NUEVO DERECHO

vol. 19 n° 32
Enero-junio de 2023
ISSN: 2011-4540 ISSN-e: 2500-672X

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
Ciencia, educación y desarrollo
Vigilada Mineducación

Fondo Editorial
Institución Universitaria de Envigado

Nuevo Derecho
ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado, Colombia -
Grupo Auditorio Constitucional

Rectora
Blanca Libia Echeverri Londoño,
Instititución Universitaria de Envigado, Colombia

Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas
Gabriel Alonso Campuzano Cadavid,
Instititución Universitaria de Envigado, Colombia

Directora - Editora
Ivanna Calvete León,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Comité Editorial
Carlos Crístopher Viveros Echeverri,
Corporación Universitaria Remington, Colombia.

Luis Alberto Torres Tarazona,
Universidad Libre , Colombia.

Jose Eduardo López Ahumada,
Universidad de Alcalá, España.

Ángel Guillermo Ruiz Moreno,
Universidad de Guadalajara, México.

Luz Dary Naranjo Colorado,
Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados
CODEMA, Colombia.

Marcela Angelina Aravena Domich,
Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología UMECIT, Panamá.

Nydian Yaneth Contreras Rodríguez,
Universidad Pontificie Bolivariana, Colombia.

Maria Victoria Santana Londoño,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Jaime León Gañan Echavarría,
Universidad de Antioquia - Universidad CES

Asistente editorial
Omar Pulgarín Espinosa

Corrector
Tomás Vásquez Saldarriaga

Director de Publicaciones
Jorge Hernando Restrepo Quirós,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Asistencia técnica
Lina Marcela Patiño Olarte,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Diseño y diagramación
Leonardo Sánchez Perea

Dirección y contacto
Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia
Teléfono: + 57 4 3391010
nuevo.derecho@iue.edu.co

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes índice y base de datos:
- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Catálogo Latindex
- Latindex 2.0
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID
- MIAR
- DOAJ
- CLASE - BIBLAT
- AmeliCA
- CIRC
- ERIH-PLUS
- CRUE
- Google Académico
- Scilit
- Redalyc

La responsabilidad de los artículos publicados en la Revista Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en sus autores, y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la institución

Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de Envigado se distribuye bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Editorial

Este número 32 de la revista *Nuevo Derecho* trae una serie de artículos que giran en torno a la reflexión y análisis de los problemas contemporáneos del derecho que conflictúan en diferentes escenarios que permiten pensar y repensar los mecanismos habituales para entender la forma en la cual se ha venido desarrollando los estudios jurídicos. En este orden de ideas, el número está integrado por seis artículos que abordan problemáticas actuales y pertinentes respecto del derecho.

Inicialmente, se podrá rastrear un primer artículo que retoma los problemas jurídicos que se presentan frente a la regulación de la eutanasia en México edificando una reconstrucción de las regulaciones que se disputan el problema por la terminación de una vida digna y las contraposiciones que generan una contraposición al respecto. En este sentido, e texto apela a la libertad de elección del individuo como poder de decisión sobre su propio cuerpo y por lo tanto, como característica de la autodeterminación de los sujetos.

Ahora bien, en un segundo momento vamos a encontrarnos con un texto que aborda el tema sobre la politización de la justicia describiendo este fenómeno con la relación que tienen las altas cortes en Brasil con el escenario político. Este artículo plantea de una forma concreta y estructurada las consecuencias que puede tener este fenómeno para el funcionamiento del Estado y, por lo tanto, plantea implicaciones socio-jurídicas que puede acarrear.

El tercer artículo que compone el número 31 de la revista *Nuevo Derecho* trae consigo el análisis de una propuesta pertinente y actualizada que discute en el ámbito del derecho penal el problema de los ciberdelitos en menores de edad en Facebook. Este artículo reflexiona acerca de la importancia de implementar medidas que atiendan a los fenómenos sociales que se presentan en el marco del nuevo derecho que apela a la intervención en los ciberespacios para la garantía de los derechos y la protección de los ciudadanos.

El cuarto artículo tiene un fundamento *principialístico* donde converge el ámbito constitucional y la importancia de protección de los individuos que por su pertenencia a determinados grupos sociales pueden ser sujetos de especial protección. Este fundamento que propone el artículo se desarrolla a partir del principio de interseccionalidad que busca la eliminación de todo tipo de discriminación para alcanzar una sociedad plural que combata con la marginalización de los sujetos y cumpla con la finalidad democrática y participativa que versa el Estado colombiano en la Constitución política.

Por otro lado, el quinto artículo de este número dirige la mirada a las directrices y parámetros regulativos para los miembros de la Policía Nacional en el marco de la garantía de los derechos de líderes sociales y de los defensores de derechos humanos.

Finalmente, el número cierra con un sexto artículo que presenta una evolución legislativa y jurisprudencial acerca del acoso laboral donde se afecta el derecho al trabajo, a la seguridad social y al debido proceso. Por lo tanto, este análisis aborda sus temáticas desde el recurso extraordinario de casación entendiendo este último como un mecanismo real de protección de los derechos fundamentales.

La revista *Nuevo Derecho* invita a sus lectores a leer los artículos que componen este número y que proponen reflexiones de interés académico para los debates acerca del derecho.

Ivanna Calvete León[1]
Editora

[1] Abogada. Especialista en Derecho Penal. Magister en Conflicto y Paz de la Universidad de Medellín. Docente Investigadora del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: icalvete@correo.iue.edu.co Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5421-5264

Análisis jurídico sobre la eutanasia como libertad de elección a una vida digna en México

Legal Analysis on Euthanasia as freedom of choice for a Dignified life in Mexico

Gustavo Aguilera Izaguirre[1]
Alejandra del Pilar Caballero Alonso[2]

Cómo citar: Aguilera, G. & Caballero, A. (2023). Análisis jurídico sobre la eutanasia como libertad de elección a una vida digna en México. *Nuevo Derecho*; 19(32): 1-11. https://doi.org/10.25057/2500672X.1469

Recibido/16/05/2022 – Aceptado/24/04/2023 – Publicado/30/06/2023

Resumen

Este artículo de análisis jurídico de la eutanasia tiene por objeto mostrar cómo se vulneran los derechos de las personas, al impedirles tomar la decisión sobre su cuerpo y su existencia cuando se enfrentan a una enfermedad degenerativa o en etapa terminal en la cual no gozan de una vida digna, pues en su día a día se encuentran sometidos a un sufrimiento constante en el que incluso la administración de medicamentos ya no les da alivio a los síntomas principales y secundarios de su padecimiento. Se abordan temas que corresponden a la esfera de la eutanasia para tener una comprensión más amplia del tema, comenzando con las generalidades de los derechos humanos, el derecho a la vida, los antecedentes conceptuales, la forma en que diversas legislaciones adoptaron este derecho y cómo algunos autores se pronuncian acerca de la necesidad de establecerlo en la Constitución; también se acota conceptualmente la eutanasia con su clasificación y la explicación de cada tipo, para concluir con un análisis comparativo de países como Colombia y España, donde ya es autorizada, en contraste con México que está en mora de legalizarla para que sus ciudadanos se beneficien con el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida digna y a la libertad.

Palabras clave: eutanasia, libertad de elección, vida digna, derechos.

[1] Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México (Toluca). Investigador del Sistema Nacional de Investigadores SNI 1. Correo electrónico: gaguilerai@uaemex.mx ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9817-6746

[2] Licenciada en Derecho, de la Universidad Autónoma del Estado de México (Toluca) Correo electrónico: acaballeroa001@alumno.uaemex.mx ORCID: https://orcid.org/0009-0007-4163-0016

Abstract

This article of legal analysis of euthanasia aims to show how the rights of people are violated, by preventing them from making the decision about their body and their existence when they are faced with a degenerative or terminal illness in which they do not enjoy a dignified life, because in their day to day life they are subjected to constant suffering in which even the administration of drugs no longer gives them relief from the main and secondary symptoms of their condition/ ailment. Topics that correspond to the sphere of euthanasia are addressed in order to have a broader understanding of the subject, beginning with the generalities of human rights, the right to life, the conceptual background, the way in which various legislations adopted this right and how some authors pronounce on the need to establish it in the Constitution; It also conceptually defines euthanasia with its classification and the explanation of each type, to conclude with a comparative analysis of countries such as Colombia and Spain, where it is already authorized, in contrast to Mexico, which is in the process of legalizing it so that its citizens may benefit from the exercise of the fundamental rights to life with dignity and freedom.

Keywords: euthanasia, freedom of choice, dignified life, rights.

1. Introducción

En México existe un rechazo notorio ante el tema de la eutanasia. Se tienen conflictos con la ideología de aprobación y existe el pensamiento de que realizar esta práctica es privar de la vida a una persona, lo cual se convertiría en algo inhumano: la elección sobre la continuidad de la existencia en un ser. Se presenta como compleja la situación de anteponerse a una elección personal de alguien de continuar viviendo o no, aunque esto vaya en contra de lo estipulado en la Constitución y lo dictaminado en los derechos humanos. Nos encontramos con una aparente contradicción del derecho (que debe proteger la vida y la dignidad), pues cuando una persona está en la faceta terminal de una enfermedad, su vida deja de ser digna si está teniendo un dolor muy fuerte o si incluso se encuentra en estado vegetativo. En el último caso, la familia podría tener el derecho de elección sobre finalizar la vida artificial de la persona. Si el paciente contara con sus facultades mentales para decidir sobre su vida y deseara una muerte rápida e indolora, y si no tuviera acceso a la eutanasia, se le estaría privando del derecho de elección sobre su existencia, en el supuesto de que la enfermedad no tenga cura o esté muy avanzado el padecimiento para tratarlo. Pero existen diversos países como Colombia y España en los cuales la aplicación de la eutanasia ya fue autorizada, permitiendo que los ciudadanos puedan tomar la elección sobre su propia vida.

Privar a una persona de elegir acerca de solicitar una muerte asistida vulnera su derecho a una libre elección sobre su cuerpo y lo que desea realizar con el tiempo que le resta de vida. Por otra parte, el derecho a una vida digna es vulnerado cuando una persona se encuentra padeciendo una enfermedad degenerativa, o está en etapa terminal, o sufre una enfermedad que no tienen cura, y está en un entorno de agonía y dolor que va en aumento, porque los medicamentos que se le suministran ya no son suficientes para generar alivio. Existen sustancias que ayudan a tratar dolores fuertes, como los que padece una persona que agoniza, pero si la toma excede la cantidad de mililitros o se aplica constantemente, podría causársele la muerte al paciente; en estas circunstancias se le prohíbe al médico suministrar la sustancia y se lo limita a

esperar a que llegue la muerte natural de su paciente. Mientras esto sucede, el paciente solamente sufre, al igual que los familiares. Cuando un sujeto de derecho padece una enfermedad incurable y los medicamentos no son suficientes para ayudarlo en el alivio del dolor, deja de gozar de un estado de salud y bienestar.

El objetivo general de este texto es brindar una perspectiva acerca de cómo la legalización de la eutanasia en México propiciaría el respeto a los derechos de elección y vida digna de una persona con enfermedad degenerativa o terminal, como sucede en países donde ya fue aprobada (Colombia y España). Para cumplir este objetivo, inicialmente se definen los derechos humanos en un sentido general; en segundo lugar, se conceptualiza el derecho a la vida; en tercer lugar, se conoce cómo ha sido abordada la definición de la eutanasia y, finalmente, se analiza la legislación de algunos países en los que se ha legalizado la eutanasia.

2. Generalidades de los derechos humanos

Según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (CNDH, s.f.), es posible reconocer que los derechos humanos son un conjunto de regulaciones que están "sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes". Cabe destacar que, a partir de la definición del CNDH (s.f.):

> Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

En este mismo sentido, el Gobierno de México (s. f.) define los derechos humanos como "derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, y se definen como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano". En otras palabras, de manera institucional los derechos humanos son entendidos como un conjunto de facultades que el Estado brinda a sus gobernados, mediante los cuales son protegidos diversos derechos ante un uso excesivo de poder que podría ejercer un Estado o una persona en contra de otra; del mismo modo, son derechos inherentes y aplicados sin ninguna distinción al hombre desde el momento de su nacimiento, los cuales tienen como sustento la dignidad humana, para lograr el pleno desarrollo del sujeto brindándole la libertad y la igualdad; estos derechos deben ser reconocidos por diferentes normas que van desde la Constitución Política hasta los tratados internacionales.

Atendiendo a las definiciones citadas, es posible identificar un conjunto de características inherentes a los derechos humanos. Por un lado, son derechos universales, en tanto son inalienables de todos los seres humanos sin distinción alguna. Por otro lado,

son derechos indivisibles e interdependientes que se encuentran relacionados entre sí, de tal forma que para ejercer determinado derecho será necesaria la intervención de otro u otros. Así mismo, los derechos humanos no se pueden suspender o retirar, lo que, a su vez, implica que imponen obligaciones, principalmente a los Estados y a sus agentes. Finalmente, los derechos humanos buscan proteger a las personas y a los grupos, por lo tanto, deben estar protegidos de manera legal y constitucional atendiendo a la importancia que tiene su reconocimiento por la comunidad internacional.

Históricamente los derechos humanos se han clasificado en tres categorías: (i) derechos de primera generación, (ii) derechos de segunda generación y (iii) derechos de tercera generación (Gobierno de México, s.f.). De acuerdo con las definiciones previstas por el Gobierno de México (s.f.), la primera generación de derechos humanos corresponde al conjunto de derechos civiles y políticos que atienden contenidos propios de la libertad, el derecho a la vida, a la seguridad jurídica, a la igualdad y a los demás derechos relacionados con su integridad y dignidad en el marco de su individualidad.

Por otro lado, los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales que tienen como objetivo cumplir con los principios del Estado social de derecho y, por lo tanto, del Estado de bienestar. Finalmente, los derechos de tercera generación buscan alcanzar el progreso social para que pueda realizarse mediante la cooperación y colaboración de las comunidades; por ello, en este conjunto de derechos se encuentran la paz, la autodeterminación de los pueblos, la atención de los problemas relacionados con los alimentos y, en general, lo atinente a la coexistencia pacífica (Gobierno de México, s.f.).

Partiendo de la división analítica anteriormente presentada, es importante atender a los motivos y argumentos filosóficos que fundamentan dicha división. Se presenta, entonces, el primer antecedente de los derechos humanos siguiendo a Solís García (2006), con la corriente filosófica del *iusnaturalismo* que parte de reconocer la importancia de la dignidad humana como fundamento de las acciones y actividades realizadas por el Estado. Se conoce por la historia que en la antigüedad grecorromana no se tenía una idea clara de lo que es la dignidad del hombre como individuo y sus derechos frente a la comunidad y la autoridad política (Solís García, 2006). Posteriormente, en la cultura griega es posible encontrar que, en las escuelas éticas, se hacía hincapié en la importancia de la felicidad individual y el ideal del hombre sabio en la sociedad mediante al uso de la razón (Solís García, 2006). Se continúa con la época sobre el esclavismo, en la cual el esclavo era visto como un objeto carente de humanidad (Solís García, 2006).

Ahora bien, con la entrada del cristianismo, la importancia de la relación entre el hombre y Dios fue abordada y difundida por el mundo. El cristianismo logró establecer el papel de la obediencia a Dios como el medio para alcanzar la libertad (Solís García, 2006).

Finalmente, sostiene Solís García (2006) que el hombre adquirió sus derechos por el solo hecho de ser humano y no con relación a otras características que no fueran inherentes a la existencia de su personalidad. Estos antecedentes filosóficos de los

derechos fundamentaron la creación de la Declaración de los Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU, 1948) que postuló las condiciones mínimas para lograr la libertad y la vida digna de los sujetos, así como atender a las condiciones que proporcionen felicidad de los individuos.

3. Derecho a la vida

El derecho a la vida surge en 1776 con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en la cual se proclamaba el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad (Congreso de los Estados Unidos, 1776). Después, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948), en su artículo 1, se menciona que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas" y, así mismo, en su artículo 3 nos dice que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Desde las regulaciones constitucionales de otros Estados, es posible reconocer que, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 43, se menciona que: "el derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla" (Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

Finalmente, la Constitución de Alemania Federal, en su artículo 2, menciona que: "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable" (Consejo Parlamentario Estado de Alemania, 1949).

De acuerdo con ello, podemos mencionar que, con el paso del tiempo, el derecho a la vida fue adoptado en los ordenamientos jurídicos de diversos países.

En el plano de los convenios internacionales, también es posible encontrar mención al derecho a la vida, como se evidencia en el artículo 4 del Pacto de San José, el cual estipula que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (Organización de los Estados Americanos, 1980).

Teniendo en cuenta estos antecedentes normativos, es pertinente resaltar que el derecho a la vida es un derecho fundamental para el hombre; más aún si se considera que, en muchas ocasiones, tanto los actos del gobierno como de los mismos gobernados ponen en riesgo la vida humana. En este sentido, la facultad de intervenir o no, a través de la eutanasia, en la vida de una persona que está sufriendo, se ha presentado como un debate constitucional relevante que plantea unos dilemas morales complejos; la tipificación como delito del homicidio se enfrenta a la protección del derecho a la vida digna y a la libertad de elección de las personas respecto de su cuerpo y su existencia.

Actualmente, se discute si el derecho a la vida significa tener la oportunidad de vivir autónomamente, decidiendo incluso si se quiere seguir viviendo en determinadas circunstancias; discusión que está vinculada al carácter humano y al margen de

intervención del Estado, si se considera que el derecho a la vida surge desde el momento de la concepción y que el respeto a la dignidad de las personas es un imperativo estatal.

4. Eutanasia

La introducción de la palabra eutanasia en el marco de las discusiones científicas la presentó Francisco Bacon en 1623. Siguiendo a Vega Gutiérrez y Martínez Baza (1990), la eutanasia es la acción dirigida a ocasionar la muerte de manera indolora a una persona que padece una enfermedad incurable. Es decir que la eutanasia es la muerte indolora que causa un médico a través de fármacos para brindarle al enfermo un final de vida digno y rápido. Su característica principal es la provocación intencional de la muerte.

De acuerdo con ello, se han presentado diferentes distinciones analíticas, las cuales exponen características diferenciales para entender la acción de la eutanasia. Estas categorías son: (i) eutanasia directa, (ii) eutanasia activa, (iii) eutanasia pasiva, (iv) eutanasia indirecta, (v) eutanasia voluntaria y, finalmente, (vi) eutanasia no voluntaria.

Según Esquivel Jiménez (2003), la eutanasia directa hace referencia a la muerte producida como consecuencia de una acción; implica "la conducta del médico que tiene por objetivo y resultado principal la muerte del paciente. Un ejemplo de ello sería la inyección de un cóctel lítico a una persona para que muera sin sufrimiento" (Rodríguez-Arias, 2008).

Así mismo, "la eutanasia directa alude a la realización de un acto en que de forma deliberada se provoca la muerte. Ésta se pretende como un fin que se busca intencionalmente" (Campos Calderón et al., 2001). Por lo tanto, es posible concluir que se está frente a la eutanasia directa cuando se realizan "actos que implican el acortamiento de la vida para producir intencional y directamente la muerte. Una persona ejecuta directamente la muerte del otro. Se considera *homicidio* o *asesinato*" (Espinosa Peláez, 2014, p. 7).

Por otro lado, la eutanasia activa busca producir la muerte de una persona que se encuentra en un estado terminal, mediante la acción de otro sujeto que tiene la intención de poner fin a su sufrimiento (Campos Calderón et al., 2001). Por lo tanto, la eutanasia activa tiene en cuenta que el sujeto al que se le provoca la muerte está en una condición deteriorada de su salud y en un estado de sufrimiento (Rodríguez-Arias, 2008). En este orden de ideas, la eutanasia activa "se ha definido como el acto médico de terminar intencionalmente con la vida de un paciente en fase terminal, bajo la voluntad del mismo paciente" (Carrasco & Crispi, 2015, p. 322).

Por su parte, la eutanasia pasiva, también denominada eutanasia negativa, es la acción mediante la cual se produce la muerte de una persona que se encuentra enferma, a través de la supresión o suspensión del tratamiento médico que permite que su vida persista. En otras palabras, se causa la muerte debido a la omisión de los medios necesarios proporcionados para sostener la vida (Vega Gutiérrez & Martínez Baza, 1990). De acuerdo con lo anterior, se presentan dos diferentes conductas que componen este tipo de eutanasia:

> La primera consiste en no iniciar el tratamiento; la segunda se basa en la suspensión del tratamiento iniciado, ya sea que no se trate la afección inicial o que no se trate la enfermedad emergente que surja coetánea a la principal. Esta forma de eutanasia pasiva no lleva aparejada el abandono total del enfermo, en virtud de que se le continúan brindando cuidados higiénicos y el suministro de drogas sedativas del dolor, etc. (Campos Calderón et al., 2001).

A partir de lo dicho hasta aquí es posible concluir que este tipo de eutanasia no corresponde a una acción sino a una omisión de quien cumple el papel de cuidado.

En cuanto a la eutanasia indirecta es posible precisar que es aquella muerte que se presenta como consecuencia de un tratamiento realizado con la intención de cesar el sufrimiento del paciente, es decir, se produce como efecto secundario de su tratamiento médico, por lo tanto, no hay intención de generar la muerte por parte de quien ejecuta dicho tratamiento (Campos Calderón et al, 2001; Espinosa Peláez, 2014). Por ello, es posible concluir que en este tipo de eutanasia indirecta la ocasión de la muerte no es deseada y deviene a causa de los efectos secundarios del tratamiento paliativo del dolor (Murillo Hurtado, 2010).

Finalmente, la eutanasia también presenta la distinción entre voluntaria y no voluntaria. La eutanasia voluntaria hace referencia a la muerte solicitada por el paciente, ya sea por medio escrito o través de expresiones orales (Campos Calderón et al., 2001). Por ello, es posible reconocer este tipo de eutanasia por medio de los rechazos a los tratamientos para atender a su enfermedad; por lo tanto, parte de la decisión del paciente directamente o de terceros que, obedeciendo a los deseos previamente expuestos por el paciente, toman la decisión de cesar su tratamiento (Condemarín, 1998).

De acuerdo con ello, la eutanasia no voluntaria corresponde a la decisión que ha sido tomada por un tercero acerca de la continuación de la vida de una persona enferma que no puede decidir debido al estado de su salud (Esquivel Jiménez, 2003).

Es posible concluir que estos tipos de eutanasia nos permiten entender la fuente de la voluntad y el alcance de las decisiones, en tanto se pueden presentar condiciones para decidir acerca de la continuidad de la vida de las personas y, por lo mismo, se dan diferentes circunstancias por las que se estipulan o no las consecuencias penales de una conducta.

5. Análisis comparativo de países donde se ha legalizado la eutanasia

5.1. Colombia

Como sostiene Mazariegos (2019), con la Constitución Política colombiana de 1991 se presentó una nueva alternativa jurídica para atender a las necesidades y los requerimientos de los derechos individuales y de los debates modernos acerca de sus garantías. Seis años después de su entrada en vigencia, Carlos Gaviria, magistrado de la Corte Constitucional, como ponente de la Sentencia C-239/1997 argumentó acerca

de la importancia de garantizar las condiciones de dignidad en la existencia humana, recomendando que se regulara en Colombia la muerte asistida como derecho (Corte Constitucional de Colombia, C-239, 1997). En esta sentencia se le pidió al Congreso de la República que expidiera una ley que regulara este vacío legislativo, petición que fue repetida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-970 de 2014.

En el año 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, mediante la Resolución 1216 de 2015 expidió la regulación acerca del funcionamiento de los comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad:

> **Artículo 15.** De la solicitud del derecho fundamental a morir con dignidad. La persona mayor de edad que considere que se encuentra en las condiciones previstas en la Sentencia T-970 de 2014, podrá solicitar el procedimiento a morir con dignidad ante su médico tratante quien valorará la condición de enfermedad terminal.
>
> El consentimiento debe ser expresado de manera libre, informada e inequívoca para que se aplique el procedimiento para garantizar su derecho a morir con dignidad. El consentimiento puede ser previo a la enfermedad terminal cuando el paciente haya manifestado, antes de la misma, su voluntad en tal sentido. Los documentos de voluntades anticipadas o testamento vital, para el caso en particular, se considerarán manifestaciones válidas de consentimiento y deberán ser respetadas como tales.
>
> En caso de que la persona mayor de edad se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, dicha solicitud podrá ser presentada por quienes estén legitimados para dar el consentimiento sustituto, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresada previamente mediante un documento de voluntad anticipada o testamento vital y requiriéndose, por parte de los familiares, que igualmente se deje constancia escrita de tal voluntad (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, Resolución 1216, 2015).

Esta reglamentación tuvo gran importancia en tanto que retomó la discusión acerca de la muerte digna para quienes sufran de algún padecimiento y tengan un diagnóstico de una enfermedad terminal. En este sentido, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2018) planteó en la Resolución 825 los marcos regulatorios para estimar el procedimiento en casos relacionados con menores de edad de más de 14 años que padezcan un sufrimiento incesante e intratable.

Respecto a dicho procedimiento, tanto para adultos como para menores de edad, la regulación expone que toda decisión debe ser estimada y evaluada por un comité científico y este tiene un plazo de quince días, que será contado a partir de la decisión; dentro de este tiempo el hospital o la entidad de salud deberá ejecutar el protocolo médico determinado por el Ministerio (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, Resolución 825, 2018). Finalmente, el médico que se niegue a realizar la eutanasia estará en su derecho y, por lo tanto, el hospital o la entidad de prestación de salud deberá encontrar un médico que lo reemplace (Mazariegos, 2019).

5.2. España

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013), mediante su Sentencia del caso *Gross vs. Suiza*, estipuló que los países que no tengan penalizada la eutanasia deben elaborar un reglamento que exponga las condiciones mediante las cuales puede ejecutarse y bajo qué casos se puede realizar. De acuerdo con ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que los estados deberían atender a este llamado para que los pacientes pudiesen tener claridad sobre la regulación al respecto.

En concordancia con lo anterior, en España, con la Ley Orgánica 3/2021 se reguló la eutanasia teniendo como finalidad que no estuviese tipificada como un acto contrario a derecho (Jefatura del Estado de España, 2021). La Ley Orgánica 3/2021 reconoce el derecho individual a la eutanasia, definiéndola como un derecho fundamental de las personas basado en la protección a la vida en concordancia con la integridad física y moral (art. 15), con la dignidad humana (art. 10), con la libertad de los sujetos (art. 1.1) y, finalmente, como garantía de la libertad de consciencia (art. 16) (Jefatura del Estado de España, 2021).

5.3. México

En México, la Ley General de Salud y el Código Penal Federal tipifican todo acto encaminado a la ayuda al suicidio con pena de privación de la libertad; no obstante, la Constitución mexicana no prohíbe de manera expresa la eutanasia.

Frente a este vacío legislativo y frente a la no prohibición constitucional, la ciudad de México, el estado de Michoacán y el estado de Aguascalientes se han acogido a la regulación presentada por la Ley de Voluntad Anticipada (Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, 2019), la cual permite que los pacientes o las familias de los pacientes que no pueden representarse a sí mismos tengan la posibilidad de rechazar los tratamientos paliativos (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de México, 2008). Es importante indicar que, por fuera de estos estados en los que ha sido aprobada la Ley de Voluntad Anticipada, no es posible rechazar los tratamientos o, en caso de hacerlo, se estaría incurriendo en una conducta penal.

En conclusión, en México se presenta la Ley de Voluntad Anticipada como la única normativa mediante la cual se regula y protege el derecho a una muerte digna (Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, 2019).

6. Conclusiones

La eutanasia es un tema que se ha desarrollado discursivamente buscando regularla bajo el argumento del ejercicio de los derechos individuales, para brindarles la oportunidad a los ciudadanos de tomar la decisión sobre su cuerpo y sobre su existencia digna y plena cuando están padeciendo una enfermedad terminal.

En este sentido, desde un punto de vista social, se han presentado diferentes razones por las cuales se tendría que dejar de considerar la eutanasia como no beneficiosa para la población, pues al permitirla se les da la posibilidad a los ciudadanos de tener una vida plena y de no prolongarla cuando se está denigrando por enfermedades sin cura, dolorosas, degenerativas, progresivas y terminales.

En definitiva, se dio un amplio contexto sobre la eutanasia, su conceptualización, su clasificación, su regulación en países como España, Colombia y México, y se explicó cómo su aprobación ha brindado beneficios en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales como la dignidad y la libertad.

7. Referencias

Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela. (1999, 30 de diciembre). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas. https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de México. (2008, 21 de abril). *Decreto 82 de 2008*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/082_DOF_21abr08.pdf

Campos Calderón, F., Sánchez Escobar, C. & Jaramillo Lezcano, O. (2001). Consideraciones acerca de la eutanasia. *Medicina Legal de Costa Rica*, *18*(1), 29-64. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152001000200007

Carrasco, V. H. & Crispi, F. (2015). Eutanasia activa, una mirada a la situación internacional. *Rev. Hosp. Clín. Univ. Chile*, (26), 322-328. https://www.enfermeriaaps.com/portal/wp-content/uploads/2017/04/Eutanasia-activa-una-mirada-a-la-situaci%C3%B3n-internacional.pdf

Comisión Nacional Derechos Humanos de México (s.f.). *¿Qué son los Derechos Humanos? Comisión Nacional de Derechos Humanos*. https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos.

Condemarín, P. E. (1998). Eutanasia. *Anales de la Universidad de Chile, 6*(8). https://doi.org/10.5354/0717-8883.1998.2039

Congreso de los Estados Unidos. (1776, 4 de julio). *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*. https://www.uv.es/ivorra/Historia/SXVIII/Declaracion.html

Consejo Parlamentario Estado de Alemania. (1949, 23 de mayo). *Ley Fundamental para la República Federal de Alemania*. https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-239 de 1997* (M. P. Gaviria Díaz, C.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-970 de 2014* (M. P. Vargas Silva, L. E.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm#:~:text=Es%20un%20tratamiento%20m%C3%A9dico%20que,la%20ley%20de%20cuidados%20paliativos

Espinosa Peláez, T. (2014). *Eutanasia. "El derecho a morir con dignidad"* [tesis de grado, Universidad de Cantabria]. Repositorio Institucional Unican. https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/5200/EspinosaPelaezT.pdf?sequence=1

Esquivel Jiménez, J. (2003). *El derecho a una muerte digna: la eutanasia* [tesis de grado, Universidad del Pacífico]. http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/trabajos/0304/3/indice.htm

Gobierno de México. (s.f.). *Conceptos básicos sobre Derechos Humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/cbDH

Instituto Nacional de las Personas Mayores. (2019, diciembre 5). *Ley de Voluntad Anticipada: El derecho a una muerte digna*. Gobierno de México. https://www.gob.mx/inapam/articulos/ley-de-voluntad-anticipada-el-derecho-a-una-muerte-digna#:~:text=La%20voluntad%20anticipada%20regula%20la,la%20vida%20de%20un%20paciente

Jefatura de Estado de España. (2021, 25 de marzo). *Ley orgánica 3/2021*. Boletín Oficial del Estado «BOE», núm. 72, 34037-34049. https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/25/pdfs/BOE-A-2021-4628.pdf

Mazariegos, M. (2019, 3 de junio). *¿Cómo llegó Colombia a ser uno de los pocos países del mundo que permiten la eutanasia?* Radio ambulante. https://radioambulante.org/extras/eutanasia-colombia

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2015). *Resolución 1216*. Diario Oficial: 49.489. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_1216_2015.htm

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2018). *Resolución 825*. https://actualisalud.com/images/stories/resolucion825de2018.pdf

Murillo Hurtado, C. T. (2010). *Estudio sobre la Eutanasia* [monografía de grado, Universidad CES]. Repositorio Institucional Redices. http://hdl.handle.net/10946/2408

Novena Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp

Organización de los Estados Americanos. (1980). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf

Organización de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Rodríguez-Arias, D. (2008, 26 de marzo). *Eutanasia: propuesta de definición*. Dilemata. Portal de éticas aplicadas. https://www.dilemata.net/index.php/component/content/article?id=62:eutanasia

Solís García, B. (2006). Evolución de los Derechos Humanos. En M. Moreno Bonnet & R. M. Álvarez de Lara, *El Estado laico y los derechos humanos en México* (pp. 77-99). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. (2013, 14 de mayo). *Sentencia del caso Gross vs. Suiza*. Estrasburgo.

Vega Gutiérrez, J. & Martínez Baza, P. (1990). La eutanasia desde el punto de vista del personal sanitario. *Cuadernos de Bioética, 1*(4), 45-55.

¿La defensa de los derechos justifica la politización de la justicia?

Does the defense of rights justify the politicization of justice?

Helimara Moreira Lamounier Heringer[1]

Cómo citar: Moreira, H. (2023). ¿La defensa de los derechos justifica la politización de la justicia? *Nuevo Derecho*; 19(32): 1-21. https://doi.org/10.25057/2500672X.1504

Recibido/19/01/2023 – Aceptado/20/04/2023 – Publicado/30/06/2023

Resumen

El presente trabajo cuestiona la razonabilidad del activismo judicial en la defensa de los derechos fundamentales, si puede ser utilizado para justificar la politización de la actividad judicial en Brasil, y si en alguna medida es beneficioso y no viola las libertades y garantías fundamentales. Se utiliza el método hipotético-deductivo y la investigación en libros, artículos científicos, legislación y jurisprudencia para analizar el proceso bilateral de judicialización de la política y politización de la justicia, con énfasis en el segundo aspecto, que ha desplazado el eje de fuerza entre los poderes del Estado, ya que está directamente vinculado al proceso de valorización de la adjudicación constitucional. y la valorización de las cortes supremas en el escenario político. Se evalúa la importancia del poder constituyente y su injerencia entre los poderes del Estado. Se busca establecer los límites de la politización de la justicia, analizando dos casos específicos en sentencias del Supremo Tribunal Federal sobre cuestiones relacionadas con los derechos de la mujer referidos al aborto y con los del anciano atinentes a la reincorporación, en los que el tribunal tomó rumbos distintos en cuanto al ejercicio de la actividad legislativa. De la investigación se puede concluir que el actual modelo constitucional y el activismo judicial estimulan la actividad legislativa del Poder Judicial, por regla general, guiada por el sesgo político de los actores involucrados, lo que compromete las bases de la democracia y da lugar a prácticas despóticas por parte de los tribunales.

