internacional y se ubica en sintonía con la interpretación más avanzada en materia de derechos fundamentales al considerar que ciertos derechos –entre ellos el de participación política– no son absolutos y pueden ser objeto de limitaciones mediante leyes aprobadas al respecto por el órgano legislativo con sujeción al procedimiento de formación de las leyes.

La Carta Magna dominicana se inscribe en la orientación indicada en la Observación General 25 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, acoge el espíritu de sentencias y opiniones consultivas vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y recibe la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que considera permisible, factible y válido que el Estado dominicano,

⁵ Véase el Título II, Capítulo III: De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales, artículo 74 de la norma superior.

mediante ley adoptada al respecto, limite o restrinja derechos fundamentales siempre que: 1) la limitación esté contenida en una ley dictada por el Congreso, según sus pautas procedimentales conforme a la Constitución; 2) que se respete su contenido esencial, y que, 3) se ciña al principio de razonabilidad. Así lo señala taxativamente la Constitución dominicana:

Artículo 74. Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;

2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;

3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;

4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución. (C. P., 2015, art. 74, Rep. Dom.)

La Ley Orgánica 15 de 2019 sobre Régimen Electoral previene y sanciona el transfuguismo político

El Congreso de la República Dominicana, facultado por la Constitución Nacional, tipifica y sanciona el transfuguismo político, limitando

elementos del derecho a la participación política del tráfuga, con lo cual restringe válidamente el derecho en referencia consagrado en normas supranacionales del derecho convencional de derechos humanos –que rigen en República Dominicana con eficacia similar a la Constitución Nacional (C. P., 2015, art. 74.3, Rep. Dom.)– como el artículo 25 del PIDCP (ONU, 1976), y el artículo 23 de la CADH (OEA, 1978) y, por consiguiente, restringe, legítimamente, de manera puntual, la faceta pasiva del derecho a la participación política (el derecho a ser elegido, en tanto impide que el tráfuga sea postulado por partido distinto), contenido del artículo 22 de la Constitución de la República Dominicana⁶.

La restricción temporal (que no una suspensión) del derecho a la participación política, en su vertiente pasiva, implica una limitación temporal, permisible, factible y plausible según lo pautado en el artículo 74 de la Constitución dominicana vigente, consagrado *respetando el denominado orden público internacional y el orden público interamericano, en materia de restricciones permisibles de derechos humanos* –basado en normas de *ius cogens* o de aplicación *erga omnes*– en armonía con la jurisprudencia de la Corte IDH y las decisiones vinculantes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, como se verá más adelante.

Para imponer la restricción mediante la Ley 15 de 2019, el Congreso de la República Dominicana estatuyó una restricción o limitación del derecho a la elegibilidad del tráfuga político, sancionando con la prohibición de ser postulado por partido distinto en el que optó por una nominación electoral

⁶ “Derechos de ciudadanía. Son derechos de ciudadanas y ciudadanos: 1) Elegir y ser elegibles para los cargos que establece la presente Constitución; 2) Decidir sobre los asuntos que se les propongan mediante referendo; 3) Ejercer el derecho de iniciativa popular, legislativa y municipal, en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes; 4) Formular peticiones a los poderes públicos para solicitar medidas de interés público y obtener respuesta de las autoridades en el término establecido por las leyes que se dicten al respecto; 5) Denunciar las faltas cometidas por los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo” (C. P., 2015, art. 22, Rep. Dom.).

— así hubiere resultado derrotado—. La restricción, fue adoptada siguiendo los criterios de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y utilidad que debe tener en cuenta el legislador para imponer un límite parcial y transitorio sobre un aspecto de los derechos políticos del sujeto transgresor sin afectar sus garantías fundamentales y el núcleo esencial de los demás elementos del derecho a la participación política que el ordenamiento dominicano le reconoce. En esta ley se señala expresamente:

Artículo 2. Definiciones. Para los fines de esta ley y su aplicación, se asumen los siguientes conceptos:

[...]

5. Tránsfuga: Se atribuye a aquellos representantes que, traicionando a sus compañeros de partido, o apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas que los han presentado, o habiendo sido expulsados de estas, pactan con otras fuerzas políticas.

6. Transfuguismo: Especialmente en la vida política, actitud y comportamiento de quien se convierte en tránsfuga.

[...]

Artículo 19. Validez de las disposiciones electorales. Las disposiciones de carácter electoral que dicte la Junta Central Electoral, atendiendo a sus facultades reglamentarias, se entenderá que tendrán validez para cada proceso en que sean dictadas las mismas de conformidad con la Constitución y las leyes, las cuales serán conocidas y aprobadas por el Pleno de dicha institución e informadas a los partidos políticos y todos aquellos interesados, por la vía de la notificación correspondiente o la publicación oficial en su página web.

[...]

Artículo 134. Transfuguismo en las candidaturas. *Las personas que hayan sido nominadas para ser postuladas por un partido, agrupación, movimiento político o alianza a la cual pertenezca el mismo, a un cargo de elección, no podrán ser postuladas por ningún otro partido, agrupación, movimiento político o alianza, en el mismo proceso electoral.*

Artículo 135. Nominación de candidatos. La nominación de los candidatos a cargos electivos que hayan de ser propuestos por un partido político, deberá ser hecha por el voto afirmativo de la mayoría de los concurrentes a las elecciones primarias, convenciones o mecanismos de selección interna, que conforme con sus estatutos convoquen para tales fines las autoridades correspondientes de conformidad con la ley. (Ley 15 de 2019, Rep. Dom.) (énfasis míos)

La Ley 33 de 2018 sobre Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos previene y sanciona el transfuguismo político

Además de la anterior argumentación, es pertinente indicar que la restricción igualmente está basada en la Ley 33 de 2018, sobre Partidos Políticos, adoptada por el Congreso de la República Dominicana, siguiendo estándares internacionales, la cual señala:

Artículo 30. Derecho de los miembros. Para garantizar la democracia interna de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos quedan establecidos los siguientes derechos a favor de sus miembros: 1) Derecho a la información. Los miembros de un partido, agrupación o movimiento político tienen derecho a acceder a la información sobre el funcionamiento, gestión, planes, tareas, administración de los recursos y actividades que estos desarrollen. Los órganos directivos están en la obligación de rendir informes periódicos a sus integrantes en los plazos establecidos estatutariamente.

2) Derecho a elección y postulación. Es derecho esencial de los miembros de un partido, movimiento o agrupación política: el elegir y ser elegido para cualquier función de dirigencia o postulación para ocupar un cargo de elección popular, *conforme a los requisitos establecidos en la presente ley, sus estatutos, y disposiciones reglamentarias.*

[...]

Artículo 49. Requisito para ostentar una precandidatura. Para aspirar y ostentar una *precandidatura o candidatura* en representación de un partido, agrupación o movimiento político, se requiere:

[...]

4) *Que el aspirante a una precandidatura para un determinado evento electoral, en representación de un partido, agrupación o movimiento político no haya participado como candidato por otro partido, agrupación o movimiento político para el mismo evento electoral.* (Ley 33 de 2018, Rep. Dom.)

El reglamento para la escogencia de candidatos mediante convenciones y encuestas de 2019 emitido por la Junta Central Electoral

A su turno, la Junta Central Electoral, en fecha 7 de mayo de 2019, expidió el Reglamento para la Escogencia de Candidatos Mediante Convenciones y Encuestas, donde, con base en el artículo 19 de la Ley 15 de 2019⁷ sobre Régimen Electoral, dejó nítidamente establecida la prohibición del

⁷ Artículo 19. Validez de las disposiciones electorales. Las disposiciones de carácter electoral que dicte la Junta Central Electoral, atendiendo a sus facultades reglamentarias, se entenderá que tendrán validez para cada proceso en que sean dictadas las mismas de conformidad con la Constitución y las leyes, las cuales serán conocidas y aprobadas por el Pleno de dicha institución e informadas a los partidos políticos y todos aquellos interesados, por la vía de la notificación correspondiente o la publicación oficial en su página web” (Ley 15 de 2019, Rep. Dom.).

transfuguismo político-electoral y sentó la correcta interpretación y aplicación del artículo 49.4 de la Ley 33 de 2018, ya citada:

Art. 10. Los candidatos que sean postulados en los cargos que han sido reservados para la alta dirección partidaria, deberán cumplir con los requisitos que establecen la Constitución y las leyes en esta materia, excepto aquellos que provienen de otras organizaciones políticas [...] siempre que las mismas no hayan participado en primarias o convenciones de otros partidos, y en las cuales no hubiesen ganado las posiciones a las que fueron propuestos.

Sistema internacional de protección de derechos humanos: limitaciones permitidas sobre los derechos políticos y electorales a tenor de lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU

Las limitaciones parciales y temporales permitidas sobre el contenido del derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, en el orden jurídico interno, están enunciadas, como plausibles y factibles, por ser concordantes con los criterios establecidos en la Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 sobre “La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”, adoptada en el 57º período de sesiones (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194, 1996)⁸. Los órganos convencionales universales de protección de los derechos humanos están previstos en los pactos, verbigracia el PIDCP, como instancias para asegurar la efectividad de su cumplimiento aunque en opinión de Cortés (2013, p. 147):

Se está lejos de cumplir de manera satisfactoria, la función de estos mecanismos, no están a la altura de las necesidades, hay mecanismos de

⁸ Consultada el 30 de octubre de 2020, visible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

control no jurisdiccional en Naciones Unidas: comité de derechos humanos, como el procedimiento reglado- contradictorio pero que no acaba en sentencias obligatorias sino en informes y recomendaciones.

Limitaciones permitidas sobre los derechos políticos y electorales a la luz de la observación general 25 del Comité de Derechos Humanos de la ONU-artículo 25 del PIDCP

Los derechos políticos, contenidos en la III parte del PIDCP (ONU, 1976) están formulados de manera general y sobre ellos se admiten restricciones o limitaciones, mediante la regulación interna de cada Estado parte del pacto, mediante disposiciones expresas de la Ley, aprobada por el órgano con potestad legislativa en lo interno, efectuadas de manera razonable y proporcionada, cuando sea necesario para fines concretos. Uno de ellos, verbigracia, es la prevención y sanción del transfuguismo político-electoral. Los artículos 17, 18, 19, 21 y 22 del Pacto expresamente permiten, en mayor o menor medida, alguna suerte de limitación o restricción. De manera particular, el artículo 25 sufre limitaciones o restricciones, mediante leyes particulares, dictadas al afecto, por parte del Estado parte de que se trata a través de la legislación que adopta el Congreso o rama del Poder Legislativo en ejercicio de la potestad-libertad de configuración normativa que detenta, siguiendo los parámetros del margen de apreciación nacional frente al PIDCP y demás normas convencionales universales, continentales o regionales sobre derechos humanos que rigen en el ordenamiento jurídico interno, en virtud del Bloque de Constitucionalidad, luego de aprobados y ratificados conforme al procedimiento indicado en cada Estado, que, a decir de Caldera Ynfante (2012), deviene en herramienta para el examen de constitucionalidad de las leyes, la interpretación constitucional y la garantía y protección efectiva de los derechos fundamentales.

Si un Estado parte del PIDCP decide aprobar una ley o conjunto de leyes tendientes a limitar o restringir el derecho contenido en el artículo 25 del PIDCP (ONU, 1976), obrando dentro del ámbito competencial permisible o permitido, sin desconocer el contenido esencial del derecho humano fundamental en cita, ni las garantías fundamentales del transgresor, aduciendo el principio de razonabilidad, tal proceder del legislador no equivale a que el Estado parte incurra en una violación, transgresión o desconocimiento de dicho derecho.

La adopción de una *limitación o restricción legal* del derecho, en el orden interno, permisible para el Estado parte, *conlleva una carga de justificación*, es decir, se tiene que basar, eso sí, en concretas y determinadas medidas razonables que sustentan la ley que establece la limitación o restricción por parte del Estado sin llegar a anular o vaciar de su contenido esencial, de modo arbitrario, el derecho político determinado puesto en contexto práctico en la vida social y política.

La mentada carga de la justificación –principio de razonabilidad– en los casos específicos sobre derechos humanos concretos, le corresponde inexorablemente al Estado parte, que resultará compelido a evidenciar, de manera suficiente, tanto en el orden interno como en el orden convencional, que la limitación o restricción del derecho del artículo 25 del Pacto *obedece a argumentos válidos centrados en razones de legalidad, necesidad, alcance razonable y finalidad legítima*. Un actuar discrecional o caprichoso del Estado parte sería una arbitrariedad o un acto abusivo del poder que afecta el contenido del derecho humano fundamental y puede ser examinada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

La vida, la integridad física y las garantías procesales básicas, como derechos humanos fundamentales, nunca pueden restringirse ni limitarse, al margen de la situación de excepción o la magnitud de la gravedad de las contingencias, coyunturas o circunstancias que viva la comunidad política.

Está vedado para el Estado Parte suspender su vigencia, impedir su goce efectivo o trabar su disfrute por la persona humana beneficiaria.

No obstante, en el caso del derecho del artículo 25 del PIDCP (ONU, 1976), es plausible y factible la adopción de ciertas limitaciones o restricciones, caso en el cual el derecho que una persona tiene que sopesarse con el derecho de otras personas, mediante la técnica de la ponderación –teoría del peso específico en caso de conflicto o tensión entre derechos igualmente legítimos– a través de la argumentación jurídica. También es posible que el derecho que una persona tiene sea sopesado con la salvaguarda del bien común, del interés general, de la seguridad y defensa o de la soberanía nacional (ciudadanía) en materia política.

Otra forma de limitar o restringir derechos de las personas, previstos en el PIDCP, es mediante la reserva o declaración oficial que hace el Estado parte al momento de suscribir o adherir, como parte de este, para dejar de aplicar, en jurisdicción de su territorio, una o varias disposiciones de la aludida convención internacional, siguiendo la normativa del derecho internacional, particularmente la contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Elementos relevantes de la observación general 25 del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre la adopción de limitaciones o restricciones al derecho humano fundamental a la participación en los asuntos públicos y derecho de voto, artículo 25 del PIDCP

La Observación General 25, aprobada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su 1510^a sesión (57^o período de sesiones) el 12 de julio de 1996 (ONU, 2004, pp. 167 y ss.), forma parte de la doctrina internacional de derechos humanos, la cual rige para el ordenamiento interno de los Estados parte del PIDCP porque:

1. Es una fuente de derecho directa del derecho internacional de los derechos humanos;
2. Es resultado de una interpretación directa del órgano internacional de protección de derechos humanos convencionalmente establecido en el Pacto;
3. Forma parte del *orden público internacional* dotado de efectos *erga omnes* en materia de derechos humanos;
4. El Estado parte (República Dominicana) le atribuye al derecho convencional sobre derechos humanos rango y eficacia constitucional, lo cual comprende y se extiende –por aplicación del Pacto– las decisiones judiciales, las resoluciones en materia de protección del derecho concreto y las interpretaciones –todas vinculantes– del Comité de Derechos Humanos como órgano estatuido para la protección de los derechos fundamentales del PIDCP;
5. El Estado parte no ha formulado reservas sobre la aplicación del artículo 25 del Pacto;
6. El Estado parte reconoce el Bloque de Constitucionalidad o de la aplicación multinivel de normas internas y supranacionales equiparadas al rango de las normas constitucionales para la protección del derecho humano fundamental de que trata el artículo 25 del Pacto.

Indicado lo anterior, cabe resaltar los puntos específicos de la Observación General 25, ya citada, sobre la factibilidad y legitimidad de que el Estado parte adopte limitaciones o restricciones sobre elementos del contenido del artículo 25 del Pacto, teniendo presente cuanto sigue, citado textualmente varios de sus apartes:

[...]

4. *Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios*

objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público.

[...]

10. El derecho a votar en elecciones y referendos debe estar establecido por la ley y *sólo podrá ser objeto de restricciones razonables*, como la fijación de un límite mínimo de edad para poder ejercer tal derecho. No es razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionados con la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción o la situación económica. La afiliación a un partido no debe ser condición ni impedimento para votar.

[...]

15. La realización efectiva del derecho y la posibilidad de presentarse a cargos electivos garantiza que todas las personas con derecho de voto puedan elegir entre distintos candidatos. *Toda restricción del derecho a presentarse a elecciones, como la fijación de una edad mínima, deberá basarse en criterios objetivos y razonables.* Las personas que de otro modo reúnan las condiciones exigidas para presentarse a elecciones no deberán ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política. Nadie debe ser objeto de discriminación ni sufrir desventajas de ningún tipo a causa de su candidatura. *Los Estados Partes deben indicar y explicar las disposiciones legislativas en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos.*

[...]

17. *El derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva* mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, las opiniones políticas no deberán usarse como motivo para privar a una persona del derecho a presentarse a elecciones.

[...]

18. En sus informes, *los Estados deben describir las disposiciones jurídicas que establecen las condiciones para el ejercicio de cargos públicos electivos, y cualesquiera limitaciones o condiciones aplicables a determinados cargos. También deben describir las condiciones para la designación de los candidatos, por ejemplo, los límites de edad y cualesquiera otras condiciones o restricciones.* En los informes, los Estados deben indicar si hay restricciones que impiden que personas que ocupan puestos en la administración pública (inclusive en la policía o las fuerzas armadas) puedan ser elegidas para determinados cargos públicos. Deben describirse los motivos y los procedimientos legales para destituir a personas que ocupan cargos electivos.

[...]

26. El derecho a la libertad de asociación, en particular el derecho a fundar organizaciones y asociaciones interesadas en cuestiones políticas y públicas y a adherirse a ellas es un complemento esencial de los derechos amparados por el artículo 25. *Los partidos políticos y sus afiliados desempeñan una función primordial en la dirección de los asuntos públicos y en los procesos electorales.* Los Estados deben velar por que, en su organización interna, los partidos políticos respeten las disposiciones aplicables del artículo 25 a fin de que los ciudadanos

puedan ejercer los derechos que se les garantizan en ese artículo. (ONU, 2014, pp. 168-172) (énfasis mío).

**Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de la ONU
que permite la adopción de limitaciones o restricciones legales a
ciertos derechos del PIDCP**

La Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de la ONU⁹ impone a los Estados parte el deber de abstenerse de violar los derechos humanos fundamentales reconocidos en el Pacto, indicando que es permisible “*cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos*” *siempre que el Estado parte demuestre “su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto”*, sin desconocer su contenido (énfasis mío). Indica la Observación General 31:

6. La obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto. (ONU, 2004, p. 194)

⁹ Sobre “la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el PIDCP”, aprobada el 29 de marzo de 2004.

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: limitaciones permitidas sobre los derechos políticos y electorales a tenor de la jurisprudencia vinculante, el principio de cosa interpretada y el orden público interamericano

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tienen efectos vinculantes para el Estado parte cuando adquiere el estatus de *cosa juzgada formal internacional* o *cosa juzgada formal interamericana*, lo cual conforma un cuerpo dogmático que da contenido al *orden público interamericano*, el cual se afianza mientras los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, OEA, 1978), que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, cumplan las sentencias de dicho tribunal internacional y los Estados parte adopten medidas internas y realicen la interpretación y aplicación, en su jurisdicción nacional, de manera tal que cumplan, a su vez, con la obligación estatal ineludible de promover, garantizar, proteger, asegurar y hacer plenamente efectivos los derechos humanos previstos en la CADH, máxime cuando a ello es compelido, de manera vinculante, en la sentencia que decida la responsabilidad internacional del Estado que haya sido proferida en su contra por la Corte IDH. En materia de restricciones sobre derechos políticos, previstos en el artículo 23 de la CADH, tanto la Comisión -en su función de consultiva y de garantía- como la Corte -en su función judicial- han consolidado doctrina y jurisprudencia vinculante al respecto.

El principio de la cosa interpretada (res interpretata) derivado de la cosa juzgada formal de las sentencias de la Corte IDH sobre restricciones legales a los derechos políticos

Lo anterior significa que, para todos los Estados parte de la CADH¹⁰ (OEA, 1978), en materia análoga o similar a lo ya fallado en firme, *aplica el principio del efecto de cosa interpretada*, que dimana de la autoridad interpretativa extensiva de la jurisprudencia de la Corte IDH para casos distintos al sentenciado en el ámbito continental americano de la jurisdicción de los Estados parte de la CADH que reconocen la potestad judicial del Tribunal Interamericano. Con su interpretación judicial vinculante (*cosa interpretada*) la Corte IDH refuerza el deber de protección de los Estados parte en materia de respeto y garantía de los derechos humanos, para lo cual resulta imprescindible que el Estado adopte medidas para cumplir con el deber de promover, garantizar, proteger y satisfacer efectivamente los derechos humanos previstos en la CADH, debiendo acometer la adaptación de su normativa interna a los estándares de la misma y la adecuación de la interpretación interna en correspondencia con lo ya fallado por el tribunal interamericano, por parte de jueces y operadores judiciales, ya que la *cosa interpretada* produce una vinculación jurídica obligatoria y directa para el Estado declarado internacionalmente responsable en materia de derechos humanos, e indirecta para los demás Estados parte de la CADH que reconozcan la competencia judicial de la

¹⁰ La CADH, señala lo siguiente: Artículo 23. Derechos Políticos: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. *La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.* (énfasis añadido).

Corte IDH, aunque, en todo caso, las sentencias de la Corte IDH tienen efectos *erga omnes*, sobre el Estado parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos que haya ratificado la CADH y aceptado la jurisdicción de la Corte IDH. La Corte IDH, al interpretar la CADH y fallar de manera vinculante, construye los pilares de la seguridad jurídica y la efectividad de los derechos humanos a nivel continental, dando lugar al establecimiento de un “orden público interamericano” de “mínimos” como lo indican Cárcamo y Jiménez (2016, p. 21):

En complemento, el artículo 26 de la Convención de Viena consagra el principio *pacta sunt servanda* el cual aplicado a la CADH implica que los Estados garanticen de buena fe el respeto y goce de los derechos fundamentales que consagra, por lo que toda interpretación que de este tratado se haga debe favorecer estas prerrogativas y no limitarlas. Una aplicación de este principio conlleva a que los Estados parte de la Convención reconocieran que los pronunciamientos judiciales de la Corte IDH son vinculantes, y los operadores jurídicos de estos tendrían no solo que acatar las disposiciones normativas del tratado en mención, sino también considerar las pautas fijadas por su máximo interprete que es la Corte Interamericana.

Por su parte, existe el deber de vinculación jurídica que deben seguir las autoridades administrativas, judiciales y legislativas de los Estados americanos respecto de las interpretaciones que la Corte IDH como máximo interprete y guardián de la CADH realice, esto es la aplicación del efecto de “cosa interpretada”, a partir del cual las interpretaciones contenidas en las sentencias de este órgano internacional se expanden más allá del caso concreto.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre limitación de los derechos políticos: breve referencia al Caso Yatama vs. Nicaragua y análisis del Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos

Para cotejar o comparar la procedencia de la restricción de los derechos políticos pasivos (*derecho a ser elegido*) del tráfuga en República Dominicana, es plausible tener en cuenta algunas de las decisiones pioneras de la Corte IDH sobre limitación legal de derechos políticos, como lo son la sentencia Yatama vs. Nicaragua y el fallo Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.¹¹

Los citados precedentes judiciales continentales, emanados de la Corte IDH, adquieren relevancia por aplicación del principio de *la cosa juzgada formal interamericana —res interpretata—*, base del orden público panamericano, puesto que los efectos expansivos de la “cosa interpretada” recae, *prima facie*, sobre el Estado contra el que la máxima instancia judicial internacional americana encuentra responsable de violación de derechos humanos sin menoscabo del efecto expansivo de su jurisprudencia a los Estados parte de la CAHD que aceptan la competencia jurisdiccional de la Corte IDH. Ello, porque el contenido de la jurisprudencia de dicha instancia judicial continental guarda relación directa con el deber estatal, de cada uno de ellos, de adoptar medidas a nivel nacional y de generar la adecuación normativa interna para cumplir con el deber de promover, asegurar, proteger, garantizar y hacer plenamente efectivos los derechos humanos de toda persona humana habitante de su territorio —a tenor de los artículos 1 y 2 de la CADH— y porque las decisiones de la Corte IDH procuran asegurar la plena

¹¹ Por ser materia que excede el presente estudio, se omite entrar a considerar la *limitación de los derechos políticos derivadas de decisiones de órganos administrativos* que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial por la Corte IDH porque afectan el núcleo esencial del derecho político a ser elegido y a la participación política. Véanse, por ejemplo: Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1 de septiembre de 2011 y Caso Petro Urrego vs. Colombia, sentencia del 8 de julio de 2020.

efectividad de los derechos humanos mediante la aplicación de la normativa convencional de la CADH, y demás instrumentos convencionales internacionales.

Debe tenerse en cuenta, del mismo modo, que sus tribunales internos deben interpretar y decidir los casos atendiendo el principio del efecto útil de la CADH mediante el principio de interpretación conforme a lo establecido en la sentencia dotada de cosa juzgada formal internacional y conforme a los estatutos convencionales supranacionales sobre derechos humanos.