Palabras clave: politización, judicialización, facultad de legislar, Supremo Tribunal Federal, adjudicación constitucional.

[1] Magíster y estudiante de Doctorado en Derecho Colectivo y Ciudadanía, en la Universidad de Ribeirão Preto–UNAERP. Beca CAPES. Profesor de Derecho de la Universidad del Estado de Minas Gerais–UEMG. https://orcid.org/0000-0002-3593-5223. Correo: helimarah@hotmail.com.

Abstract

This paper questions the reasonableness of judicial activism in the defense of fundamental rights, whether it can be used to justify the politicization of judicial activity in Brazil, and whether to some extent it is beneficial and does not violate fundamental freedoms and guarantees. The hypothetico-deductive method and research in books, scientific articles, legislation and jurisprudence are used to analyze the bilateral process of judicialization of politics and politicization of justice, with emphasis on the second aspect, which has shifted the axis of force between the powers of the State, as it is directly linked to the process of valorization of constitutional adjudication. and valorization of the supreme courts in the political scenario. The importance of the constituent power and its interference among the powers of the State is evaluated. It seeks to establish the limits of the politicization of justice, analyzing two specific cases in rulings of the Federal Supreme Court on issues related to women's rights concerning abortion and those of the elderly concerning reinstatement, in which the court took different directions in terms of the exercise of legislative activity. From the research it can be concluded that the current constitutional model and judicial activism stimulate the legislative activity of the Judiciary, as a rule, guided by the political bias of the actors involved, which compromises the foundations of democracy and gives rise to despotic practices on the part of the courts.

Keywords: politicization, judicialization, legislative power, Supremo Tribunal Federal, constitutional adjudication.

1. Introducción

En las últimas décadas se ha observado un fenómeno muy peculiar en la estructuración del Estado, en todo el mundo. Especialmente en aquellas naciones donde la tripartición de poderes, entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial es el sello distintivo de la estructura estatal, lo que algunos teóricos han llamado el empoderamiento del Poder Judicial, a través del activismo jurídico, y la observancia de un fenómeno de bidireccionalidad: la politización del Poder Judicial y la judicialización de la política. La política aquí entendida como la disputa de fuerzas en busca del poder de dominación.

Es casi pacífico que este desplazamiento del eje de fuerza entre los poderes del Estado está directamente ligado a la potenciación de la Constitución como norma superior, y tiene su hito histórico al final de la Segunda Guerra Mundial con la aprobación del modelo jurisdiccional norteamericano. A juicio de Barroso (2008) este modelo jurisdiccional norteamericano, cuyo hito fue la decisión en *Marbury vs. Madison* y el período Warren Court, promovió el poder judicial a un lugar destacado y estimuló el activismo judicial a favor de los derechos fundamentales. Sin embargo, señala que, en un giro conservador, a medida que este modelo se ha extendido por el mundo, en Estados Unidos ha habido una creciente preocupación por los alcances de este activismo y se ha abogado por una interpretación más estricta de la Constitución y la autocontención del Tribunal Supremo. También argumenta Barroso (2008) que, en países de democratización tardía, con supremacía del Poder Ejecutivo y fragilidad representativa en el Legislativo, este activismo ha demostrado ser un poderoso instrumento para la realización de derechos y la promoción de avances democráticos.

El presente trabajo, basado en sentencias recientes del Supremo Tribunal Federal (STF), refleja hasta qué punto el activismo del Poder Judicial y la defensa de los derechos

fundamentales pueden ser utilizados para justificar la politización de la actividad judicial en Brasil. ¿En qué medida la actividad legislativa del Poder Judicial es beneficiosa y no vulnera las libertades y garantías fundamentales?

Para responder a esta pregunta se analizan los fundamentos del poder de legislar y los elementos que le dan legitimidad a la actividad de producir normas jurídicas, en particular, el poder constituyente, además de los instrumentos estructurales de control de la actividad legislativa.

También se aborda el fenómeno recíproco de la judicialización de la política y la politización del Poder Judicial, a través del fortalecimiento de la relación entre las actividades políticas y jurisdiccionales y la creciente actividad política de los miembros del tribunal constitucional brasileño.

Finalmente, se busca establecer los límites de la politización de la justicia, analizando dos casos concretos en los que la Corte Suprema trata cuestiones que involucran derechos relacionados con las mujeres y los ancianos jubilados. En el primer caso, el tema del aborto, para el cual existe una ley establecida, y en el segundo, el derecho a renunciar a la jubilación para obtenerla en mejores condiciones, en Brasil, proceso conocido como "desaposentação" o "des-jubilación", para el cual no hay nada en el ordenamiento jurídico que lo permita o prohíba. Las posiciones del stf en ambos casos permitirán analizar qué motiva y qué desalienta al tribunal constitucional a ejercer la actividad legislativa.

Así, el presente trabajo se propone, a través de la investigación doctrinal y legislativa, identificar las características de la actividad legislativa y el activismo practicado por el Poder Judicial brasileño. El método utilizado fue el hipotético-deductivo, y la investigación se basó en libros, artículos científicos, legislación y jurisprudencia.

2. El poder de legislar

Mucho se habla actualmente sobre el desequilibrio en la tripartición de los poderes del Estado. Hay una tendencia cada vez más acentuada en la injerencia de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, entre ellos, y esta injerencia gana cada vez más protagonismo en las noticias, mientras que la función principal de estos poderes pierde relevancia en el debate político cotidiano.

En el centro de la disputa entre los poderes del Estado está la autonomía y legitimidad para crear leyes, la capacidad de establecer normas generales para su futura aplicación. Esta capacidad de crear reglas y establecer preceptos que regirán el progreso y el rumbo que tomará la sociedad es lo que está en juego. La injerencia de un poder sobre el otro, o el exceso de uno de ellos en sus funciones, se produce por regla general en forma de normas generales o particulares dictadas por uno de los poderes, según el caso.

El establecimiento de organismos reguladores vinculados al Poder Ejecutivo, por ejemplo, le permite a este fijar reglas que servirán de base para el funcionamiento de

un determinado sector de la sociedad. Al cuestionar estas normas el Poder Judicial, si en lugar de decidir y definir si son o no válidas con base en el ordenamiento jurídico vigente, determina el cumplimiento de nuevas normas para el sector especificado, tanto el Poder Ejecutivo como el Judicial están exorbitando sus funciones para asumir el poder de los poderes, que es legislar.

2.1 Legislación y legitimidad

La opinión de que el poder emana del pueblo es ampliamente aceptada en la política moderna. Y el poder constituyente es el que mejor personifica esta facultad emanada de la sociedad. Loughlin (2012) caracteriza el concepto de este poder a través de la emanación de tres tipos de pensamiento jurídico: normativismo, decisionismo y relacionalismo.

Bajo el término normativismo, entiende el poder constituyente, con aspectos jurídicos de pensamiento positivista y antipositivista, conformado por la autonomía del ordenamiento jurídico.

> El poder constituyente es un concepto político, pero también es un concepto de derecho público. [...] El normativismo asume un estado ya existente con una estructura de autoridad reconocida y aceptada. Es, por tanto, una expresión peculiarmente demacrada del pensamiento constitucional. En su variante positivista, postula o bien la existencia de un soberano con autoridad para que sus mandatos sean reconocidos como derecho, o bien una concepción del derecho puramente como sistema de normas autorizado por una norma fundante cuya autoridad se presupone como condición del pensamiento jurídico. En su variante antipositivista, este tipo de pensamiento jurídico se centra en la evolución moral de la legalidad como práctica social, pero evita decir nada sobre las condiciones políticas en las que se establece la autoridad constitucional (Loughlin, 2012, p. 7).

El decisionismo, según el autor, es el resultado de la ley como voluntad. Su exponente más destacado dentro del pensamiento constitucional es Carl Schmitt, quien trata el poder constituyente como una expresión sustitutiva de la voluntad del soberano. En este aspecto, se entiende que una constitución moderna, si bien puede establecerse, es por sí misma incapaz de garantizar los términos de su propia existencia y, por tanto, necesita ser legitimada por una voluntad soberana, el poder constituyente.

Finalmente, la última corriente del pensamiento jurídico, el relacionalismo, rechaza a las demás, pues entiende que el poder constituyente no es una categoría redundante y que la noción de que este poder descansa en un *locus* particular (sea el del príncipe o el del pueblo) es errónea.

> El poder constituyente no es la voluntad de un sujeto constituyente: expresa una relación de derecho. En este sentido, el relacionalismo tiene afinidades con el concepto medieval de "ley fundamental", aunque con el tránsito a la modernidad ese concepto se transforma en la "ley" que sustenta el dominio político autónomo. El concepto de poder constituyente es

> expresión del derecho político, del *droit politique* o *jus politicum*; expresa la dimensión abierta, provisional, dinámica, evolutiva del ordenamiento constitucional (Loughlin, 2012, p. 2).

El poder constituyente es un concepto relacional que refleja el juego de fuerzas dentro del dominio político. De esta percepción se sigue que la facultad de establecer legítimamente las leyes es la máxima representación del poder que emana de la sociedad. De esta manera, Montesquieu concibió que la facultad de legislar debía estar separada de las facultades de ejecutar y juzgar.

> Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado creará leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el juez sería un legislador. Si se une al poder ejecutivo, el juez puede tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o querellas entre particulares (Montesquieu, 2000, p. 168).

La demostración práctica de este pensamiento de Montesquieu se manifiesta efectivamente en la federación norteamericana. En palabras de Jellinek (2004):

> Los norteamericanos que fueron los primeros en adoptar la división de poderes como sistema constitucional, sin embargo, consideran que los poderes pertenecen originalmente al pueblo, quien los otorga a ciertos órganos para que lo representen. [...] La unidad originaria de poderes tendría que demostrarse como razón para ejercer el derecho de reformar la Constitución. Las constituciones estatales posteriores reconocen expresamente la unidad del Estado a través de una fórmula que sólo puede entenderse si se considera desde el punto de vista de la evolución de la doctrina de la soberanía (p. 453).

Para los detentadores del poder constituyente norteamericano pudo haber parecido natural que la división de poderes se realizara mediante el simple establecimiento de instituciones dedicadas al ejercicio de cada una de las funciones presentadas por el pensamiento de Montesquieu: el Poder Ejecutivo, en la figura del presidente y su órgano de gobierno; el Poder Legislativo en las cámaras legislativas del congreso bicameral; y el Judicial, en la figura del Tribunal Supremo y otros tribunales.

Sin embargo, el asunto resultó ser mucho más complejo de lo que uno podría pensar. Y el poder de legislar —que en Brasil es controlado por los demás poderes, sea a través del poder de veto del presidente de la República, por ejemplo, o a través del control de constitucionalidad de las leyes ejercido por el Supremo Tribunal Federal— se ha convertido en una parte integrante de la actividad ejecutiva y judicial, en los distintos departamentos e instancias del Poder. Y es precisamente esta capacidad legislativa, sin

el debido control de los demás poderes, existente en los más diversos sectores de la administración pública, y en particular, a los efectos de este trabajo, en el Poder Judicial, la que se torna excesivamente peligrosa para la libertad y la democracia.

Según Groppali (1968), la interacción entre los poderes, sus innumerables correlaciones e implicaciones tuvo lugar

> ya no mecánicamente, en el sentido de una rígida separación de cuerpos con funciones individuadas, sino, por un lado, como especificación de cuerpos y atribuciones de funciones expresadas en diferentes formas (ley, decreto, sentencia) y, por otro lado, como coordinación de distintos órganos en la unidad del Estado, que encontraba su expresión en el poder político ejercido por el gobierno con la mayor libertad de apreciación y actividad (p. 190).

El control de constitucionalidad de la actividad legislativa y la adjudicación constitucional se han convertido en uno de los principales elementos de estabilidad del Estado democrático de derecho.[2] Y Kelsen busca resolver la ecuación del control de la actividad legislativa con la regulación a través de normas superiores de manera política, en cabeza de un órgano institucionalmente separado y especializado para regular la legislación ordinaria. En su opinión, este tribunal debería estar fuera del marco de las instituciones gubernamentales existentes, además de ser independiente del Poder Judicial.

Para Kelsen (2003),

> La ley, en el camino que va desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de materializarse. Mientras que la Constitución, la ley y el decreto son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales. La libertad del legislador, que sólo está sujeta a la Constitución, está sujeta a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación sigue siendo relativamente grande. Con cada escalón que desciende, la relación entre libertad y limitación cambia a favor del segundo término: aumenta la parte de aplicación, disminuye la parte de libre creación (p. 126).

Si bien, en principio, Kelsen entendió que el tribunal constitucional estaría involucrado negativamente con la legislación, es decir, revocando decretos o leyes que contravengan los preceptos constitucionales, luego reconoció que este tribunal especializado necesariamente ejercería facultades legislativas de algún tipo (Kelsen, 2003).

---

[2] Existen tres sistemas de control de constitucionalidad: el control político, mediante el cual la verificación de la inconstitucionalidad la realiza un órgano de carácter político; el control jurisdiccional, en el cual el propio Poder Judicial, a través de una prerrogativa conferida constitucionalmente, tiene la facultad de verificar la (in)constitucionalidad de la ley y otros actos de la administración pública que contradigan las disposiciones y principios constitucionales, en dos formas: control difuso, a través del cual cualquier juez es competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sin juzgar, sin embargo, la ley misma, sino solo juzgando el caso concreto, y el control concentrado, a través de un Tribunal Constitucional que investiga la validez o no constitucionalidad de una determinada ley (*erga omnes*); y el control mixto que, como ya se expresa en la denominación, según el precepto constitucional, la actividad legislativa está sujeta al control político y jurisdiccional, tanto difuso como concentrado (Silva, 2002, p. 49).

2.2. Métodos estructurales de control de la actividad legislativa

Ferrejohn (2002) señala que, en el control del poder de legislar, ya sea en el legislativo, ejecutivo o judicial, los Estados modernos dependen más de los llamados métodos estructurales de control, que se pueden dividir en tres modelos, como sigue:

El primer modelo es el republicano, que tiene por objeto el control de la actividad legislativa del Poder Legislativo, cuyo control implica que el legislador está vinculado a sus electores y ante ellos debe rendir cuentas de sus actos legislativos. Su enfoque es político y electoral.

El segundo modelo es el modelo procesal indirecto, que tiene como objetivo controlar las actividades legislativas del Poder Ejecutivo. En él, la formulación de reglas administrativas está controlada por la dependencia de la agencia de la legislatura para financiamiento y autoridad, por la dependencia de la agencia del Ejecutivo para personal y dirección, y por requisitos de procedimiento en la formulación de reglas. Por lo tanto, la legislación administrativa está indirectamente controlada por el hecho de que los administradores son responsables ante los funcionarios electos.

Y el tercer modelo, que pretende controlar la legislación judicial mediante la imposición de límites a la competencia de los tribunales. En teoría, la legislación judicial está limitada jurisdiccionalmente y a través de los precedentes, lo que, al menos en Brasil, demuestra tener eficacia en lo que respecta a los tribunales federales y estatales, pero poca eficacia en el Supremo Tribunal Federal, según afirmó el ministro Dias Toffoli, cuando fue presidente del STF:

> Esto es un fracaso de las instituciones brasileñas. Luego todo cae sobre nuestros hombros, luego todo cae sobre nuestras responsabilidades y luego, para bien o para mal, se nos hace responsables. Si lo vamos a analizar, tenemos que reducir nuestra Constitución (Weterman, 2019).

De lo que se trata es de que la atribución de los derechos humanos elevados a la categoría de derechos fundamentales constitucionales convierte todo asunto en materia constitucional y, por tanto, en objeto de deliberación del tribunal constitucional. Lo que debería ser un debate político se convierte en un debate legal y hay una asignación de poder de la legislatura a la judicatura. En palabras de Ferrejohn (2002):

> La teoría democrática clásica asocia la política con las actividades de la legislatura y la ley con el funcionamiento del Poder Judicial. La política es natural al funcionamiento de la legislatura y allí es inevitable y legítima. De hecho, la contestación política se entiende como necesaria para materializar los valores democráticos fundamentales. La legislatura hace leyes que son vinculantes para todos; cada individuo, por lo tanto, tiene interés en decidir quién debe sentarse en la legislatura. Toda persona tiene derecho a monitorear los debates legislativos, a tener aportes e influencia oportunos en sus decisiones, y a exigir que sus miembros se presenten ante nosotros para rendir cuentas por lo que hicieron en las elecciones (p. 50).

La idea es exactamente que la política es contenciosa y existe el derecho de organizar partidos y facciones para elegir, monitorear, criticar, oponerse y de otra manera influir en los legisladores.

> En este sentido, se espera que la política legislativa sea contenciosa, partidista e ideológica. Ciertamente, se puede abusar del espacio político para criticar y disputar el poder de manera que amenacen el funcionamiento de la democracia misma. [...] En el mejor de los casos, la política de facciones y partidos puede regularse o administrarse para limitar posibles abusos. La forma de regulación más satisfactoria depende del proceso electoral para corregir la patología política. Por supuesto, si falla la autorregulación democrática, existen garantías constitucionales impuestas por los tribunales que pueden emplearse para limitar la legislación abusiva (Ferrejohn, 2002, p. 50).

Esto no es lo que se espera de los tribunales y magistrados. La aplicación de la ley, que es la tarea principal de los tribunales, no debe basarse en cuestiones políticas y de voluntad popular. El litigio en el ámbito judicial, como es de esperar, debe basarse en cuestiones técnicas sobre los principios legales y constitucionales adecuados que deben aplicarse para resolver las controversias.

> El deber de los jueces y funcionarios judiciales es proporcionar tribunales justos e imparciales ante los cuales las partes en un conflicto puedan resolver sus disputas bajo las normas legales preexistentes aceptadas. Este modelo considera a los tribunales como lugares donde se resuelven controversias particulares, no como lugares donde se formulan normas generales y prospectivas (Ferrejohn, 2002, p. 50).

Por tanto, el control popular y electoral al que se somete el legislador en sus decisiones, que son eminentemente políticas, no afecta al Poder Judicial y, en particular, al tribunal superior, lo que, en consecuencia, permite al magistrado del tribunal constitucional una libertad aún mayor que la del legislador, incluso en comparación con el legislador constituyente, por lo que las preocupaciones señaladas por Tocqueville y Montesquieu se vuelven severamente pertinentes.

3. Política judicializada y justicia politizada

Los temas políticos se están trasladando paulatinamente al campo de los asuntos judiciales. Toqueville ya mostró esta preocupación por el cambio de eje político del legislativo al judicial.

> Casi no hay ningún problema político en los Estados Unidos que tarde o temprano no se convierta en un problema legal. De ahí la obligación que las partes encuentran en sus polémicas diarias de tomar prestadas ideas y lenguaje del sistema judicial. Como la mayoría de los hombres públicos son o fueron antes juristas, hacen que los hábitos y la tendencia de las ideas que pertenecen a los juristas pasen a la dirección de los asuntos públicos. El jurado

> acaba familiarizando a todas las clases con ellos. Así, el lenguaje judicial se convierte, en cierto modo, en el lenguaje común; así, el espíritu del jurista, nacido en el seno de las escuelas y de los tribunales, se va extendiendo poco a poco más allá de sus límites; se infiltra en toda la sociedad, por así decirlo; desciende a las clases bajas, y todo el pueblo acaba adquiriendo una parte de los hábitos y gustos del magistrado (Tocqueville, 2012, p. 441).

Tal observación contrasta con el pensamiento de Montesquieu, quien veía al Poder Judicial como algo cercano a la "nada" (Montesquieu, 2000). Desde la Antigüedad Clásica hasta el *post absolutismo*, en el proceso de construcción de la democracia, los jueces no tuvieron el protagonismo que existe hoy. Incluso en el sistema de frenos y contrapesos de Madison no se le da la prominencia contemporánea a la Corte Suprema. Fue a través de "un conjunto de decisiones judiciales que construyeron, a través de precedentes, la fuerza que la Corte Constitucional de los Estados Unidos comenzó a ejercer frente a los demás poderes" (De Queiroz Barbosa & Carvalho, 2020, p. 4).

En palabras de Faria (2004):

> Como el poder judicial no puede dejar sin respuesta los casos que se le someten, independientemente de su complejidad técnica y de sus implicaciones económicas, políticas y sociales, se siente impelido a ejercer una creatividad decisoria que acaba trascendiendo los límites del propio ordenamiento jurídico (p. 106).

Vale la pena mencionar la siguiente advertencia traída por Pereira Siqueira y Correa Pavesi Lara (2019):

> La judicialización, como prerrogativa de ingresar a un tribunal para discutir cualquier conflicto, no puede ser tratada como activismo judicial. El activismo judicial "designa un modo proactivo y expansivo de acción judicial". Así, el término se relaciona con una participación más amplia e intensa del Poder Judicial en la "concreción de los valores y fines constitucionales", con mayor grado de injerencia en el ejercicio de los otros dos poderes (p. 86).

3.1. El fortalecimiento de la relación entre actividad política y judicial

Lyder Hermansen (2020) entiende que la reducción de la inseguridad jurídica inherente a toda legislación es la razón objetiva por la que se constituyen los tribunales y su legitimidad deriva del cumplimiento de este fin. Para ella,

> Los tribunales disfrutan de diversos niveles de apoyo generalizado y flexible para la dirección de reglas específicas. Este apoyo se basa en la creencia de que los tribunales son legalistas, imparciales e inherentemente diferentes de las ramas políticas del gobierno. Sin embargo, cuando las decisiones se perciben como motivadas políticamente (por ideología o estrategia), la legitimidad institucional general disminuye (Lyder Hermansen, 2020, p. 1219).

Sin embargo, las incertidumbres jurídicas también abren espacio para consideraciones de orientación política, en dos niveles: la autoconfianza del magistrado, orientando voluntaria o involuntariamente la interpretación de la demanda y/o la presión de actores políticos externos sobre el tribunal.

> Las ganancias potenciales son altas porque pueden marcar la dirección de la jurisprudencia futura. Los costos también son mínimos, ya que no existe un precedente oficial que pueda ser revocado. La formulación de políticas judiciales es un proceso iterativo mediante el cual los jueces cristalizan repetidamente, y en concreto, un conjunto de reglas. La incertidumbre normalmente será mayor la primera vez que se presenta una ley al tribunal y disminuye para cada interpretación (Lyder Hermansen, 2020, p. 1220).

Para Dahl (1957), considerar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como una institución estrictamente legal es subestimar su importancia en el escenario político de ese país. Asimismo, según Ferrejohn (2002), es una visión muy simplista creer que la política debe o puede restringirse al proceso legislativo. Este autor destaca que el impacto que traen las normas administrativas y las decisiones vinculantes de los tribunales puede ser tan o más significativo que la actividad legislativa original, razón por la cual se ha gastado mucho dinero, según él, para ejercer presión e influencia política sobre estos sectores antes inexplorados. En otras palabras, el cabildeo que hasta hace muy poco estaba dirigido a los parlamentarios, ya fueran concejales, diputados o senadores distritales, estatales o federales, hoy está dirigido también en parte a sectores administrativos, como departamentos gubernamentales del Poder Ejecutivo o de regulación. organismos y al poder judicial. Lo cual, de por sí, es sumamente preocupante desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Dahl (1957) señala que la Corte Suprema de los Estados Unidos:

> Es también una institución política, es decir, una institución para tomar decisiones sobre temas controvertidos de política nacional. Como institución política, la Corte es muy inusual, sobre todo porque los estadounidenses no están dispuestos a aceptar el hecho de que es una institución política y no son completamente capaces de negarlo; por lo que a menudo tomamos ambas posiciones al mismo tiempo. Esto es confuso para los extraños, divertido para los lógicos y gratificante para los estadounidenses comunes que logran retener lo mejor de ambos mundos (p. 279).

Normalmente, los ciudadanos están más acostumbrados a sentencias judiciales que bloquean alguna legislación ordinaria, por el hecho de que puede vulnerar o atentar contra algún derecho fundamental o precepto constitucional. Es el ejemplo de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) nº 5002/MG,[3] en la que la Corte consideró inconstitucional la ley del estado de Minas Gerais por legislar sobre derecho tributario

[3] Acción directa de inconstitucionalidad. Ley 13 515/2000 de Minas Gerais. Código de Defensa del Contribuyente de Minas Gerais. 1. Competencia concurrente de los Estados para legislar en materia tributaria. 2. Inexistencia de reserva de iniciativa del Poder Ejecutivo en materia tributaria. 3. Principio de isonomía observado en el título de Estado. Autoaplicabilidad de los derechos y garantías fundamentales en la actividad tributaria. 4. Inconstitucionalidad de las

en competencia con la aplicación de leyes surgidas del debate político en las cámaras legislativas.

La tabla 1 muestra una intensa actividad legislativa considerada "negativa" por el stf, en lo que respecta a las acciones directas de inconstitucionalidad.

Tabla 1.
Acción Directa de Inconstitucionalidad

Decisión definitiva	Cantidad	%
Procedente	1115	23,76 %
Infundado	502	10,70 %
Procedente en parte	366	7,80 %
Demasiadas situaciones	2710	57,74 %
Total	4693	100,00 %

Fuente: Supremo Tribunal Federal. Corte Aberta (2023).

De las 4693 adi analizadas por la Corte Suprema, cerca de un tercio de ellas, 1481 acciones, fueron juzgadas fundadas o parcialmente válidas, resultando en la inaplicación de la respectiva ley objeto de la acción, frente únicamente a 502 acciones infundadas.

Sin embargo, como sostiene Ferrejohn (2002):

> La legislación judicial no es siempre, ni siquiera mayoritariamente, 'negativa' en el sentido de impedir que las mayorías legislativas actúen como mejor les parezca. Los jueces también hacen leyes en un sentido más positivo, actuando donde el legislador se ha abstenido de hacerlo (p. 51).

Las dos vías de un mismo fenómeno, la judicialización de la política y la politización de la justicia, son el resultado del arreglo constitucional y el activismo judicial. Al mismo tiempo que la supremacía constitucional empuja todos los temas del ámbito del debate político al ámbito del debate jurídico, el marcado activismo del Poder Judicial lleva a estos actores a la arena política, por lo que toman decisiones políticas cuando deberían ser eminentemente jurídicas.

En varias decisiones recientes de la corte superior brasileña, este ejercicio de positivización fue la característica más relevante del Poder Judicial nacional. La autorización del aborto hasta el tercer mes, en HC 124 306/RJ (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 2016), con la que se eliminó la tipicidad del aborto hasta el tercer mes de gestación. Cambiando el *caput* del art. 5 de la Constitución Federal, tangencialmente, a través de un *habeas corpus simple* (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 74 051/SC, 1996), en el cual el stf excluyó del texto la expresión "residente" de observancia legal.

normas por las que se crearon los organismos públicos y de los plazos fijados al Poder Ejecutivo para la ejecución del servicio público. 5. Acción directa estimada parcialmente (Supremo Tribunal Federal de Brasil, ADI 5002/MG, 2020).

Y la innovación en el campo del proceso penal, en Ag. Reg. HC 157 627/PR (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 2019), estableciendo una distinción en cuanto al plazo para la presentación de escritos en los alegatos finales por parte de los imputados colaboradores y denunciados, en caso de negociación de culpabilidad, alegando infracción a las reglas del sistema del contradictorio y de defensa plena. En todos los casos, al tratarse en los grupos y no en el pleno, bastó la aprobación de tres de los once magistrados del Tribunal Supremo para establecer la innovación legislativa positiva.

Es decir, temas que no obtuvieron consenso político en el Congreso Nacional, por mucho que fueran debatidos o cuya demanda social no fuera suficiente para convertirlos en objeto de debate, en una Cámara con 581 diputados y en un Senado con 81 senadores, bastó el consenso de tres ministros del Tribunal Supremo para cambiar la interpretación, añadir o suprimir el texto constitucional y las leyes ordinarias. En el caso de la inclusión de los extranjeros no residentes en las garantías fundamentales del art. 5 de la Constitución, un inciso hasta entonces pétreo.

Como señala Dahl, las decisiones basadas en criterios lógicos y técnicos aportan seguridad jurídica, incluso frente a cuestiones políticas.

> Una decisión política puede definirse como una elección efectiva entre alternativas sobre las que existe, al menos inicialmente, cierta incertidumbre. Esta incertidumbre puede surgir debido a información inadecuada sobre (a) las alternativas que se consideran "abiertas"; (b) las consecuencias probables de elegir una alternativa en particular; (c) el nivel de probabilidad de que estas consecuencias realmente ocurran; y (d) el valor relativo de las diferentes alternativas, es decir, un orden de las alternativas de la más preferible a la menos preferible, dadas las consecuencias esperadas y la probabilidad esperada de que las consecuencias realmente ocurran. Una elección efectiva es la selección de la alternativa más preferible, acompañada de medidas para asegurar que la alternativa seleccionada tendrá acción (Dahl, 1957, p. 279).

El tema a evaluar no es la capacidad de tomar decisiones políticas con base en criterios lógicos o técnico-jurídicos derivados de precedentes, normas o preceptos constitucionales. Lo que está en boga es la percepción de que varias de las supuestas decisiones judiciales tienen un carácter meramente político, en el sentido de defender intereses de grupos específicos que no lograron hacer efectivas sus propuestas en la arena política.

3.2. El tribunal constitucional y la actividad política.

Koerner destaca que las dificultades del gobierno de Lula para formar una mayoría en el Congreso que estableciera su agenda política lo llevaron por el camino de la reforma judicial para alcanzar sus objetivos.

> Para sortear sus dificultades y reforzar el apoyo, el gobierno de Lula alentó cambios a través de los tribunales. Con el apoyo de juristas progresistas y entidades de las profesiones jurídicas estatales, buscó de inmediato acercarse a las élites jurídicas y promovió la formación de consensos, simbolizados por los dos pactos republicanos, para la reforma del Poder Judicial. [...] Las reformas consolidaron al stf como una jurisdicción constitucional concentrada, permitieron un mayor control de la agenda y la ampliación del impacto de las decisiones. El gobierno de Lula marcó un cambio en el carácter del stf, ya que buscó una composición más plural y comprometida con la implementación de la Constitución. Además de los criterios tradicionales para elegir ministros según su origen regional, carrera legal y el apoyo de líderes políticos nacionales relevantes, se agregaron atributos personales o historias de vida: género, etnia, actividades o apoyo a movimientos sociales. Algunos nominados eran cercanos a partidos de izquierda y movimientos populares, pero otros eran jueces profesionales o juristas sin actividad política, vinculados a líderes de partidos de centro o entidades representativas de las profesiones jurídicas (Koerner, 2013, p. 81).

La figura 1 ilustra la evolución del proceso de politización de la justicia, a través de la participación de la Corte Suprema en la redacción del texto constitucional, midiendo el número de palabras añadidas a la Constitución, desde 1891 hasta 2014, por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

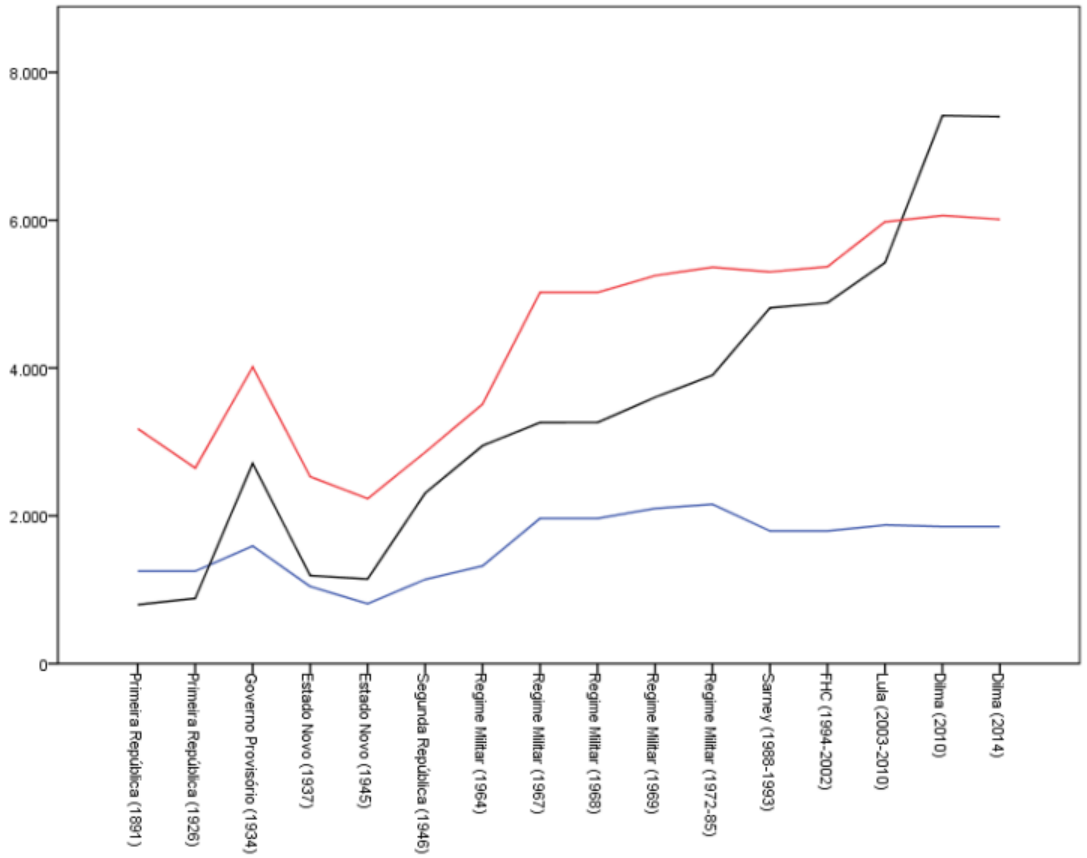

Figura 1. Indicador de las prerrogativas de los tres poderes (1891-2014).

Fuente: De Queiroz Barbosa & Carvalho (2020, p. 4).

Considerando que el poder constituyente está eminentemente ligado al Poder Legislativo, sería razonable que la inserción de palabras en el texto constitucional tuviera como fuente principal a este poder. Claramente, se evidencia una evolución gradual de la participación del Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, que sigue la tendencia mundial de apreciación de los tribunales constitucionales. Sin embargo, lo que se destaca, gráficamente, es la percepción de lo que Koerner calificó como una estrategia política del gobierno de Lula, la opción de la vía judicial para lograr objetivos políticos.

> Este nuevo tribunal, con jueces de distinta formación y concepción del papel de la justicia constitucional y de la interpretación de la Constitución, actuó de manera convergente con el gobierno en temas relacionados con la mayor efectividad de los derechos y la promoción de políticas sociales. La agenda reformista del gobierno repercutió en el desempeño positivo del stf en estos campos. Al promover la implementación de la Constitución, implementando los principios de la Constitución de 1988 no realizados por omisión del legislador, los ministros del stf reforzaron su apoyo político y social. Así, se instauró un nuevo régimen jurisprudencial, articulado con el régimen gubernamental promocional del gobierno de Lula (Koerner, 2013, p. 83).

Hasta el final de la administración de Fernando Henrique Cardoso, si bien hubo una tendencia a que la influencia del Poder Judicial creciera en la composición constitucional, la legislatura mantuvo el liderazgo. La adopción política por la composición de un tribunal supremo de carácter político, en el gobierno de Lula, provocó la sustitución de la dirección legislativa por el tribunal supremo.

4. Los límites de la politización de la justicia

Es ampliamente reconocido que la actual Constitución brasileña tiene fuertes características neoconstitucionalistas y que ha ampliado considerablemente los poderes del Supremo Tribunal Federal, fortaleciendo así su papel en el sistema judicial. Barroso (2005) lo define de la siguiente manera:

> El neoconstitucionalismo o nuevo derecho constitucional, en el sentido aquí desarrollado, identifica un amplio conjunto de transformaciones que han tenido lugar en el Estado y en el derecho constitucional, entre las que se pueden identificar, (i) como hito histórico, la formación del Estado constitucional del derecho, cuya consolidación se produjo en las últimas décadas del siglo xx; (ii) como marco filosófico. el pospositivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y el acercamiento entre derecho y ética; y (iii) como marco teórico, el conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución, la ampliación de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Este conjunto de fenómenos derivó en un extenso y profundo proceso de constitucionalización del Derecho (p. 15).

La pregunta que surge en el presente trabajo es la reflexión sobre en qué medida esta constitucionalización del derecho y la defensa de los derechos fundamentales justifica el proceso de politización de la justicia. Como ya fue presentado en varias sentencias del supremo tribunal brasileño, —en línea con los demás tribunales constitucionales del mundo— la garantía de los derechos fundamentales fue la justificación esgrimida para rechazar, modificar e incluso introducir leyes en el ordenamiento jurídico nacional.

Sarmento (2011) destaca que el neoconstitucionalismo puede ser perjudicial para la democracia si los principios se anteponen a las reglas; si hay una omnipotencia de la Constitución en todos los ámbitos jurídicos y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; si hay omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario. Sin embargo, puede ser beneficioso si

> Está pensada como una teoría constitucional que, sin descartar la importancia de las reglas y la subsunción, también da cabida a los principios y la consideración, tratando de racionalizar su uso. Si es vista como una concepción que, sin dejar de lado el papel protagónico de las instancias democráticas en la definición del Derecho, reconoce y valora la irradiación de valores constitucionales por parte del ordenamiento jurídico, así como la acción firme y constructiva del Poder Judicial para la protección y promoción de los derechos fundamentales y presupuestos de la democracia (Sarmento, 2011, p. 92-93).

Vale la pena cuestionarse: ¿en qué medida la concesión a un poder del Estado que no ha recibido del pueblo —titular del derecho constituyente— la facultad emanada de legislar y el derecho a ejercerlo, sin que ello resulte en una amenaza a la democracia y las garantías y libertades individuales? En otras palabras, ¿qué limita a la corte suprema a cruzar la frontera de la garantía de derechos a la imposición de deberes despóticos a través del ejercicio del Poder Legislativo por parte del Poder Judicial?

En el caso del *Habeas Corpus* (hc) 74 051/SC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, 1996), mencionado anteriormente, el arreglo constitucional y el activismo judicial del Tribunal Supremo, en la figura de tres de sus miembros ,[4] bastó para cambiar la interpretación de una cláusula pétrea. En otras palabras, no parece haber límites para tal acción político-legislativa de los magistrados de la Corte Suprema.

Sin embargo, estos límites existen y parecen haber sido delineados implícitamente por la propia Corte. Eso es lo que ahora comprobaremos, a partir de dos sentencias paradigmáticas que ilustran la ocurrencia de una clara distinción en cuanto a la clase o las clases de derechos sobre los cuales el stf está dispuesto a asumir la carga legislativa para modificar el texto. constitucional.

Al tratar temas relacionados con los derechos sociales, especialmente aquellos más vinculados a cuestiones de comportamiento en la sociedad, como el aborto, las uniones del mismo sexo, la homofobia y los derechos de ciertas minorías, en las últimas dos

[4] Si bien la decisión fue unánime, los cinco ministros estuvieron a favor, bastaría que tres de ellos estuvieran de acuerdo para lograr el resultado.

décadas, la Corte Suprema ha sido bastante incisiva protegiendo estos derechos de una forma legislativa innovadora.

Sin embargo, este mismo tribunal no parece tener competencia para legislar en lo que se refiere a los derechos económicos de los ciudadanos, como se puede apreciar, por ejemplo, en las sentencias sobre la corrección del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (fgts) y la cuestión del derecho a la "des-jubilación". En ambos casos, el argumento, aquí resumido, es que incumbe al Congreso Nacional legislar sobre la materia.

Tal diferenciación en cuanto a la actuación legislativa del tribunal constitucional debe ser motivo de reflexión respecto de los fundamentos y motivaciones que en ocasiones suscitan el activismo del tribunal, y que en ocasiones no son suficientes para motivar el mismo activismo en relación con los derechos fundamentales. Para ello, se considerarán dos sentencias del stf, ambas decididas en 2016: la cuestión de la exclusión de tipicidad para el aborto hasta el tercer mes de embarazo, en HC 124 306/RJ; y el Recurso Extraordinario (RE) 661 256/SC, que trata sobre el derecho a la "des-jubilación", interpuesto por el Instituto Nacional de Seguridad Social (inss) y el Gobierno Federal, el cual fue concedido.

Los casos que involucran los temas de aborto y jubilación fueron elegidos aquí para el análisis y observación de la actuación del Poder Judicial en temas eminentemente legislativos, por representar dos importantes campos de debate público, uno social y otro económico.

4.1. El tema del aborto: un caso en el que ya había una ley paradigmática

No es el propósito de este artículo debatir el tema del aborto en sus méritos. Tanto por la cuestión del espacio como por la falta de relación con el tema que se aborda, esta no será una tarea que se realice aquí. Se analiza el aborto únicamente con el fin de evaluar el desempeño de los ministros del stf en términos de activismo judicial y politización de la justicia.

También es importante decir que el debate sobre el fondo del tema está lejos de ser consensuado, y lo que para unos es considerado un crimen, para otros es considerado un avance civilizatorio. Y tal énfasis se hace aquí para demostrar cuán esencialmente político, en su sentido más profundo, es el tema de HC discutido en el stf.

También es importante señalar que la citada HC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 124 306/RJ, 2016) tenía como objetivo verificar la existencia o no de los requisitos necesarios para el decreto de prisión preventiva de los acusados de haber practicado o promovido el aborto en un tercero (arts. 124 y 126 del Código Penal). No hubo una sola línea en la petición inicial de la HC (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 124 306/RJ, 2016) que cuestionara la constitucionalidad de la tipificación del aborto hasta el tercer mes de embarazo.

Así, el análisis de la interpretación de los artículos anteriores ni siquiera formaba parte del objeto de la acción y se caracterizó como *extra petita*. Al dictar sentencia, es razonable que el juez se apegue a la solicitud de las partes, a fin de evitar que ocurran los conocidos vicios de las sentencias citra, ultra y extra *petita*. La doctrina llama a esta vinculación del juez el principio de adscripción, congruencia o correlación.

Una vez más, cabe señalar que no se trata aquí de un juicio sobre el fondo de lo decidido, sino sobre la posibilidad de la decisión misma. Bajo la égida de garantizar los derechos de las mujeres, los argumentos fueron efusivos, aunque políticos.[5] La 1ª Sala del stf, con el voto del autor de la Sentencia —el ministro Barroso, estudioso del fenómeno del activismo judicial— consideró la inconstitucionalidad modular del art. 124 y 126, a través de un *Hábeas Corpus*, en el que ni siquiera se mencionó la referida inconstitucionalidad, y entendió que la interrupción del embarazo hasta el tercer mes de gestación no puede equipararse al aborto.

Tal decisión sentó al menos dos importantes precedentes. Uno, sobre el fondo del asunto. Porque, si bien no tiene carácter vinculante, la sentencia en cuestión abre un nuevo escenario interpretativo en la batalla por la legalización-penalización del aborto. Otro, en el ámbito de la adjudicación constitucional. Pues si bien, desde el punto de vista de quienes defienden la legalidad de la práctica del aborto como un derecho fundamental garantizado a las mujeres puede haber sido la decisión correcta, abre la posibilidad de utilizar los mismos artificios procesales para que la Corte Suprema toma decisiones políticas por las que los que sonríen ahora llorarán mañana.

---

[5] Sumario: Derecho Procesal Penal. Habeas Corpus. Prisión preventiva. Ausencia de los requisitos de su decreto. Incidencia inconstitucional del tipo penal de aborto en el caso de interrupción voluntaria del embarazo en el primer trimestre. Orden otorgada por oficina. 1. [...] 3. En segundo lugar, es necesario dar una interpretación conforme a la Constitución a los arts. 124 a 126 del Código Penal —que tipifican el delito de aborto— para excluir de su ámbito de incidencia la interrupción voluntaria del embarazo realizada en el primer trimestre. La criminalización, en este caso, vulnera varios derechos fundamentales de las mujeres, así como el principio de proporcionalidad. 4. La criminalización es incompatible con los siguientes derechos fundamentales: los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, quienes no pueden ser obligadas por el Estado a mantener un embarazo no deseado; la autonomía de las mujeres, que deben conservar el derecho a hacer sus elecciones existenciales; la integridad física y psíquica de la mujer embarazada, que es quien sufre, en su cuerpo y en su psiquismo, los efectos del embarazo; y la igualdad de la mujer, ya que los hombres no se quedan embarazados y, por tanto, la plena igualdad de género pasa por respetar la voluntad de las mujeres en esta materia. 5. A esto se suma el impacto de la criminalización sobre las mujeres pobres. Es que el tratamiento como delito, dado por la ley penal brasileña, impide que estas mujeres, que no tienen acceso a médicos y clínicas privadas, recurran al sistema público de salud para someterse a los procedimientos correspondientes. Como resultado, se multiplican los casos de automutilación, lesiones graves y muertes. 6. La calificación penal vulnera también el principio de proporcionalidad por razones que se conjugan: (i) constituye una medida de dudosa adecuación para proteger el bien jurídico que pretende proteger (la vida del niño por nacer), al no producir una impacto relevante en la cantidad de abortos practicados en el país, impidiendo únicamente que se realicen de manera segura; (ii) es posible que el Estado prevenga la ocurrencia de abortos por medios más efectivos y menos dañinos que la criminalización, como la educación sexual, la distribución de anticonceptivos y el apoyo a las mujeres que desean tener un hijo, pero se encuentran en condiciones adversas; (iii) la medida es desproporcionada en sentido estricto, pues genera costos sociales (problemas de salud pública y muertes) superiores a sus beneficios. 7. Finalmente, cabe señalar que prácticamente ningún país democrático y desarrollado del mundo trata como delito la interrupción del embarazo durante el primer trimestre, incluidos Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Canadá, Francia, Italia, España, Portugal, Países Bajos y Australia (Supremo Tribunal Federal de Brasil, HC 124306/RJ, 2016).

4.2. El tema de la no jubilación: un caso en el que ya existía legislación sobre el tema

Del otro lado de este campo de batalla político en el que se han convertido los tribunales brasileños, en particular el stf, está el tema que ha sido debatido durante mucho tiempo y por el cual los tribunales inferiores ya se acercaban al consenso[6] sobre la concesión del derecho a la no jubilación.

A través de un Recurso Extraordinario interpuesto por el Gobierno Federal y el inss, el stf desconoció el derecho de quienes, aun después de haber sido jubilados y obligados a seguir trabajando para su propio sustento y el de sus familias, debían seguir contribuyendo a la Seguridad Social General (rgps), sin obtener ningún beneficio por estas nuevas contribuciones.

Sin entrar en el fondo de la cuestión, se destaca el argumento utilizado por el ministro ponente, el mismo ministro Barroso, que estableció la siguiente tesis de repercusión general en la RE 661 256/SC:

> [en] el ámbito del Sistema General de Seguridad Social (RGPS), sólo la ley puede crear beneficios y ventajas de seguridad social, y no existe, por el momento, ninguna previsión legal sobre el derecho a la "re-jubilación", la regla de Arte. 18, § 2, de la Ley nº 8213/91". 4. Aportó ambos recursos extraordinarios (Supremo Tribunal Federal de Brasil, RE 661 256/SC, 2016).

Con esta decisión lo que se percibe es que el stf renuncia al derecho de legislar a favor del Congreso Nacional. Lo que en sí mismo no sonaría extraño si no fuera por el hecho de que en situaciones de competencia los ministros habían tomado la postura opuesta. En el caso de la baja, mucho más que una cuestión económica, se debaten los derechos a la vida y al cuidado de las personas mayores. Sin embargo, los derechos fundamentales de la persona mayor no causaron el mismo revuelo en los ministros del supremo que los derechos de las mujeres sobre su cuerpo.

Tales decisiones parecen indicar que el stf, aunque implícitamente, estableció límites a su propio poder de legislar, demarcando su capacidad legislativa a establecimientos de derechos sociales que no tienen repercusiones económicas directas para el gobierno o ciertos sectores del mercado, siendo progresista en un campo y actuando de forma totalmente conservadora a la hora de garantizar los derechos de propiedad y los de la entidad estatal que implican erogaciones del erario.

En otras palabras, el stf actuaría progresivamente siempre que sus decisiones no afecten la estructura social y estatal, de acuerdo con el gusto de la economía neoliberal, y siempre preservando los derechos inherentes al capital, aunque sea a costa de perjudicar a los jubilados y ancianos en la etapa de su vida en que más necesitarían los recursos provenientes de su aporte a la seguridad social, en flagrante injusticia con los principios básicos de la propia Constitución.

[6] Cabe señalar que la referida re fue objeto de repercusión general. En otras palabras, la relevancia del tema y la gama de jubilados que eventualmente podrían convertirse en beneficiarios de la concesión del derecho a la no jubilación fue sumamente significativa.

5. Conclusiones

La política constituye la dinámica misma de la vida humana. Está presente en la cotidianidad, ya sea en materia de trabajo, educación, salud, vida familiar, cultura, deporte, etc. No es razonable entender que en materia de derecho y de justicia sea diferente. Como señaló Dahl más arriba, es inocente concebir que, en las fuerzas que componen la soberanía estatal, el Poder Judicial esté restringido a cuestiones técnicas y de legalidad. Antes de ser jueces, los magistrados son ciudadanos y seres políticos, dotados de opinión.

Otro tema que conviene analizar es el crecimiento de la actividad política en el campo de la justicia. Este crecimiento, sin embargo, no puede llegar al punto de provocar un desequilibrio entre los poderes que integran el Estado, de modo que, en lugar de producir consenso y seguridad jurídica, traiga inestabilidad, polarización y desintegración social.

La pregunta, objeto de este análisis, conduce a evaluar en qué medida los fines justifican los medios; en particular, ¿en qué medida la defensa de los derechos fundamentales puede ser utilizada para justificar la politización de la actividad judicial en Brasil? ¿En qué medida la actividad legislativa del Poder Judicial es beneficiosa y no vulnera las libertades y garantías fundamentales?

Lo que sí es evidente es que los precedentes procesales abiertos por la actividad político-legislativa del Poder Judicial, en especial del Supremo Tribunal Federal, desplazan el papel del tribunal de guardián de la Constitución a su redactor. Y esto es peligroso para el Estado democrático de derecho. Pues, si bien el poder constituyente no le es otorgado, por quien es su titular, el pueblo, queda claro que, a través de subterfugios procesales, este poder ha sido ejercido reiteradamente, aun bajo la mirada perpleja y las advertencias de gran parte de la comunidad jurídica nacional.

Otra evidencia es que al cambiar la composición de la Corte por nombramientos de los gobiernos de turno, cambia el perfil ideológico de la composición de sus miembros, y el ejercicio político de los magistrados allí designados, que no tiene relación con el voto del elector, puede llevar al ordenamiento jurídico nacional por caminos que actualmente no se contemplan ni se desean para el futuro. Más que nunca, el dicho popular de que "el palo que le pega a Chico, también le pega a Francisco" resulta ser una importante advertencia de que es necesario establecer límites a la actividad político-legislativa de las altas cortes nacionales, para garantizar la democracia y la participación popular en las decisiones nacionales.

El despotismo, por regla general, se inserta en los espacios públicos disfrazado de defensa de derechos. Lo que en este momento puede sonar como un avance civilizatorio puede, en un futuro muy próximo, convertirse en un atentado contra los derechos fundamentales que hoy se proponen defender.

Referencias

Barroso, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista do Direito Administrativo, 240*, 1-42. http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695

Barroso, L. R. (2008). A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, 2*(9), 258-301. https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621

Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a nacional policy-maker. *Journal of Public Law, 6*, 279-295. http://epstein.wustl.edu/research/DahlDecisionMaking.pdf

De Quieroz Barbosa, L. V. & Carvalho, E. (2020). O Supremo Tribunal Federal como a rainha do jogo de xadrez: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil. *Revista de Sociologia e Política, 28*(73), 1-22. Doi: 10.1590/1678-987320287307pt

Faria, J. E. (2004). O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados, 18*(51), 103-125. https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a06v1851.pdf

Ferrejohn, J. (2002). Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems, 65*(3), 41-68. https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp

Groppali, A. (1968). *Doutrina do Estado.* (P. E. Queiroz, Trans.). Saraiva.

Jellinek, G. (2004). *Teoria General del Estado.* Fondo de Cultura Económica (original publicado 1900).

Kelsen, H. (2003). *Jurisdição Constitucional.* (A. Krug, E. Brandão, & M. E. Galvão, Trans.). Martins Fontes.

Koerner, A. (2013). Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos Estudos, (96), 69-85. https://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf

Loughlin, M. (2012). *The Concept of Constituent Power.* http://law.uvic.ca/demcon/2012%20readings/Constituent%20Power%20(Victoria%20paper).pdf

Lyder Hermansen, S. S. (2020). Building legitimacy: Strategic case allocations in the Court of Justice of the European Union. *Journal of European Public Policy, 27*(8), 1215-1235. https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1714697

Montesquieu. (2000). *O espírito das leis* (2ª ed.). (C. Murachco, trad.). Martins Fontes (original publicado en 1748).

Sarmento, D. (2011). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. En A. L. Fellet, M. Novelino & D. G. Paula, *As novas faces do ativismo judicial* (1ª ed., pp. 73-113). Jus Podivm.

Silva, J. A. (2002). *Curso de Direito Positivo.* Malheiros.

Supremo Tribunal Federal de Brasil. (1996). *Habeas Corpus 74 051* [Relator: Min. M. Aurelio].

Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2016). *Habeas Corpus 124 306 Rio de Janeiro.* [Relator: Min. M. Aurelio].

Supremo Tribunal Federeal de Brasil. (2016). *Recurso Extraordinario 661 256 Santa Catarina* [Relator: Min. A. C. De Souza].

Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2019). *Ag. Reg. Habeas Corpus 157 627 Paraná* [Relator: Min. E. Fachin].

Supremo Tribunal Federal de Brasil. (2020). *Acción Directa de Incontstitucionalidad 5002 Minas Gerais*. [Relatora: Min. C. Lucía].

Supremo Tribunal Federal de Brasil (2023). Corte Aberta. https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html

Pereira Siqueira, D. & Correa Pavesi Lara, F. (2019). Constitucionalismo, Acesso à Justiça e a Judicialização: uma leitura a partir da efetivação dos direitos da personalidade. *Revista Paradigma, 28*(3), 77-94. http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1778

Tocqueville, A. (2012). *Democracy in America* (Vol. I). (E. Nolla, Ed., & J. T. Schleifer, Trans.) Liberty Fund (original publicado en1835).

Weterman, D. (2019, 29 de marzo). *Toffoli defende que reformas diminuam quantidade de textos na lei*. UOL Economia. https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/03/29/toffoli-defende-que-reformas-diminuam-quantidade-de-textos-na-lei.htm

Ciberdelitos en menores de edad en la red social Facebook: revisión sistemática de literatura

Cybercrimes with Minors in the Facebook Social Network: Systematic Literature Review

Carlos Andrés Trejos-Gil[1]
Yésica Peláez Vélez[2]

Cómo citar: Trejos, C. & Peláez, Y. (2023). Ciberdelitos en menores de edad en la red social Facebook: revisión sistemática de literatura. *Nuevo Derecho*; 19(32): 1-18. https://doi.org/10.25057/2500672X.1493

Recibido/18/11/2022 – Aceptado/15/04/2023 – Publicado/30/06/2023

Resumen

Estudios recientes sobre las problemáticas digitales resaltan la necesidad de implementar medidas efectivas para regular y prevenir los ciberdelitos en las redes sociales. El objetivo de la presente investigación fue realizar una revisión sistemática de los estudios que han reportado el uso del constructo ciberdelitos en redes sociales relacionados con adolescentes en el periodo 2016-2022. Para esto, la revisión siguió los lineamientos y las recomendaciones de la declaración PRISMA. Las bases de datos consultadas fueron Scopus, Dialnet, Google Académico, ProQuest, Scielo y Springer Link; en total, se revisaron 50 estudios empíricos en español, inglés, malayo y alemán, publicados entre los años 2016 y 2022, que cumplían con los criterios de selección. La mayoría de los estudios muestran una evidente falencia normativa tanto en Colombia como internacionalmente en la regulación de este tipo de ilícitos. Esta situación se debe, en gran parte, a las características del contexto de las redes sociales, que obstaculizan el control sobre los contenidos y las actividades expuestas. Por tanto, se requiere de una mayor atención a este problema y de la implementación de políticas y regulaciones adecuadas para proteger a los usuarios y prevenir los delitos cibernéticos.

Palabras clave: cibercrimen, jóvenes, redes sociales, acoso, pandemia.

[1] PhD(c) Estudios Interdisciplinarios en Psicología. Magíster Internacional en Dirección Estratégica. Magíster en Administración y Dirección de Empresas (MBA). Especialista en Alta Gerencia. Publicista. Ingeniero Administrativo. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6769-3396 Programa de Comunicación Social, grupo de investigación Urbanitas, Universidad Católica Luis Amigó (Medellín-Colombia). Correo: carlos.trejosgi@amigo.edu.co. Google Académico: https://bit.ly/3yBdlXG

[2] Abogada. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Grupo de investigación Comunicación Digital y Ciberculturas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Universidad Católica Luis Amigó (Medellín-Colombia). Correo: yessica.pelaezve@amigo.edu.co. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8034-9728

Abstract

Recent studies on digital issues highlight the need to implement effective measures to regulate and prevent cybercrime on social networks. The aim of the present research was to conduct a systematic review of studies that have reported the use of the construct cybercrime on social networks related to adolescents in the period 2016-2022. For this, the review followed the guidelines and recommendations of the PRISMA statement. The databases consulted were Scopus, Dialnet, Google Scholar, ProQuest, Scielo and Springer Link; in total, 50 empirical studies in Spanish, English, Malay and German, published between 2016 and 2022, that met the selection criteria were reviewed. Most of the studies show/register an evident regulatory shortcoming both in Colombia and internationally in the regulation of this type of illicit trade. This situation is largely due to the characteristics of the context of social networks, which hinder control over the content and activities exposed. Therefore, greater attention to this problem and the implementation of adequate policies and regulations are required to protect users and prevent cybercrime.

Keywords: cybercrime, young people, social networks, harassment, pandemic.

1. Introducción

En la sociedad contemporánea, en la que se utilizan diversos medios comunicativos, uno de los más usados son las redes sociales, que permiten construir lazos constantes con otras personas a través de la interacción en ellas (Trejos-Gil, 2021; Trejos-Gil et al., 2020); esta situación es, a su vez, el punto de partida para la actualización del cuerpo normativo de los diversos estados, dado que el diseño y el uso de las nuevas tecnologías al generar riesgos en los usuarios (Amador Sánchez et al., 2021) también visibilizan la necesidad de transformar el corpus de leyes que regulan las diferentes comunidades (Hütt Herrera, 2012).

Entre los riesgos a los que se exponen los usuarios de las redes sociales están los ciberdelitos, que son definidos por la Cámara de Representantes de Uruguay (2014) como "cualquier forma de criminalidad ejecutada en el ámbito de interacción social definido por el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación" (Artículo. 2, p. 6).

Sin embargo, autores como Flores Páiz (2022) incluyen en la definición de ciberdelitos el hecho de que la conducta ilegal sea llevada a cabo en el contexto de la interacción social a partir del uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Según la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones-CCIT (2021), al analizar las denuncias instauradas ante la Fiscalía General de la Nación a finales del mes de noviembre de 2021, ya se habían registrado 46 527 denuncias relacionadas con esta tipología de delito, lo que representa un incremento del 107 % respecto de los dos años anteriores. Lo anterior, convierte a los ciberdelitos en el tipo de ilícito de mayor crecimiento en Colombia en el periodo 2019-2021, situación que ha tenido factores de aceleración como la pandemia COVID-19 que trajo como consecuencia el aumento del comercio electrónico, el cual obtuvo un desarrollo del 59,4 % en las transacciones durante el periodo de aislamiento obligatorio y un 35 % en el 2021 (CCIT, 2021).

Si se tiene en cuenta que, para enero de 2021, 4660 millones de personas en el mundo eran usuarias de internet y de esa cantidad más del 90 % utilizaban redes

sociales, siendo Facebook la plataforma más concurrida (Trejos-Gil, 2021; We are social, 2021), se vuelven preocupantes las afirmaciones de autores como Adán del Río (2006), quien sostiene que este tipo de interacción ha generado varias modalidades delictivas debidas al contexto en el que se desenvuelven, cuya peligrosidad aumenta por los vacíos legales existentes.

En el contexto de las redes sociales, específicamente en Facebook, se han registrado eventos preocupantes. Por un lado, se han reportado casos de pensamientos suicidas asociados al uso de esta plataforma (Llano-Castaño & López Montoya, 2022). Por otro lado, se han identificado delitos que se cometen a través de la disponibilidad de servicios distintivos que ofrecen este tipo de plataformas, como la búsqueda de amigos, la publicación de fotos y videos, el acceso a juegos y aplicaciones, la publicidad, las encuestas, entre otros. Es importante prestar atención a estos problemas y tomar medidas para prevenir y abordar estos eventos negativos en el contexto de las redes sociales, especialmente en plataformas tan populares como Facebook.

De acuerdo con Alvarado Carmona (2017), desde el punto de vista jurídico se puede observar la violación a los derechos de autor y a la privacidad de los usuarios. Cuando estos casos se dan, es común que se interponga como razón el desconocimiento de la normativa, situación que no excluye a los individuos de la responsabilidad y el cumplimiento de la ley.

Además, se encuentran los comentarios realizados a cada una de las publicaciones invitando a compartir archivos, videos y fotos, situación que genera accesibilidad a la violación de la normativa, lo cual es confirmado por Alvarado Carmona (2017) quien manifiesta que, en cuanto a Colombia, en la legislación hay bastantes vacíos jurídicos en materia de delitos informáticos y protección de la privacidad. Igualmente, no se regulan las redes sociales por falta de políticas gubernamentales para ese tipo de uso de la informática.

Al revisar la literatura que relaciona los ciberdelitos con el uso de redes sociales por parte de menores de edad, se encuentran las siguientes tipologías analizadas de forma individual: *ciberbullyng*, pornografía infantil, *child grooming*, victimización sexual de menores, ciberacoso, *sexting*, entre otros. Al ser los más fieles usuarios de las redes sociales —quienes sacrifican la privacidad a cambio de *likes* que miden la interacción con sus seguidores o amigos, en ocasiones personas desconocidas (Pons Gamon, 2017)—, los menores de edad se constituyen como víctimas potenciales de los ciberdelitos que vulneran la dignidad humana y sus derechos sexuales y reproductivos (Merino Pérez, 2016).

Si se toma como ejemplo uno de estos delitos: la pornografía infantil, autores como Soldino y Guardiola García (2017) afirman que cuando se da en el contexto de la internet, se generan cambios relevantes en la comisión del delito, debido a la forma cómo se generaliza la conducta y se agiliza el proceso para conseguir el material, ya que se encuentra *online* o en videos elaborados en tiempo real y con garantía del anonimato, situación que se agrava al desarrollarse en redes sociales por la facilidad que tienen

los delincuentes para obtener información de las víctimas y por la pronta comunicación entre productores y distribuidores de contenido sexual.

Además del surgimiento de nuevos tipos de delitos o la transformación de algunos ya tipificados, también hay que tener en cuenta que estos delitos vinculan dos perfiles, el de la víctima y el del ciberdelincuente, además involucran a una población vulnerable como son los niños, las niñas y los adolescentes (Acosta et al., 2020).

De acuerdo con lo anterior, y haciendo énfasis en el vacío legal que autores como Alvarado Carmona (2017) afirman que existe al respecto, se hace necesario facilitarles a los miembros de la sociedad la comprensión del efecto que este tipo de delitos puede traer cuando las víctimas son menores de edad; razón por la cual es perentorio crear conciencia acerca del uso adecuado de las redes sociales y generar controles parentales al respecto.

Por lo anterior, y al considerar que la red social Facebook es la más usada en el mundo (Trejos-Gil, 2020; We are social, 2021) y que los ciberdelitos que afectan los adolescentes se incrementaron considerablemente en el tiempo de pandemia. se toma como objetivo de este estudio teórico realizar una revisión sistematica de los estudios que han reportado los ciberdelitos en redes sociales relacionados con adolescentes en los últimos años.

Realizar una investigacion sobre los ciberdelitos con menores de edad en el contexto de una red social como es Facebook, permitirá la comprension de este fenomeno criminal de forma integral. Se presentarán sus caracteristicas y tipologias diferentes a los crímenes tradicionales perpetuados en espacios reales y fisicos; de igual manera, se podrá evidenciar cómo las tecnologías de la información y la comunicación se han venido convirtiendo en instrumentos para la comision de ilícitos, transformándose en una manera de operación de la delincuencia organizada que facilita otras actividades delincuenciales.

Un ejemplo de lo anterior, de acuerdo con Delva Benavides (2019), es la creacion de perfiles falsos, que para algunas personas representan graves perjuicios al patrimonio, los bienes, la privacidad y la seguridad, entre otros. Situaciones que posibilitan nuevas modalidades de acoso y delitos, al vulnerar la justicia y la seguridad que deberían proporcionar las leyes.

Por otra parte, Cueva Jaigua y Tapia Arámbulo (2022) exponen las siguientes caracteristicas de los delitos ciberneticos relacionados con redes sociales que dan cuenta de las diferencias con los delitos ya tipificados: se pueden cometer con facilidad y necesitan pocos recursos en comparación con el perjuicio que pueden causar; se pueden cometer en una jurisdicción sin estar fisicamente en el territorio donde originan el daño y son delitos que encuentran lagunas de punibilidad en las legislaciones de algunos estados que son llamados paraísos cibernéticos, en los que no hay tipificación de estos ni formas de sanción.

El presente estudio revisa e interpreta los estudios teóricos que se publicaron sobre los ciberdelitos con menores de edad en Facebook en el periodo comprendido entre el 2016 y el 2022.