El Estado constitucional tiene el deber de promover, respetar, asegurar y proteger los derechos fundamentales, interviniendo los menos posible sobre su goce efectivo, absteniéndose de incurrir en actos arbitrarios u omisiones que de cualquier manera llegue a violarlos sobre la justificación, eso sí, de que los derechos políticos no son absolutos y pueden ser objeto de limitación por el Constituyente primario o por el Legislador, a través de la ley, delegado para el ejercicio legítimo de la función legislativa en y por la Constitución nacional. Veamos entonces, de manera somera los argumentos usados por la Corte IDH para justificar la restricción a los derechos políticos.

Breve referencia a la sentencia de la Corte IDH sobre restricción de derechos políticos en el Caso Yatama vs. Nicaragua

En este caso, la Corte IDH deja claro que los derechos políticos no son absolutos y pueden ser objeto de limitaciones siempre que sean legítimas y razonables:

206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de

legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

207. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar”

[...]

218. La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, [...]

219. Con base en las anteriores consideraciones, *la corte estima que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido*, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, a las que no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional. (Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005) (énfasis míos)

La Corte IDH, la restricción de derechos políticos en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos y el Test de Convencionalidad de la Restricción

En este caso, la Corte IDH reconoció que la restricción al derecho político pasivo (*derecho a ser elegido*) de postulación de la persona como candidato a la Presidencia de la República de México, únicamente a través de los partidos políticos, por mandato de la ley, no constituye, *per se*, una limitación ilegítima de dicho derecho político. La instancia judicial continental, asimismo, fijó los parámetros del *Test de Convencionalidad de la Restricción de Derechos Políticos*, el cual será usado como *herramienta dogmática para examinar si la limitación legal impuesta por República Dominicana sobre el derecho a ser elegido del tránsfuga se ciñe a las exigencias fijadas por la Corte IDH en esta materia*.

Por la relevancia para la situación que deriva de la restricción de la elegibilidad (sufragio pasivo o *derecho a ser elegido*) del tránsfuga, como consecuencia de actos desleales con sus compañeros de partido y con el partido, al desconocer decisiones de sus instancias de decisión, pactando luego con otros partidos, agrupaciones o movimientos políticos, incurriendo en prácticas de transfuguismo político, se cita textualmente, en extenso, apartes de la sentencia, ya que en su análisis se puede verificar que los derechos políticos (que no son absolutos) pueden ser objeto de

limitaciones siempre que estén soportadas, de manera razonable, en un *Test de Convencionalidad de la Restricción*, que consiste en determinar si la limitación del derecho político cumple con los requisitos de 1) legalidad; 2) finalidad; 3) necesidad y proporcionalidad. Se citan textualmente algunos párrafos de la sentencia en mención, emitida por la Corte IDH el 6 de agosto de 2008, así:

155. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único —a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales— evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. *Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.*

[...]

157. Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. *En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más*

allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

[...]

166. El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos *y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales*, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos¹².

2.4. La restricción de los derechos políticos en el presente caso

[...] *Como lo ha establecido anteriormente el Tribunal, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos.* Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias *que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima* y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a

¹² La CADH permite la restricción por mandato de la ley del derecho de asociación: "Artículo 16. Libertad de Asociación: 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, *políticos*, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. *El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.* 3. *Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía*" (OEA, 1978). (énfasis mío).

in fine de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención y procederá a analizar, a la luz de los mismos, el requisito legal bajo examen en el presente caso.

a) Legalidad de la medida restrictiva

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en *examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad*. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan *una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley*. La norma que establece la restricción debe *ser una ley en el sentido formal y material*.

177. En el presente caso, la presunta víctima no alegó que la medida restrictiva no estuviera prevista en una ley, sino que su argumentación se dirigió a demostrar que la ley que regula esta materia y su aplicación en su caso concreto estableció una restricción indebida y, por ello, contraria a los derechos políticos consagrados en la Convención Americana.

[...]

179. La Corte observa que el requisito por el cual corresponde a los partidos políticos solicitar el registro de los candidatos a cargos electivos a nivel federal se encuentra previsto en el artículo 175 del COFIPE, una ley en sentido formal y material.

b) Finalidad de la medida restrictiva

180. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; *esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana*, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos [...].

181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. *En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros*. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente. [...]

183. La Corte considera que el artículo 175 del COFIPE bajo examen *tiene por finalidad organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz*. Dicha finalidad resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana.

184. No obstante, el hecho de que una medida persiga un fin permitido por la Convención no implica que la misma *sea necesaria y proporcional*, lo que se examinará a continuación.

c) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

185. En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. *La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática.* Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos.

[...]

La existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo

193. *La Corte considera que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales.* La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. *Todas ellas responden a un interés público imperativo.* Por el contrario, los representantes no han acercado elementos suficientes que, más allá de lo manifestado en cuanto al descrédito respecto de los partidos políticos y la necesidad de las candidaturas independientes, desvirtúe los fundamentos opuestos por el Estado.

La exclusividad en la nominación y el medio idóneo menos restrictivo para regular el derecho a ser votado

197. Como ha sido señalado, la Convención Americana, al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado. Tampoco establece un mandato específico sobre la modalidad que los Estados partes deben establecer para regular el ejercicio del derecho a ser elegido en elecciones populares [...].

198. La Corte observa que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras; mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes.

200. Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, *resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención* [...].

201. Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado, pero también puede ocurrir que para inscribir candidaturas independientes se establezcan requisitos mayores que los establecidos para nominar a un candidato por un partido político. *El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado.* Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la

oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.

Proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo.

203. En cuanto a si la medida se ajusta al logro del objetivo legítimo perseguido, en atención a lo anteriormente mencionado, la Corte estima que en el presente caso la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana.

204. Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. *A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia.* La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

205. Con base en los anteriores argumentos, *la Corte no considera probado en el presente caso que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y, por lo tanto, no ha constatado una violación al artículo 23 de dicho tratado.* (Corte IDH, Sentencia del caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos del 6 de agosto de 2008). (énfasis mío)

Test de convencionalidad de la restricción legal del derecho al sufragio pasivo (limitación de la elegibilidad) del tráfuga como consecuencia de prácticas de transfuguismo político previstas en la legislación dominicana

A continuación, se hace un examen de la limitación al derecho político (sufragio pasivo) que recae contra la persona del tráfuga político por actos de deslealtad partidista y electoral contra el anterior partido en el que militaba. Esta revisión se hace para verificar si la limitación al goce del derecho político cumple con las exigencias de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad que hagan razonable la medida, teniendo como referencia el Test de Convencionalidad de la Restricción del derecho político fijada por la Corte IDH en la jurisprudencia (*res interpretata*) del caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos, cuyos parámetros dogmáticos son tenidos como un referente a la hora de analizar la legalidad, finalidad, proporcionalidad y necesidad de la limitación legal que afecta el derecho político pasivo del sujeto transgresor.

Legalidad de la medida restrictiva

La prohibición de las prácticas de transfuguismo político, que conducen a la restricción del derecho político del tráfuga de ser postulado como candidato por partido político distinto, está *expresamente consagrada en*

la Ley 15 de 2019 y en la Ley 33 de 2018 con la finalidad de fortalecer el sistema de partidos, agrupaciones y movimientos políticos consustanciales al régimen democrático en el Estado constitucional. Sin partidos políticos fuertes, unidos y fortalecidos languidece la democracia.

Finalidad de la medida restrictiva

La Ley 15 de 2019 (Ley Orgánica del Régimen Electoral) en el Título I, sobre principios generales, artículo 2, expresamente define tráfuga y transfuguismo.

En el artículo 134 estatuye el *transfuguismo en las candidaturas*:

Las personas que hayan sido nominadas para ser postuladas por un partido, agrupación, movimiento político o alianza a la cual pertenezca el mismo, a un cargo de elección, no podrán ser postuladas por ningún otro partido, agrupación, movimiento político o alianza, en el mismo proceso electoral.

Además, el artículo 135 se refiere a la nominación de candidatos:

La nominación de los candidatos a cargos electivos que hayan de ser propuestos por un partido político, deberá ser hecha por el voto afirmativo de la mayoría de los concurrentes a las elecciones primarias, convenciones o mecanismos de selección interna, que conforme con sus estatutos convoquen para tales fines las autoridades correspondientes de conformidad con la ley.

La Ley 33 de 2018 (Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos) incluye lo siguiente:

Considerando primero: Que los partidos, agrupaciones y movimientos políticos son asociaciones fundamentales e indispensables del sistema democrático.

Considerando segundo: Que a la vida democrática del país le resulta impostergable el fortalecimiento institucional de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, perfeccionando el régimen jurídico que los rige y potencializando el cumplimiento de sus deberes y derechos.

[...]

Considerando cuarto: Que los partidos, agrupaciones y movimientos políticos son organizaciones dotadas de personería jurídica, integradas por ciudadanos y ciudadanas, cuyos propósitos y funciones son de naturaleza esencialmente pública e íntimamente vinculadas al ordenamiento jurídico del sistema de gobierno y del Estado dominicano.

No cabe duda de que la finalidad es fortalecer los partidos, agrupaciones y movimientos políticos, incentivar la confianza ciudadana en estos en tiempos de indignación y descrédito, consolidar la democracia mediante la participación y afiliación a tales instituciones, de carácter político, habida cuenta de la interrelación e interdependencia entre el Estado constitucional, los derechos humanos y la democracia, para lo cual resulta imprescindible en funcionamiento adecuado, transparente y creíble de los partidos, agrupaciones y movimientos políticos.

La finalidad, además, es evitar la traición de los compañeros de partido, prevenir la deslealtad contra partidos, agrupaciones y movimientos políticos, restringiendo la elegibilidad del tráfuga que no acepta los resultados electorales que le son adversos y pacta con fuerzas políticas contrarias, sin reparar en diferencias ideológicas ni programáticas, movidos por el afán de la obtención del poder político, así destruyan el sistema de partidos y afecten ostensiblemente el régimen democrático y el ordenamiento constitucional.

Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

La existencia de un sistema de partidos, agrupaciones y movimientos políticos es esencial para la vitalidad de la democracia, para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y para la consolidación del Estado democrático constitucional, máxime si se tiene en cuenta, como afirman Caldera Ynfante (2018; 2019; 2020a, 2020b) y Caldera Ynfante et ál. (2018; 2019), que la *democracia es un derecho fundamental*, siendo los partidos, agrupaciones y movimientos políticos el medio y el fin para la materialización de la participación ciudadana en la procura del poder político, y para la formación, gestión y control de la función pública y del funcionamiento efectivo de la persona humana en la comunidad política, sobre el cuidado de la vida y la protección de la persona, en aras de alcanzar la materialización de su proyecto de vida valioso, contando con oportunidades para desarrollar sus capacidades y medios materiales e inmateriales para una existencia digna que le posibiliten lograr florecimiento humano, ser felices y contribuir al bien común.

La existencia de una necesidad social imperiosa e interés público imperativo

En República Dominicana, el Congreso consideró que para generar transparencia, fortalecer liderazgos y consolidar la democracia es *necesario incentivar la lealtad de los líderes para con sus partidos, agrupaciones y movimientos políticos, sancionando la traición partidista con la restricción del derecho político al sufragio pasivo contra el tráfuga político como una medida de saneamiento (“profilaxis”) legislativo de las prácticas que atentan contra la institucionalidad democrática la debilitar el sistema de partidos, agrupaciones y movimientos políticos.*

Así como el caudillismo, el clientelismo, el mesianismo y la politiquería afectan la política, como expresión de servicio a favor de la población, y la calidad de la democracia al golpear directamente a los partidos agrupaciones y movimientos políticos. El transfuguismo político produce daños enormes a la confianza ciudadana en sus liderazgos y sus instituciones democráticas, de allí que, con su tipificación legal se busca evitar los saltos de talanquera, se procura cerrarle las puertas –en otros partidos– a aquellos candidatos que pierdan dentro de cualquier organización, en las elecciones primarias, quienes no podrán postularse por otro partido de cara a las elecciones 2020. Estas disposiciones están reunidas en la Ley 15 de 2019 y la Ley 33 de 2018, desarrolladas luego en el reglamento para la escogencia de candidatos mediante convenciones o encuesta dictado por la Junta Central Electoral (JCE) en virtud de la ley de partidos políticos.

Era necesario e imperioso expedir una ley para evitar que aquellos que aspiraran a determinados puestos en sus partidos no pudieran pactar con otras organizaciones, dando un salto de una organización a otra, luego de haber salido derrotados en las elecciones internas primarias abiertas, por ser una práctica de transfuguismo oportunista, desleal, carente de ética y netamente reprochable por la comunidad política y por el Congreso mediante la ley dictada para restringir derechos políticos (sufragio pasivo) a los tránsfugas.