2. Metodología

El enfoque utilizado para el desarrollo de esta revisión sistemática es cualitativo porque el propósito fue la interpretación histórica de los estudios realizados en los últimos cinco años relacionados con el fenómeno social de los ciberdelitos en las redes sociales, teniendo como contexto específico la red social Facebook y la población adolescente. De acuerdo con este propósito, el método usado fue el análisis documental, complementado con la técnica de la revisión sistemática de literatura con base en la metodología PRISMA; este último será explicado con mayor profundidad en los siguientes apartados.

2.1 Procedimiento y estrategias de búsqueda

Para lograr el objetivo propuesto, se desarrolló una revisión sistemática de literatura según los lineamientos y las recomendaciones de la Guía para el desarrollo de la metodología PRISMA formulada en 2020 por Page et al. (2021), cumpliendo con los puntos 1-9, 16,17, 23 y 26; para la búsqueda de artículos publicados entre el periodo 2016-2022, que fue realizada en cinco bases de datos Scopus (187), Dialnet (101), Google académico (50), ProQuest (10), Scielo (8) y Springer Link (7); para un total de 363 documentos revisados.

Posteriormente, a los 363 artículos se les aplicaron los siguientes criterios de exclusión: estudios publicados en años anteriores al 2016, que el formato sea correspondiente a los paper, tesis de grado o libros y finalmente que las revistas se encuentren en categorías Q, A, B y C; en cuanto al idioma, la búsqueda no tuvo delimitaciones y al final se obtuvieron 29 documentos en español, 19 en inglés 1 en alemán y 1 en malayo, las ecuaciones de búsqueda fueron: “cybercrime” AND “facebook”; “cyber crime” AND “social networks” y “cybercrime” AND “Young”.

2.2 Selección de los estudios

Se realizó un proceso de selección por etapas, como se puede observar en la figura 1; el punto de partida fue la etapa de identificación, en la que se obtuvieron 363 documentos; en esta etapa se utilizaron los criterios de inclusión y exclusión descritos en la figura 1:

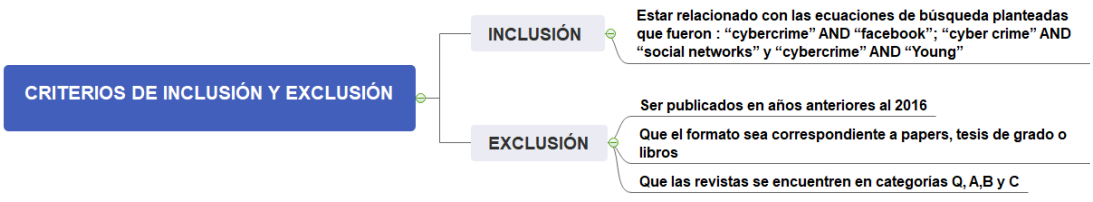

Figura 1. Criterios de inclusión y exclusión.

Fuente: elaboración propia.

Posteriormente, como segunda fase estuvo la selección, que consistió en verificar el ISSN y la clasificación de la revista y eliminar los artículos duplicados, quedando en 242 artículos; en esta misma fase se leyeron los títulos, los resúmenes, las palabras claves y la metodología implementada, eliminando aquellos que no tenían relación con el objetivo de la investigación, reduciendo a 70 documentos aptos para el estudio y, finalmente, estuvo la fase de inclusión, para lo que se leyeron los documentos completos y se eliminaron aquellos que en sus resultados no tuvieran coherencia con el objetivo planteado. En la figura 2 se ilustran estas fases.

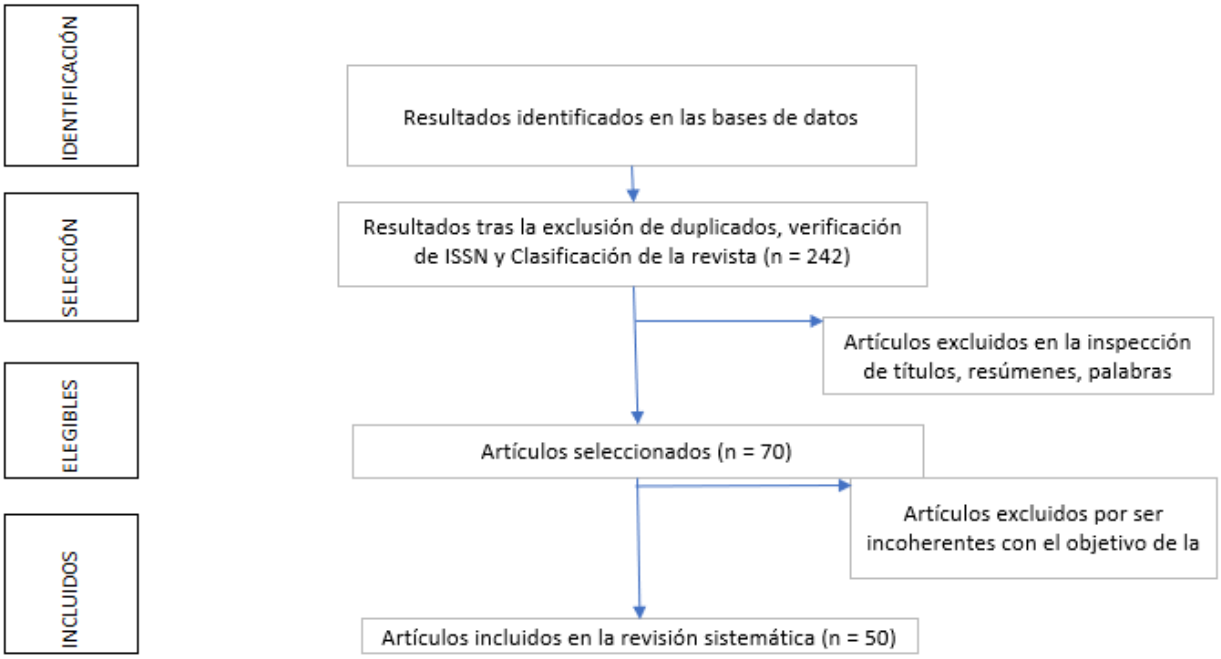

Figura 2. Diagrama de Flujo PRISMA: proceso de identificación y selección de literatura.

Fuente: elaboración propia.

El procedimiento se desarrolló en tres etapas. En la primera etapa se recolectó la información durante los meses de agosto a octubre, añadiendo constantemente los estudios que se publicaron durante los meses finales del año 2022. En la segunda etapa se analizó cada documento luego de realizar el procedimiento presentado en la figura 2; en esta etapa se estudiaron los documentos distribuidos por un equipo de 3 investigadores, un doctorando como líder de investigación, un maestrante y un profesional estudiante de posgrado. En la etapa tres se desarrolló la escritura del manuscrito entre los meses agosto del 2022 y noviembre del mismo año.

2.3 Resultados

Al finalizar la selección, se lleva a cabo la síntesis de los resultados con el propósito de comparar los diversos estudios, proceso que se realizó teniendo en cuenta los siguientes datos: autores, año de publicación, metodología, objetivo, resultados y conclusiones (tabla 1 y 2):

Tabla 1.
Síntesis de resultados según el año de publicación, parte 4

Año	Metodología							
	Revisión documental	Análisis estadístico	Revisión sistemática	Análisis factorial	Cuasi experimental	Inv. Mixta	Análisis binomial	Modelo arima
2016	1	1						
2017	3		1					
2018	1	1		1				
2019	3		1		1			
2020	2	2				1	1	
2021	13	2						1
2022	8	2		1		2		
2023		1						
Total	31	9	2	2	1	3	1	1
	62 %	18 %	4 %	4 %	2 %	6 %	2 %	2 %

Fuente: elaboración propia.

El detalle de las principales características de los 50 artículos incluidos en la revisión sistemática se encuentran en las tablas 1, 2, 3 y 4; sin embargo, es relevante destacar que de la totalidad de los artículos revisados se encontraron 50 aptos para observar el fenómeno de los ciberdelitos en la red social Facebook que afectan a los adolescentes. De estos aptos, el 62 % utilizaron como estrategia metodológica la revisión documental, el 18 % el análisis estadístico, el 6 % la investigación mixta, con un 4 % cada uno siguen los análisis factoriales y la revisión mixta, con un 2% el diseño cuasiexperimental, el análisis binomial y el modelo PRISMA.

Tabla 2.
Síntesis de resultados según el año de publicación, parte 1

Año	Porcentaje	Buscador					
		Dialnet	Google académico	Scielo	Springer link	Proquest	Scopus
2016	4%	1					1
2017	8%		3				1
2018	3%	3					
2019	10%	5					
2020	13%	1		1	1		3
2021	33%	3	3			1	9
2022	27%	1	1				11
2023	2%						1
Totales	100%	14	7	1	1	1	26
		28%	14%	2%	2%	2%	52%

Fuente: elaboración propia.

Asimismo, las variables que más se han estudiado y relacionado con los ciberdelitos, son la conceptualización con el 24 % (n = 7) y el COVID-19 con el 20,69 % (n = 6) y las menos estudiadas son la trata de personas, el terrorismo, la defensa cibernética, la pornografía infantil, el contexto universitario, el espionaje informático, los *fakenews,* las víctimas, el *sexting* y las características, cada una con un 3,45 % (n = 1).

Tabla 3.
Síntesis de resultados según el año de publicación

Año	Palabras claves más usadas
2016	Redes sociales
2017	Redes sociales, delitos informáticos, ciberdelitos
2018	Ciber bulling, ciber acoso, TIC
2019	Ciber acoso, redes sociales
2020	Ciber crimen, redes sociales
2021	Ciber crimen, redes sociales, ciber delitos, seguridad cibernética
2022	Ciber crimen, ciber delincuencia, abuso sexual
2023	ciber seguridad
Totales	50

Fuente: elaboración propia.

En el caso de las redes sociales las variables que más se han estudiado son la victimización con el 28,57 % (n = 4); el Facebook con el 21,43 % (n = 3) y Twitter 14,29 % (n = 2), y las menos estudiadas son el discurso de odio, el COVID-19, la importancia del *like*, las redes sociales científicas y los riesgos para la privacidad cada una con un 7,14 % (n = 1).

Tabla 4.
Síntesis de resultados según el año de publicación, parte 3

Año	Idioma			
	Español	Inglés	Alemán	Malayo
2016	1	1		
2017	4			
2018	3			
2019	5			
2020	3	3		
2021	8	6	1	1
2022	5	8		
2023		1		
Totales	29	19	1	1
	58 %	38 %	2 %	2 %

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, la variable adolescente estuvo relacionada en una mayor parte con las redes sociales en el contexto escolar con el 37,5 % (n = 3); el *cyberbullyng* con el 25 % (n = 2) y las menos estudiadas son la comunicación, la ciberseguridad y el ciberacoso con el 12,5 % cada uno (n = 1).

Lo anterior se puede observar en la tabla 5:

Tabla 5.
Agrupación de variables estudiadas en relación con los ciberdelitos, las redes sociales y los adolescentes

Variable	Subvariable	Cantidad	Frecuencia	Autores
Cibercrimen	Trata de personas	1	3,45	Flores Páiz (2022)
	Terrorismo	1	3,45	Pons Gamon (2017)
	Defensa cibernética	1	3,45	Pons Gamon (2017)
	Pornografía infantil	1	3,45	Soldino y Guardiola (2017)
	Contexto universitario	1	3,45	Ramírez-Asís et al. (2022)
	Conceptualización	7	24,14	Miguel Barrio (2022); Gorjón Barranco (2021); Tirado-Acero y Cáceres-Tovar (2021); Kemp et al. (2021); Enghofer (2021); Cadena Alvarado (2021); Dupont y Holt (2022)
	Espionaje informático	1	3,45	Mayer Lux y Vera Vega (2020)
	Fakenews	1	3,45	Kumar Dutta et al. (2022)
	Victimas	1	3,45	Caravaca-Llamas y Girona Berná (2021)
	COVID-19	6	20,69	Miró Llinares (2021); Gryszczynska (2021); Monteith et al. (2021); Horgan et al. (2021)
	Cyberbullyng	2	6,90	Arrieta López et al. (2019); Cañón Rodríguez et al. (2018)
	Ciberacoso	2	6,90	Marín-Cortés y Linne (2020); Martín Critikián y Medina Núñez (2021)
	Legislación	2	6,90	Nukusheva et al. (2022); Nguyen et al., (2022)
	Sexting	1	3,45	Gámez-Guadix et al. (2022)
	Características de los ciberdelitos	1	3,45	López Gorostidi (2022)
	Total	29	100,00	
Redes Sociales	Facebook	3	21,43	Alvarado Carmona (2017); Mpofu et al. (2022); Hamzah (2021);
	Twitter	2	14,29	Alvarado Carmona (2017); Javed et al. (2022)
	Discurso de odio	1	7,14	Moreno López y Arroyo López (2022)
	COVID-19	1	7,14	Li et al. (2022)
	Victimización	4	28,57	Marttila et al. (2021); San Miguel et al. (2020); Saridakis et al. (2016); Chopin et al. (2022)
	Importancia del like	1	7,14	Martín Critikián y Medina Núñez (2021)
	Redes sociales científicas	1	7,14	Roig-Vila et al. (2015)
	Riesgos para la privacidad	1	7,14	Hernandez-Serrano et al. (2021)
	Total	14		

Variable	Subvariable	Cantidad	Frecuencia	Autores
Adolescentes	Comunicación	1	12,5	Rodríguez Ponce et al. (2020)
	Redes sociales en el contexto escolar	3	37,5	Crespo-Ramos et al. (2021); Tejada Garitano et al. (2019); Arcila-Calderón et al. (2019)
	Ciberseguridad	1	12,5	Astorga-Aguilar y Schmidt-Fonseca (2019)
	Cyberbullyng	2	25	Cuesta Sáez de Tejada et al. (2018); De-Barros Ventura et al. (2018);
	Ciberacoso	1	12,5	Gómez-Tabare y Correa Duque (2022).
	Total	8		

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a los resultados, se encontraron las siguientes relaciones relevantes:

a. La necesidad urgente de mejorar la legislación tanto nacional como internacional para lograr un abordaje adecuado de la ciberdelincuencia, en Flores Páiz (2022); Gorjón Barranco (2021); Tirado-Acero y Cáceres-Tovar (2021).

b. Necesidad de construir una cultura para utilizar Facebook y Twitter de forma responsable como una herramienta que facilite la vida cotidiana, en Alvarado Carmona (2017); Hamzah (2021).

c. Con el auge del internet el hábitat delictivo ha crecido exponencialmente, porque multiplica las oportunidades de los delincuentes, en Pons Gamon (2017); Caravaca-Llamas y Girona Berná (2021); Tirado-Acero y Cáceres-Tovar (2021).

d. Las características del internet se convierten en un obstáculo para la adopción de una normativa que controle los contenidos que circulan en las redes en Soldino y Guardiola García (2017); Mayer Luz y Vera Vega (2020);

e. La naturaleza de los canales divulgativos de informaciones e ideas que generan las redes sociales se consolidan gracias a su efecto multiplicador. (Barrio, 2022¸Trejos-Gil, 2020). En los casos en que a "través de estos se diseminan mensajes de odio o injurias, la utilización de estos canales proyecta la ofensa por el mundo cibernético, incrementando la lesividad en la víctima a consecuencia de los múltiples potenciales receptores del mensaje" (Barrio, 2022, p. 1). Asimismo, estudios demuestran que los jóvenes relacionan la comunicación en internet y las redes sociales con los discursos de odio (Moreno-López & Arroyo López, 2022) y que en algunos casos los puede conducir a aumentar su pensamiento suicida (Llano-Castaño & López Montoya, 2022).

f. Las estrategias de disrupción obligan a las redes de ciberdelincuentes a volverse más vulnerables mediante la eliminación estratégica de usuarios maliciosos, lo que provoca éxito, en Javed et al. (2022).

La reducción de la delincuencia en las calles y el aumento de la perpetrada en el ciberespacio está directamente relacionada con el desplazamiento de actividades diarias derivada de la digitalización, que venía dándose desde hace décadas. La crisis de la COVID-19 aparece, así, más que como causante como aceleradora de tal proceso (Miró Llinares, 2021).

g. El cibercrimen es una de las formas más dinámicas de delincuencia. Aquellos que cometen delitos cibernéticos son altamente adaptables para lograr sus ataques, en Gryszczynska (2021).

h. Los factores humanos son un componente central de la ciberseguridad; los comportamientos individuales y los rasgos de personalidad en línea con el delito cibernético deben reconocerse, ya que las víctimas experimentan consecuencias psicológicas y financieras a largo plazo, en Monteith et al. (2021).

i. Las redes sociales no tienen una relación significativa con la tendencia de los adolescentes a los ciberdelitos en la era del COVID-19. Los juegos móviles tienen un efecto leve en la tendencia de los adolescentes a los delitos cibernéticos en la era de la COVID-19 y las actitudes religiosas de los padres tienen un impacto significativo en la tendencia de los adolescentes a los delitos cibernéticos en la era de la COVID-19, en Li et al. (2022).

j. La ciberdelincuencia ha aumentado durante el brote de COVID-19, y estos fueron notablemente grandes durante los dos meses con las más estrictas políticas y medidas de confinamiento en Buil-Gil et al. (2021).

k. La rutina, las actividades y los patrones de estilo de vida de las personas pueden aplicarse a los delitos cometidos en el mundo físico, así como a los delitos que ocurren en el ciberespacio, en Marttila et al. (2021).

l. El *ciberbullying* es una práctica asociada a la violencia en redes sociales, usada generalmente por adolescentes que comienzan con simples bromas; un porcentaje de los jóvenes es consciente de los peligros de hacer mal uso de las redes sociales, aunque desconocen la magnitud de las graves consecuencias que conllevan (Crespo-Ramos et al., 2021).

m. Es necesario desarrollar estrategias educativas que orienten al estudiantado en el uso de las redes sociales de manera segura y sin riesgos (Tejada Garitano et al., 2019; Astorga-Aguilar & Schmidt-Fonseca, 2019; Cuesta Sáez de Tejada et al., 2018; Cañón Rodríguez et al., 2018; Gómez-Tabare & Correa Duque, 2022).

n. El ciberacoso es un problema global que ha surgido con la popularidad de la tecnología. Esto se debe a varios factores, incluyendo la facilidad de ocultar la identidad, el contacto directo con la víctima y la posibilidad de violar la privacidad o agredir de manera íntima (De-Barros Ventura et al., 2018).

o. El derecho a la intimidad es el bien jurídico más vulnerado en Colombia. Este derecho protege la vida privada de una persona, y ciertos aspectos de ella no pueden ser investigados desde el exterior, de lo contrario se estaría violando este derecho. El ciberacoso afecta los derechos protegidos por la Constitución colombiana, siendo la intimidad de la persona el derecho más afectado. Este derecho implica que ciertos aspectos de la vida privada de una persona no pueden ser investigados desde

el exterior, y es precisamente en estas áreas donde se produce la violación del derecho (Arrieta López et al., 2019)

p. Las principales emociones que experimentan las víctimas de ciberacoso son tristeza, ira, angustia, miedo y ansiedad. Estas emociones pueden causar trastornos como ataques de pánico, aislamiento social, sensaciones de persecución, insomnio, pensamientos suicidas y depresión. Los espectadores suelen sentir empatía, piedad e ira, mientras que los agresores experimentan principalmente ira y ansiedad (Marín-Cortés & Linne; 2020).

q. "La ansiedad social es un factor de riesgo para la ciber victimización", en Ruíz-Martín et al. (2019).

r. Es importante fortalecer las competencias digitales básicas con capacitación en conductas protectoras para que los niños y jóvenes sean responsables y cuiden su privacidad al interactuar en redes sociales (Hernandez-Serrano et al., 2021).

3. Discusión

El propósito de esta investigación fue la revisión y síntesis de los estudios que han reportado el uso del constructo ciberdelitos en redes sociales relacionados con adolescentes en el periodo 2016-2022. Los principales artículos analizados indican que existe un gran vacío normativo en cuanto a la regulación de los ciberdelitos; específicamente en aquellos que se dan en el contexto de las redes sociales, el control de los contenidos expuestos es altamente complejo. Esto significa que las leyes y regulaciones actuales no están diseñadas para abordar adecuadamente el problema de los ciberdelitos en las redes sociales; por lo tanto, se requiere una mayor atención y acción en este ámbito en concordancia con lo sostenido por la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones (2021).

Lo anterior es validado por Quevedo-González (2017), quien afirma que el uso del internet ha permeado representativamente la actividad criminal, porque genera nuevas formas de cometer ilícitos y es usado también como herramienta para la ejecución de delitos tradicionlaes; por tanto, para regular al respecto se deben conocer las características básicas del internet. Aunque algunos autores relacionan las medidas de aislamiento tomadas durante la pandemia de COVID-19 con un aumento de los ciberdelitos, el estudio realizado por Li et al. (2022) no encontró una relación significativa entre los delitos cibernéticos y el contexto de las redes sociales.

El Centro Cibernético Policial ha confirmado que los ciberdelitos en Colombia aumentaron el 114 % entre 2019 y 2020; los delitos más comunes incluyen la suplantación de sitios web para obtener información personal, la interceptación de datos y la violación de información personal importante (Cadena Alvarado, 2021; Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones, 2021). Para el periodo comprendido entre 2021 y 2022 el aumento fue del 300 % en suplantación de sitios web y un 50 % en hurto a través de medios informáticos, a falta de una mejor educación digital por arte de

los colombianos (Escobar, 2021); aumentos estrepitosos que han dejado a Colombia en los puestos más altos de Latinoamérica por encima de México y Brasil (Álvarez, 2023). Sin duda es un panorama desalentador que proporciona mayor probabilidad de ciberataques a los niños y jóvenes en concordancia con el estudio de McAfee (2022).

Por otra parte, se visualiza a través del análisis de la revisión sistemática de literatura que el delito más concurrente y más estudiado que está relacionado con el contexto de las redes sociales es el *ciberbullying*, y además, este acoso digital también es reconocido como el método más utilizado por los jóvenes, que generalmente inicia como un juego.

El anterior fenómeno es relacionado por autores como Neyra Castilla (2021) con el mal uso de las redes sociales y de la tecnología en general, situación que desde la perspectiva psicológica conlleva relaciones desiguales de poder entre los ciberacosadores y las ciber víctimas. La literatura sugiere que este delito surge como un evento derivado del uso del internet, especialmente en los jóvenes y en el contexto de las redes sociales. Esto se debe a la gran importancia que los jóvenes les dan a las redes sociales y al sentimiento de poder que obtienen al agredir a otros usuarios. Además, el grado de anonimato que el internet les permite tener también es un factor que contribuye a este comportamiento delictivo. Por tanto, se requiere una mayor atención a este problema y la implementación de medidas para prevenir y sancionar los ciberdelitos en las redes sociales.

4. Conclusiones

La revisión sistemática de literatura planteada alrededor de los estudios que han reportado el uso de constructos como los ciberdelitos en redes sociales relacionados con adolescentes en el periodo 2016-2022 permitió identificar que los ciberdelitos, dependiendo de su tipología, pueden ser regulados y juzgados como tales o como delitos cibernéticos especializados.

Sin embargo, existen ciberdelitos que en algunos estados no están tipificados en la normativa nacional y hasta internacional, por lo que solo son sancionados desde lo administrativo, situacion que los hace mas tentadores para los delincuentes. Además, no se visualiza un marco de criminalización de los delitos cibernéticos, y el *ciberbullyng*, en particular, es asociado directamente al acoso escolar, lo que evidencia que en Colombia el marco normativo es insuficiente desde el derecho penal.

Este estudio presenta un método sistemático, ordenado y lógico con fundamento metodológico para realizar una revisión científica basado en la metodología PRISMA, permitiendo brindar garantías a la comunidad científica de la validez de esta investigación para futuros estudios; además, el estudio contribuye a la generacion de nuevo conocimiento en lo que respecta al marco jurídico nacional e internacional existente en materia de ciberdelincuencia y de qué forma este posibilita estrategias de prevención, persecución y sanción de esta modalidad de delitos.

Por otra parte, son escasos los estudios cuyo propósito sea exponer los delitos cibernéticos, especialmente en el contexto de las redes sociales, razón por la cual hay

desafíos conceptuales en cuanto a la elaboración de un marco teórico y normativo que permita establecer pactos de cooperación internacional con estrategias para combatir este tipo de delitos.

Referencias

Acosta, M. G., Benavides, M. M. & García, N. P. (2020). Delitos informáticos: Impunidad organizacional y su complejidad en el mundo de los negocios. *Revista Venezolana de Gerencia, 25*(89), 351-368. https://doi.org/10.37960/revista.v25i89.31534

Adán del Río, C. (2006). La persecución y sanción de los delitos informáticos. *Eguzkilore,* (20), 151-161. https://bit.ly/3AsNYY6

Alvarado Carmona, M. A. (2017). Aspectos legales al utilizar las principales redes sociales en Colombia. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 8*(2), 211-220. https://bit.ly/3XeHpC2

Álvarez, C. (2023, 13 de enero). *Colombia registró un crecimiento de ataques informáticos en el último año.* Voz de América. https://bit.ly/3UMbok5

Amador Sánchez, O. A., Trejos-Gil, C. A., Castro-Escobar, H. Y. & Angulo, E. J. (2021). Psicoterapia online en tiempos de pandemia: Intervención cognitivo-conductual en pacientes colombianos con depresión. *Revista De Ciencias Sociales, 27*, 49-60. https://doi.org/10.31876/rcs.v27i.36993

Arcila-Calderón, C., Calderín-Cruz, M. & Sánchez-Holgado, P. (2019). Adopción de redes sociales por revistas científicas de ciencias sociales. *Profesional De La información, 28*(1), 1-13. https://doi.org/10.3145/epi.2019.ene.05

Arrieta López, M., Linero Racines, R. M., Sánchez Montero, E. & Carrasquilla Díaz, L. P. (2019). Aspectos jurídicos y neuropsicológicos del ciberbullying en el ámbito de las TIC en Colombia. *Opción, 35*(89-2), 985-1022. https://bit.ly/3UX7nsw

Astorga-Aguilar, C. & Schmidt-Fonseca, I. (2019). Peligros de las Redes Sociales: Cómo educar a nuestros hijos en ciberseguridad. *Revista Electrónica Educare, 23*(3), 1-24. https://doi.org/10.15359/ree.23-3.17

Barrio, R. M. (2022). El delito de injurias y las redes sociales. El número de 'followers' y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (36), 1-13. https://doi.org/10.7238/idp.v0i36.394438

Buil-Gil, D., Miró-Llinares, F., Moneva, A., Kemp, S. & Díaz-Castaño, N. (2021). Cybercrime and shifts in opportunities during COVID-19: a preliminary analysis in the UK. *European Societies, 23*(1), 547-559. https://doi.org/10.1080/14616696.2020.1804973

Cadena Alvarado, A. M. (2021). *Crecimiento del ciberfraude en Colombia durante la pandemia por Covid-19* [ensayo]. Universidad Militar Nueva Granada. https://bit.ly/3XaGtPn

Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones. (2021). *Tendencias del cribercrimen 2021-2022. Nuevas amenazas al comercio electrónico*. https://bit.ly/3ElQKzk

Cámara de Representantes de Uruguay. (2014, 28 de mayo). *Convenio interamericano de cooperación sobre investigación, aseguramiento y obtención de prueba en materia de ciberdelincuencia*. Comisión de Asuntos Internacionales de la Cámara de Representantes de Uruguay. https://bit.ly/3mGJrO0

Cañón Rodríguez, R., Grande de Prado, M. & Ferrero de Lucas, E. (2018). Ciberacoso: revisión de la literatura educativa en español. *Revista Latinoamericana De Tecnología Educativa - RELATEC, 17*(2), 87-99. https://doi.org/10.17398/1695-288X.17.2.87

Caravaca-Llamas, C. & Girona Berná, M. (2021). El Trabajo Social en la atención de las víctimas de los ciberdelitos en España. *TS nova: trabajo social y servicios sociales,* (17), 47-58. https://bit.ly/3GtIksp

Chopin, J., Fortin, F. & Paquette, S. (2022). *Victimización infantil y polivictimización de agresores sexuales en línea: una perspectiva de psicopatología del desarrollo. Abuso y negligencia infantil*, (129). https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2022.105659

Crespo-Ramos, S., Vázquez-Cano, E. & López-Meneses, E. J. (2021). Impacto del contexto educativo en el comportamiento adolescente desajustado en las redes sociales virtuales. *Campus Virtuales, 10*(2), 69-83. https://bit.ly/3GsjSYs

Cuesta Sáez de Tejada, J. D., Muñoz Muñoz, M. Á. & Izquierdo Rus, T. (2018). Ciberbullying: análisis comparativo entre menores de España y Francia. *Revista de Humanidades,* (33), 173-188. https://bit.ly/2IGpTEN

Cueva Jaigua, S. Y. & Tapia Arámbulo, F. E. (2022). *Niños, niñas y adolescentes en las redes sociales: estudio sobre los sistemas de protección y prevención judicial* [tesis de pregrado, Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil]. Repositorio Institucional ULVR: https://bit.ly/3VrlTaH

De-Barros Ventura, P., Rodríguez-García, A.-M. & Sola Reche, J.-M. (2018). Incidencia del ciberbullying en adolescentes de 11 a 17 años en Portugal. Edutec. *Revista Electrónica de Tecnología Educativa,* (64), 82-98. https://doi.org/10.21556/edutec.2018.64.1029

Delva Benavides, J. E. (2019). Responsabilidad legal en materia informática: Los ciberdelitos y nuevas figuras en México. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 12*(23), 21-33. https://bit.ly/3V6XO9U

Dupont, B. & Holt, T. (2022). The Human Factor of Cybercrime. *Social Science Computer Review, 40*(4), 860-864. https://doi.org/10.1177/08944393211011584

Enghofer, S. (2021). Nudge and Crime – Verhaltenspsychologische und kriminologische Aspekte von Desinformation in sozialen Netzwerken am Beispiel von COVID-19. *KrimOJ, 3*(2), 112-136. https://doi.org/10.18716/ojs/krimoj/2021.2.2

Escobar, J. (2021, 10 de noviembre). *Ciberdelitos aumentaron en 300 % en Colombia*. Radio Nacional de Colombia. https://bit.ly/3LdYckX

Flores Páiz, J. (2022). La Cibercriminalidad como modalidad comisiva del delito de trata de personas y su tratamiento jurídicopenal en Nicaragua. *Constructos Criminológicos, 2*(3), 9-30. https://bit.ly/3tFUHtJ

Gámez-Guadix, M., Mateos-Pérez, E., Wachs, S., Wright, M., Martínez, J. & Íncera, D. (2022). Evaluación del abuso sexual basado en imágenes: medición, prevalencia y estabilidad temporal de la sextorsión y el sexting no consensuado («pornografía de venganza») entre adolescentes. *Diario de la adolescence, 94*(5), 789-799. https://doi.org/10.1002/jad.12064

Gómez-Tabare, A. S. & Correa Duque, M. C. (2022). El efecto de la desvinculación moral sobre el acoso escolar, el ciberacoso y otros comportamientos disruptivos en niños(as) y

adolescentes. Una revisión de la literatura. *Psicogente, 25*(48), 1-31. https://doi.org/10.17081/psico.25.48.5455

Gorjón Barranco, M. C. (2021). Sabotaje informático a infraestructuras críticas: análisis de la realidad criminal recogida en los artículos 264 y 264 bis del Código Penal. Especial referencia a su comisión con finalidad terrorista. *Revista de Derecho Penal y Criminología, 25*. https://doi.org/10.5944/rdpc.25.2021.28405

Gryszczynska, A. (2021). The impact of the COVID-19 pandemic on cybercrime. Bulletin of the polish academy of sciences, 69(4), 1-9. https://doi.org/10.24425/bpasts.2021.137933

Hamzah, I. S. (2021). Keselamatan peribadi di Facebook: ancaman dan penyelesaian. *Revista de comunicación de Malasia, 37*(1), 379-395. https://doi.org/10.17576/JKMJC-2021-3701-22

Hernandez-Serrano, M. J., Renés-Arellano, P., Campos Ortuño, R. & González-Larrea, B. (2021). Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de auto-representación digital de adolescentes españoles. *Revista Latina de Comunicación Social,* (79), 133-154. https://doi.org/10.4185/RLCS-2021-1528

Horgan, S., Collier, B., Jones, R. & Shepherd, L. (2021). Re-territorialising the policing of cybercrime in the post-COVID-19 era: towards a new vision of local democratic cyber policing. *Journal of criminal psychology, 11*(3), 222-239. https://doi.org/10.1108/JCP-08-2020-0034

Hütt Herrera, H. (2012). Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión. *Reflexiones, 91*(2), 121-128. https://bit.ly/2LuHDAv

Javed, A., Ikwu, R., Burnap, P., Giommoni, L. & Williams, M. L. (2022). Disrupting drive by download networks on Twitter. *Social Network Analysis and Mining, 12*(117), 1-17. https://doi.org/10.1007/s13278-022-00944-2

Kemp, S., Buil Gil, D., Moneva, A., Miró Llinares, F. & Díaz Castaño, N. (2021). *Calles vacías, Internet ocupado. Un análisis de serie temporal de las tendencias de ciberdelincuencia y fraude durante el COVID-19* [paper]. https://doi.org/10.31235/osf.io/38wfy

Kumar Dutta, A., Qureshi, B., Albagory, Y., Alsanea, M., Al Faraj, M. & Wahab Sait, A. R. (2022). Optimal Weighted Extreme Learning Machine for Cybersecurity Fake News Classification. *Computer Systems Science & Engineering, 44*(3), 2395-2409. https://doi.org/10.32604/csse.2023.027502

Li, Y., Li, J., Fan, Q. & Wang, Z. (2022). Tendencias del cibercrimen de los adolescentes en la era del COVID-19: evaluando la influencia de los juegos móviles, las redes sociales y las actitudes religiosas. *Kybernetes.* https://doi.org/10.1108/K-07-2021-0582

López Gorostidi, J. (2022). Sobre el alcance de los fines de la pena en el fenómeno criminal de la ciberdelincuencia. *Revistas Académicas de la Universidad de Chile, 11*(1), 121-146. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2022.60913

Llano-Castaño, D. & López-Montoya, N. (2022). Influencia de las redes sociales en el pensamiento suicida de los jóvenes. En Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó (ed.), *XXIV Encuentro Nacional de Investigación* (pp. 65-71). Universidad Católica Luis Amigó. https://doi.org/10.21501/2463-0004.2021

Marín-Cortés, A. & Linne, J. (2020). Una revisión sobre emociones asociadas al ciberacoso en jóvenes adultos. *Psicoperspectivas, 19*(3), 1-16. https://bit.ly/3OiriPO

Martín Critikián, D. & Medina Núñez, M. (2021). Redes sociales y la adicción al like de la generación z. *Revista de comunicación y salud, 11*, 55-76. https://doi.org/10.35669/rcys.2021.11.e281

Marttila, E., Koivula, A. & Räsänen, P. (2021). Victimización por delitos cibernéticos y uso problemático de las redes sociales: hallazgos de un estudio de panel representativo a nivel nacional. *American Journal of Criminal Justice, 46*, 862-881. https://doi.org/10.1007/s12103-021-09665-2

Mayer Lux, L. & Vera Vega, J. (2020). El delito de espionaje informático: Concepto y delimitación. *Revista chilena de derecho y tecnología, 9*(2), 221-256. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.59236

McAfee. (2022). *A Look Beyond Their Lock Screens Global Mobile Activity of Tweens and Teens*. https://bit.ly/3V4qPV7

Merino Pérez, V. (2016, 1 de noviembre). *Ciberdelitos y víctima menor de edad*. Pensamiento penal. https://bit.ly/3Xj2pYk

Miró Llinares, F. (2021). Crimen, cibercrimen y COVID-19: desplazamiento (acelerado) de oportunidades y adaptación situacional de ciberdelitos. *Revista de internet, derecho y política,* (32), 1-17. https://doi.org/10.7238/idp.v0i32.373815

Monteith, S., Bauer, M., Alda, M., Geddes, J., Whybrow, P. C. & Glenn, T. (2021). Increasing Cybercrime Since the Pandemic: Concerns for Psychiatry. *Curr Psiquiatría Rep, 23*(18), 1-9. https://doi.org/10.1007/s11920-021-01228-w

Moreno-López, R. & Arroyo López, C. (2022). Redes, equipos de monitoreo y aplicaciones móvil para combatir los discursos y delitos de odio en Europa. *Revista Latina de Comunicación Social,* (80), 347-363. https://doi.org/10.4185/RLCS-2022-1750

Mpofu, P., Asak, M. O. & Salawu , A. (2022). Facebook groups as transnational counter public. *Cogent Artes y Humanidades, 9*(1), 1-13. https://doi.org/10.1080/23311983.2022.2027598

Neyra Castilla, O. M. (2021). Ciberbullying: el acoso escolar en el ciberespacio e implicancias psicológicas. *Hamut'ay. Revista de divulgación científica de la Universidad Alas Peruanas, 8*(1). https://doi.org/10.21503/hamu.v8i1.2238

Nukusheva, A., Zhamiyeva, R., Shestak, V. & Rustembekova, D. (2022). Formación de un marco legislativo en el campo de la lucha contra el delito cibernético y direcciones estratégicas de su desarrollo. *Secur J, 35*, 893-912. https://doi.org/10.1057/s41284-021-00304-3

Page, M. J., Alonso-Fernández, S. & McDonald, S. (2021). Declaración PRISMA 2020: una guía actualizada para la publicación de revisiones sistemáticas. *Revista Española de Cardiología, 74*(9), 790-799. https://doi.org/10.1016/j.recesp.2021.06.016

Pons Gamon, V. (2017). Internet, la nueva era del delito: ciberdelito, ciberterrorismo, legislación y ciberseguridad. URVIO. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad,* (20), 80-93. https://doi.org/10.17141/urvio.20.2017.2563

Quevedo González, J. (2017). *Investigación y prueba del ciberdelito* [tesis de posgrado, Universidad de Barcelona]. https://bit.ly/3XgXS8L

Ramírez-Asís, E. H., Norabuena-Figueroa, R. P., Toledo-Quiñones, R. E. & Henostroza-Márquez-Mázmela, P. R. (2022). Validación de una escala de conciencia sobre ciberdelito en

estudiantes universitarios de Perú. *Revista Científica General José María Córdova, 20*(37), 209-224. https://doi.org/10.21830/19006586.791

Rodríguez Ponce, F. E., Burgos Quiroga, G. Y. & Becilla García, L. A. (2020). Violencia en redes sociales:ciberbullyingen adolescentes usando Facebook e Instagram. *Revista de investigación e innovación, 5*, 389-401. https://revistas.utb.edu.ec/index.php/magazine/article/view/1129/817

Roig-Vila, R., Mondéjar, L. & Lorenzo Lledo, G. (2015). Redes sociales cientificas. La web social al servicio de la investigación. *IJERI: Revista Internacional de Investigación e Innovación Educativa,* (5), 170-183. https://bit.ly/3TNRxPu

Ruíz-Martín, A., Bono-Cabré, R. & Magallón-Neri, E. (2019). Ciberacoso y ansiedad social en adolescentes: una revisión sistemática. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes, 6*(1), 9-15. https://bit.ly/3tGOduH

San Miguel, C., Morales, K. & Ynalvez, M. A. (2020). Online Victimization, Social Media Utilization, and Cyber Crime Prevention Measures. *Asia-Pacific Social Science Review, 20*(4), 123-135. https://bit.ly/3tHAR1n

Saridakis, G., Benson, V., Ezingeard, J.-N. & Tennakoon, H. (2016). Individual information security, user behaviour and cyber victimisation: An empirical study of social networking users. *Technological Forecasting and Social Change, 102*, 320-330. https://doi.org/10.1016/j.techfore.2015.08.012

Soldino, V. & Guardiola García, J. (2017). Pornografía infantil: cambios en las formas de obtención y distribución. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* (19), 1-25. https://bit.ly/3UX7zrK

Tejada Garitano, E., Castaño Garrido, C. & Romero Andonegui, A. (2019). Los hábitos de uso en las redes sociales de los preadolescentes. *RIED-Revista Iberoamericana de Educación a Distancia, 22*(2), 119-133. https://doi.org/10.5944/ried.22.2.23245

Tirado-Acero, M. & Cáceres-Tovar, V. M. (2021). La política criminal frente al ciberdelito sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia. *Revista Científica General Jose María Córdova, 19*(36), 1011-1033. https://doi.org/10.21830/19006586.790

Trejos-Gil, C. A. (2020). Pertinencia del marketing digital en las empresas de Aburrá Sur. *Revista Escuela de Administración de Negocios,* (88), 81-101. https://doi.org/10.21158/01208160.n88.2020.2696

Trejos-Gil, C. A. (2021). La campaña electoral a las alcaldías en Colombia (2020): el papel de las redes sociales. *América Latina Hoy, 89*, 81-104. https://doi.org/10.14201/alh.26392

Trejos-Gil, C.A., Castro-Escobar, H. Y. & Amador Sánchez, O. A. (2020). Indicador de Medición en Psicología online en América Latina en tiempos de pandemia. *Revista Latina de Comunicación Social, 78*, 457-476. https://www.doi.org/10.4185/RLCS-2020-1485

We are social. (2021, 27 de enero). *Digital report 2021: el informe sobre las tendencias digitales, redes sociales y mobile*. https://bit.ly/3GxVfJU

Principios y reglas: la interseccionalidad como principio de interpretación en las sentencias de la Corte Constitucional

Principles and Rules: Intersectionality as a Principle of Interpretation in Constitutional Court Rulings

Cristian Camilo Carrillo Benítez[1]
Isabella Tobón Franco[2]

Cómo citar: Carrillo, C. & Tobón, I. (2023). Principios y reglas: la interseccionalidad como principio de interpretación en las sentencias de la Corte Constitucional. *Nuevo Derecho*; 19(32): 1-21. https://doi.org/10.25057/2500672X.1496

Recibido/03/12/2022 – Aceptado/03/04/2023 – Publicado/30/06/2023

Resumen

En el presente artículo se analizará la interseccionalidad como teoría que estudia rigurosamente la brecha social y política que surge en los diferentes actos de discriminación, en los cuales hay factores heterogéneos y concurre una multiplicidad de características propias de aquellas personas que se sitúan en estado de vulnerabilidad. Para ello se estudiará cómo la confluencia de estas características —raza, origen étnico, edad, sexo, género, orientación sexual, nivel educativo, situación migratoria, creencias religiosas, identidad, discapacidad física o mental, posición socioeconómica, etc.— se vuelve determinante en los círculos de discriminación y cómo la interseccionalidad se presenta como una herramienta que dinamiza su comprensión y su enfoque en ciertos parámetros sociopolíticos, permitiendo establecer el impacto de la discriminación para la adecuación de medidas que protejan y garanticen los derechos fundamentales de los individuos.

Palabras claves: interseccionalidad, discriminación, pluralismo, políticas públicas, principios, reglas constitucionales.

[1] Estudiante de octavo semestre e investigador del semillero (SECYP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado (IUE). Correo: cccarrillo@correo.iue.edu.co ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4749-512X

[2] Estudiante de octavo semestre e investigadora del semillero (SECYP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado (IUE). Correo: itobon@correo.iue.edu.co ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4741-0720

Abstract

This article will analyze intersectionality as a theory that rigorously studies the social and political gap that arises in different acts of discrimination, in which there are heterogeneous factors and a multiplicity of characteristics of those who are in a state of vulnerability. To this end, we will study how the confluence of these characteristics —race, ethnic origin, age, sex, gender, sexual orientation, educational level, migratory situation, religious beliefs, identity, physical or mental disability, socioeconomic position, etc.— becomes a determining factor in the circles of discrimination and how intersectionality is presented as a tool that dynamizes its understanding and its approach in certain sociopolitical parameters, making it possible to establish the impact of discrimination for the adequacy of measures that protect and guarantee the fundamental rights of individuals.

Keywords: intersectionality, discrimination, pluralism, public politics, principles, constitutional rules.

1. Metodología

El presente estudio se presenta bajo el modelo cualitativo, con un enfoque analítico que parte de un levantamiento empírico de análisis normativo establecido según una parametrización de datos en dos niveles: el primero basado en la construcción del estado del arte que servirá como muestreo, tomando como referencia los datos arrojados desde la jurisprudencia y la doctrina actual en torno a la interseccionalidad en el mundo, y el segundo basado en un marco de desarrollo de la interseccionalidad desde las altas cortes, a su vez apoyándose en la concepción de pluralidad y discriminación en las construcciones sociales. Se trata de una investigación jurídico-dogmática crítica y descriptiva, con un enfoque cualitativo y hermenéutico, que utiliza la técnica documental y se apoya en herramientas estadísticas para el análisis cuantitativo. Su aspecto dogmático comprende tres fases: (i) la sistematización, para la reconstrucción del conjunto de disposiciones normativas; (ii) la investigación crítico-descriptiva, cuya finalidad es el análisis crítico del material objeto de investigación; (iii) la investigación de aplicación o regulación normativa sustentada en lo cualitativo-hermenéutico que tiene como finalidad comprender los márgenes de aplicación de la interseccionalidad y cómo la misma se desempeña como subregla de interpretación dentro de los márgenes de acción de las garantías constitucionales.

2. Introducción

2.1. Teorización sobre la interseccionalidad apoyado en el derecho comparado

Antes de entrar en la esencia de este esbozo, el cual es estudiar el desarrollo de la interseccionalidad por vía jurisprudencial, es necesario responder y desglosar la siguiente pregunta: ¿a qué se hace referencia cuando se habla de interseccionalidad? Pregunta pertinente si se tiene en cuenta que la noción de interseccionalidad ha tenido ciertos cambios en los últimos tiempos desde la concepción académica.

La interseccionalidad presenta unos antecedentes históricos que se remontan a los años 80 en el derecho anglosajón cuando las colectividades y movimientos feministas

afro en Norteamérica, concretamente en Estados Unidos, promovieron iniciativas buscando que la comunidad académica, las instituciones públicas y la sociedad en general hablaran de realidades plurales como el género, la clase y la raza, factores que presentaban posibles intersecciones y conexiones (La Barbera., 2017).

Esta noción surge a partir de una crítica del feminismo afroamericano en contra del esencialismo hegemónico construido por los movimientos de feministas blancas con argumentos que solo se basaron bajo el marco de la problemática de género, de tal forma que desconocieron —muchas veces inconscientemente— de manera absoluta la posibilidad que se relacionaran el género y la raza como dos controversias diversas, pero no excluyentes, lo que llevaba a concluir que, para las concepciones feministas de aquella época, la naturaleza del problema solamente versaba sobre mujeres vs hombres sin tener en cuenta que dentro del género femenino también existía una concurrencia de un segundo factor determinante para la materialización de la discriminación, el cual era la raza (La Barbera, 2016). Asimismo, las colectividades feministas afro criticaron los pensamientos hegemónicos de las feministas en ese momento, apuntando en una dirección en especial: los argumentos y sustentos sociales y políticos de aquellas circunstancias eran en razón del género y aportaban las experiencias uniformes y estáticas de las mujeres blancas, puesto que las "feministas blancas siempre [...] incurrieron en generalizaciones similares construyendo la norma femenina en base a la experiencia de las mujeres blancas, heterosexuales, de clase media y de formación cristiana." (La Barbera, 2016, p. 108).

Por lo anterior, se permitió la apertura al debate sobre aquellos factores que son determinantes al momento de valorar y analizar la situación de discriminación de las mujeres en la sociedad anglosajona. Fue entonces la abogada e investigadora K. Crenshaw (1989), como lo afirman La Barbera (2016) y Sales Gelabert (2017), la que configuró, formuló y planteó por primera vez el término de "interseccionalidad", el cual se entiende desde su postura como una figura que permite estudiar y acoger a las mujeres a quienes no les permiten integrarse plenamente en colectivos en los que el factor que encarna los vínculos de poder se configura en el eje de sexo o en el eje racial, a lo cual se le ha denominado "experiencias interseccionales" (Sales Gelabert, 2017). Lo cual facilita la exclusión de las mujeres que no pertenecen o no se sienten totalmente representadas por estos ejes de discriminación que en su momento eran tomados y desarrollados de manera individual y excluyente; "es el caso de las mujeres negras que sufren discriminación tanto por ser mujer dentro del colectivo de los "negros", como por ser "negras" dentro del colectivo de las mujeres." (Sales Gelabert, 2017, p. 231).

Habría que aclarar que la teoría de la interseccionalidad no pretende tomar las diversas experiencias interseccionales como una sumatoria de dos o más situaciones o formas de discriminación o también llamadas "experiencias aditivas", sino que, por el contrario, se busca que el análisis metodológico de las situaciones de las mujeres negras sea mucho más riguroso y de forma cualitativa en donde se tome diferentes enfoques, de tal forma que se pueda evidenciar que la experiencia interseccional está compuesta de factores de discriminación que son constitutivas (Sales Gelabert, 2017). Ello facilita que estas experiencias interseccionales puedan ser la base para la construcción de avances

en políticas públicas en materia antidiscriminación desde las vivencias de las mujeres afros —común— y no desde las experiencias de la sociedad política —poder político—.

Ahora bien, todas las experiencias de discriminación no son interseccionales; en este sentido, como se cita en Sales Gelabert (2017), K. Crenshaw (1989) planteó 3 (tres) modalidades o tipos de discriminación: a) discriminación única, la cual se da por aquellas situaciones de discriminación que se deben a una sola causa como pueden ser el sexo o la raza o el género o el estatus socioeconómico, etc.; b) la discriminación aditiva, la cual sugiere que una persona puede estar inmersa en dos situaciones de discriminación, pues una se le puede añadir una a la otra como es el hecho de ser mujer y afrodescendiente y; c) la discriminación interseccional que es la noción novedosa que busca analizar y determinar una situación de discriminación producto de la intersección de diferentes factores de vínculos de poder que contienen en ellas un tipo de subordinación.

Asimismo, como se ilustra en la tabla 1, se formularon los bien llamados 3 niveles interseccionales de discriminación, con el objeto de comprender en mayor medida la metodología con la que se debe analizar cada caso en particular.

Tabla. 1.
Niveles de interseccionalidad de discriminación

Niveles de interseccionalidad	Desarrollo
Nivel estructural	Facilita la visualización de las personas que pueden encontrarse inmersas en una intersección de diversos sistemas de subordinación, por la que sus derechos se encuentran en un posible menoscabo; evidencia, a su vez, que están discriminadas de forma distinta que las demás personas.
Nivel político	Busca que se estudien y se valoren el sexismo, el racismo, la homofobia y la explotación de clase en el contexto político. Tiende a la construcción y la implementación de políticas públicas por las que no se afecten las minorías poblacionales.
Nivel representacional o simbólico	Busca facilitar el estudio de la configuración y construcción cultural de las personas subordinadas que están bajo discriminación, atendiendo a cómo la disertación pública y los medios informativos generan y reproducen su posición de menoscabo y marginalización.

Fuente: elaboración propia con base en La Barbera (2016).

Es partiendo de este sistema que se empieza a construir toda la figura de la interseccionalidad y la forma como se debe emplear para una efectiva protección social, política y jurídica de las mujeres afro en situación de discriminación en el marco de aquellas experiencias interseccionales. Lo cierto es que la interseccionalidad ha permitido repensar la forma como se veía la discriminación internacionalmente, puesto que acoge no solo a las mujeres afro sino también a las personas en general, a quienes no solo pueden estar representadas por uno u otro eje de discriminación, sino que sus experiencias concurren, son constitutivas entre sí; de manera que permite estudiar los diversos elementos de discriminación: origen étnico, raza, sexo, género, clase, religión, nacionalidad, orientación sexual, edad, discapacidad, estatus político, nivel educativo, entre otros. Según sostiene La Barbera (2016), la autor K. Crenshaw concibió esta teoría

o este discurso para darles a las minorías una especial protección, argumentando que estas personas pueden estar sufriendo una fuerte marginalización y un singular menoscabo en sus derechos y en su integridad.

Hay autores como Sales Gelabert (2017) que explican que la interseccionalidad no es una teoría ni un paradigma ni una perspectiva, sino un simple discurso que surge del pluralismo sobre las realidades sociales. Mientras que para la autora La Barbera (2016), la interseccionalidad sí corresponde a una perspectiva que se enfoca en analizar las brechas sociales y permite estudiar las diversas estructuras sociales, los procesos políticos y las representaciones simbólicas de la identidad. Por otro lado, la autora Farah Henrich (2022) explica la interseccionalidad como un enfoque multidimensional de desigualdades sociales, y la autora Echegoyemberry (2018) habla de esta figura como un instrumento político para el estudio de los diversos factores o elementos que interactúan y permiten las brechas de desigualdad social.

Por consiguiente, analizando a los autores Sales Gelabert (2017), La Barbera (2016 y 2017), Farah Henrich (2022) y Echegoyemberry (2018), este trabajo tomará la figura de la interseccionalidad como una perspectiva multidimensional de carácter subjetivo que facilita el estudio de la heterogeneidad, las similitudes y las diferencias de aquellas personas en situación de vulnerabilidad debido a circunstancias de discriminación causadas por el cruce de factores sociales; factores que resultan determinantes al realizar el análisis cualitativo, toda vez que son elementos constitutivos que pueden dejar en una posición de marginalización y vulneración a individuos, pueblos, comunidades o colectividades. Por consiguiente, la interseccionalidad como instrumento y herramienta política facilita que las construcciones sociales puedan ser configuradas desde los niveles estructurales, políticos y representativos en donde se dinamizan los procesos sociopolíticos y jurídicos.

Como se evidencia en la tabla 2, para este texto también es relevante y pertinente incluir la concepción de interseccionalidad desde el punto de vista internacional, es decir, establecer un derecho comparado de cómo surgió y se implementó en las diferentes latitudes el enfoque interseccional.

Tabla. 2.
La interseccionalidad desde el derecho comparado. Marco internacional sobre la interseccionalidad

Lugar	Enfoque interseccional
América Latina y el Caribe	Surge a partir de la década de los 90 como una forma de hacer frente al desarrollo de teorías interseccionalistas que solo se enfocaban en el hegemonismo colonial y racial. Se desarrolla no solo frente a la desigualdad y discriminación racial desde parámetros de inclusión y vulneración de derecho, sino desde ámbitos identitarios, políticos y culturales. A diferencia de las teorías Europeas se toma como una conjugación de múltiples factores y no como aspectos individuales y ajenos entre ellos. “Los estudios sobre la interseccionalidad producidos por escritoras latinoamericanasfueron, en su mayoría, desarrollados a partir de la década del noventa. Su objetivoera deconstruir y discutir los postulados del feminismo hegemónico y occidental queno resultaban suficientes para explicar las realidades de las mujereslatinoamericanas” (Busquier, 2018, p. 6).

Lugar	Enfoque interseccional
EE. UU.	"El abordaje de la interseccionalidad emergió a fines de la década de 1980, en el campo del activismo feminista negro en EE. UU., como crítica a los análisis unidimensionales de las desigualdades sociales." (Couto et al., 2019, p. 1). El análisis interseccional no determina categorías específicas e individuales, sino que busca una integración de los factores que podrían llegar a tenerse en cuenta como la raza, el sexo, la identidad cultural, etc. Se parte de lo que consideran como "The location of women of color both within overlap-ping systems of subordination and at the margins of feminism and anti- racism." (Crenshaw , 1991, p. 1265).
Europa	"Las desigualdades son producidas por las interacciones entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, discapacidad y situación socioeconómica, que se constituyen uno a otro dinámicamente en el tiempo y en el espacio. Así, permite concebir el posicionamiento individual como un conjunto indivisible. Además, invita a examinar en qué manera la interconexión inextricable de sexismo, racismo y clasismo —junto con otros sistemas de subordinación— contribuye en la creación, mantenimiento y refuerzo de las desigualdades formales e informales que sufren las mujeres" (La Barbera, 2016).

Fuente: elaboración propia.

3. Principios y reglas de interpretación

Habiendo dado una breve y posible definición de la interseccionalidad desde las perspectivas de los diversos autores estudiados, se debe entonces aterrizar en el plano de la filosofía y la hermenéutica jurídica, analizando la similitud y las diferencias entre los principios y las reglas, en aras de poder determinar si la interseccionalidad en el campo del derecho cumple una función como principio o como regla jurídica.

Para poder hablar de los principios en el derecho se debe acudir de manera imperativa a la noción expuesta por el autor Robert Alexy (2009), que explica que las normas de derechos fundamentales pueden llegar a ser principios o reglas jurídicas dependiendo de su construcción y estructuración. Lo que lleva a afirmar que, cuando se configuran como principios, son mandatos de optimización que facilitan la materialización de los derechos fundamentales en la mayor medida de las posibilidades jurídicas en la actualidad (Zárate Castillo, 2007). Es decir que los principios son normas jurídicas con una construcción que evidencia una textura general, amplia y abierta que permite que se lleve a cabo la discrecionalidad de los operadores jurídicos o interpretes del derecho mediante la interpretación de dicho principio en aplicación a un caso difícil en donde una regla o una norma jurídica positiva no sea suficiente para dar resolución (Cerra Nolasco, 2020).

Hay que aclarar que los principios en el campo del derecho, desde la constitucionalización, son normas jurídicas de textura abierta que no necesariamente están de manera positiva en el ordenamiento jurídico, pues si bien pueden ser extraídos y deducidos de los valores o normas jurídicas de derecho fundamental e incluso, en el caso colombiano, también pueden ser introducidas y aplicadas en el derecho interno mediante la figura del bloque de constitucionalidad (Estrada Vélez, 2011), que está consagrado en el artículo 93° de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Asimismo, los principios pueden tener fundamento en el iusnaturalismo o derecho natural por conducto del artículo 94 de la Carta Política donde

explica que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” (Asambela Nacional Constituyente, 1991).

Por otro lado, se tiene que las reglas jurídicas son mandatos que contienen obligaciones que se estructuran básicamente en el campo de los supuestos facticos y las posibilidades jurídicas existentes (Lopera Mesa, 2004), es decir, las reglas incorporan un supuesto factico y determinan una consecuencia jurídica, lo cual se torna en una norma de naturaleza deontológica —deber ser— dentro del ordenamiento jurídico, puesto que dicha regla debe ser establecida por una autoridad competente que pueda argumentar de manera razonada y lógica su deducción de una norma positiva y constitucional (Cerra Nolasco, 2020).

Ahora bien, los principios y las reglas jurídicas en la teoría y en la práctica presentan unas diferencias muy marcadas, i) de manera a priori, se creería que los principios son el fundamento constitucional de las reglas; sin embargo, según Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell (1992), son los principios los que se deducen y se extraen de las reglas constitucionales, las cuales —en palabras de los autores— adquieren una “proyección jurídica [...] en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas” (p. 99), dicha teoría también la comparte el autor Cabrera Suarez (2020) y explica que, ii) como segunda diferencia en términos de aplicabilidad, los principios son mucho más genéricos y abiertos que las reglas, pues los principios pueden verse desde dos perspectivas: a) por su estructura y la forma gramática, su enunciación es general e indeterminada, lo que permite un mayor grado de alcance y argumentación; por otra parte, b) los principios pueden tener un alcance normativo mucho más expansivo que una regla.

En un ordenamiento jurídico como el colombiano, el cual tiene principios, valores y derechos fundamentales, los principios son mandatos de optimización que buscan desarrollar valores constitucionales de una manera más estricta (Cabrera Suárez , 2020), puesto que los valores son de textura absolutamente abiertas mientras que los principios se estructuran de una forma más estricta para los casos obscuros o difíciles, en los que la norma positiva se queda corta para la resolución de la controversia jurídica. A las reglas jurídicas, por su parte, se les hace una interpretación más operativa, por su estructura más cerrada en la que se ubica el hecho hipotético y la posible consecuencia jurídica, lo cual permite desprender de ellas principios constitucionales que buscan un alcance más genérico. Para un mayor entendimiento de este punto, se ilustra en la figura 1 la estructura de los principios constitucionales:

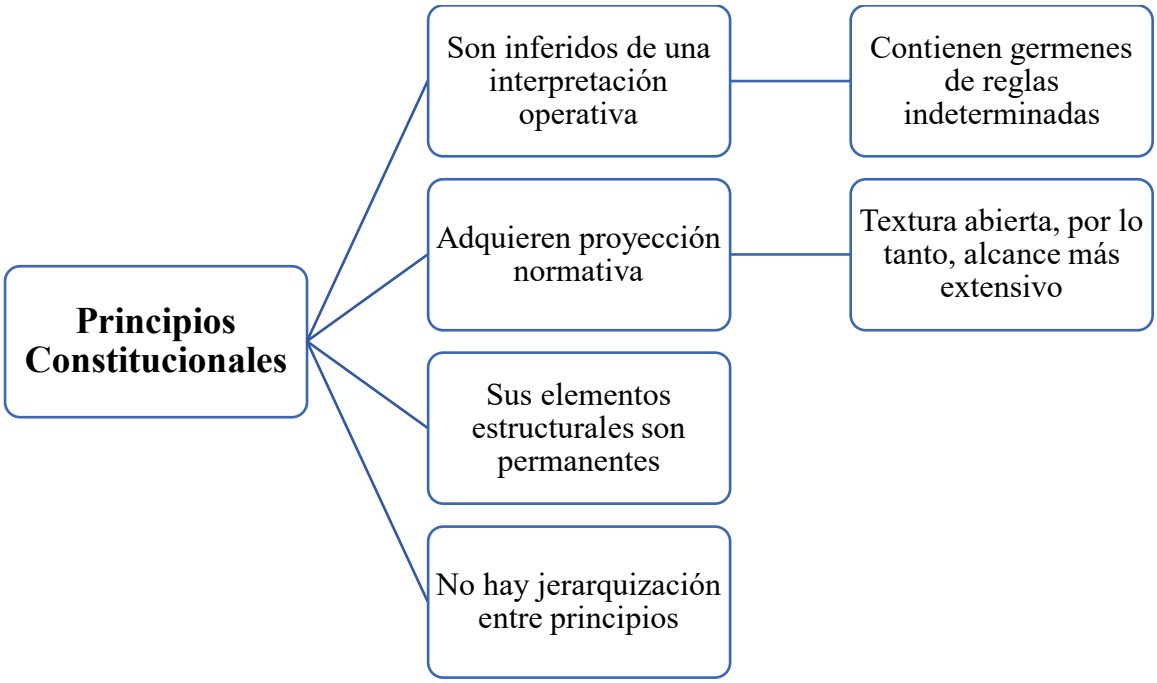

Figura 1. *Características de la estructura de los principios constitucionales*

Fuente: elaboración propia basado en Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell (1992).

Empero, lo anterior, no quiere decir que de un principio constitucional no se pueda deducir o inferir una regla jurídica, por el contrario, los principios también cumplen la función de ser instrumentos que sirven como fundamento para inferir reglas para realizar en la mayor medida posible material y jurídicamente un derecho o valor fundamental, el cual termina siendo un fin del Estado social de derecho. En este sentido, la Corte Constitucional (Sentencia C-1287, 2001) expone que los principios "consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional".

A manera conclusión en cuanto a la teorización sobre los principios y reglas, se puede afirmar que ambas figuras son mandatos de naturaleza deontológica que sirven de instrumento de optimización para aquellas situaciones o casos difíciles en los que la norma positiva ha sido insuficiente para satisfacer las necesidades de los procesos. Con todo, es necesario aclarar que los principios son de textura abierta y alcance extensivo, mientras que las reglas jurídicas son de una textura más cerrada y un alcance estricto, es decir, su aplicación se basa en el postulado: "se cumplen o no se cumplen". Desde el nacimiento de la Corte Constitucional en 1991, los jueces constitucionales han adoptado una posición de garante, pues son ellos los encargados de llevar y hacer cumplir la visión y el objeto final del Estado social de derecho, el cual es el interés general, por lo que en este ejercicio se hace uso de la hermenéutica jurídica, poniendo en práctica la discrecionalidad interpretativa no solo en derechos, sino también en principios y valores fundamentales dándole sentido al espíritu político de la carta constitucional (García, 2014).

Entonces, llegados a este punto, surge una pregunta que será fundamental para este texto de investigación: ¿la interseccionalidad se consagra como un principio o como una regla jurídica desde la teoría constitucional? Como se ha explicado anteriormente, las reglas se estructuran de una forma más cerrada y estricta, ya que contienen un supuesto fáctico y la consecuencia jurídica y esta puede ser cumplida o no; mientras que los principios siguen siendo de textura amplia y extensiva, ya que en su enunciación y gramática son mucho más genéricos. Si bien la palabra interseccionalidad no aparece de manera expresa en el texto constitucional, sí puede encontrar su fundamento en la Constitución Política, como se desprende de una revisión del artículo 1°:

> Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa y pluralista**, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

Como se evidencia en dicha norma, desde el primer artículo de la Constitución se consagra uno de los valores fundantes de todo el ordenamiento jurídico colombiano: el pluralismo jurídico. Siguiendo a Llano Franco (2012), el pluralismo jurídico es el resultado de estudios que se complementan con avances significativos en cuanto al análisis de elementos o factores sociales como la diversidad cultural, étnica, social, económica, política, entre otros. Es a partir de la actual Constitución que el Estado colombiano reconoce la gran gama de diversidades que puede concurrir dentro de un mismo espacio, territorio o país, pues el pluralismo fue introducido al ordenamiento jurídico en el rango constitucional por conducto del artículo 4°; por ello es un valor fundante del Estado social de derecho. En palabras de De Sousa Santos (2019): "la pluralidad de derechos incluye ordenamientos jurídicos, que representan el reconocimiento del multiculturalismo y de la plurietnicidad de la sociedad colombiana (...)" (p. 63). Por consiguiente, Colombia es una nación que presenta una megadiversidad en lo ancho de su territorio: diversidad étnica, en lenguas, cultural, ambiental, política, territorial, socioeconómica y, particularmente, diversidad poblacional, en la que se cuenta con personas con debilidad manifiesta de quienes el Estado colombiano ha reconocido que están en circunstancias que los ponen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad.

Asimismo, es importante traer en este instante a este texto el tenor del artículo 13º de la Constitución Política, el cual plasma el derecho fundamental a la igualdad de los individuos:

> **Artículo 13º.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. [...] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Asambela Constituyente de Colombia, 1991).

Como lo expone el anterior artículo superior, el Estado colombiano tiene a la igualdad como valor fundante de todo el accionar de la esfera pública, el cual ha constituido derechos, principios y reglas en el ordenamiento jurídico. Esto se evidencia en la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en la que ha tomado la igualdad como un principio constitucional y ha desarrollado unas reglas jurídicas que sirven como criterios de interpretación tanto para los jueces como para el legislador. Una de las figuras de interpretación más notorias en el contexto jurisdiccional ha sido los llamados Sujetos de Especial Protección Constitucional (SEPC), definido como aquella persona o "población que está en condiciones de vulnerabilidad o debilidad manifiesta [...] como mujeres, niños, personas de la tercera edad, personas con discapacidad, victimas del desplazamiento forzado, o víctimas de desastres naturales [...]" (Corte Constitucional, Sentencia T-740, 2012).