Aquí cabe citar un parte de la sentencia del caso Castañeda Gutman Vs México sobre la importancia que aquella le otorga a los partidos políticos y que la Corte IDH destaca:

La Corte considera que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de

partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. *Todas ellas responden a un interés público imperativo.* Por el contrario, los representantes no han acercado elementos suficientes que, más allá de lo manifestado en cuanto al descrédito respecto de los partidos políticos y la necesidad de las candidaturas independientes, desvirtúe los fundamentos opuestos por el Estado (Corte IDH, Sentencia del caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos del 6 de agosto de 2008)

La exclusividad en la nominación y el medio idóneo menos restrictivo para regular el derecho a ser votado

La consagración de la figura del transfuguismo en la ley dominicana tiene un carácter exclusivo y responde al propósito del Legislador de depurar la práctica político-electoral y fortalecer la democracia, consolidando el sistema de partidos. El medio menos restrictivo consiste en la imposición de una restricción temporal y puntual sobre el derecho político pasivo del tráfuga, generando una limitación transitoria (inhabilidad coyuntural para ser candidato en el mismo proceso electoral, no pudiendo ser elegido en el mismo) a todo aquel que pretenda desconocer resultados electorales que le hayan sido adversos. Esta medida actúa en defensa del interés general (confianza de los electores-sistema democrático-sistema de partidos), por la cual el tráfuga queda impedido de participar en el mismo proceso electoral, sin que este llegue a perder o deja de gozar, de manera definitiva, sus derechos políticos. La restricción que padece el tráfuga de participar en el mismo proceso electoral con partido diferente

es equiparable a una inhabilidad transitoria y parcial, que no le impide, para otro proceso electoral diferente, que sea elegido y no es óbice para que tenga garantías electorales y cuente con la oportunidad a ser votado conforme a lo previsto en la norma convencional y en la Constitución dominicana.

Proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo

La adopción de la restricción del derecho político del sufragio pasivo del tráfuga (quien, verbigracia, siendo derrotado en un proceso electoral interno, cambia de organización política para competir durante los mismos comicios), consistente en la limitación legal de no poder ser postulado como candidato por partidos políticos diferentes –restricción de derecho político personal– es proporcional al beneficio que la medida procura en función del interés general y el bien común que representa el hecho de contar con un sistema de partidos vigoroso y funcional, factor decisivo para el goce del derecho fundamental a la democracia, piedra angular para la vigencia y satisfacción de todos los derechos fundamentales por todos los dominicanos. Entre premiar la deslealtad en que incurre el tráfuga contra sus compañeros y su anterior partido político, restringiéndole temporalmente sus derechos políticos pasivos, para defender los partidos como expresión del sistema democrático y permitirle participar políticamente como candidato, pactando de manera desleal con otras organizaciones políticas, el Legislador dominicano optó por limitar el derecho político del tráfuga para ser candidato en el mismo proceso electoral donde ha incurrido en tales prácticas.

Entre el legítimo derecho político del tráfuga y la preservación de la confianza de los electores en la legalidad, idoneidad, transparencia de las decisiones partidistas, la “salud” del sistema democrático y del sistema de

partidos políticos, el Legislador dominicano razonó y concluyó, en la Ley 33 de 2018, que la restricción al derecho político de la referencia es necesaria y está justificada porque los partidos, agrupaciones y movimientos políticos son “asociaciones fundamentales del sistema democrático”, que deben cumplir con sus derechos y deberes y que, como organizaciones, tienen “personería jurídica, integradas por ciudadanos y ciudadanas, cuyos propósitos y funciones son de naturaleza esencialmente públicas e íntimamente vinculadas al ordenamiento jurídico del sistema de gobierno y del Estado dominicano”.

Concordancia del test de convencionalidad de la restricción del derecho político con la técnica argumentativa del principio de proporcionalidad

La restricción del derecho político pasivo de aquel que incurre en transfuguismo política, por deslealtad partidaria, fijada por la legislación dominicana, antes citada, cumple, asimismo, con los parámetros argumentativos del principio de proporcionalidad en materia de limitación de derecho fundamentales. Al razonar sobre dicho instituto procesal, la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022 de 1996, sentó lo siguiente:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (C. C., Sentencia C-022/96)

La Corte Constitucional colombiana, al fallar un caso de naturaleza similar –limitaciones a derechos políticos y electorales– en Sentencia C-551 de 2003, señaló:

En tratándose a limitaciones a derechos políticos y electorales, estos son derechos fundamentales que se componen de un núcleo o contenido esencial determinado por las normas internacionales, en este caso por el artículo 23 de la Convención que señala las causales para realizar la restricción a la que hubiere lugar. Sin embargo de acuerdo a lo sentado por la Corte IDH estas restricciones deben guardar respeto por la legalidad, deben tener un fin constitucionalmente legítimo, y finalmente deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo cual es claramente una expresión de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En conclusión, los beneficios producto de la restricción o limitación a los derechos políticos y electorales deben ser una compensación frente a las cargas que deba soportar el titular de dichos derechos y la sociedad en general; de lo contrario, esta limitación carece de legitimidad y por tanto es inconstitucional. (C. C., Sentencia C-551/03)

Finalmente, sobre la técnica hermenéutica del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-916 de 2002 ha indicado:

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

[...] En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del Estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1, C. P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C. P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5, C. P.). (C. C., Sentencia C-916/02)

Conclusiones

Del examen efectuado a la legislación electoral dominicana se puede concluir que en su articulado sanciona la conducta de la perfidia política y la deslealtad política de los actores que buscan obtener el poder político, como mecanismo para fortalecer el sistema de partidos, la confianza de la comunidad en estos y sus protagonistas y la consolidación de la democracia constitucional. No obstante, al margen de la regulación legal electoral, que limita los cambios de bando político por motivaciones de interés particular, por legítimas que parezcan, dichas conductas no son castigadas de manera efectiva en función de la preservación de la democracia y el sistema de partidos como bienes jurídicamente tutelados. La perfidia político-electoral, en República Dominicana es castigada con la restricción parcial y temporal del goce de los derechos políticos pasivos (*derecho a ser elegido*) de la persona natural transgresora de la regulación. Tal regulación sancionatoria, de acuerdo con lo examinado, cumple con los estándares internacionales establecidos en el derecho convencional de los derechos humanos y demás normas supranacionales integradoras del bloque de constitucionalidad que, en el caso dominicano, tienen jerarquía

prevalente por mandato constitucional. Se aprecia, igualmente, que en la nuda efectividad del sistema de sanciones frente a la práctica del transfuguismo político-electoral —que lastra la solidez y confiabilidad de la democracia— gravitan diversos factores de índole extralegal arraigados en la comunidad política.

Así, ante una situación política fáctica que parecía estar inmersa dentro de la causal de inhabilitación parcial y temporal de los derechos políticos del presunto infractor, pasó inadvertida y sin reprimendas legales e institucionales por parte de los órganos encargados de hacer valer las sanciones regulatorias previstas frente a tal contravención legal. Es posible que hayan primado fuertes consideraciones de carácter político para dejar concurrir al presunto infractor en las elecciones presidenciales en atención a que su participación en la carrera presidencial sería *un mal menor* frente a una eventual inhabilitación político-electoral de su candidatura, que, adoptada en derecho, lo hubiese victimizado ante el país y la región, ya que en este tipo de circunstancias, a la hora de la implementación de los correctivos previstos en las normas para prevenir todo tipo de deslealtad partidista, se demuestra que no basta simplemente su consagración expresa en la regulación legal.

Al contrario, para su vigencia y aplicación eficaz se requiere un férreo compromiso institucional de los órganos competentes del Estado que, para hacer valer la ley, se tienen que colocar por sobre todo tipo de consideraciones extrajurídicas, es decir, dejar de lado las motivaciones políticas, de cálculo partidista, de carácter comunicacional o hasta de naturaleza económica, y que pueden llegar a rebasar, en el campo práctico de la contienda política y electoral, la efectividad de las normas legales sancionatorias del transfuguismo político, afectando, a la postre, el régimen constitucional, la confianza ciudadana en la política, la solidez de

los partidos políticos y la calidad de la democracia, vista como un derecho fundamental.

Referencias

- Cárcamo, M. C. y Jiménez, D. C. (2016). *Limitaciones a derechos políticos y electorales en la Convención Americana de Derechos Humanos y en Colombia* (tesis, Universidad de Cartagena).
<https://repositorio.unicartagena.edu.co/handle/11227/2859>
- Caldera Ynfante, J. (2012). El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el Derecho Procesal Constitucional. Memoria del Tercer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y Segundo encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Cali (Vol. 23). En E. Velandia (Dir.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Volumen I (pp. 223-255). VC Editores; ACDP.
- Caldera Ynfante, J. (2018). La democracia como derecho fundamental: Ideas sobre un modelo de democracia integral. *Opción Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 34(87), 584-624.
<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/23891>
- Caldera Ynfante, J., De los Santos, I. y Ávila, F. M. (2018). La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la democracia integral. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 3-22.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27957770016>
- Caldera Ynfante, J. (2019). *Democracia integral: Un derecho fundamental para el logro de la dignidad humana, el proyecto de vida valioso y la felicidad social*. Nueva Jurídica.
https://www.academia.edu/40139619/LA_DEMOCRACIA_COMO_DERECHO_FUNDAMENTAL_DEMOCRACIA_INTEGRAL_JES%C3%9AS_CALDERA_YNFANTE_PhD_Libro

- Caldera Ynfante, J., Ávila, F. M., Woolcott, O. y Martín, V. (2019). Biopoder, biopolítica, justicia restaurativa y criminología crítica: una perspectiva alternativa de análisis del sistema penitenciario colombiano. *Utopía y Praxis Latinoamericana: Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 24(2), 169-189.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7113211>
- Caldera Ynfante, J. (2020a). Biocracia y derecho fundamental al nuevo orden mundial en la postpandemia covid-19. *Utopía y Praxis Latinoamericana: Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 25(4), 33-49.
<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/32845>
- Caldera Ynfante, J. (2020b). Intervención humanitaria electoral: El Consejo de Seguridad de la ONU y la superación del conflicto político en Venezuela. *Revista Opción*, 36(92), 491-555.
<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32692>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, capítulo IV, Venezuela*.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.4Venezuela09.sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, capítulo IV, Cuba*.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/cap.4a.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1990). *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, capítulo IV, Haití*.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Cap.4a.htm>
- Constitución Política de la República Dominicana. 13 de junio de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. 23 de enero de 1996, M. P.: C. Gaviria Díaz, Sentencia C-022 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. 19 de julio de 2003, M. P.: E. Montealegre Lynett, Sentencia C-551 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. 29 de octubre de 2002, M. P.: M. Cepeda Espinosa, Sentencia C-916 de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia del 23 de junio de 2005.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 6 de agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia del 26 de mayo de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Sentencia del 8 de julio de 2020.
- Cortés Zambrano, S. (2009). La sociedad civil en el contexto de la globalización. Una nueva perspectiva de la democracia. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 4(2), 94-116.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2009.0002.05>
- Cortés Zambrano, S. (2013). La globalización económica y los derechos humanos. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 8, No. 2, PP.138-149.
- Dalla Via, A. R. (2011). Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 8, 15-79.
- Hernández, M. (1995). Constitución y derechos fundamentales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 84, 1041-1051.
- Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de mayo de 1976.
- Organización de las Naciones Unidas. Compilation of general comments and general recommendations adopted by Human Rights Treaty bodies. HRI/GEN/1/Rev.7. 12 de mayo de 2004.
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 18 de julio de 1978.
- Piza Escalante, R. (1979). Sistema Interamericano y Universal de Protección de los Derechos Humanos. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 38.
- República Dominicana. Ley 33 de 2018. Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos. 15 de agosto de 2018. Gaceta Oficial n.º 10.917.
- República Dominicana. Ley 15 de 2019. Ley Orgánica de Régimen Electoral. 20 de febrero de 2019. *Gaceta Oficial* n.º 10.933.

República Dominicana. Ley 33 de 2018. Partidos, Agrupaciones y Movimientos Políticos.
15 de agosto de 2018. *Gaceta Oficial* n.º 10.917.

Rincón, K. y Peñas, A (2015). El delito político en Colombia frente al Derecho
Internacional Humanitario. *Revista IUSTA*, 43, 67-90.

<http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2538/2470>

Rodríguez, A. (2014). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque
de gestión de derechos. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2), 135-175.

Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes frente al populismo mediático y punitivo*

[Artículos]

*Misael Tirado Acero***

*Víctor Manuel Cáceres Tovar****

*Rafael Velandia Montes*****

*Robinson Sánchez Tamayo******

* Este artículo es producto de un ejercicio colaborativo entre varios grupos de investigación en consonancia con los índices de cohesión y de colaboración de Minciencias. Se adscribe al Proyecto de Investigación INV-EES 3174 "Crimen Organizado y Seguridad", financiado por la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia), para la vigencia 2020; al proyecto "El ciberdelito sexual contra menores de edad en Colombia: hacia la construcción de un nuevo paradigma de política criminal", convocatoria "Julio César García" para el fomento de la investigación con pertinencia social de la Universidad La Gran Colombia (2020). Grupos de Investigación participantes: Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Política Pública - RESCYPP (Universidad Militar Nueva Granada), Derecho Penal Contemporáneo (Universidad La Gran Colombia), en colaboración con el Grupo de Investigación Red de Política Criminal Extrema Ratio (Categoría A1, Colciencias) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (2019) y con el Grupo de investigación Derecho Público "Francisco de Vitoria" de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, dentro del proyecto de investigación "Debates contemporáneos en la administración de justicia penal en los albores del posconflicto colombiano IV", código interno n.º 1918006.

** Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: misael.tirado@unimilitar.edu.co, misaeltirado@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1840-1702>

*** Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia, docente investigador adscrito al grupo de investigación Derecho Penal Contemporáneo de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: victor.caceres@ugc.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2869-713X>

**** Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza (España), docente investigador adscrito al grupo de investigación Derecho Público Francisco de Vitoria de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: rafaelvelandia@usantotomas.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4947-5544>

***** Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Los Andes, docente de tiempo completo de la Universidad Militar Nueva Granada e integrante del grupo de investigación del Grupo Red de Estudios Socio-jurídicos Comparados y Políticas Públicas (RESCYPP). Correo electrónico: robinson.sanchez@unimilitar.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2343-3637>

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 16 N.º 1 | enero-junio del 2021

Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2020

Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2020

Citar como:

Tirado Acero, M., Cáceres Tovar, V. M., Velandia Montes, R. y Sánchez Tamayo, R. (2021). Delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes frente al populismo mediático y punitivo. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(1).

<https://doi.org/10.15332/19090528.6483>



Resumen

Este artículo estudia la problemática del abuso sexual a niños, niñas y adolescentes (NNA) en Colombia, ante las constantes cifras de conductas punibles de tipo sexual en contra de esta población. Esta problemática, que se teoriza, está relacionada con el modelo de paradigma operante en Colombia: el populismo mediático y punitivo. Por último, a partir de cifras del sistema de justicia y el sistema penitenciario, se recomienda el enfoque de las políticas públicas en los fines de la pena, especialmente la prevención, en contraposición a la creación y el aumento de penas.

Palabras clave: delitos sexuales, niños, niñas y adolescentes (NNA), política criminal, populismo punitivo.

Sex crimes against children and adolescents in the face of media and punitive populism

Abstract

This article studies the problem of sexual abuse of children and adolescents in Colombia, in view of the constant figures of punishable sexual conducts against this population. The problem, which is theorized, is related to the paradigm model operating in Colombia: media and punitive populism. Finally, based on figures from the justice system and the penitentiary system, the focus of public policy on the purposes of

punishment, especially prevention, as opposed to the creation and increase of penalties, is recommended.

Keywords: sex crimes, children and adolescents, criminal policy, punitive populism.

Introducción

Lejos de desaparecer, el flagelo del abuso sexual en contra de niños, niñas y adolescentes (NNA) es un tema de discusión diario en los diferentes escenarios de la sociedad colombiana. La esfera política y la mediática, que están en permanente relación, generan medidas en la orientación hacia los castigos contra el consistente aumento de los delitos sexuales que afectan a los NNA, tal como lo revelan las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF).

La reciente ley sobre cadena perpetua para violadores de menores de edad modifica el artículo 34 constitucional que prohíbe precisamente la prisión perpetua y da lugar a la prisión perpetua revisable. Esto ha generado señalamientos, ya que bajo un guiño político se anunciaba su aprobación y sanción, antes de los debates tanto de la Cámara como del Senado, y de la firma presidencial. Si bien es un delito execrable dadas las nefastas consecuencias que padecen las víctimas de delitos sexuales y la sociedad, dicha medida no ataca el problema estructural de impunidad y, por lo contrario, conllevó a entablar demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional. La respuesta no es el punitivismo, sino el derecho constitucional que se ancla precisamente en la protección reforzada, en la prevención de estos execrables delitos y en la garantía de una justicia restaurativa en el caso de derechos vulnerados (Gallego, 2014).

En tal sentido, existe una presión en el desarrollo del proceso penal por parte de los medios de comunicación, que en la mayoría de las ocasiones impulsan que el Legislativo contemple la creación de nuevos tipos penales,

implemente penas más largas o alternativas que no son integrales, entre ellas la castración química. Sin lugar a dudas, esto no aporta a la solución, pues genera es un juzgamiento anticipado por parte del público a los que aún son presuntos inocentes, y no necesariamente culpables de la comisión del delito, ya que ante el sistema penal no han sido indiciados, imputados, sindicados o judicializados, en razón al debido proceso y al garantismo constitucional.

Lo anterior constituye el punto de partida de este artículo, que parte de dilucidar *¿cuál es el tratamiento sociojurídico que debe dar el Estado colombiano a los delitos sexuales contra menores de edad, donde el punitivismo no sea la constante?* Nos referimos a un problema allá del acto punible y de las tipificaciones de abuso, violencia o violación sexual, no necesariamente la consumación del acto en sí, sino también el constreñimiento físico o psicológico, la inducción a la prostitución, el proxenetismo, la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA), la trata de personas con fines sexuales o eróticos, la pornografía, el *sexting*¹, el *grooming*², etc., de forma directa, indirecta o a través de redes de comercio sexual (Tirado, 2010), lo que conlleva a que el derecho penal debe contemplar lo preventivo y propositivo y no ir consecuentemente a los delitos y las penas, en términos de Cesare Beccaria (Tirado, 2014).

El presente texto se divide en cuatro acápite que buscan: 1) evidenciar el flagelo de los delitos sexuales contra NNA y la normativa de tipo penal con la cual se abordan dichas conductas; 2) relacionar el manejo que dan los

¹ Este anglicismo consiste en la difusión de contenido de tipo erótico o sexual por medios digitales, principalmente con el uso de teléfonos inteligentes (Tirado, 2010, p. 15).

² Consiste en la utilización de tecnologías de la comunicación por parte de un adulto para contactar a NNA con la finalidad de obtener imágenes de contenido erótico o sexual y propiciar encuentros para tener relaciones sexuales con ellos. (Tirado, 2010, p. 12).

medios de comunicación a estos delitos y su presión a favor del populismo punitivo; 3) presentar el manejo que se da en el aparato jurisdiccional del Estado a estas conductas punibles, en especial lo relativo a la capacidad de procesamiento de estos delitos; 4) proponer posibles alternativas de un análisis integral para considerar en los lineamientos de políticas públicas.

La metodología utilizada es de tipo exploratorio, descriptivo y de revisión documental, la cual se ancla en lo normativo y en lo jurisprudencial.

Tratamiento de niños, niñas y adolescentes ante los delitos sexuales

A pesar de los esfuerzos de múltiples actores, en la última década, lamentablemente, los delitos sexuales contra NNA en Colombia se han consolidado como un problema permanente. Las cifras reportadas por el INMLCF evidencian la ocurrencia de un problema crónico respecto a la protección de los menores: hay registros de más de 20 000 exámenes médico-legales por presuntos delitos sexuales en cada año de la última década, y de más de 25 000 en los últimos dos años.

Dentro de las cifras reportadas por el INMLCF, la ocurrencia de conductas delictivas en contra de NNA es alarmante, con una incidencia arriba del 85 % en todos los años y de manera constante, pues las víctimas principales de estos actos son los menores del país. La permanente ocurrencia y registro de estos actos tiene tales proporciones que de cada 100 exámenes médico-legales por presuntos delitos sexuales en el año 2010, 88 de ellos fueron realizados a NNA, y que en 2019 esta cifra fue de 86.4, lo cual evidencia que las políticas en contra de estos actos están lejos de triunfar.

Tabla 5. Exámenes médico-legales por presunto delito sexual realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) por años (2010-2020)

Año	Exámenes en NNA	Exámenes totales	Cantidad de exámenes realizados a NNA por cada 100 exámenes totales ³
2010	17 718	20 142	88.0
2011	19 617	22 597	86.8
2012	18 431	21 506	85.7
2013	17 906	20 739	86.3
2014	18 116	21 115	85.8
2015	19 181	22 155	86.6
2016	18 416	21 399	86.1
2017	20 662	23 798	86.8
2018	22 794	26 065	87.5
2019	22 211	25 695	86.4
2020	6479	7544	85.9

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INMLCF.

Ante la ocurrencia de este tipo de conductas, existe un marco jurídico que busca la protección de los NNA. Desde el nivel constitucional, los derechos fundamentales de los menores se encuentran fijados en el artículo 44 de la Carta Política; entre lo predicado por dicho artículo se encuentra que “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral,

³ Los datos entre los años 2010-2018 fueron obtenidos de la revista *Forensis Datos para la Vida*, en sus respectivas ediciones para cada año; los datos para el año 2019 fueron obtenidos del *Boletín estadístico mensual del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, enero-diciembre de 2019; los datos para el año 2020 fueron obtenidos del *Boletín estadístico mensual del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, enero-mayo de 2020.

secuestro, venta, abuso sexual [...] Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (C. P., 1991, art. 44, Colomb.). Asimismo, a nivel constitucional se encuentran decretada la protección de los adolescentes: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral” (C. P., 1991, art. 45, Colomb.).

De estas consideraciones de orden constitucional hacen parte las contempladas en el bloque de constitucionalidad colombiano, como instrumentos de origen internacional ratificados por nuestro país frente a la protección de menores de edad, entre ellos se encuentran: los Convenios de La Haya relativos a la Protección del Niño, la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, el Convenio n.º 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Convenio n.º 182 de la OIT, la Recomendación n.º 90, que complementa sobre las peores formas de trabajo infantil, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en el conflicto armado, entre otros (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2009; Tirado y Oliveros, 2011).

El mencionado garantismo jurídico que parte de la normativa mencionada es interiorizado por nuestro Estado social de derecho, que está llamado a proteger principios y derechos, y además es señalado por la Corte Constitucional, en relación a de los menores de edad con el artículo 44 de la Carta Política: “en concordancia con los artículos 19-1, 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible afirmar la existencia en nuestro ordenamiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a

no ser objeto de ninguna forma de violencia, especialmente de violencia sexual” (C. C., Sentencia T-843/11).

Dichas normas, expedidas en pro de la consabida protección de los NNA en el caso colombiano, han permitido la toma de decisiones bajo el denominado “interés superior del menor”, concepto que, a pesar de sufrir múltiples cambios a lo largo de los años, ha llegado a ser una base fundamental al proferir los fallos y sentencias (Tirado, 2018, p. 218). Por ejemplo, la Corte Constitucional considera cuatro características al usar este concepto:

1. Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;
2. Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos;
3. Un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor;
4. La garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. (C. C., Sentencia C-313/14)

Vemos cómo se articula un control de convencionalidad con la norma constitucional integrada en procura de los derechos de los NNA basada en normativa internacional, nacional constitucional y en criterios jurisprudenciales, aunque solo unos pocos de ellos, los más atinentes al tema tratado.

Los seres humanos, incluyendo a los NNA, somos seres sexuados biológicamente, por lo cual poseemos órganos genitales, hormonas y genes

asignados de manera diferencial desde la formación del *nasciturus*, y que en la sociedad reproducimos a través de la diferenciación biológica, es decir del sexo y del género, que es una construcción sociocultural, por tanto,

[...] La sexualidad es una de las dimensiones del desarrollo de las personas, se vive y expresa a través del cuerpo, las hormonas, la herencia, pero fundamentalmente se construye mediante procesos de aprendizaje a lo largo de la vida, desde que se nace hasta que se muere, constituyéndose en una experiencia vital para todos los seres humanos. Dado que no es un instinto, sino que es aprendida, es diferente en cada persona. (Organización de los Estados Iberoamericanos e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2016, p. 7)

Por esta razón, uno de los elementos que deben considerarse dentro de los bienes jurídicos protegidos en el caso de los NNA —tanto de la sociedad mayoritaria como de las minorías, en particular los pueblos indígenas, raizales y rom— es lo que concierne precisamente al libre desarrollo de su sexualidad, y lo relacionado con los derechos reproductivos y sus implicaciones desde la infancia, o de ese paso de ser niño a ser adulto para el caso indígena (Tirado et ál., 2020), componente que no será objeto de análisis en esta investigación y que se explicita en las anteriores referencias.