Por ende, según se establece en la Sentencia T-740, al individuo o la población que presente dicha condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta se le aplicará la figura de sujetos de especial protección, ya que el artículo 13º en su inciso 3º faculta y obliga al Estado a dar un trato diferencial y especial a los sepc, toda vez que la igualdad debe ser material y no formal; es decir, este tipo de personas en estas condiciones se encuentran en una posición de desigualdad y desventaja frente al resto de la sociedad, por lo que es deber del Estado social de derecho brindar desde su accionar todas las herramientas y posibilidades jurídicas y políticas que permitan revindicar los derechos de los sepc para que puedan estar en un futuro en una posición de igualdad en la sociedad.

Es evidente que los individuos, las colectividades y los pueblos en Colombia pueden vivir una de estas situaciones o, bien, se pueden presentar casos en los que un mismo sujeto puede estar viviendo de manera concomitante varias situaciones fácticas de vulnerabilidad que no pueden ser estudiadas de manera separada; por ende, es justo en este punto donde la noción de interseccionalidad, por su naturaleza política, visión multidimensional y su característica de heterogeneidad, cumple un rol determinante en la interpretación de estos casos de experiencias interseccionales que son indivisibles.

El pluralismo y la igualdad en Colombia están consagrados primeramente como un valor constitucional, pero por su estructura y funcionalidad también pueden ser utilizados e interpretados como un principio. No obstante, en este texto se tomará el pluralismo no como un principio sino como un valor fundamental que representa *per se* un fin constitucional como lo ha dicho la Corte Constitucional (2001) en Sentencia C-1287, y por otro lado, la igualdad se tomará como un principio. Por lo tanto, la interseccionalidad será tratada como un principio constitucional que desarrollará el valor del pluralismo, y de igual manera como una regla de interpretación en el contexto constitucional para aplicar el derecho el y principio fundamental de la igualdad.

4. La interseccionalidad desde la Corte Constitucional de Colombia

Para estudiar el concepto de interseccionalidad y el desarrollo que le ha dado la Corte Constitucional de Colombia vía jurisprudencia, se utilizó una metodología en la que se introdujeron los términos *interseccionalidad* e *interseccional* como palabras claves en

el buscador de la relatoría de la página web de la Corte. Se hizo uso de estas palabras puesto por su alcance y utilidad en el esbozo del objeto de este artículo. En la tabla 3 se podrá ver una síntesis de la búsqueda realizada y del número de sentencias encontradas por cada palabra.

Tabla. 3.
Número de sentencias por palabra clave

Palabras clave	Sentencia T	Sentencia C	Sentencia U	Autos	Total
Interseccionalidad	25	8	3	4	**40**
Interseccional	35	17	5	6	**63**
Totales	60	25	8	10	**103**

Fuente: elaboración propia.

Como se evidencia en la tabla 3, son alrededor de 103 providencias judiciales que ha emitido la Corte Constitucional de Colombia en las que se mencionan las palabras interseccionalidad e interseccional. Es importante resaltar que de 27 388 sentencias proferidas y publicadas por la alta corporación, solo 103 hacen referencia a la interseccionalidad, por lo cual se infiere que el concepto en estudio es relativamente novedoso en la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, para ofrecer una síntesis sobre el desarrollo jurisprudencial del concepto de interseccionalidad, solo se tomarán 23 sentencias de 103, las cuales han sido las más representativas en la construcción teórica y jurídica del enfoque interseccional. Para realizar una mayor ilustración de manera cronológica, se plantea la tabla 4 con las mencionadas 23 sentencias de la Corte Constitucional y con una breve noción de su contenido.

Tabla. 4.
Desarrollo jurisprudencial sobre la interseccionalidad desde la Corte Constitucional de Colombia

Providencia	Contenido
A–173/14	La Corte le hace seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T–025/04 y menciona de forma clara que, para restaurar, proteger y garantizar derechos fundamentales de las víctimas, es importante aplicar el concepto de interseccionalidad, puesto que, la discapacidad, el conflicto armado y la violencia generalizada no debe analizarse por separado sino de manera conjunta.
T–141/15	La Corte se refirió de manera más concreta al concepto o enfoque de interseccionalidad, explicando su origen, como una herramienta que analiza la justicia racial y de género, y agrega que se ha hecho una extensión en su uso, pues también se aplica el enfoque a personas que pertenezcan a distintos grupos vulnerados históricamente: raza, identidad de género, identidad y orientación sexuales.
T–357/17	La Corte Constitucional estudia una pluralidad de situaciones que convergen sobre una misma población, por lo que utiliza el enfoque de interseccionalidad en aras de reconocer que SEP como la comunidad indígena pueden ser vulnerados en razón a su diferencia étnica, edad, género y por ser mujeres en estado de embarazo, dejando como resultado un mayor grado de vulneración y desventaja.

Providencia	Contenido
C–730/17	La Corte estudia la constitucionalidad del Decreto Ley 893 de 2017, en el cual se revisó de manera concreta el artículo 14º referido a los lineamentos para la planeación participativa. La corporación explicó que el concepto de interseccionalidad permitiría reconocer el cruce de posibles factores de discriminación como raza, género y autonomía cultural.
T–448/18	La Corte Constitucional por primera vez introduce el concepto de interseccionalidad como una herramienta de hermenéutica jurídica y explica su desarrollo internacional y nacional. Asimismo, exhorta a las entidades estatales de los diferentes niveles y poderes a estudiar y analizar las diversas situaciones en los casos de violencia sexual, aplicando el criterio de interseccionalidad para garantizar derechos fundamentales.
T–468/18	La Alta Corporación procedió a proteger, revindicar y garantizar los derechos fundamentales de una mujer y su hijo, pues el ICBF había ordenado poner al menor en adopción porque la madre estaba en una condición de discapacidad. La Corte utilizó el criterio interseccional para determinar la múltiple discriminación hacía la mujer debido a su género, discapacidad y maternidad.
T–376/19	La Corte reconoce los comportamientos discriminatorios en contra de un hombre que se considera como homosexual y convive con VIH. Según el enfoque interseccional, esta persona sufre un impacto discriminatorio diferente, pues hay una concurrencia de dos criterios: persona homosexual y el VIH/Sida.
SU–479/19	Esta sentencia reitera y confirma a la interseccionalidad como un criterio hermenéutico que debe ser aplicado por autoridades judiciales y administrativos en los casos de mujeres y niñas que han sido víctimas de violencia sexual, pues puede haber concurrencia de factores como género, discapacidad, ubicación territorial, raza y edad.
T–561/19	La Corte hizo referencia a un requisito de procedibilidad de una acción de tutela: la subsidiariedad. Explica que los jueces de instancia deben considerar todos los hechos y circunstancias, pues en este caso se evidenciaba un cruce de factores de discriminación en una misma persona: mujer viuda, inmigrante de nacionalidad, madre cabeza de hogar, condición de extrema pobreza y estaba en un contexto donde se practicaba la prostitución. Por consiguiente, la accionante sí cumplía con el requisito de subsidiariedad.
T–115/20	La Alta Corporación aclara que, en el marco del conflicto armado, las víctimas son sujetos de especial protección, y cuando son mujeres los posibles factores de riesgo de discriminación se potencializan y provocan un impacto y perjuicio aún mayor y agudizado, ya que dichas experiencias convergen y se ocasiona una discriminación múltiple o interseccional.
T–124/20	Se les protegen los derechos fundamentales a dos jóvenes mayores de edad que presentan una condición de discapacidad física, mental e intelectual y carencias económicas; pues la Secretaría de Educación de Cali negó el acceso a transporte con acompañamiento (ida y vuelta) desde su residencia a la institución donde recibían su educación, porque dicho servicio era accesorio. La Corte estableció una reglas y subreglas de interpretación para la resolución del caso: situación de discapacidad, pobreza extrema y condición de víctimas de desplazamiento forzado.
T–344/20	En esta sentencia solo se menciona de manera superficial a la interseccionalidad, pero la Corte reitera la obligación por parte de las autoridades judiciales, en casos de violencia a la mujer, de identificar los posibles factores de vulnerabilidad en los que puede haber una intersección y determinar las formas de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres.
T–535/20	El Alto Tribunal desarrolla todo un acápite donde explica el enfoque interseccional para la determinación del impacto discriminatorio. Asimismo, haciendo uso de esta herramienta, establece la múltiple discriminación que sufría una mujer, pues presentaba factores interseccionales como mujer migrante en situación irregular, mujer en estado de gestación, trabajaba en circunstancias precarias, no estaba afiliada al sistema de seguridad social, el bebé no recibió la prestación de servicios mínimos y era tutora de otros dos menores de edad, lo cual la dejaba en una posición de extrema vulnerabilidad.
C–062/21	En esta sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo 140º numeral 11 de la Ley 1801 de 2016, que establece unas sanciones a las conductas que se consideran contrarias al cuidado del espacio público. Entre ellas una sanción a quien realiza necesidades fisiológicas en espacio público. La Corte declaró su exequibilidad, pero exhortó a las autoridades competentes a desarrollar políticas públicas que permitan el acceso universal a los servicios sanitarios, pues se debe tener en cuenta a las personas habitantes de calle aplicando el enfoque interseccional.

Providencia	Contenido
C–102/21	Se analizaba el artículo 477º de la Ley 1819 de 2016, el cual se exoneraba de impuestos las toallas higiénicas, pues se alegaba su inexequibilidad por excluir las copas menstruales y similares. La Corte explicó que aplicarles el IVA a estos productos tiene un impacto negativo y discriminatorio hacía la mujer por su condición biológica. Aclaró que podría ser una limitante si se aplica el enfoque interseccional, pues hay mujeres que convergen en diferentes factores de vulnerabilidad, entre esos la imposibilidad económica.
T–109/21	Esta sentencia es novedosa y de tendencia progresista, pues la Sala de revisión aplicó el enfoque de interseccionalidad en aras de establecer el nivel de impacto discriminatorio hacía una mujer que era modelo webcam. La Corte acreditó que la accionante se encontraba viviendo diversos factores de discriminación: es mujer, en estado de embarazo, responsable de la subsistencia de sus tres hijos menores de edad, madre cabeza de hogar, por la precariedad económica se vio obligada a entrar al oficio de modelaje webcam. Por ende, el Tribunal constitucional le confiere la figura de sujeto de especial protección constitucional; además, constatan los elementos esenciales de un contrato laboral, por lo que la accionante gozaba de estabilidad laboral reforzada.
T–236/21	La Corte se refirió al enfoque de interseccionalidad aludiendo a un criterio interpretativo que debe aplicarse en el delito de trata de personas en población migrante y, sobre todo, cuando se esté frente a casos de mujeres, pues según la Corte, en este delito se debe analizar los supuestos fácticos individuales y grupales, es decir, aquellos que se encuentren en simultaneidad como: edad, género, territorio de origen, lugar de hallazgo y la falta de documentación, ya que estos en convergencia generan mayor grado de vulnerabilidad.
T–255/21	La Corte salvaguardó el derecho fundamental a la educación, la igualdad y la no discriminación de una joven menor de edad, a la cual el Ministerio de Educación le exigía un requisito que era prácticamente imposible para poder obtener el título de bachiller. Mediante el enfoque de interseccionalidad se demostró que la joven se encontraba en situación de vulnerabilidad por hechos interseccionales: migrante, menor de edad y en una situación económica crítica.
T–331/21	La Corte le reconoce la vulneración del derecho a la identidad cultural a una persona indígena por parte de autoridades judiciales, puesto que el sujeto hace parte de la comunidad indígena y también es homosexual. El hecho de que el hombre reconocía su orientación sexual como perteneciente a la colectividad LGTBIQ+ excluía la posibilidad de autorreconocimiento como indígena, es decir, el accionante no podía pertenecer o reconocerse de manera simultánea en ambos grupos, lo cual evidencia una interseccionalidad de dos factores: raza y orientación sexual.
T–410/21	Se protegieron los derechos fundamentales de una mujer, la cual es SEPC pues la Corte determinó mediante un exhaustivo análisis interseccional que, aparte de ser mujer, es afrodescendiente, está en una situación económica precaria, sin educación, desplazada por el conflicto armado, tiene discapacidad psicosocial y cognitiva y, posiblemente, fue víctima de abuso sexual. Por ello, se ordenó en diferentes medidas materializar el restablecimiento de los derechos vulnerados por la conducta omisiva por parte la Secretaría de Seguridad y Justicia de Cali y otros.
C–055/22	En esta histórica sentencia, la Alta Corporación constitucional reconoció la vulneración y discriminación que ocasionaba el artículo 122º del Código Penal colombiano a la mujer en cuanto al aborto, pues reconoció el derecho de la mujer a decidir a abortar libre y voluntariamente. Se analizó el derecho a la igualdad de la mujer en estado de vulnerabilidad, así como de aquellas que sufren diferentes factores de discriminación de manera concomitante. La Corte explicó que era más factible atacar dicho problema a través de políticas públicas con enfoque interseccional para aquellas mujeres y niñas gestantes que viven en el área rural, las que viven en condición de discapacidad, las desescolarizadas, migrantes irregulares, desplazadas, en situación de indigencia, las que están refugiadas, privadas de la libertad, las que pertenecen a pueblos étnicos históricamente vulnerados y las cabeza de hogar. De esta manera se evitaba una vulneración directa y discriminatoria en contra de la mujer.
T–245/22	La Corte Constitucional le da un pequeño plus al enfoque interseccional frente a los SEPC al pautar que las autoridades administrativas y, sobre todo, judiciales deben estudiar las particularidades y los factores individuales de estas personas; sin embargo, aclara la Corte que, si un SEPC presenta varios factores de discriminación que convergen se tiene la obligación de analizarlo a profundidad y en grupo, de tal forma que se puedan generar unas medidas mucho más concretas, específicas, particulares y diferenciales para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

Providencia	Contenido
T–310/22	El Tribunal Constitucional reconoce, aplicando un análisis interseccional, que las mujeres trans sufren violencia y tipos de discriminación por el simple hecho de representar una identidad de género diversa. La estadística presentada como material de prueba en la sentencia evidenció que las mujeres trans están en mayor riesgo de vulnerabilidad si realizan un tipo de actividad como la prostitución, por ello los factores interseccionales son dos: identidad de género y reproche social por el ejercicio de dichas actividades.

Fuente: elaboración propia.

Con el anterior desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se logra constatar que el concepto de interseccionalidad en Colombia se ha venido construyendo como un enfoque diferencial y multidimensional que permite crear criterios de interpretación jurídica para aquellas personas que se encuentran entre un mundo de cruces de factores de riesgo discriminatorio; igualmente permite establecer el impacto de discriminación para la adecuación de medidas que protejan y garanticen los derechos fundamentales de los individuos.

Asimismo, habría que recalcar que fue la Corte Constitucional la que estableció que el enfoque de interseccionalidad cumple dos funciones esenciales dentro del Estado social de derecho: i) el primero es determinar el grado o la complejidad de la vulnerabilidad y el menoscabo de derechos y, ii) el segundo es direccionar y adecuar las acciones, programas, políticas y medidas que sean necesarias para atacar la problemática de fondo, dando así garantías de una protección efectiva por parte del Estado a las personas que están viviendo experiencias interseccionales de discriminación (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Del mismo modo, la información recopilada en la tabla 4 puede evidenciar la tesis que se planteó al inicio cuando se explicaba que la interseccionalidad, por su carácter universal, heterogéneo, dinámico y multidimensional, permitía realizar un análisis hermenéutico en el que se encuentre la posible convergencia de dos o más factores de discriminación. Incluso, la Corte en este sentido fue mucho más concreta y extendió las posibilidades de experiencias interseccionales. Tal como se muestra en la figura 2, son doce los posibles factores de discriminación que la alta corporación constitucional ha ido desarrollando en su jurisprudencia:

Figura. 2. *Factores de riesgo de discriminación establecidos por la Corte Constitucional de Colombia*

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, es pertinente recordar que los sujetos de especial protección constitucional son aquellas personas o poblaciones que presentan una debilidad manifiesta y se encuentran en una posición desventajosa y vulnerable frente a las demás personas, por lo que el Estado debe darles un trato especial en aras de protegerle sus derechos para que estas personas en un futuro puedan estar en igualdad de condiciones y oportunidades como lo demanda el artículo 13º de la Constitución Política. Sin embargo, la Corte Constitucional (2022) dejó claro en la Sentencia T–245 que, cuando los sepc presentan un impacto de vulnerabilidad a causa de dos o más factores de discriminación, las autoridades judiciales o administrativas tienen la obligación de aplicar el enfoque interseccionalidad, pues de esta manera el Estado deberá intervenir más rápidamente, adecuando todas las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos. Lo anterior tienen su razón de ser en que el grado de vulnerabilidad se agudiza cuando un sepc está frente a una discriminación interseccional, por lo tanto el nivel de intervención debe ser reforzado.

4.1. Reglas de interpretación de la Corte Constitucional sobre interseccionalidad

En este punto del texto, se tratará de extraer las reglas o criterios de interpretación que la Corte Constitucional ha construido en su jurisprudencia para desarrollar el principio de

interseccionalidad, teniendo en cuenta las anteriores 23 sentencias que se revisaron para esta investigación. La tabla 5 servirá para brindar una mayor comprensión al respecto:

Tabla. 5.
Reglas de interpretación sobre la interseccionalidad

Sentencia	Reglas o criterios de interpretación
T–141/15	Cuando una persona esté bajo discriminación por factores de riesgo sospechosos como el género, la raza y la orientación sexual o de género se debe aplicar el enfoque interseccional.
C–730/17	En la construcción y el desarrollo de los programas de organización territorial se debe aplicar la interseccionalidad para garantizar participación, autonomía, identidad cultural y género.
T–448/18	Cuando una autoridad judicial conozca un caso sobre mujeres y niñas víctimas de violencia sexual, se debe acudir al criterio de interseccionalidad.
T–376/19	Cuando un hombre o mujer convivan con VIH/sida y pertenezcan a la comunidad LGTBIQ+ y sean víctimas de discriminación, se debe analizar desde la interseccionalidad.
T–115/20	Cuando se trate del conflicto armado, las víctimas son SEPC, pero si estas son mujeres, se debe aplicar la interseccionalidad y aplicar medidas de protección diferencial que las proteja de manera rápida y eficaz.
T–124/20	Los accionantes deben dar cuenta de la interseccionalidad de su vulnerabilidad.
T–535/20	En los casos laborales en los que la víctima sea una mujer, madre cabeza de familia, migrante irregular, situación económica precaria, entre otros factores, se debe analizar desde la interseccionalidad para evitar agudizar la vulneración.
C–102/21	En las políticas tributarias, se debe aplicar la interseccionalidad para evitar establecer impuestos a productos o servicios que son básicos y que pueden generan un impacto discriminatorio frente a la condición biológica de la mujer.
C–055/22	Se debe tener en cuenta el criterio interseccional al momento de presentar proyectos de ley de carácter punitivo, en aras de evitar tratos y sanciones discriminatorios.
T–245/22	Cuando las autoridades judiciales se encuentren con un sujeto de especial protección constitucional que presente interseccionalidad en su vulneración, deben reforzar, adecuar y actuar de manera eficaz y eficiente para disminuir el grado de menoscabo de sus derechos fundamentales.

Fuente: elaboración propia.

En la tabla 5 se plantea un resumen para reunir las reglas jurídicas que la Corte Constitucional ha establecido con el fin de darle unos criterios de interpretación más operativa al concepto de interseccionalidad en los casos que la misma corporación ha establecido. En otras palabras, son estas las reglas jurídicas que de manera novedosa han ido cimentando y estructurando toda la jurisprudencia sobre los casos de discriminación.

En este sentido, se puede entonces evidenciar lo que se había explicado anteriormente, pues si bien los valores constitucionales como el pluralismo y la igualdad son de textura extensiva, abierta y absolutamente genérica, es necesario que haya herramientas que los desarrollen en situaciones más concretas como los principios. Si bien la Corte Constitucional no se refiere al concepto interseccional como un principio, su estructura

y contextura permite evidenciar que dentro del derecho constitucional colombiano es un principio, pues, como el mismo tribunal constitucional lo explica:

> El concepto de "interseccionalidad" constituye un paradigma de análisis y una herramienta para la justicia racial y de género que propone examinar las situaciones en las que convergen distintos tipos de discriminación, generando una intersección o superposición de identidades y, con ello, muy diversas maneras de experimentar la vivencia de la discriminación. De acuerdo con este enfoque, que encuentra su origen en el análisis de las formas diferenciadas de discriminación que padecen las mujeres de raza negra, la pertenencia de un sujeto a más de un grupo históricamente marginalizado no ha de entenderse simplemente desde un punto de vista incremental, como una suma que incrementa la carga de desigualdad que pesa sobre una persona, sino como una situación que produce experiencias sustantivamente diferentes ente los sujetos, las cuales han de ser analizadas desde un punto de vista cualitativo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-141, 2015).

Si se analiza este concepto de interseccionalidad utilizado por dicha corporación, se evidencia que i) sí está desarrollando de manera directa el valor constitucional de la igualdad, pues habla de que es una herramienta que facilita la reconocimiento de la múltiple discriminación y ii) desarrolla el valor del pluralismo porque el enfoque interseccional permite evidenciar las diversas situaciones que convergen sobre una misma realidad en grupos que históricamente han sido vulnerados como lo son las mujeres (género) y los afrodescendientes (raza). Sin embargo, la Corte ha ampliado la noción de la interseccionalidad no solo utilizándolo en situaciones de raza y mujeres, sino también en hombres por su orientación e identidad sexual, niños, adultos mayores, bebés y mujeres gestantes, asimismo se tiene en cuenta la pobreza, a los migrantes en situación irregular, las actividades que aún se tiñen de estigma social, la identidad cultural, la discapacidad, entre otras.

Por consiguiente, aunque la Corte no la defina como principio constitucional, la interseccionalidad es un claro mandato de optimización que se utiliza en casos difíciles y que, por su textura abierta —pero más específica— puede ser utilizada por el intérprete u operador jurídico cuando la norma positiva no haya previsto la situación de manera clara. Entonces, a raíz de esta noción, la misma Corte Constitucional ha optado por establecer reglas jurídicas claras que puedan estructurar el principio de interseccionalidad, con el objeto de que su aplicación sea operativa obligando de esta manera a las autoridades administrativas, legislativas y, sobre todo, judiciales a tener en cuenta el enfoque interseccional en aras de proteger y garantizar los derechos fundamentales de aquellas personas en estado de vulnerabilidad y/o marginalidad.

Empero, el enfoque interseccional empleado por la Corte es casi novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que su desarrollo en la jurisprudencia es aún altamente doctrinal; además, el hecho de que la Corte no lo haya establecido de manera expresa como un principio constitucional *per se* ha provocado que su valor normativo y vinculante sea débil, lo que conlleva que no sea reconocido y aplicado propiamente por los operadores jurídicos.

5. Conclusión

Luego de analizar punto por punto el enfoque de interseccionalidad tanto en el contexto nacional como internacional, sus orígenes, características y factores de riesgo, y tras conocer su desarrollo jurisprudencial en la Corte Constitucional colombiana, se pueden concluir los siguientes puntos:

El concepto de interseccionalidad ha sido acogido por la alta Corte, en principio, como en la tesis original de la jurista afroamericana K. Crenshaw, la cual nace como una herramienta político-jurídica que facilita el reconocimiento de diferentes experiencias de discriminación que pueden tener convergencia sobre una misma mujer. Es decir, dicho enfoque estaba dirigido, en sus orígenes, a proteger a la mujer como sujeto historicamente vulnerado. Sin embargo, la Corte ha extendido la noción interseccional hacía hombres, niños y niñas, madres cabeza de hogar, víctimas del conflicto nacional, migrantes, entre otras. Lo anterior demuestra su progresismo en amparar los derechos de los menos favorecidos.

Como segundo, en los 30 años de existencia de la Corte Constitucional, el concepto interseccional se ha venido aplicando de manera directa desde el año 2014 —como se demostró en la tabla 4— y desde entonces solo se ha mencionado las palabras clave *interseccionalidad e interseccional* en 103 providencias, lo cual evidencia que la aplicación de dicho concepto en el contexto colombiano apenas se está fortaleciendo.

Por otra parte, la interseccionalidad —según la Corte Constitucional— desarrolla los valores constitucionales de igualdad y pluralismo, pero no lo menciona como un principio en sí mismo, sino como una herramienta o un criterio hermenéutico. Sin embargo, para este texto es relevante darle el valor normativo y la fuerza vinculante de principio constitucional, pues el enfoque interseccional cumple con las característica de la estructura de los principios: tiene gérmenes de regla jurídicas, su textura es abierta y es extraido de dos valores constitucionales como lo son el pluralismo y la igualdad.

En este sentido, realizando un ejercicio hermenéutico de las 23 sentencias estudiadas, se extrajeron 10 reglas jurídicas que la Corte ha establecido tacitamente vía jurisprudencial para aquellos casos dificiles en los que se demuestre la interseccionalidad en su discriminación. Dichas reglas contienen los dos elementos esenciales que cumplen con la noción de reglas jurídicas tratadas en este texto: a) hay un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, b) tiene una función operativa.

6. Referencias

Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* (11), 3-14. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf

Asambela Nacional Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución Política de 1991*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Busquier, L. (2018). ¿Interseccionalidad en América Latina y el Caribe? *Con X*, (4), 1-21. https://doi.org/10.24215/24690333e023

Cabrera Suárez, L. A. (2020). Ponderación de los derechos constitucionales: Principios y valores en Colombia. *DIXI, 22*(1), 1-17. https://doi.org/10.16925/2357-5891.2020.01.06

Cerra Nolasco, E. P. (2020). Ubicación y fuerza vinculante de las subreglas de jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano. *Advocatus,* (35), 129-139. https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6901

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-1287* (M. P. Monroy Cabra, M. G.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm#:~:text=%E2%80%9CLos%20principios%20Constitucionales%2C%20a%20diferencia,aplicaci%C3%B3n%20inmediata%2C%20tanto%20por%20el

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T-740/12* (M. P. Vargas Silva L. E.) https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2012/T-740-12.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Auto-173/14* (M. P. Vargas Silva, L. E.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2014/A173-14.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-141/15* (M. P. Calle Correa, M. V). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-141-15.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia C-730/17* (M. P. Lizarazo Ocampo, A. J). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-730-17.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-357/17* (M. P. Ortiz Delgado, G. S.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-357-17.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T-448/18* (M. P. Lizarazo Ocampo, A. J.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-448-18.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T-468/18* (M. P. Fajardo Rivera, D.) https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-376/19* (M. P. Pardo Schlesinger, C.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-376-19.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T-561/19* (M. P. Bernal Pulido, C.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-561-19.htm#:~:text=19.,sentencia%20de%20tutela%20de%20instancia

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia SU-479/19* (M. P. Ortiz Delgado, G. S.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia T-115/20* (M. P. Rojas Ríos, A.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-115-20.htm#:~:text=La%20Corte%20Constitucional%20es%20competente,34%2C%2035%20y%2036%20del

Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia T-124/20* (M. P. Bernal Pulido, C.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-124-20.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia T-344/20* (M. P. Guerrero Pérez, L.G.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-344-20.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia T-535/20* (M. P. Reyes Cuartas, J. F.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-535-20.htm#:~:text=T%2D535%2D20%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Al%20estar%20acreditado%20que%20la,que%20de%20esta%20se%20derivan.

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia C-062/21* (M. P. Ortiz Delgado, G.S.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-062-21.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia C-102/21* (M. P. Reyes Cuartas, J. F.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-102-21.htm#:~:text=C%2D102%2D21%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20gesti%C3%B3n%20menstrual%20tambi%C3%A9n%20es,necesidades%20biol%C3%B3gicas%20de%20las%20mujeres

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia T-109/21* (M. P. Rojas Ríos, A.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-109-21.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia T-236/21* (M. P. Lizarazo Ocampo, A. J.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-236-21.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia T-255/21* (M. P. Meneses Mosquera, P. A.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-255-21.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia T-331/21* (M. P. Rojas Ríos, A.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-331-21.htm#:~:text=T%2D331%2D21%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Acci%C3%B3n%20de%20tutela%20promovida%20por,del%20Tribunal%20Superior%20de-%20Medell%C3%ADn.&text=Bogot%C3%A1%20D.C.%2C%20

Corte Constitucional de Colombia. (2021). *Sentencia T-410/21* (M. P. Fajardo Rivera, D.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-410-21.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Sentencia C-055/22* (M. S. Lizarazo Ocampo, A. J. & M. S. Rojas Ríos, A.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Sentencia T-245/22* (M. P. Lizarazo Ocampo, A. J.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-245-22.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Sentencia T-310/22* (M. P. Pardo Schlesinger, C.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-310-22.htm

Couto, M. T., De Oliveira, E., Alves Separavich, M. A. & Luiz, O. C. (2019). La perspectiva feminista de la interseccionalidad en el campo de la salud pública: revisión narrativa de las producciones teórico-metodológicas. *Salud Colectiva*, (15), 1-14. http://dx.doi.org/10.18294/sc.2019.1994

Crenshaw, K. (1991). Intersectionality, Identity politics, and Violence against Women of Color. *StanfordLawReview, 43*(6).1241-1299.http://www.jstor.org/stable/1229039?origin=JSTOR-pdf

De Sousa Santos, B. (2019). Una ilusitración: el pluralismo jurídico en Colombia. En M. Meneses, J. Arriscado Nunes, C. Lema Añón, A. Aguiló Bonet & N. Lino Gomes, Construyendo las Epistemologías del Sur Para un pensamiento alternativo de alternativas, Volumen II (pp. 59-64). CLACSO. https://doi.org/10.2307/j.ctvt6rkj7.7

Echegoyemberry, N. (2018). Grietas en la ciudadanía: Interseccionalidad de género, ambiente y territorios y derechos humanos. *Revista. Antropología y Etnografía, 3*(2), 24-41. https://doi.org/10.29112/ruae.v3.n2.2

Estrada Vélez, S. (2011). La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 41*(114), 41-76. https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3723

Farah Henrich, I. (2022). La multidimensionalidad e interseccionalidad de las desigualdades. En *Nudos críticos sobre la desigualdad de género* (pp. 369-388). CLACSO. https://doi.org/10.2307/j.ctv2v88fbr.13

Freixes Sanjuán, T., & Remotti Carbonell, J. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constituciona, 12*(35), 97-109. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79458.pdf

García, K. K. (2014). Control constitucional a las subreglas incorporadas en las sentencias de los jueces. *Justicia 19*(26), 58-68. https://doi.org/10.17081/just.19.26.824

La Barbera, M. C. (2016). Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. *Interdisciplina, 8*(4), 105-122. https://doi.org/10.22201/ceiich.24485705e.2016.8.54971

La Barbera, M. C. (2017). Interseccionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de Legalidad,* (12), 191-198. https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3651

Llano Franco, J. V. (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. *Criterio Jurídico, 12*(1), 191-214. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7288660

Lopera Mesa, G. P. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(27), 211-243. https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.08

Sales Gelabert, T. (2017). Repensando la interseccionalidad desde la teoría feminista. *Agora, 36*(2), 229-256. http://dx.doi.org/10.15304/ag.36.2.3711

Zárate Castillo. (2007). Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales,* (17), 365-375. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2007.17.5822

Concepción de las directrices institucionales sobre prevención y protección policial a la vulnerabilidad de los líderes sociales

Conception of the institutional guidelines on police prevention and protection against the vulnerability of social leaders

Andrés Felipe Marín Pulgarín[1]
Héctor Betancur Giraldo[2]

Cómo citar: Marín, A. F.; Betancur, H. (2023). Concepción de las directrices institucionales sobre prevención y protección policial a la vulnerabilidad de los líderes sociales. *Nuevo Derecho*; 19(32): 1-17. https://doi.org/10.25057/2500672X.1482

Recibido/03/08/2022 – Aceptado/25/05/2023 – Publicado/30/06/2023

Resumen

Este artículo explora el componente normativo y las concepciones de las directrices y los parámetros que tienen establecidos los integrantes de patrulla de la Policía Nacional de Colombia para atender la vulnerabilidad de los líderes sociales y los defensores de los derechos humanos. Se obtuvo como resultado que la directriz de atención implica un contraste entre la normativa profusa y la efectividad de la atención que conlleva una protección adecuada. La contribución del artículo se encuentra en proponer el énfasis en la prevención antes que en la protección.

Palabras clave: atención, protección, prevención, Policía Nacional, defensores de derechos humanos, líderes sociales.

[1] Magister en Conflicto y Paz, Universidad de Medellín. Especialista en Comunicación y Periodismo Digital, Universidad Pontificia Bolivariana. Psicólogo, Universidad Javeriana e Investigador en Ciencia, Tecnología e Innovación, Policía Nacional, ESCER, La Estrella, Colombia. andres.marin1007@correo.policia.gov.co ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5706-9621.

[2] Doctorando en Filosofía y Letras, Universidad de Alicante. Magister en Educación. Universidad de Medellín Especialista en Educación, Cultura y Ciencia Política. Licenciado en Filosofía. Sociólogo, UNAD. Director de Investigación e Innovación Unisabaneta, Sabaneta, Colombia. tobybetan5@gmail.com ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5252-8654.

Abstract

This paper explores the legal component and the conceptions of the guidelines and normative patterns the patrol members of the Colombian National Police has established for managing the vulnerability of social leaders and Human Rights activists. As a result, the paper shows that the guidelines of attention implies a contrast between the numerous normativity and the effectiveness of the attention provided grants actual protection. The contribution of the paper is lies in the proposal of the emphasis in prevention rather than in protection.

Keywords: attention, protection, prevention, Colombian National Police, Human Rights activists, social leaders.

1. Introducción

Este artículo realiza un proceso de análisis e interpretación de la concepción de las directrices y los parámetros que la Policía Nacional de Colombia estableció para realizar la atención a los líderes sociales y defensores de derechos humanos en cinco municipios del departamento de Antioquia. La institución, al apoyar este proyecto, manifiesta su interés y preocupación por comprender, desde su perspectiva jerarquizada y estrictamente normativizada, con toda la profundidad académica e investigativa la complejidad de esta dinámica que tiene componentes políticos, sociales y económicos.

Este aspecto contextual múltiple es de suma importancia. En términos normativos, las leyes, los decretos y las directrices establecen pautas que, a primera vista, resultan claras, objetivas y absolutas gracias a la precisión de los detalles operativos. Los miembros activos de la institución, en especial los integrantes de patrulla, solo tienen que remitirse a ellos y a la voz de mando inmediata para expresarse en términos de la instrucción recibida que debe llevarse a cabo como expresión no solo de la obediencia a la cadena de mando, sino como expresión de su compromiso institucional. No obstante, el mismo desarrollo de la investigación propuesta, cuyo informe completo se presenta a continuación, expresa una sensibilidad y comprensión particulares respecto a esta complejidad, de la que la institución no puede abstraerse porque, en ese caso, no solo estaría planteando un dilema respecto a su orientación y compromiso sociales, sino que correría el riesgo de incumplir un mandato que está consagrado constitucionalmente. Por fortuna, esta investigación despliega precisamente un conjunto de evidencias académicas con soporte normativo y estadístico que dan cuenta de la diligencia institucional por cumplir con el mandato expreso de brindar seguridad a toda la ciudadanía según sus necesidades, el alcance de las exigencias institucionales, en un marco social y político en el que impere el orden de la norma positiva vigente.

En efecto, los líderes sociales y los defensores de derechos humanos también son ciudadanos colombianos a los que cobijan los derechos y deberes anejos a tal condición. Si bien la discriminación positiva de la que se ocupa este proyecto de investigación está plenamente motivada tanto en términos de las exigencias locales, nacionales e internacionales, se trata de un trato discrecional necesario que tiene sus respectivas directrices y que abarca tanto la atención como la protección de las personas a las

que, en el contexto indicado y por las razones de su compromiso social y de defensa de derechos humanos, son consideradas vulnerables o en riesgo de ver afectada su integridad en diversos niveles, dentro de los cuales resulta predominante la vulneración a su derecho fundamental a la vida.

Las evidencias de los estudios y estadísticas indican que los líderes sociales y los defensores de derechos humanos son asesinados debido a esos compromisos, lo cual es una problemática muy delicada de la que la institución se ha ocupado con interés, diligencia y preocupación, pero que se ha convertido en un reto permanente de vigilancia, ajuste y búsqueda de alternativas y de planes de mejoramiento. Después de todo, la Policía Nacional de Colombia es uno de los entes que hacen parte de la institucionalidad colombiana, y su rol está delimitado y sometido a procedimientos estrictos que garantizan su eficiencia y determinan sus límites.

La problemática es una preocupación de primer orden para la institución y uno de sus compromisos, y por eso se debe tener en cuenta que el rol que la Policía Nacional cumple se inserta en dinámicas mucho más amplias en las que confluyen lo social y lo político, y no meramente lo operativo respecto a la seguridad y al orden, que son los fundamentos de la institución. La perspectiva académica que se adopta en este proyecto contribuye a comprender esta tensión de modo que se puedan ofrecer alternativas que no derivan hacia valoraciones éticas ni disciplinarias, sino que, sin minimizar ni reducir la magnitud del problema, se le plantea en la perspectiva que es relevante y útil para fortalecer la eficiencia y efectividad de las operaciones exigidas en el cumplimiento del mandato constitucional.

Entre las funciones y obligaciones institucionales, el cumplimiento cabal de las directrices de atención y protección se lleva a cabo según las exigencias tanto de salvaguarda de los derechos fundamentales como de los estándares de calidad. Este artículo, por tanto, se ocupa de explorar posibles externalidades al respecto, de situaciones de comprensión por parte de algunos de los integrantes de la función de las directrices y del papel tanto de los funcionarios como de los ciudadanos que requieren atención y protección, de la integración al diálogo de actores políticos y sociales que se preocupan por el mismo tema desde perspectivas diferentes a la institucionalizada que tiene la Policía Nacional de Colombia. Como se verá en la fundamentación teórica, se propone un concepto combinado, el de líder social con interés en derechos humanos, que permite integrar las dos categorías bajo el entendido de que se trata de ciudadanos que requieren protocolos idénticos en función de un mismo riesgo, debido a un activismo semejante y en contextos de tiempo, modo y lugar que se pueden considerar en conjunto. Para efectos de la exploración, el análisis, la interpretación, la reflexión y la proposición de alternativas, el concepto de líder social en derechos humanos es funcional y hace una integración sin llevar con ello a que se vuelvan indistintos ambos roles. Importan en su conjunción, y eso es lo que conviene resaltar en este punto.

Se propone que la institución va a hacer mucho más efectivo su rol si activa, genera o reestructura, según sea el caso, protocolos y directrices de prevención. La atención y la protección, que la Policía Nacional viene ofreciendo según las indicaciones estrictas de la normativa y de las decisiones tomadas en sede judicial, debe anticiparse de

modo lúcido y eficaz antes de que sea necesario el despliegue y la inversión de fuerza y logística que exigen la atención y, muy en particular, la protección. La prevención es un despliegue anticipativo de la atención. A partir de las condiciones exigidas por la documentación legal y según lo indique una autoridad investida y debidamente competente, la prevención del riesgo, y en particular el que corren los líderes sociales en derechos humanos respecto a su vida y a su integridad, puede ser una novedad operativa que, generada o debidamente aplicada y propuesta, puede, a su vez, generar un incremento en el índice de aceptación social de la Policía Nacional.

El anterior es un aspecto que se anticipa como merecedor de un plan de mejoramiento. De los análisis e interpretaciones de los datos que se recolectaron con un instrumento tipo encuesta los integrantes de patrulla tuvieron en común que la atención a estos ciudadanos es determinante. Sin embargo, los integrantes de la institución tendieron a asociar atención con protección. El reto se encuentra en dirigir adecuadamente la eficiencia institucional para incrementar su efectividad, y en este punto se vuelve muy valiosa la participación de las entidades que estuvieron dispuestas a ofrecerse para entrevista.

En este sentido, la categoría emergente de prevención es la que, en lugar de ser una crítica destructiva a la institución, se convierte en una alternativa para aumentar sus índices de calidad y para proyectar una imagen institucional mucho más favorable de cara a las comunidades, al menos de los cinco municipios que se tuvieron en cuenta para la investigación.

2. Metodología

2.1 Mapa metodológico

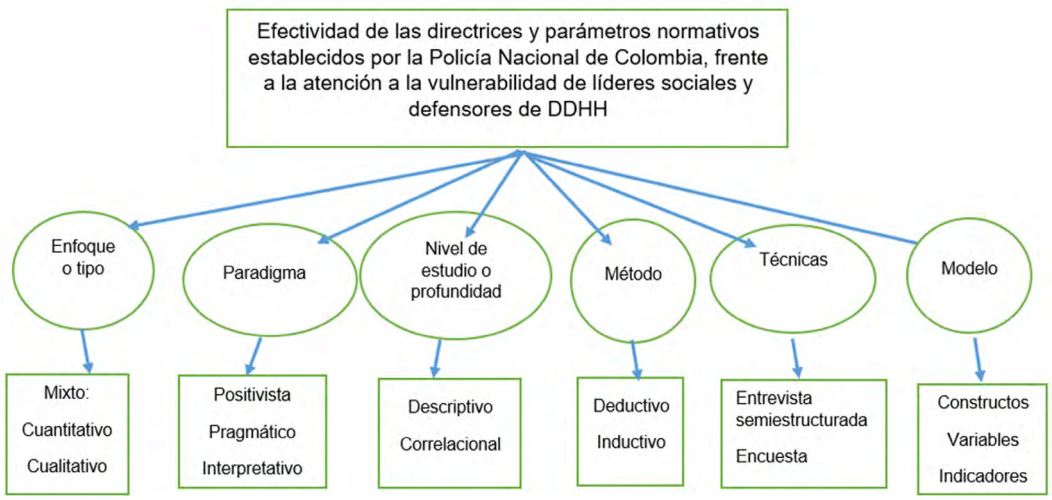

Figura 1. *Mapa metodológico*

Fuente: elaboración propia.

2.2 Población y muestra

La población es el conjunto de unidades que componen el colectivo en el cual se estudiará el fenómeno expuesto en el proyecto de investigación. También se denomina *población blanco* (Otzen & Manterola, 2017).

La muestra es el conjunto de unidades de muestreo incluidas mediante algún procedimiento de selección (Otzen & Manterola, 2017).

El Grupo de Derechos Humanos de la Policía del Departamento de Antioquia cubre 100 municipios. En la tabla 1 se evidencia el universo de la población compuesto por 5 municipios representativos.

Tabla 1.
Universo de la población

Tipo de población	N.°
Uniformados pertenecientes a la Estación de Policía Caucasia	111
Uniformados pertenecientes a la Estación de Policía Cáceres	25
Uniformados pertenecientes a la Estación de Policía Segovia	41
Uniformados pertenecientes a la Estación de Policía Ituango	22
Uniformados pertenecientes a la Estación de Policía Rionegro	179
Total Universo	378

Fuente: elaboración propia.

La encuesta, instrumento de recolección de información de fuentes primarias, fue diligenciada por una muestra de 219 integrantes de patrulla en los municipios relacionados con anterioridad.

2.3 Instrumento encuesta

Se aplicó una encuesta con veintiún preguntas en escala Likert, cuyas respuestas iban de “totalmente en desacuerdo” a “totalmente de acuerdo”. El primer eje de las preguntas giró en torno a la difusión de las directrices y parámetros al interior de la Policía, realizadas mediante actividades de divulgación y capacitación:

1. Los eventos de divulgación y capacitación son agendados y convocados con la suficiente antelación y publicidad.

2. Los eventos de divulgación y capacitación que se llevan a cabo son suficientes como preparación al cumplimiento de las actividades de prevención.

3. Los eventos de divulgación y capacitación cuentan con una definición clara y suficiente sobre sus objetivos, estructura, contenidos y alcances.

4. Los eventos de divulgación y capacitación cuentan con ambientes adecuados (aula, disposición y distribución de recursos, organización de espacios, acceso a las TIC).

5. Los eventos de divulgación y capacitación hacen referencia a las estrategias pedagógicas que facilitan el aprendizaje y la participación creativa y dinámica.

6. Los eventos de divulgación y capacitación cuentan con un proceso que evalúa aspectos como la metodología aplicada, los recursos utilizados, el nivel de participación, la actuación del docente, el cumplimiento de expectativas.

El segundo eje, relacionado con la intervención policía en las actividades de prevención:

7. Como producto de los eventos de divulgación y capacitación se llevan a cabo procesos de retroalimentación que contemplen la reflexión, interacción, medición y proposición de mejoramiento de los participantes.

8. La intervención policial cuenta con la debida voluntad política de la institución.

9. La institución policial desarrolla una gestión efectiva que contempla procesos de planeación, identificación, organización, dirección, control, calificación, evaluación y monitoreo de las actividades desarrolladas.

10. El personal de la Policía cuenta con las competencias requeridas (conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes) para desempeñar su labor.

11. La intervención policial posee los recursos (vehículos, comunicaciones, materiales, gastos de viaje) para la atención requerida.

12. Las medidas adoptadas por la institución son eficaces para responder a los requerimientos.

13. Los planes de atención y ruta de acción para la atención son divulgados y conocidos por la población vulnerable.

14. La información de la institución se gestiona teniendo en cuenta procesos de planificación, organización, estructuración, procesamiento, control, evaluación y divulgación.

El tercer eje se refirió a la articulación interinstitucional en las actividades de prevención:

15. Las personas pertenecientes a las instituciones participantes cuentan con las competencias requeridas (conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes) para desempeñar su labor.

16. El personal que participa en las estrategias de prevención conoce acerca de las competencias de los integrantes de las otras instituciones.

17. Las instituciones participantes se articulan mediante aspectos como: colaboración, toma de decisiones, construcción de agendas comunes, compartimiento de experiencias y aprendizajes, canalización de recursos y comunicaciones.

18. Las instituciones participantes cuentan con los recursos logísticos suficientes (comunicaciones, vehículos, insumos, viáticos).

19. Las instituciones colaboradoras gestionan la información de manera oportuna y suficiente.

El cuarto eje se refirió a la relación de la atención policial con las actividades de prevención:

20. La dispersión geográfica de la población vulnerable afecta la efectividad de la intervención policial.

21. Hay relación directa entre las actividades y funciones específicas ejercidas por la población vulnerable y la efectividad de la intervención policial.

22. La efectividad de la intervención policial se afecta por el contexto y la situación de vulnerabilidad específica de cada territorio.

23. La disponibilidad de recursos por parte de población vulnerable (trasporte, comunicaciones, capacitación) limita la efectiva intervención policial a sus demandas.

24. El despliegue de la institución para atender los requerimientos de la población es el adecuado.

3. El problema de la protección efectiva de los líderes sociales y de DD. HH.

El punto de partida de la determinación del problema es la definición de defensor de derechos humanos. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004) define que quien aboga por los derechos humanos actúa para proteger los derechos civiles, socioculturales, políticos y sociales. Entonces, el criterio que identifica a un defensor de derechos humanos, que para el propósito del presente articulo será homologado al ejercicio del líder social, no será la filiación institucional, el contrato laboral o la remuneración económica, sino la actividad desarrollada en favor de los derechos humanos.

En este contexto, se hace fundamental comprender que los defensores de derechos humanos tienen protección de la legislación internacional, ya que su labor trasciende fronteras y vela por la protección de estos en el mundo. Es así como según la Defensoría del Pueblo (2017):

> El criterio identificador de quien debe ser considerado defensora o defensor de derechos humanos es la actividad desarrollada por la persona y no otros factores como recibir remuneración por su labor, o pertenecer a una organización civil o no. El concepto también es aplicable a los operadores de justicia (p. 6).

De lo anterior se sigue que en esta protección legal también se incluye a funcionarias y funcionarios de entidades tales como defensorías del pueblo y procuradurías, que

defienden el acceso a la justicia de miles de víctimas de violaciones a sus derechos (Defensoría del Pueblo, 2017).

Los y las defensoras de derechos humanos desempeñan su labor para evitar la violencia contra mujeres, niños, niñas, adolescentes, indígenas y afrodescendientes. De la misma forma, adelantan acciones para que no se violen derechos por corrupción, impunidad, marginalidad económica, desprotección, pobreza, injusticia, entre otros fenómenos sociales que afectan a las personas. Los y las defensoras de derechos humanos también participan activamente en la elaboración de políticas públicas, normas y leyes, haciendo seguimiento permanente para que los derechos humanos estén protegidos de mejor manera en el mundo y, en este caso, en Colombia.

Los siguientes son algunos de los derechos de los defensores y las defensoras de los derechos humanos: a reunirse pacíficamente, a la libertad de asociación; a la libertad de opinión y expresión; a la protesta pacífica en los marcos legales y constitucionales establecidos. Colombia cuenta con un número amplio de entidades corresponsables de la protección y atención de poblaciones vulnerables. Según la *Guía de atención policial para la atención a población vulnerable* (Policía Nacional de Colombia, 2014), entre estas entidades están:

> Alcaldes, Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Casas de Justicia, Comisarías de Familia, Comités de Justicia Transicional, Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación, Gobernadores, Inspecciones de Policía, Instituto Colombiano De Bienestar Familiar, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Jueces Civiles Municipales y Promiscuos Municipales, Mesas de Participación Real y Efectiva de las Víctimas, Ministerio del Interior, Mesa de Casos Urgentes, Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo, Notaría, Personerías Distritales Y Municipales, Procuraduría General De La Nación, Programa Presidencial para los Derechos Humanos y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, Programa Presidencial Para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Colombia, Unidad Nacional de Protección, Unidad Para la Atención y Reparación Integral a Las Víctimas (pp. 20-21-22).

Aunque existe claridad conceptual al respecto y un contexto institucional para su protección, los homicidios de defensores de derechos humanos continúan en el país:

> En el año 2020, fueron asesinados 310 líderes sociales y defensores de Derechos Humanos, 27 de ellos en el Departamento de Antioquia. Además, fueron asesinados 12 familiares o relacionados con Líderes Sociales y Defensores de Derechos Humanos y 64 firmantes del acuerdo de paz, excombatientes FARC (Indepaz, 2021, p.1).

En este sentido, según el Sistema de Información sobre Agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos (SIADDHH) del programa Somos Defensores (2020), durante el primer semestre de 2020 hubo:

> Un total de 463 agresiones entre amenazas, asesinatos, atentados, detenciones arbitrarias, judicializaciones, desapariciones forzadas y robos de información. La mayoría de estos hechos violentos presentaron un incremento significativo, como es el caso de los asesinatos, que aumentaron en un 61% en comparación con el mismo período del 2019. 95 personas defensoras de derechos humanos fueron asesinadas durante el primer semestre, 46 de estos casos ocurrieron durante la cuarentena. Nunca antes se había confirmado una cantidad tan alta de víctimas fatales en el primer semestre de un año. La mayoría de estos hechos ocurrieron en Cauca, Antioquia, Norte de Santander y Putumayo, y los liderazgos más afectados fueron los comunales, campesinos, indígenas y comunitarios. Se observa además incremento del 157% en las agresiones que tienen como presunto responsable a la Fuerza Pública (p.1).

En este mismo orden de ideas, según El Espectador (2021), una de las grandes preocupaciones de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (CNTI) viene dada por los altos índices de homicidios registrados a la población:

> Son los 366 asesinatos a líderes sociales desde el 24 de agosto de 2016 al 6 de agosto de 2021, registrados por el Observatorio de Derechos Territoriales Indígenas. Es una obligación del Gobierno Nacional proteger a los líderes sociales y garantizar la protección de los territorios, que históricamente se viene solicitando. Por eso, seguiremos trabajando en el diálogo y la concertación de estrategias que promuevan la protección de los derechos humanos de los indígenas para que su calidad de vida siga mejorando (p.19).

En 2020, de acuerdo con la base de datos de la Fundación Ideas para la Paz, citado por Garzón Vergara (2021):

> Los homicidios de líderes sociales volvieron a incrementarse, luego del descenso que habían tenido en 2019. El rompecabezas de planes, medidas y decretos no ha logrado encajar en el ámbito local, donde las organizaciones y distintos actores continúan demandando acciones concretas de prevención y protección. Los saboteadores armados, la reconfiguración de órdenes ilegales, así como las tensiones intracomunitarias y las disputas por el poder local, siguen dinamizando las agresiones.

Según el informe emitido por la Fundación Ideas para la paz, se presentaron los siguientes asesinatos de líderes: año 2015: 87, año 2016: 86, 2017: 75, año 2018: 143, año 2019: 104, año 2020: 140. Por su parte, en el portal La Silla Vacía (León, 2021) se afirma que no se cuenta con una hoja de ruta unificada para la recolección de la información sobre el asesinato de líderes sociales, fundamentalmente por la ausencia de criterios compartidos por las organizaciones alrededor de la definición del liderazgo social y, por otra parte, por el esclarecimiento de los motivos del asesinato, que deben para el caso estar relacionados con el ejercicio de mencionado liderazgo (León, 2021).

La forma como recogen la información también difiere. En la figura 2 se expone lo anterior, así:

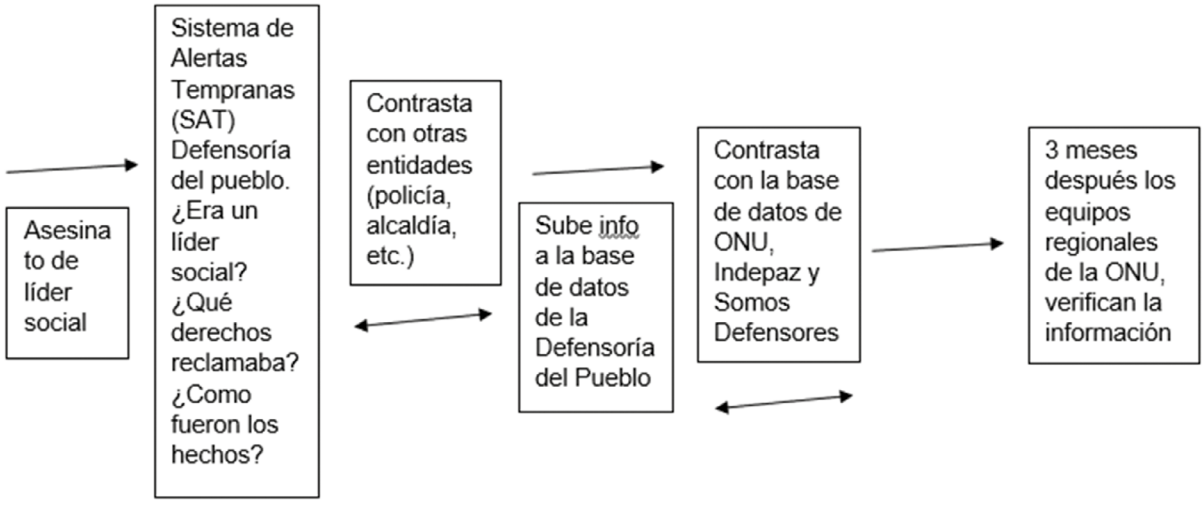

Figura 2. *Proceso de recolección de la información sobre el asesinato de líderes sociales*

Fuente: elaboración propia.

De acuerdo con ello, con la finalidad de garantizar el despliegue general de la Estrategia de Atención a Poblaciones Vulnerables (ESPOV) y dar la relevancia que requieren quienes trabajan en la defensa de los derechos humanos, la institución policial tomó como elemento base el enfoque preventivo que constitucionalmente enmarca la actividad de policía para llevar de manera práctica y efectiva el desarrollo de acciones que procuren la garantía de los derechos de cada una de estas personas, de este modo y en concordancia a lo dispuesto por la Presidencia de la República (Policía Nacional de Colombia, 2019), que en consenso con algunas organizaciones del ámbito internacional referenció 23 tipologías de liderazgo que se encuentran identificadas o se caracterizan por la promoción y defensa de los derechos humanos.[3] Dichas tipologías se encuentran así mismo delimitadas en la DOT 013 DIPON-INSGE del 01/03/2012 "Parámetros de Actuación Policial de la Estrategia de Protección a Poblaciones en Situación de Vulnerabilidad-ESPOV" (Policía Nacional de Colombia, 2019).

La Directiva Operativa Transitoria 025 del 5 de agosto 2021, que ofrece *Parámetros de actuación policial para el despliegue de la estrategia de atención a poblaciones en situación de vulnerabilidad – espov*, determina:

> Fijar directrices y parámetros de actuación policial para la sostenibilidad y el despliegue nacional de la Estrategia de Atención a Poblaciones en Situación de Vulnerabilidad – ESPOV, a partir de una revisión y actualización institucional en cumplimiento de la política pública expedida por el Gobierno nacional en materia de prevención, protección de los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad personal, grupos y comunidades con enfoque diferencial, conforme a la competencia de la Policía Nacional (Policía Nacional de Colombia, 2019).

[3] Las cuales se encuentran alineadas al Decreto 2137 del 19/11/2018 "Plan de Acción Oportuna (PAO) de Prevención y Protección Individual y Colectiva de los Derechos a la Vida, la Libertad, la Integridad y la Seguridad de Defensores de Derechos Humanos, Líderes Sociales, Comunales, y Periodistas", Decreto 1066 de 2015, Decreto 660 del 17/04/2018, Decreto 2252 del 29/12/2017, Decreto 2078 del 07/12/2017, y demás normas expedidas al respecto por el Gobierno Nacional.

De acuerdo con ello, la Estrategia de Atención a Poblaciones Vulnerables (espov), emitida por la Policía Nacional de Colombia y el Ministerio de Defensa, reconoce la importancia de las acciones integrales y diferenciales que tengan como objetivo la protección y las acciones de prevención a los líderes/as sociales y defensores/as de derechos humanos; en este sentido, establece estas cuatro iniciativas estratégicas para dicha protección y prevención:

> 1. La unificación de la ruta de actuación institucional para la prevención y protección a personas y comunidades en situación de vulnerabilidad, en particular a líderes/as sociales y defensores/as de derechos humanos.
>
> 2. La consolidación de las actividades de apoyo judicial para el esclarecimiento de los homicidios a líderes/as sociales y defensores/as de derechos humanos.
>
> 3. La interoperabilidad de las estrategias con énfasis en la prevención y protección de líderes/as sociales y defensores/as de derechos humanos.
>
> 4. La coordinación intersectorial y la rendición de cuentas de las acciones institucionales en materia de prevención y protección a personas, grupos o comunidades en los territorios, especialmente de los líderes/as sociales y defensores/as de derechos humanos (Policía Nacional de Colombia, 2021, p. 20)

En consecuencia, la Dirección General de la Policía Nacional ha dispuesto que se garantice la continuidad y la sostenibilidad del despliegue de los parámetros de actuación policial definidos para la estrategia ESPOV, brindando asesoría, acompañamiento, verificación, seguimiento y evaluación de las responsabilidades establecidas para las direcciones corresponsables y las comandantes de región, metropolitanas y departamentos de policía.

La pregunta que mueve el artículo es, por tanto: ¿qué piensan los integrantes de patrulla de la Policía Nacional respecto a la aplicación de directrices de protección a líderes sociales defensores de los DD. HH.?

4. Marco normativo

Se proponen en este numeral los marcos legal, institucional y normativo como fundamentos que justifican la investigación realizada a la luz de las exigencias de la cultura jurídica a la que obedece la Policía Nacional de Colombia.

4.1 Marco legal

Respecto al marco normativo estatal para la protección de DD. HH., además de la mención previa a la Constitución, se enuncian las siguientes normas que le regulan: Ley 418 de 1997, que crea los cimientos para la protección de defensores de DD. HH. y de las

personas que son objeto de protección especial; Decreto 978 de 2000 de protección a la oposición; Decreto 1592 de 2000 de protección a periodistas y comunicadores; Decreto 1386 de 2002 de protección a los alcaldes, a los concejales y a los personeros; Decreto 2788 de 2003 que regula la protección a personas y grupos en riesgo por causas políticas y, finalmente, Decreto 660 de 2018, el cual es particularmente significativo, pues define y adopta medidas de protección para "líderes, lideresas, dirigentes, representantes y activistas de organizaciones sociales, populares, étnicas, de mujeres, de género, ambientales, comunales, de los sectores LGBTI y defensores de DD. HH. en los territorios" (Presidencia de la República de Colombia, 2018).

También se tienen en cuanta la Directiva Presidencial 07 de 1999 que aborda la protección de las diferentes organizaciones de derechos humanos (Presidencia de la República de Colombia, 1999) y la Directiva Presidencial 09 de 2003 mediante la cual se hace referencia a la protección a sindicalistas y defensores de derechos humanos, además de la Circular Externa del Ministerio del Interior CRI 01, que se ocupa de las garantías para las actividades realizadas por los defensores y defensoras de derechos humanos en Colombia a su vez que busca proteger a líderes sociales y comunales (Presidencia de la República de Colombia, 2003). Todo lo anterior tiene además el respaldo del Acuerdo de Paz que señala garantías especiales de obligatorio cumplimiento (Gobierno de Colombia & FARC-EP, 2016).

4.2 Entidades involucradas

Con respecto a las entidades estatales con responsabilidad frente a la protección de derechos humanos, se destacan: la Defensoría del Pueblo (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, artículo 281, 1991), Procuraduría General de la Nación (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, artículos 277 y 278, 1991), Personería Municipal (Congreso de la República de Colombia, artículo 178 de la Ley 136, 1994), la Fiscalía General de la Nación (Congreso de la República de Colombia, Ley 938, 2004) y el Ministerio del Interior (Congreso de la República de Colombia, artículo 59 de la Ley 489,1998).

En lo referente a las cifras de homicidios y ataques dirigidos a líderes sociales, se pone en evidencia una incongruencia entre las diferentes entidades. Estas cifras no coinciden. De la misma forma, la impunidad es alta y la identificación de los agresores es compleja.

4.3 Normativa vigente

En lo referente a los programas emitidos por el Estado para la protección de líderes sociales, se enumeran los siguientes: la Ley 418 de 1997, programa de protección a personas en de riesgo por violencia política, ideológica, del conflicto armado interno; la Resolución 2138 (Ministerio del Interior, 2021) que implementa el Programa de protección de derechos humanos; el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; el Decreto 4065 de 2011 que crea la Unidad Nacional de Protección; el Decreto 4912 de 2011 de prevención y protección de la vida, libertad,

integridad y seguridad de personas, grupos y comunidades; la Resolución 1085 de 2015 de implementación de la ruta de protección del Programa del Ministerio del Interior y de la Unidad Nacional de Protección; el Decreto 1314 de 2016 enfocado en las mujeres lideresas y defensoras de los derechos humanos; y el Decreto 1581 de 2017 de defensa de derechos humanos enfocada en el territorio nacional.

5. Análisis

El análisis y la interpretación de los datos recolectados permitió que se identificaran algunas particularidades respecto al modo como los integrantes de patrulla de la institución valoran tanto su función en los municipios elegidos para la recolección de los datos como el rol que deben cumplir en tanto funcionarios de la Policía Nacional de Colombia, pues los datos indican que en los cinco municipios es claro el compromiso que adquirieron como miembros de una estructura vertical, y en cuatro de los municipios hay conciencia del riesgo a la vida y a la integridad que ello implica. Uno de los municipios, Rionegro, no asoció directamente la función con el riesgo.

El compromiso institucional no hace que los integrantes de patrulla encuestados pierdan la distancia crítica con algunas de sus condiciones de función. Es llamativo que señalen algunos aspectos de logística y de comunicación que podrían mejorar sin que esto implique actitudes insubordinadas u hostiles. Al contrario, es evidente que su disposición a expresar las inquietudes, por las que se advierte que el servicio es difícil y que tiene complicaciones que se podrían solucionar con relativa facilidad, es manifestación de su compromiso: al tratarse de una estructura jerárquica, y al tener conciencia de la línea de mando, los integrantes de patrulla expresan sus inquietudes como modo de proponer un mejoramiento mediato, para quienes realizarán las funciones después de ellos.

Respecto a las directrices de atención a los defensores de derechos humanos con liderazgo social, los integrantes de patrulla consideran que se trata de una de las funciones que deben cumplir dentro del servicio y que no es una instrucción que esté abierta a debates porque la verticalidad no lo permite. Sin embargo, la asociación de la aplicación de la directriz de atención a personas vulnerables por tener condición de defensores de derechos humanos con liderazgo social implica un riesgo manifiesto y alto en términos de vida e integridad en al menos cuatro de los cinco municipios. En el caso de Rionegro la relación no es tan clara y directa, pero no se la puede descartar por completo.

En lo que respecta a las entrevistas, el primer aspecto que se debe resaltar es que solo aceptaron ser entrevistados tres de los catorce actores invitados a participar en la iniciativa investigativa propuesta por el proyecto. Este es un dato que, cuantitativamente, se reduce a afirmar que solo un 21,4 % de los invitados aceptó, lo cual es solo una quinta parte. El equipo investigador empleó todos los recursos de persuasión para convencer a los invitados a que se unieran al ejercicio, pero las negativas fueron silencios o declinaciones sin explicación. La institución debe ocuparse de esta renuencia que no tiene por qué entenderse como miedo o intimidación, pero que sin duda expresa que hay una carga de no aceptación.

La discusión, por tanto, debe girar en torno a tres resultados: primero, el contraste de las representaciones de los integrantes de patrulla respecto a su función como funcionarios que deben prestar el servicio de aplicación de la directriz a los defensores de derechos humanos con liderazgo social que la solicitan en los municipios elegidos; segundo, el contraste entre las percepciones que tienen los entrevistados y los encuestados respecto a la relación entre atención y protección; y tercero, el circuito de confianza que expresaron los invitados que aceptaron participar en el proyecto de investigación como un modo particular de la *parrhesía* o del coraje y la confianza de atreverse a decir su verdad respecto a sus imaginarios sobre la institución.

6. Conclusiones

Como hipótesis de interpretación se puede proponer la desconfianza o el recelo, y esto no tiene por qué verse como un problema. A la institución se la asocia predominantemente con su aspecto de seguridad y con el hecho de que está armada. Que sea un ente de naturaleza civil y no militar hace que los interesados en el problema de los derechos humanos asociados al liderazgo social acentúen que la institución no está circunscrita al Ministerio del Interior, sino al de Defensa.

Esta hibridación institucional tiene consecuencias en el imaginario que se construye sobre ella, en el que se incluyen tanto las imágenes de las atrocidades que la institución ha sufrido —recuérdese que a finales de la década de los 80 y a comienzos de los 90 los policías tenían puesta una etiqueta simbólica con un precio por quitarles la vida— como de las que se tiene registro de que posible o presuntamente un uniformado ha cometido. La carga que ambas imágenes tienen en el imaginario soporta la paradoja que rodea la percepción respecto a las funciones y al prestigio institucional. Esta situación merece un plan de intervención por vía de la socialización de las funciones institucionales que haga énfasis en la relación de la institución con la sociedad, lo cual será una de las recomendaciones que se ofrecerán como alternativa de mejora.