Respecto a los llamados “derechos sexuales”, la Corte Constitucional ha señalado al respecto que,

[...] es posible sostener que los *derechos sexuales* reconocen, respetan y protegen (i) la libertad sexual y (ii) el acceso a los servicios de salud sexual. [...] En virtud del *derecho a la libertad sexual* las personas tienen derecho a decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién (artículo 16 de la Constitución). En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia

física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada. (C. C., Sentencia T-732/09)

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha definido la libertad sexual como “[...] la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos” (Sentencia 10672, 2005).

Ahora bien, en la búsqueda de protección de estos bienes jurídicos mencionados existe, como *ultima ratio*, el derecho penal, en el cual se ha realizado un desarrollo importante desde la década de los noventa, cuando aún era protegido por parte del Estado el derecho a la “honra” en materia sexual. Evidentemente, esto estaba ligado al modelo de pensamiento moral de la época, que logró desarrollarse hasta el concepto que hoy se utiliza como “libertad sexual”. De esta forma el derecho penal busca proteger no lo considerado como moralmente aceptable en el plano sexual por parte de la sociedad, sino el libre ejercicio individual del ámbito sexual, sin importar la orientación, género o práctica elegida por la persona.

Dentro de esta protección ejercida desde el ámbito penal al ejercicio de la sexualidad se encuentra una importante consideración respecto a los NNA:

[...] el maltrato sexual tiene distinta connotación según se trate de conductas entre adultos, o eventos en los que haya participación de menores, en la medida en que, entre adultos, la afectación del bien jurídico se produce, fundamentalmente, por la ausencia de consentimiento, al paso que, tratándose de menores, el ordenamiento se orienta a la proscripción general de toda conducta de índole sexual por incapacidad de consentir. (C. C., Sentencia C-674/05)

Sin embargo, la protección y el aval por el libre ejercicio de derechos de este tipo sigue siendo un motivo de discusión, ya que

Es al intentar definir los derechos sexuales y reproductivos que se evidencia la falta de una discusión a profundidad sobre los derechos de niñas y niños, pues mientras que desde algunas posturas se reivindica su titularidad —especialmente para los adolescentes de algunos de estos derechos como el acceso a la anticoncepción— se sigue justificando la limitación para ese mismo grupo etario de algunos otros derechos relacionados, por ejemplo, a contraer matrimonio. (González Contró, 2009, p. 1)

Al respecto, este tipo de dilemas siempre están presentes en la ponderación de valores, es el caso del ejemplo clásico brindado por García Villegas (2016), al hablar de la igualdad y la libertad, cuando estos valores entran en conflicto, a pesar de ser valiosos y tener el deseo por aplicar los dos a un caso concreto, resultan ir en contravía. Es así que “un modelo de organización social que privilegie la libertad deberá enfrentar la desigualdad de sus individuos y, viceversa, un modelo empeñado en lograr igualdad deberá restringir algo de libertad para lograrlo” (p. 64). Mientras que en este dilema sea percibido el costo de aplicar uno u otro, en el caso de los derechos de los NNA, lejos de abordar este tipo de debates se han tomado decisiones en una u otra área sin pensar en un marco normativo, como lo identifica González Contró (2009): “el resultado es la característica fundamental del marco jurídico de los derechos de niños y niñas: la discrecionalidad” (p. 1).

Populismo mediático

La libertad de prensa opera como un derecho de rango constitucional en relación con el derecho a la libertad de expresión, encontrándose su base en el artículo 20 de la Carta Política:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son

libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (C. P., art. 20, 1991, Colomb.)

En el ejercicio de estos derechos, en la generación de contenido informativo de todo tipo a nivel masivo, se presenta una interacción entre los medios de comunicación y la política criminal de tipo populista punitiva, la cual desemboca en esta categoría: el populismo mediático o política criminal mediática, considerada como un

[...] conjunto de decisiones institucionales relativas a la lucha contra la delincuencia, que se caracterizan por tener un fuerte contenido populista; se trata de decisiones legislativas en las que los medios de comunicación desempeñan un protagonismo absolutamente clave. (Pozuelo, 2018, p. 69)

La interacción entre los medios de comunicación e individuos o grupos ha sido estudiada de antaño y teorías como las de *agenda setting* o ‘teoría del establecimiento de la agenda’ brindan una visión conceptual de este fenómeno: “la hipótesis central afirma que existe un fenómeno de transferencia de relevancia desde la agenda mediática hasta la agenda del público” (Ardèvol-Abreu et ál., 2020, p. 2). Esta visión permite considerar a los emisores de información como agentes activos, que moldean o transforman la información y no tan solo agentes pasivos que la transmiten, donde la maximización de la utilidad para estos emisores se encuentra en la maximización de la audiencia; entre mayor sea la cantidad de receptores de determinado contenido, mayores serán los beneficios. Entre los contenidos que atraen fácilmente al espectador se encuentran los de tipo violento y delincencial,

[...] se advierte es un interés social en conocer los detalles más sangrientos y sórdidos de delitos violentos y un aprovechamiento

económico de los medios de comunicación de tal atracción mediante la publicación sobre todos los datos posibles de su comisión, lo cual distorsiona la realidad del delito en las sociedades contemporáneas dando la impresión de que está en aumento, lo que a su vez sirve de sustento injustificado para el surgimiento de actitudes ciudadanas punitivas. (Velandia, 2018, p. 142)

Un ejemplo de esto fue el cubrimiento mediático del proceso judicial que se dio al caso de asesinato de Yuliana Samboní, crimen perpetrado por Rafael Uribe Noguera, el cual fue catalogado como un proceso en tiempo récord, ya que en menos de un año fue condenado en primera y segunda instancia, lo cual, a pesar de ser un logro en el caso, es una muestra desalentadora de la importancia de que un caso determinado figure en el agenda mediática, de las tasas e índices respecto al manejo de casos por la Rama Judicial antes descritos. El tiempo en que este caso se resolvió es desalentador respecto a casos que involucran hechos iguales o más aberrantes contra NNA, pero que llevan varios años sin trámite alguno; este hecho fue advertido incluso por la jueza de primera instancia del caso de Yuliana Samboní, quien hizo un llamado a observar un problema de tipo estructural y no mostrar como un éxito la rápida resolución de un caso en el cual ya una vida se había perdido. Durante la lectura del fallo,

[...] la juez hizo un llamado de atención a la Fiscalía y a la Secretaría de la Mujer del Distrito porque considera que las otras 15 000 víctimas de violencia sexual del año pasado no han tenido la misma atención en la administración de la justicia. (Obando, 2017)

A su vez existen casos en los cuales la agenda mediática puede tener repercusiones en contra de los NNA. La preocupación por la protección de los menores respecto a la información expedida por los medios de comunicación es tal, que organizaciones como Save The Children y Unicef han generado instrumentos de interpretación de los acuerdos

internacionales para brindar un marco de aplicación adecuado de estos. Entre ellos se encuentra el informe *Infancia y medios de comunicación*, el cual contiene una serie de recomendaciones para el tratamiento de NNA, cuando son sujetos pasivos de los medios de comunicación, que ha sido adoptada por la Corte Constitucional colombiana en el análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en desarrollo de decisiones judiciales, la cual incluye:

1. Respetar el principio de universalidad de los derechos de los niños y niñas, 2. Priorizar siempre el interés superior del niño en la toma de decisiones de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, 3. Garantizar la exactitud y contextualización adecuada de los contenidos de las noticias sobre infancia, 4. Proteger la imagen y la identidad de los niños y niñas, 5. Comprobar de forma especialmente cuidadosa la fiabilidad de las fuentes, 6. Garantizar el derecho a la participación de los niños y niñas en los medios de comunicación, 7. Promover el rol de los medios de comunicación como agentes de sensibilización social, 8. Garantizar la protección de los niños y niñas en los medios de comunicación. (Save the Children y Unicef, 2010)

Dos ejemplos de cómo los medios de comunicación juegan un papel fundamental en el desarrollo de eventos con trascendencia jurídica son la “Radio de las Mil Colinas, en el contexto del conflicto ruandés: en la primavera de 1994, la radio difundió la consigna, y unos 800 000 tutsis y hutus moderados fueron asesinados brutalmente con machetes por extremistas hutus” (González et ál., 2009, p. 13), así como casos positivos, con un profundo trasfondo social, como cuando se puso en la radio “en directo a Nelson Mandela –desde la cárcel–, y De Klerk –presidente de Sudáfrica– a comienzos de los años 90 en Sudáfrica, generando un proceso de reconciliación que desembocó en la salida de la cárcel de Mandela” (González et ál., 2009, p. 13).

En la relación entre el campo penal y lo presentado respecto a los medios de comunicación, autores como Escalante y Maldonado Arcón (2019) abogan por una expansión de la política criminal, la cual considere también este elemento en su promoción:

La política pública en materia criminal no solo debe abarcar un área específica del sistema penal, sino que debería integrar todos los sectores sociales a quienes concierne el fenómeno delincucional, incluyendo sus discursos y la percepción que se construye sobre el delito y el control social. (p. 144)

En los casos particulares, se tiende a realizar una creación y difusión deliberada de información que no corresponde con la realidad, en la cual se transmite información poco veraz que genera desinformación sobre el trasfondo de la situación que se presenta. En estos casos es usualmente vulnerada la presunción de inocencia al proceso, su relación con otros derechos de nivel fundamental, que no es una violación de menor talante. Desde una perspectiva histórica, esta presunción se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, asimismo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y a nivel constitucional está ligada al artículo 29 de la Carta Política sobre el debido proceso: “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (C. P., art. 29, 1991, Colomb.), además de lo prescrito en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal Colombiano (2004): “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal” (Ley 906 de 2004).

Es así como al violar la presunción de inocencia, se vulneran otros derechos, entre ellos:

[...] el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre, al honor, el debido proceso, y a la imagen, los cuales pueden verse vulnerados cuando la inocencia o culpabilidad de una persona es expuesta mediante la divulgación de opiniones, análisis sin conocimiento del funcionamiento de la justicia penal o sin información adecuada o verificada de manera idónea para emitir un juicio de valor. (Escalante y Maldonado, 2019, p. 100)

Un ejemplo claro de la creencia en que el aumento de penas es la solución al tratamiento jurídico del delito sexual contra NNA lo encontramos en el órgano Legislativo colombiano, el cual, mediante el Acto Legislativo 01 de 2020, modificó el artículo 34 de la Constitución Política y suprimió la prohibición de la pena de prisión perpetua, estableciéndose la prisión perpetua revisable, a tenor del primer artículo de este acto legislativo:

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. (Acto Legislativo 01 de 2020)

Los medios de comunicación dedicaron un extenso cubrimiento de la expedición de esta norma, en la cual un sinnúmero de actores, sobre todo del ámbito político, brindaron en su mayoría un apoyo a la expedición de esta norma. Sin embargo, desde una óptica profesional del caso, algunos teóricos del derecho penal, como Velásquez (2020), han denominado este intento de regulación como parte de “una política criminal que además no es uniforme, no es coherente, un Estado que posibilita la imposición de penas, mínimas, ridículas o inexistentes”, en la cual es evidente la continuidad del modelo de populismo punitivo reinante en Colombia:

Cuando se lee las exposiciones de [...] los motivos de los 3 proyectos que sirvieron para confeccionar el texto final, tienen que concluir

sencillamente que los legisladores solo han hecho gala de lo que algún teórico llamó, el gobernar a través del delito, o sea, es un mecanismo para conseguir votos y para perpetuarse en el poder y continuar adelante con sus tareas legislativas. La prédica según la cual se busca dignificar a nuestros niños, eso es un mero pretexto para suscitar entre todo el conglomerado, la admiración hacia su tarea, para buscar el apoyo y nada más adecuado que hablar de los derechos de los niños. (Velásquez, 2020)

En este mismo sentido, es cuestionable la actuación de los legisladores más aun cuando del estudio de la norma expedida se encuentra que la tan afamada pena de prisión perpetua fue erigida como una pena potestativa, es decir se encuentra en cabeza del juez su imposición, de manera que la normativa que fue promocionada como una herramienta eficaz contra los delincuentes, y que pone en riesgo la estructura misma del nivel constitucional de la legislación del país, tan solo se constituye en una opción más para el operador judicial que, es necesario recordar, ya contaba con potestades suficientes para condenar a delincuentes de este tipo de delitos con penas de hasta 60 años.

El impacto de los medios de comunicación en la toma de decisiones del Legislativo, aun en contra de los bienes jurídicos que se pretende proteger, es visto en casos como este, que, como ya se anotó, tuvo guiños políticos y un acompañamiento mediático que finalmente conllevó a ser aprobado y sancionado. Esto pone en jaque precisamente la misma constitucionalidad: “son ya dieciocho las iniciativas que, desde que está vigente la Constitución de 1991, han intentado levantar la prohibición de prisión perpetua en Colombia” (Pardo et ál., 2019, p. 11).

A pesar de las múltiples razones para no seguir realizando la promoción de este tipo de proyectos que cuestiona precisamente el establecimiento, se puede ver que

[...] todo el trabajo técnico de registro y análisis queda supeditado a una declaración política. La mayor parte de la ciudadanía no se pregunta de dónde salen los datos ni cómo se producen las cuentas; toda la atención se concentra en la condena que acompaña el incremento o los elogios que van de la mano de un descenso en la incidencia de ciertas manifestaciones delictivas. Este proceso se repite en casi todas las jurisdicciones del planeta: los números se toman la agenda pública como señal de alabanza o alarma (política), y los complejos procesos que conducen al registro y medición del delito son ignorados. (Ball y Reed, 2016)

Entre las principales razones para no realizar la aprobación de este proyecto, “no hay relación entre el problema social que se pretende resolver y la prisión perpetua como solución” (Pardo et ál., 2019, p. 15), ya que la pena y su duración se encuentran entre las últimas consideraciones en los procesos que deben adoptarse contra este tipo de problemáticas. Es decir, de nada sirve el aumento de una pena cuando los esfuerzos no están dirigidos a controlar los factores que inciden en la ocurrencia de este fenómeno, en su origen, más aun cuando existen falencias en el sistema judicial presente en el espacio entre la ocurrencia de la conducta delictiva y el momento de la condena, como la congestión judicial, el vencimiento de términos, la reducida tasa de denuncias, etc., ilustradas anteriormente.

Incluso, algunos actores del escenario penal, como el exfiscal general Guillermo Mendoza, están en contra de esta hiperinflación normativa, toda vez que “hay exceso de delitos y cada año se siguen creando más. Todo se quiere solucionar con nuevos delitos, cuando el Estado puede acudir a otros mecanismos para solucionar los conflictos sin acudir a la justicia penal” (*El Tiempo*, 2019). Es decir, el derecho penal no es la única solución a los desbordes de una sociedad.

Populismo punitivo

Los esfuerzos en contra del flagelo de los delitos sexuales contra NNA se realizan en el marco de la política criminal, y esta depende del tipo de Estado y las condiciones propias de cada lugar. Esta busca ser una “política que permite, una vez conocidas las causas de la criminalidad, que se produzcan normas jurídicas que la combatan” (Rivera, 2005, p. 28); en este sentido, para Cáceres (2018), “la política criminal jurídica y vigente del Estado de Colombia en materia de delitos sexuales con menores de 14 años se fundamenta en el paradigma ‘populista punitivista’, concepto proveniente de Bottoms (1995), el cual hace referencia a las respuestas populares y punitivas frente a los delitos” (p. 237).

De esta manera, dentro de los esfuerzos en el ámbito penal de atacar la ocurrencia de estos actos, dentro del Código Penal colombiano se encuentran los siguientes tipos relacionados con la protección de NNA, en materia de derechos sexuales. En consonancia con las conductas propiamente dichas:

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años;

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años;

Artículo 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir;

Artículo 210-A. Acoso sexual.

En un segundo grupo están los tipos penales que buscan proteger a los NNA de tipos de conductas relacionadas con la explotación sexual:

Artículo 188-A. Trata de personas;

Artículo 217. Estímulo a la prostitución de menores;

Artículo 217-A. Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad;

Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años;

Artículo 219. Turismo sexual;

Artículo 219-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años;

Artículo 219-B. Omisión de denuncia.

En un tercer grupo están los tipos penales ligados a los NNA, por vía de circunstancias de agravación;

Artículo 205. Acceso carnal violento;

Artículo 206. Acto sexual violento;

Artículo 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir;

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años;

Artículo 213. Inducción a la prostitución;

Artículo 213-A. Proxenetismo con menor de edad;

Artículo 214. Constreñimiento a la prostitución;

Artículo 216. Circunstancias de agravación punitiva. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años.

Entre estos dos últimos grupos, es importante resaltar la diferencia existente entre los tipos penales diseñados con sujetos pasivos adultos y sujetos pasivos NNA:

[...] una diferencia en la configuración de los tipos penales y en la extensión de los mismos, de modo que, para las conductas que tienen lugar entre adultos se tiende a describir de manera más precisa las conductas que, en ausencia de consentimiento, son objeto de reproche penal, mientras que, tratándose de menores, el enunciado tiende a ser más comprensivo. (C. C., Sentencia C-674/05)

Por último, un cuarto grupo está compuesto por los tipos penales desarrollados en el contexto del conflicto armado colombiano, tipos penales que fijan como sujeto pasivo a personas protegidas por el derecho internacional humanitario:

Artículo 138A. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años;

Artículo 139A. Actos sexuales violentos en persona protegida menor de catorce años;

Artículo 141. Prostitución forzada en persona protegida;

Artículo 141A. Esclavitud sexual en persona protegida;

Artículo 141B. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.

Lo anterior evidencia la existencia de un marco normativo en el cual los delitos sexuales en contra de NNA pueden ser juzgados, siendo errónea la concepción de que en Colombia estas conductas se siguen presentando por falta de tipos penales. Al contrario, existe un marco normativo más que suficiente para el procesamiento de delincuentes, sin embargo existe una ineficacia del modelo de política criminal en Colombia, el cual es acorde con la percepción ciudadana sobre el sistema judicial colombiano. En los últimos años esa percepción ha empeorado: pasó de una consideración favorable del 38 % y desfavorable del 55 %, en el año 2010, a una

consideración favorable del 12 % y una desfavorable del 84 %, en el año 2020 (Gallup Poll Invamer y Corporación Excelencia en la Justicia, 2020).

La evidencia de un problema de naturaleza estructural respecto a la administración y acceso a la justicia en Colombia se observa en la contraposición de cifras, como la tasa de denuncias realizadas en Colombia, la cual entre 2012-2018 no llegó a superar el 30 % (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2020). Es decir, del 100 % de personas víctimas de un delito, en casi una década no se ha denunciado ni siquiera un tercio de los delitos cometidos. En 2019, “la cifra oculta, es decir, el número de delitos ocurridos pero que no fueron denunciados ante ninguna autoridad competente, se ubicó en 71.3 % para el total nacional” (DANE, 2019).

Por otra parte, el índice de congestión del aparato jurisdiccional en Colombia, “el número de procesos judiciales que se acumulan en el año al inventario del sector” (Consejo Superior de la Judicatura, 2020), entre los años 2016-2019, estuvo arriba del 50 %, para el año 2019 fue del 52.2 %. Es decir, de todos los procesos⁴ activos en la rama judicial y los que entraron durante ese año, solo se logró evacuar el 47.8 % de ellos. Esta situación, a su vez, se ve reflejada, por ejemplo, en el índice de libertades por vencimiento de términos, el cual para el año 2019 fue del 10 %, es decir, del total de libertades otorgadas durante ese año (50 707), 5089 fueron otorgadas por vencimiento de términos (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2020).

En pocas palabras, nos enfrentamos, por un parte, con una falta de comparecencia ante la justicia y, por otra, con una desbordante congestión cuando se acude a ella. Esto es congruente con la percepción de la

⁴ El estudio no incluye los procesos de control de garantías.

ciudadanía respecto a informar a los entes de justicia, ya que entre las razones dadas para no realizar las denuncias

Para el total nacional, entre las razones por la cuales las personas de 15 años y más víctimas de algún delito no denunciaron el hecho ante las autoridades competentes, la que tuvo el mayor porcentaje de respuesta fue las autoridades no hacen nada, no confía en la administración de justicia. (DANE, 2019, p. 19)

Estos problemas no presentan una relación directa con la falta de tipos penales, como lo pretenden las campañas y proyectos que buscan la suma de nuevos tipos al Código Penal. Situaciones como las anteriormente descritas, conllevan a que nuestro país ocupe “el quinto lugar en América Latina en el Índice Global de Impunidad 2017, solo detrás de Venezuela, México, Perú y Brasil, y el octavo en el ámbito internacional de los 59 países que se pudieron medir” (Fundación Universidad de las Américas Puebla, 2019). La impunidad puede ser entendida como

[...] la inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas. (Fundación Universidad de las Américas Puebla, 2019)

Para el año 2018, según la medición “[...] de Gallup Poll [...], para el 68 % de los colombianos la situación en Colombia está empeorando” (Ramírez, 2018), lo cual, más allá de la corrupción, cuestiona el Estado frente a la legalidad, la legitimidad y la justicia.

Posibles alternativas desde un análisis integral en los lineamientos de políticas públicas

Como se mencionó, la política criminal en Colombia obedece al paradigma de populismo punitivo. Ahora, esta hace parte de las políticas públicas que emite el Estado, las cuales contemplan las acciones y planes realizados, en busca de la mejora en las condiciones de vida de la población.

Sobre la creación de políticas públicas, la Corte Constitucional ha precisado que “el diseño de una política es la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas” (C. C., Sentencia C-646/01) y ha fijado tres condiciones que deben ser consideradas en la creación de todas estas:

- (i) la primera es que la política efectivamente exista;
- (ii) la segunda es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho; y
- (iii) la tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. (C. C., Sentencia C-351/13)

Asimismo, sobre el diseño de políticas públicas la Corte ha precisado que

Diseñar una política es establecer sus elementos constitutivos, definir la relación entre ellos, ordenar prioridades, articular sus componentes de una manera inteligible para sus destinatarios, programar de qué forma, por qué medios, y a qué ritmo se alcanzarán las metas trazadas. (C. C., Sentencia C-646/01)

Estas consideraciones no son atendidas en el proceso de creación normativa que se realiza actualmente bajo el paradigma del populismo punitivo, de manera, que la formulación de una política pública que busque la protección efectiva de los NNA contra los delitos sexuales, que

considere la imposición de sanciones penales, debe recordar la esencia misma del derecho penal: “evitar cierto tipo de conductas, prohibiéndolas, o, más raramente, imponer ciertos comportamientos, ordenándolos” (Lascuraín, 2019, p. 33). En el ordenamiento colombiano, esto conlleva que la aplicación de sanciones penales se articula dentro del marco de los derechos humanos, por una parte, y la aplicación de principios, como necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (Bahamón, 2019).

A su vez, se contemplan funciones para la pena, como son “las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” (Ley 599, 2000), las cuales no son consideradas en la promoción de políticas, que tan solo consideran el aumento de la duración de las penas como una medida disuasiva de los actos delictivos.

Como se ilustró anteriormente, los indicadores respecto a la tasa de denuncias, el vencimiento de términos, la congestión del sistema judicial y la confianza de los asociados en el aparato de justicia obligan a la consideración de posibles medidas alternativas en el lineamiento de políticas, que enfatizan en la prevención (Huertas Díaz et ál., 2016). Más aun, cuando la materialización de estas funciones en la promoción de políticas públicas de tipo penal es parte del ser de un Estado social de derecho, es decir, “cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”, con lo cual

[...] sin desatender sus demás finalidades, la pena adquiere una connotación eminentemente preventiva, dado que se orienta a incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, como presupuesto de protección a los bienes jurídicos en cabeza de los asociados. (C. S. J., Casación n.º 33254, 2013, p. 9)

Consideremos la función de retribución, la cual “equivale a la imposición de una sanción como consecuencia inmediata del perjuicio causado por la persona que delinque. Dicha retribución tiene como objetivo el restablecimiento del orden jurídico quebrantado” (C. C., Sentencia T-265/17). Su cumplimiento conlleva el estudio de proporcionalidad entre las conductas y las penas, evitando la creación de tipos penales con penas desproporcionados o eternas.

La función de prevención de la pena contempla dos variantes, una negativa y una positiva: la primera hace referencia a “a neutralización del condenado para que no vuelva a delinquir” (C. C., Sentencia T-265/17), mientras la segunda conlleva “como fin reeducar, resocializar y corregir a quien cometió la conducta punible, para que de esta manera pueda ser reinsertado a la sociedad nuevamente” (C. C., Sentencia T-265/17).

La función de reinserción social se deriva de la condición del delincuente, el cual no deja de ser un asociado del Estado, con derecho a volver a ser parte de él: “debe ser entendida como el tratamiento al que es sometido la persona privada de la libertad a fin de que no vuelva a delinquir” (C. C., Sentencia T-265/17). Por último, la función de protección al condenado “apunta a salvaguardar la integridad de quien ha cometido una conducta delictiva, de los mecanismos parainstitucionales de justicia o de la reacción por parte del sujeto pasivo de la conducta penal o de sus familiares” (C. C., Sentencia T-265/17).

El incumplimiento en estas funciones está evidenciado en la declaración de estado de cosas inconstitucional respecto al sistema penitenciario —a la fecha en tres ocasiones mediante Sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, de la Corte Constitucional— debido a la violación generalizada y sistemática de los derechos de los reclusos.

Esta declaración fue hecha en gran medida por el hacinamiento carcelario, en el cual, según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), “existen 124 188 personas que están en condición de intramuros, [...] solo hay espacio para 80 156 reclusos, por lo que hay una sobrepoblación de 44 032” (Rojas, 2020).

En dicha situación la imposición de una pena “termina generando un efecto adverso al preventivo, sometiendo a la persona a tratos crueles (afectando más o en mayor intensidad los derechos cuya vulneración se pretende precisamente prevenir) y produciendo un efecto desocializador” (Cote-Barco, 2008, p. 32).

Por lo tanto, la formulación de una política pública que busque la protección efectiva de los NNA de delitos sexuales debe avocarse al cumplimiento de los principios que ya se encuentran contemplados en el ordenamiento jurídico, con una especial atención a la prevención. En la situación actual del sistema de justicia y el sistema penitenciario, es claro que la formulación de políticas públicas bajo el paradigma del populismo punitivo no representa ningún avance en la obtención de los fines del Estado social de derecho.

Conclusiones

El marco normativo destinado a la protección de los NNA se encuentra, desde el bloque de constitucionalidad, con la aprobación de múltiples instrumentos internacionales en la materia, así como a nivel constitucional, en el cual el criterio fundamental ha sido proteger el “interés superior del menor”, concepto ampliamente desarrollado por las altas cortes.

La evolución en la conceptualización de la libertad sexual, como derecho, desde la década de los noventa ha permitido una mejor interpretación de

la protección que debe otorgarse a los derechos sexuales de los menores. Sin embargo, es un debate que aún se encuentra sin un marco jurídico claro, y se evidencia la discrecionalidad en la fijación de uno u otro parámetro en el control de la sexualidad de los NNA.

En los últimos 10 años se evidencia la ocurrencia y aumento de los casos de delitos sexuales en contra de NNA, ligado a una preocupante falta de denuncias y a las deficiencias en el manejo de los actos delictivos. Es una falla estructural en la cual el modelo de política criminal reinante en Colombia, el populismo punitivo, se articula peligrosamente con una ineficacia en la administración de justicia, la cual es abiertamente percibida en forma negativa por la ciudadanía, presentando niveles alarmantes de impunidad.

A este modelo deficiente se articula el papel de los medios de comunicación, el cual, a pesar de tener una protección de grado constitucional, por vía de la libertad de expresión, no cumplen con la obligación de generar contenido con responsabilidad social, alentando un populismo mediático o política criminal mediática, lo cual trae consigo una inseguridad jurídica precisamente por la hiperinflación normativa que se genera desde el establecimiento bajo la figura del populismo punitivo.

Las repercusiones de la agenda mediática sobre un caso u otro son evidentes en el manejo de determinados casos. En el caso de informar sobre actos delictivos relacionados con NNA, la preocupación por el manejo que se da a este tipo de información es tal que se han establecido acuerdos y documentos de interpretación para ayudar a realizar un debido ejercicio por parte de los medios de comunicación.

La búsqueda de masificar la información delictiva de casos particulares tiende a generar violaciones a las garantías fundamentales de los procesados. Con el afán de atraer público al informar sobre los procesos, se

vulneran tanto las garantías procesales como los derechos ligados a la intimidad, buen nombre y honor.

Un caso de convergencia de estas erróneas políticas y factores como la promoción de los medios de comunicación es la reciente aprobación por parte del Congreso de la República de una pena de prisión perpetua revisable, la cual tiene extensos elementos como una indebida reacción ante el flagelo de la violencia sexual en contra de NNA.

Una limitante a los factores políticos y mediáticos detrás de la promoción del aumento de penas o un aumento legislativo sin razón es establecer un enfoque constitucional al tratar temas ligados con NNA, de manera que exista una responsabilidad social constitucional por parte de los medios de comunicación y los políticos detrás de este tipo de leyes.

Referencias

- Ardèvol-Abreu, A., Gil de Zúñiga, H. y McCombs, M. (2020). Orígenes y desarrollo de la teoría de la *agenda setting* en comunicación. Tendencias en España (2014-2019). *Profesional de la Información*, 29(4), e290414.
- Bahamón, M. L. (2019). Protección mixta de los derechos humanos en la Corte Constitucional en relación con los derechos de los pueblos indígenas: el principio pro homine como centro de gravedad. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 15, 247-284.
- Ball, P. y Reed, M. (2016). El registro y la medición de la criminalidad. El problema de los datos faltantes y el uso de la ciencia para producir estimaciones en relación con el homicidio en Colombia, demostrado a partir de un ejemplo: el departamento de Antioquia (2003-2011). *Revista Criminalidad*, 58, 9-23.
- Bottoms, A. (1995). The politics and philosophy of sentencing. En C. Clarkson y R. Morgan (eds.), *The politics of sentencing* (pp. 17-79). Clarendon Press.
- Cáceres, V. M. (2018). *Fundamentación teórica de una política criminal constitucional para los delitos sexuales con menores de 14 años en Colombia* (Tesis de grado de Doctorado). Universidad Nacional de Colombia.

Colombia. (2020). Acto Legislativo 01. 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.

Colombia. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. *Diario Oficial* n.º 44097.

Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 1 de septiembre de 2004. *Diario Oficial* n.º 45658.

Consejo Superior de la Judicatura. (27 de mayo de 2020). Corporación Excelencia en la Justicia. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-sector-jurisdiccional-y-por-jurisdiccion-en-colombia/>

Constitución Política de la República de Colombia. Ley 1 de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. 28 de abril de 1998, M. P.: E. Cifuentes, Sentencia T-153 de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. 16 de diciembre de 2015, M. P.: G. Ortiz, Sentencia T-762 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia. 15 de octubre de 2009, M. P.: H. Sierra Porto, Sentencia T-732.

Corte Constitucional de Colombia. 19 de junio de 2013, M. P.: I. Pretelt Chaljub, Sentencia C-351.

Corte Constitucional de Colombia. 28 de junio de 2013, M. P. M. Calle, Sentencia T-388 de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. 20 de junio de 2001, M. P.: M. Cepeda Espinosa, Sentencia C-646.

Corte Constitucional de Colombia. 2011, M. P.: I. Pretelt Chaljub, Sentencia T-843.

Corte Constitucional de Colombia. 28 de abril de 2017, M. S.: A. Rojas Ríos, Sentencia T-265.

Corte Constitucional de Colombia. 29 de mayo de 2014, M. P.: G. Mendoza Martelo, Sentencia C-313.

Corte Constitucional de Colombia. 30 de junio de 2005, M. P.: R. Escobar Gil, Sentencia C-674.

- Corte Suprema de Justicia. 27 de febrero de 2013. Casación n.º 33254.
- Corte Suprema de Justicia. 7 de septiembre de 2005. Sentencia 10672.
- Cote-Barco, G. E. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas. ucls*, 119-151.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (14 de abril de 2020). Corporación Excelencia en la Justicia. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/demanda-de-justicia/tasa-de-denuncia-en-colombia/>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2019). Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana (ECSC), periodo de referencia año 2018.
- El Tiempo. (20 de junio de 2019). El 'top' de los delitos que menos se denuncian en el país.
- Escalante, E. y Maldonado, M. (2019). La incidencia de la noticia judicial en la afectación del debido proceso y la presunción de inocencia, En M. Gutiérrez y Á. Olarte (eds.), *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia* (pp. 97-154). Universidad Externado de Colombia.
- Fundación Universidad de las Américas Puebla. (2019). Índice Global de Impunidad de Colombia. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones (IGI-Col) 2019.
- Gallego, J. (2014). Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, 40, 143-165.
- Gallup Poll Invaer y Corporación Excelencia en la Justicia. (4 de mayo de 2020). Percepción ciudadana sobre el Sistema Judicial colombiano. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/confianza-y-corrupcion/opinion-ciudadana-acerca-del-sistema-judicial-colombia/>
- García Villegas, M. (2016). *La eficacia simbólica del derecho*. Universidad Nacional de Colombia.
- González Contró, M. (2009). Derechos sexuales: niños, niñas y adolescentes. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers*, 68.
- González, R., Labio, A. y Manfredi, A. (2009). *Medios de comunicación y protección de la infancia en contexto de crisis humanitarias*. Save the Children.

Huertas Díaz, O., Leyva M., Lugo, L., Perdomo, M. y Silvero, A. (2016). Entre la minimización y la expansión del derecho penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo. *Revista IUSTA*, 44(1), 41-59.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2009). *Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Enero de 2020). Boletín Estadístico Mensual diciembre 2019. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2019). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2018 Datos para la Vida*, 434.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2018). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2017 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2017). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2016 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2016). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2015 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2015). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2014 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2014). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2013 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2013). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2012 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2012). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2011 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2011). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2010 Datos para la Vida*.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Junio de 2010). Exámenes médico-legales por presunto delito sexual. *Forensis 2009 Datos para la Vida*.

- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (Mayo de 2020). Boletín Estadístico Mensual Mayo 2020.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (19 de marzo de 2020). Corporación Excelencia en la Justicia. Libertades por vencimiento de términos en Colombia.
- Lasturaín, J. A. (2019). *Manual de introducción al derecho penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Obando, V. (30 de marzo de 2017). Condena a Rafael Uribe Noguera debe reflejar el repudio general: jueza. *El Tiempo*.
- Organización de los Estados Iberoamericanos e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2016). *Derechos sexuales y reproductivos. Construyendo Juntos Entornos Protectores* (3).
- Pardo, A. M., Moncayo, A. L. y Olarte, Á. M. (2019). *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Universidad Externado de Colombia; Centro de Investigación en Política Criminal.
- Pozuelo, L. (2018). Política criminal mediática. En E. Escalante Barreto (ed.), *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal* (pp. 69-96). Ibáñez; Universidad Nacional de Colombia.
- Ramírez, M. C. (03 de mayo de 2018). La corrupción vuelve a ser el principal tema de preocupación para los colombianos. *Asuntos Legales*.
- Rivera, I. (2005). *Política criminal y sistema penal. Ciencias sociales utopías del control y control de las utopías*. Anthropos.
- Rojas, D. (25 de marzo de 2020). El hacinamiento en las cárceles colombianas sobrepasa 54.9 % según estadísticas del Inpec. *Asuntos Legales*.
- Save the Children y Unicef. (2010). *Recomendaciones para el tratamiento de la infancia en los medios de comunicación. Infancia y medios de comunicación*.
- Tirado, M. (2010). *Comercio sexual: una mirada desde la sociología jurídica*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Fundación FEFSa.
- Tirado, M. (2014). Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA) en cuatro países del Cono Sur. Informe de Posdoctorado en Derecho, Universidad de Buenos Aires.

- Tirado, M. (2018). Análisis sociojurídico al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado e implementación del proceso de paz. En C. Bernal Castro, M. Moya Vargas, J. Carvajal Martínez y M. Tirado Acero, *Derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano* (pp. 215-259). Universidad Católica de Colombia.
- Tirado, M. y Oliveros, C. (2011). Los derechos de la niñez, el paradójico contraste entre validez y eficacia. *Revista IUSTA*, 34(1), 183-199.
- Tirado, M., Bahamón, M. y Cujabante, X. (2020). Diálogos jurisdiccionales sobre los delitos sexuales contra menores niños, niñas y adolescentes en comunidades indígenas para la garantía de una protección especial. En *Pluralismo jurídico, derechos humanos y perspectivas críticas de la política criminal* (pp. 249-286). Universidad Externado de Colombia.
- Velandia, R. (2018). Populismo penal en el siglo XXI: un análisis de las noticias y su influencia sobre la punitividad en la política penal colombiana. En E. Escalante Barreto, *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal* (pp. 119-146). Ibáñez; Universidad Nacional de Colombia.
- Velásquez, F. (2020, agosto 21). *Acto legislativo 01 de 2020 por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable* [Webinar]. II Encuentro de Egresados “Temas mediáticos y actuales del Derecho Penal”, Bogotá, Colombia. <https://www.facebook.com/ConsultorioJuridicoCampusNuevaGranada/videos/759811488152632/>