Aunque hubo una participación de una quinta parte de los invitados, cantidad que no fue la esperada ni la deseable, el análisis de los datos que las entrevistas permitieron recolectar resultó oportuno para el proyecto. Los participantes admiten el valor de las funciones institucionales, pues comprenden las directrices normativas y de la Constitución, a la vez que tienen declaraciones claras respecto a la defensa de los derechos humanos y no reducen a la institución a los imaginarios maniqueos que la ven al mismo tiempo como vulnerable y como vulneradora. Por eso, sus críticas y objeciones son tan útiles, independientemente de la distancia ideológica que puedan tener con la misma institución.

Los datos respaldan esta interpretación. Del mismo modo que un 80 % de los invitados declinó por motivos más o menos relacionados con el recelo, el 20 % estuvo dispuesto a compartir sus impresiones sobre la institución, en una actitud que permitió proponer una categoría emergente: la *parrhesía*, es decir, el coraje de decir la verdad cuando es necesario independientemente del modo como la recibirá quien la escucha. Esta categoría le da significación al marcado contraste entre quienes rechazaron la invitación

y quienes la aceptaron. Estos últimos tuvieron el coraje de manifestar sus inquietudes y de expresar sus objeciones, lo cual implica, por paradójico que pueda parecer, una forma de confianza hacia la institución con la que los invitados que declinaron parecen no contar.

Lo que tienen en común las entrevistas a los actores social defensores de derechos humanos con las encuestas es que asocian la atención con la protección, pero lo hacen de modo diferente. Mientras que en las encuestas la protección parece ser simplemente una consecuencia espontánea de la atención, en las entrevistas la atención se considera más la aplicación instrumental de un protocolo de gestión administrativa que no tiene como consecuencia la protección.

La tensión es interesante para la investigación. Por un lado, los integrantes de patrulla consideran que cumplen con su función al seguir los pasos de la directriz de atención, y que cualquier incidente posterior que implique vulnerabilidad para quien solicitó la directriz no tiene relación directa con el protocolo de atención. Por su parte, los actores entrevistados consideran que la notificación de activación de la directriz es una medida institucional para presentar resultados al mover los indicadores, pero desentendiéndose de las consecuencias prácticas que el riesgo termina teniendo sobre quienes solicitaron la aplicación de la directriz de atención.

La discusión, por tanto, debe girar en torno a tres resultados: primero, el contraste de las representaciones de los integrantes de patrulla respecto a su función como funcionarios que deben prestar el servicio de aplicación de la directriz a los defensores de derechos humanos con liderazgo social que la solicitan en los municipios elegidos; segundo, el contraste entre las percepciones que tienen los entrevistados y los encuestados respecto a la relación entre atención y protección; y tercero, el circuito de confianza que expresaron los invitados que aceptaron participar en el proyecto de investigación como un modo particular de la *parrhesía* o del coraje y la confianza de atreverse a decir su verdad respecto a sus imaginarios sobre la institución.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116.

Congreso de la República de Colombia. (1994, 2 de junio). *Ley 136 de 1994*. Diario Oficial: 41.377. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html

Congreso de la República de Colombia. (1997, 26 de diciembre). *Ley 418 de 1997.* Diario Oficial: 43.201. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html

Congreso de la República de Colombia. (1998, 30 de diciembre). *Ley 489 de 1998*. Diario Oficial: 43.464. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186

Congreso de la República de Colombia. (2004, 30 de diciembre). *Ley 938 de 2004*. Diario Oficial: 45.778. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/Ley938-de-2004.pdf

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2017, 30 de marzo). Informe de Riesgo N 010-17 I.A. http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2020/02/IR-N%C2%B0-010-17-L%C3%ADderes-y-Defensores-de-DDHH.pdf

El Espectador. (2021, 8 de agosto). *25 años de lucha por los derechos de los pueblos indígenas*. *El Espectador*. https://www.elespectador.com/contenido-patrocinado/25-anos-de-lucha-por-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas/

Garzón Vergara, J. C. (2021, 2 de febrero). *10 dinámicas que marcarán la violencia organizada en 2021.* La Silla Vacía-Indepaz. http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1945

Gobierno de Colombia & FARC. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz*. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/ herramientas/Documents/Acuerdo-Final-AF-web.pdf

Indepaz. (2021). *Líderes sociales y defensores de Derechos Humanos asesinados en 2020*. http://www.indepaz.org.co/lideres/

León, J. (2021, 5 de febrero). *Barbosa-unificador-cifras-líderes-sociales-tras-haber-sido-su-manipulador.* La Silla Vacía. https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/barbosa-es-el-unificador-de-cifras-de-lideres-sociales-tras-haber-sido-su-manipulador

Ministerio del Interior de Colombia. (2015, 21 de agosto). *Resolución 1085 de 2015*. https://www.unp.gov.co/wp-content/uploads/2018/05/resolucion-1085-de-2015-mininterior.pdf

Ministerio del Interior de Colombia. (2021, 7 de diciembre). *Resolución 2138 de 2021*. https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/09/resolucion_2138_del_7_de_diciembre_de_2021.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). *Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet29sp.pd.

Otzen, T. & Manterola, C. (2017). Técnicas de Muestreo sobre una Población a Estudio. *International Journal of Morphology, 35*(1), 227-232. https://dx.doi.org/10.4067/S0717-95022017000100037

Policía Nacional de Colombia. (2014). *Guía de atención policial para la atención a población vulnerable*. https://www.policia.gov.co/sites/default/files/descargables/22._1ip-gu-0004_guia_de_actuacion_policial_para_la_atencion_de_poblaciones_vulnerables.pdf

Policía Nacional de Colombia. (2019). *Directiva 013 de 2019 / DIPON-INSGE-23.2, parámetros de actuación policial de la estrategia de protección a poblaciones en situación de vulnerabilidad*–ESPOV

Presidencia de la República de Colombia. (1999, 10 de septiembre). *Directiva Presidencial 07 de 1999*. Diario Oficial: 43.700. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/directiva_presidencia_dp007_99.htm#:~:text=Enfatiza%20la%20voluntad%20pol%C3%ADtica%20del,Amenazadas%20del%20Ministerio%20del%20Interior

Presidencia de la República de Colombia. (2000, 6 de junio). *Decreto 978 de 2000*. Diario Oficial: 44.033. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1731234

Presidencia de la República de Colombia. (2000, 24 de agosto). *Decreto 1592 de 2000*. Diario Oficial: 44.139. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6092#:~:text=Crea%20el%20programa%20de%20protecci%C3%B3n,adscrito%20al%20Ministerio%20del%20Interior

Presidencia de la República de Colombia. (2002, 10 de julio). *Decreto 1386 de 2002*. Diario Oficial: 44.861. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1277464#:~:text=DECRETA%3A,%2C%20integridad%2C%20seguridad%20o%20libertad.

Presidencia de la República de Colombia. (2003, 3 de octubre). *Decreto 2788 de 2003*. Diario Oficial: 45.329. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1490743#:~:text=por%20el%20cual%20se%20unifica,del%20Interior%20y%20de%20Justicia.

Presidencia de la República de Colombia. (2003, 17 de septiembre). *Directiva Presidencial 09 de 2003*. Diario Oficial: 45. 313. https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=DirectivasP/30021419

Presidencia de la República de Colombia. (2011, 31 de octubre). *Decreto 4065 de 2011*. Diario Oficial: 48.239. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44545

Presidencia de la República de Colombia. (2016, 10 de agosto). *Decreto 1314 de 2016*. Diario Oficial: 49.961. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75234

Presidencia de la República de Colombia. (2017, 28 de septiembre). *Decreto 1581 de 2017*. Diario Oficial: 50.370. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83593

Presidencia de la República de Colombia. (2018, 17 de abril). *Decreto 660 de 2018*. Diario Oficial: 50.567. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85922

Somos defensores (2020). *El virus de la violencia. Informe semestral.* https://somosdefensores.org/2020/11/03/el-virus-de-la-violencia/

La dignidad humana como bien jurídico tutelado en los procesos de acoso laboral y el recurso extraordinario de casación en el ordenamiento jurídico colombiano

Human dignity as a protected legal right in labor harassment proceedings and the extraordinary remedy of cassation in the Colombian legal system

Luis Alberto Torres Tarazona[1]
Juan Sebastián Gómez Yara[2]
María Fernanda González Martínez[3]
Ana María Neusa Ospina[4]
Angélica María Herrera Medina[5]
Rosa Fernanda Florián Romero[6]
Cristhian Camilo Rodríguez Martínez[7]
Andrés Felipe Barrera Muñoz[8]

Cómo citar: Torres, L.; Gómez, J.; González, M.; Neusa, A.; Herrera, A.; Florián, R.; Rodríguez, C. y Barrera, A. (2023). La dignidad humana como bien jurídico tutelado en los procesos de acoso laboral y el recurso extraordinario de casación en el ordenamiento jurídico colombiano. *Nuevo Derecho*; 19(32): 1-20. https://doi.org/10.25057/2500672X.1486

Recibido/05/09/2022 – Aceptado/19/04/2023 – Publicado/30/06/2023

[1] Doctorando en Derecho de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Director del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social, y miembro del grupo de investigación: Estudios Interdisciplinarios Desc y Mundo del Trabajo. luis.torrest@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9223-1946

[2] Abogado. Docente universitario. Especialista en Derecho Económico de la Universidad Javeriana. Candidato a magister en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Libre. juansgomezy@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0009-0008-3987-7439

[3] Abogada. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Candidata a magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. mariaf-gonzalezm@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0009-0002-4274-2216

[4] Estudiante de quinto año de Derecho. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. anam-neusao@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0009-0004-2150-5777

[5] Estudiante de quinto año de Derecho. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. angelicam-herreram@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0009-0004-4549-9519

[6] Estudiante de quinto año de Derecho. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. rosaf-florianr@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0009-0003-3409-2978

[7] Estudiante de quinto año de Derecho. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. cristhian-rodriguezm@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6061-2557

[8] Estudiante de quinto año de Derecho. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre. andresf-barreram@unilibre.edu.co – ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2602-2314

Resumen

Se analiza la procedencia del recurso extraordinario de casación partiendo de la concepción del Estado social de derecho; para ello se resalta la evolución legislativa y jurisprudencial de este recurso en los asuntos del trabajo y la seguridad social. En el escenario de la protección y tutela efectiva de los derechos y las garantías constitucionales, la casación debe estar enmarcada en una justicia formal, material y eficaz, y para ello se debe flexibilizar su técnica, en especial cuando se vean involucrados los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y a la seguridad social, entre otros. Se enfatiza en el acoso laboral como una problemática que aqueja a los trabajadores y en la posible procedencia de la casación para tratarla en aras de la protección constitucional de los derechos del trabajador, teniendo como eje principal la dignidad humana y partiendo del análisis de la jurisprudencia al respecto en nuestro país. Se propone que el requisito para el otorgamiento del recurso extraordinario de casación no sea un interés económico para recurrir, sino la tutela efectiva de los derechos humanos sociales. De manera concreta, se propende por una alternativa jurídica para garantizar el acceso a la administración de justicia en casos de acoso laboral y, en este sentido, se plantea la sede del recurso extraordinario de casación como un espacio que posibilite la protección real de los derechos fundamentales de los trabajadores que pudieron haber padecido acoso laboral.

Palabras claves: derechos humanos sociales, acceso, garantía, acoso laboral y casación.

Abstract

The procedence of the extraordinary remedy of cassation is analyzed based on the conception of the social rule of law; to this end, the legislative and jurisprudential evolution of this remedy in labor and social security matters is highlighted. In the scenario of protection and effective protection of rights and constitutional guarantees, cassation must be framed in a formal, material and effective justice, and for this purpose its technique must be made more flexible, especially when fundamental rights to work, due process and social security, among others, are involved. Emphasis is placed on labor harassment as a problem that afflicts workers and on the possible applicability of cassation to deal with it for the sake of the constitutional protection of the rights of the worker, having human dignity as the main axis and starting from the analysis of the jurisprudence in this regard in our country. It is proposed that the requirement for the granting of the extraordinary appeal in cassation is not an economic interest to appeal, but the effective protection of social human rights. In a concrete manner, the proposal is for a legal alternative to guarantee access to the administration of justice in cases of labor harassment and, in this sense, the extraordinary appeal in cassation is proposed as a space that makes possible the real protection of the fundamental rights of workers who may have suffered labor harassment.

Keywords: fundamental rights, political constitution, access, guarantee, workplace, harassment and “casación”.

1. Metodología

La metodología de investigación desarrollada en el presente escrito se fundamentó en una profundización analítica y descriptiva, al estudiar la figura jurídica del proceso especial de acoso laboral y el recurso extraordinario de casación, con el propósito de evaluar por separado y en conjunto su trascendencia práctica, normativa y jurisprudencial.

En armonía con lo anterior, el presente escrito se enfocó en una metodología de investigación cualitativa apoyada en distintas fuentes valorativas, por medio citas literarias, jurisprudenciales, bases de datos y conceptos doctrinales en la materia de referencia. Así mismo, se utiliza un método disciplinar e interdisciplinar, con el propósito de examinar la necesidad y relevancia jurídica de la aplicación de una casación oficiosa y/o selectiva en el proceso especial de acoso laboral, y con el fin de brindar un nuevo panorama de apreciación en su procedencia, en procura de la protección de los derechos fundamentales, constitucionales y convencionales de los trabajadores de la sociedad colombiana.

2. Introducción

Partiendo de que es fundamental ofrecer garantías procesales a todos los ciudadanos, la existencia de un proceso con todas sus instancias y recursos constituye una herramienta eficiente para optimizar los objetivos de justicia a través de la coordinación económica y el equilibrio social; a la par, es evidente que un ambiente laboral sano propicia una mayor motivación de los trabajadores al momento de desempeñar sus funciones. En este sentido, la codificación procesal laboral colombiana debe responder al flagelo del acoso laboral en el ambiente de trabajo y por ello cobra relevancia la siguiente cuestión: ¿qué pasa cuando una sentencia de segunda instancia de un proceso especial, como el proceso de acoso laboral, por su categoría, no tiene la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de casación?

La respuesta a este planteamiento fue mencionada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se argumenta que este recurso no se puede implementar en el proceso especial de acoso laboral ya que el ordenamiento jurídico colombiano establece taxativamente que solo se puede invocar en procesos ordinarios. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia SL Rad.47080, 2011).

No queda claro, entonces, cuál es la protección de los derechos constitucionales, si se tienen en cuenta la posibilidad de errores en las sentencias judiciales, inclusive en las que le ponen fin al proceso en segunda instancia y basándonos en la obligación del Estado contemplada en el Convenio 190 de la OIT (2019) de prever y adoptar las medidas necesarias para evitar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, más en un proceso en el que se tratan situaciones de hostilidad que generan vulneraciones a derechos fundamentales. Conforme lo anterior, se analizará la procedencia del recurso extraordinario de casación en materia laboral en el proceso especial de acoso laboral, y la aplicación de una casación oficiosa y/o selectiva, en procura de la protección de la dignidad humana de los trabajadores colombianos.

A continuación, se describen los objetivos específicos que se abordarán en el presente trabajo:

1. Analizar la figura jurídica del acoso laboral en el contexto de la jurisdicción colombiana y examinar su relación con la procedencia del recurso extraordinario de casación. Para ello, se revisarán las disposiciones legales y jurisprudenciales relevantes relacionadas con el acoso laboral, considerando cómo esta figura se ha desarrollado y aplicado en la legislación colombiana. Además, se investigará cómo esta figura jurídica puede dar lugar a la procedencia del recurso extraordinario de casación en casos específicos.

2. Investigar la procedencia del recurso extraordinario de casación en materia laboral en el proceso especial de acoso laboral, teniendo en cuenta su importancia para la protección de los derechos fundamentales y la ratificación del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2019). Se examinarán los criterios y requisitos legales establecidos para la interposición del recurso extraordinario de casación en casos de acoso laboral, así como la jurisprudencia que haya sentado precedentes en esta materia. Asimismo, se evaluará la relevancia de dicho recurso en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores, en concordancia con los principios establecidos en el Convenio 190 de la OIT.

3. Determinar la procedencia del recurso extraordinario de casación laboral en el proceso especial de acoso laboral, centrándose especialmente en la vulneración de la dignidad humana de las personas afectadas por violencia y acoso laboral. Se llevará a cabo un análisis detallado de los elementos que deben estar presentes para que proceda la interposición del recurso extraordinario de casación en casos de acoso laboral, considerando la violación de la dignidad humana como un criterio relevante.

3. El acoso laboral

De entrada, es necesario conceptualizar lo que significa el acoso laboral, en el entendido de que tiene diversas modalidades y definiciones doctrinales. Por una parte, García Abuabara et al. (2014) radican su tesis en manifestar que acoso laboral es el comportamiento demostrable ejercido sobre el subordinado cuyo fin es someterlo; a su vez, complementan Murillo y Rivera (2014) que aparte del miedo o la angustia generada también ocasiona perjuicios laborales, desmotivaciones en el lugar de trabajo e incluso lo que se conoce como despidos indirectos.

Agregando a la idea anterior, Peña (2016) cita a Carvajal Orozco y Dávila Londoño (2013) quienes manifiestan que el acoso laboral también se conoce como *"mobbing"* e implica la generación de conductas hostiles o negativas generadas por un trabajador o empleador en contra de otro trabajador sin diferencia de la jerarquía. Carvajal Orozco y Dávila Londoño (2013) agregan que lo importante y demostrado en el *mobbing* es "la forma sistemática, recurrente o prolongada para afectar psicológicamente a la víctima" (Peña, 2016, p. 97).

Por otra parte, se tiene a Caamaño y Ugarte (2014) quienes aseveran por un lado que el acoso laboral es la generalidad de las conductas abusivas que atentan contra la dignidad humana, integridad física o psíquica de un trabajador y, por el otro lado, se conceptúa que el acoso laboral muchas veces es la violencia generada en pequeñas dosis que logra ser poca, pero si llega a ser sistemática y acumulativa logra ser destructiva. Ello se adecua a la idea general que, según mencionan De Miguel Barrado y Prieto Ballester (2016), ha tenido Leymann (1996) como primer autor que habló del tema, quien sostuvo que acoso laboral era toda:

> situación en la que una persona ejerce violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus laboral y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo (De Miguel Barrado & Prieto Ballester, 2016, p.4.).

En otro orden de ideas, aparte de la idea sobre el *mobbing*, Piñuel y Oñate (2007) aluden al acoso laboral en la esfera del acoso moral, en tanto se expresa en aquellas expresiones verbales groseras y agresivas en contra de la humanidad del trabajador o de varios trabajadores sin que el acosado tenga salidas de escape en sus diferentes procedimientos. Como se verá en el desarrollo normativo, el acoso laboral ha estado evolucionando y, según Arbonés Lapena (2014) citado por De Miguel Barrado y Prieto Ballester (2016), existen varias evoluciones, entre ellas la que se muestra en la tabla 1 sobre el originario concepto de Leymann y el actual:

Tabla 1.
El acoso laboral según Leymann y en la actualidad

	Leymann (1996)	**Concepto actual**
Concepto	Violencia física	Ataque considerado una conducta antijuridica
Reiteración en el tiempo	Al menos una vez por semana durante seis meses	Actuaciones continuadas que atenten contra la dignidad de la víctima
Finalidad	Eliminar la comunicación, destruir la reputación y perturbar el ejercicio de las tareas de la víctima	Autoeliminación laboral
Consecuencia principal	Abandono voluntario de la organización	Efectos sobre la salud de la víctima

Fuente: De Miguel Barrado & Prieto Ballester (2016).

Para otro grupo de autores citados por De Miguel Barrado y Prieto Ballester (2016) como González y Delgado (2008), Escobar Pérez y Fernández (2012) y Arbónes Lapena (2014), existen cinco conjuntos que se constituyen como acoso laboral. En un primer grupo, las conductas que disminuyen la comunicación entre el acosado y sus colegas restringiéndole el derecho a que comunique lo acontecido; en un segundo grupo, las conductas para impedir el contacto social entre el acosado y los colegas; en un tercer

grupo están las conductas que atentan contra la reputación o el buen nombre del sujeto pasivo del acoso laboral; en un cuarto grupo, la asignación de tareas ínfimas e irrisorias de parte del empleador a los trabajadores para desacreditarlos profesionalmente y, por último; el quinto grupo concerniente al ataque incisivo a la salud, un ataque directo o indirecto al factor salud del acosado generando afectaciones psicológicas, psíquicas e incluso ataques verbales como físicos.

Cabe agregar que existen dos clases de acoso laboral, según De Miguel Barrado y Prieto Ballester (2016); la primera alusiva a la procedencia que puede ser vertical de parte del empleador directo o indirecto, como horizontal de parte de un trabajador del mismo rango. La segunda clase de acoso laboral está referida a la intencionalidad del acosador, que logra ser estratégico, de dirección, perverso y disciplinario. Frente a lo *estratégico*, la finalidad del acosador es que el acosado "abandone voluntariamente la empresa" —despido indirecto—. La expresión *de dirección* implica que la conducta se dirige a quebrar la humanidad del trabajador que supera las expectativas en la empresa. Se habla de lo *perverso* cuando el sujeto activo de la conducta seduce al sujeto pasivo conquistando su confianza, generando así lazos de cooperación y amistad para luego consumar el daño o el acoso y, por último, la intencionalidad *disciplinaria* busca infundir temeridad y miedo sobre los subordinados para que no cometan faltas y, si las cometen, que se vean obligados a una sanción ejemplar como "escarmiento laboral".

4. Desarrollo normativo de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

4.1. Organización Internacional del Trabajo

Continuando con el desarrollo normativo de la institución jurídica del acoso laboral se hace necesario analizar el concepto de acoso laboral desde los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para luego analizar el concepto que trae la Ley 1010 (Congreso de la República de Colombia, 2006).

El Convenio 190 de la OIT define el acoso laboral como:

> el conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas ya sea que manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico e incluye la violencia y el acoso por razón de género (OIT, 2019).

En armonía con lo anterior, la Recomendación 206 (OIT, 2019) es incisiva al recalcar la violencia y el acoso en la normativa internacional. Además, agrega más mecanismos de protección y prevención, así como una pluralidad de recursos y reparaciones para el o la acosado/a bajo la óptica de tres enfoques: el de inclusión, el de integración y el de género. (OIT, 2019).

4.2. Legislación en Colombia

Por su parte, en el ordenamiento jurídico de Colombia se halla la Ley 1010 (Congreso de la República de Colombia, 2006) "Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo". Esta normativa estipula varias aristas a tener en cuenta: las modalidades de acoso laboral, sus agravantes y atenuantes, aquellas conductas constitutivas de acoso laboral que tienen que ser recurrentes y repetitivas, al igual, indica cuales medidas se catalogan como preventivas y correctivas, posteriormente las sanciones y sus niveles de aplicación por gravedad en la conducta, garantías para los y las denunciantes, las formas de acudir a la justicia, en particular lo privado de las audiencias y lo regulado en el proceso de única instancia.

La Ley 1010 de 2006, establece en su segundo artículo una definición de acoso laboral:

> Es toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo (Congreso de la República de Colombia, Ley 1010, 2006).

Es importante tener también en cuenta que la normatividad define, en su artículo segundo, seis tipologías de conductas o modalidades que pueden llegar a considerarse como acoso laboral, siendo todas ellas de igual relevancia y conduciendo a escenarios de prevención, corrección y sanción.

5. Desarrollo jurisprudencial del acoso laboral

En su conceptualización, el acoso laboral tiene diferentes acepciones prácticas y, en sentido amplio, según algunos autores,[9] puede entenderse como

> toda conducta persistente y demostrable, que es ejercida sobre un trabajador que tiene por lo general una condición de subordinación, cuyo propósito es infundir miedo, intimidación, terror y angustia, o causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir su renuncia" (Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 610941, 2020).

Esta conducta entonces acoge diversas formas de conceptualización, por lo cual es importante identificar las modalidades mediante las cuales se puede materializar, de conformidad con lo descrito en la Ley 1010 de 2006, que desarrolla legislativamente su estudio central en Colombia y marca la ruta de prevención, corrección y sanción de las conductas que puedan considerarse como acoso laboral. Esta es ciertamente una

[9] La Ley 1010 de 2006 y la Resolución 2646 de 2008 definen normativamente qué es acoso en Colombia. Igualmente, Leymann, María José Romero, la OIT, Lino de Goes, entre otros, también lo definen.

normativa novedosa ya que es la primera ley que desarrolla el tema en los países de la región de América Latina.

Por otra parte, en cuanto a la procedencia del recurso extraordinario de casación en materia laboral es importante destacar que esta impugnación se debe interponer contra sentencias de segunda instancia originadas en procesos ordinarios, con el fin de examinar su legalidad. Desde la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado que "uno de los fines del recurso de casación es la unificación jurisprudencial que debe cumplirse no solo a los temas del trabajo, sino también en todos aquellos propios de la seguridad social como paradigma del derecho laboral" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Referencia 8699, 1984).

También en esta providencia se estableció que el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social contiene una disposición expresa y especial en torno al fin principal del recurso extraordinario de casación, así como de sus conceptos estructurales que establecen elementos axiológicos respecto a su procedencia, a saber: providencias susceptibles para recurrir ante el medio extraordinario de impugnación; la noción actual del interés jurídico para recurrir y la cuantía del interés para recurrir; así mismo, en otra providencia de la Corte Suprema de Justicia se establece que este recurso extraordinario únicamente procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia en los procesos ordinarios o contra las mismas decisiones proferidas por los jueces del circuito cuando tiene lugar el recurso *per saltum*.

La magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo determinó en la Sentencia SL-8156 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016) que la finalidad del recurso extraordinario de casación es realizar una revisión de la sentencia para "establecer si el *ad quem* observó las normas jurídicas correspondientes para solucionar el conflicto, mantener el imperio e integridad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos constitucionales de las partes" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, SL-8156, 2016).

6. El recurso extraordinario de casación en materia laboral

Antes de tratar lo concerniente al recurso de casación, es apropiado definir el recurso extraordinario como aquella posibilidad jurídico-procesal por medio de la cual se impugna una sentencia ya ejecutoriada para que sea reformada o confirmada por el superior funcional. Se considera "extra" ordinario todo cuanto se debió agotar en lo ordinario, cumpliendo el principio de subsidiaridad procesal. Los recursos extraordinarios son dos: revisión y casación.

Conforme lo anterior, la casación en Colombia es un recurso extraordinario contemplado en el Código Procesal del Trabajo, donde se manifiestan situaciones para tener en cuenta. La primera de ellas es que se formula taxativamente cumpliendo los requisitos de una demanda formal en virtud del artículo 90 de la misma norma adjetiva; la segunda, que existen dos vías para alegar el recurso extraordinario: la vía directa y la vía indirecta; la tercera, que debe existir interés para recurrir a la casación.

Inicialmente en el artículo 90 Código Procesal del Trabajo se indica que deberá contener: "1. La designación de las partes; 2. La indicación de la sentencia impugnada; 3. La relación sintética de los hechos en litigio; 4. La declaración del alcance de la impugnación y 5. La expresión de los motivos de casación" (Presidencia de la República de Colombia, Decreto-Ley 2158, 1948). A su vez, en el acápite 5 tiene algunos requisitos especiales:

> a) El precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estime violado, y el concepto de la infracción, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea.
>
> b) En caso de que se estime que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, citará éstas singularizándolas y expresa qué clase de error se cometió (Presidencia de la República de Colombia, Decreto-Ley 2158, 1948).

Continuando con la idea anterior, deberá contener encabezado, referencia del expediente, nombre de las partes que son el recurrente y el opositor claramente determinados e identificados.

Por otra parte, frente a la existencia de dos vías para alegar el recurso extraordinario, encontramos la directa y la indirecta; por un lado, la vía directa —relacionada con los fundamentos normativos aplicados— comprende la infracción directa y la interpretación errónea o aplicación indebida. *Contrario sensu*, la vía indirecta —concerniente a la no valoración probatoria, indebida valoración probatoria o falta de aplicación de las pruebas— se contrae en los postulados del error de hecho y el error de derecho. Para una mejor comprensión, en la figura 1 se ilustran de manera concisa las dos vías:

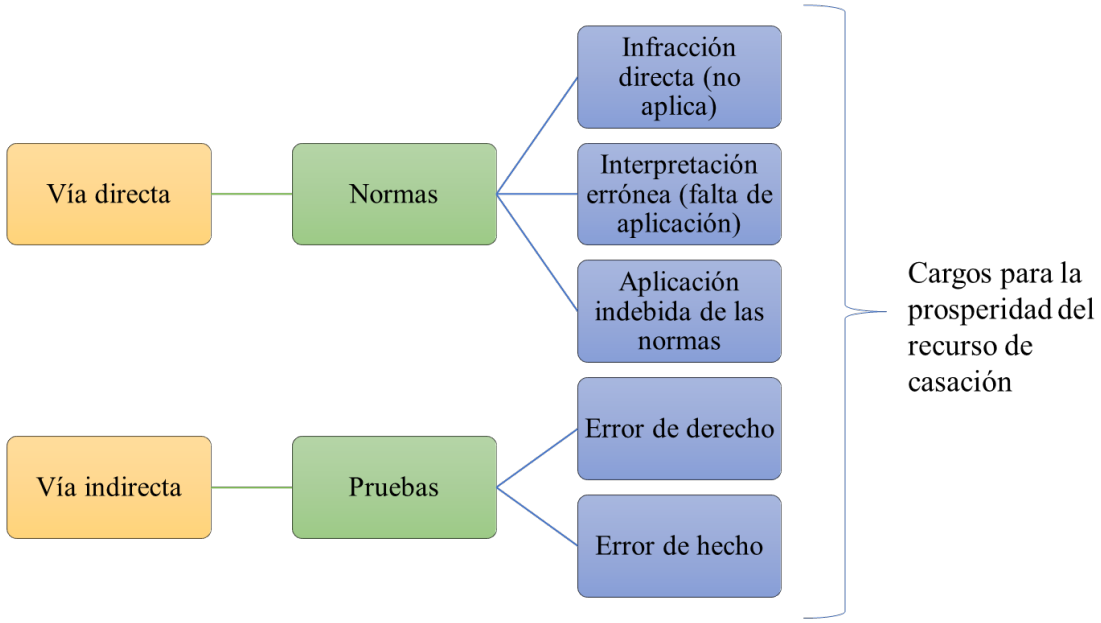

Figura 1. *Cargos para la prosperidad del recurso de casación*

Fuente: elaboración propia.

La infracción directa se presenta cuando el juez no aplica las normas concernientes al caso; la interpretación errónea se da cuando hay una falta de aplicación de las normas aplicables al caso y en lo tangencial; y la aplicación indebida de las normas ocurre cuando se da una aplicación no debida a pesar de tener las pruebas y los presupuestos fácticos traslucidos. Hay que tener claro que cuando se invocan los cargos susceptibles de prosperar en la demanda de casación por parte de la vía directa se habla de las normas que están siendo infringidas, que no están siendo aplicadas o que tuvieron una indebida aplicación por parte del juzgador (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Ref. 8699, 1984).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia (Op. cit.) ha sido enfática en propugnar que cuando se entablan cargos por la vía indirecta de manera improrrogable se está hablando de las pruebas, no de las normas. En lo concerniente a las pruebas existen dos cargos fundamentales: el error de hecho y el error de derecho. Los errores de hecho son aquellos cargos por que el juzgador realizó una mala valoración probatoria generando así un error manifiesto en los autos que decretan los medios de pruebas solicitados en las oportunidades legales pertinentes. Los errores de derecho se refieren a que las pruebas exigían alguna solemnidad especial y no se realizaron en la oportunidad pertinente. En conclusión, en materia de casación laboral, las vías son subsecuentes a un cargo mayor que es la violación de normas sustanciales del orden nacional.

Así mismo, para invocar la casación hay que tener unas condiciones especiales para recurrir: que el interés jurídico para incoar el recurso sea superior a los 120 smmlv y que se cumpla con la temporalidad del recurso para que no opere el principio de preclusión; lo anterior de conformidad con el Capítulo XV del Decreto-Ley 2158 (Presidencia de la República de Colombia, 1948).

El interés jurídico se enmarca en que las pretensiones objeto del litigio o el monto disputado en el petitorio sean superiores a los 120 smmlv; estas pretensiones son aquellas no otorgadas en segunda instancia que estarán cuantificadas a cargo del actuario. No obstante, también se tendrán en cuenta las pretensiones proyectadas a futuro como es el caso de las pensiones proyectadas según la edad a la luz del artículo 141 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. En cuanto a la temporalidad es importante indicar que existe un tiempo previsto para interponer el recurso.

En definitiva, luego del análisis de estos requisitos es evidente que el acoso laboral en Colombia no es susceptible de casación y solo tiene en consideración los recursos ordinarios establecidos en la legislación.

7. La figura del acoso laboral y el recurso de casación laboral

El trabajo, que nos remite a los inicios de las civilizaciones humanas, es tan antiguo como la violencia, el acoso y la persecución en los ambientes laborales que han tomado diversas metodologías para prevalecer en el tiempo. La vida en comunidad surgió como una necesidad innata al ser humano que es esencial para su desarrollo, pero con ella

se presentan un cúmulo de prácticas que buscan perturbar la convivencia y afectan de manera directa este desarrollo social.

Ante esto, presenciamos que en la historia se implementaron un sinfín de estrategias dirigidas a alcanzar el orden y la subordinación normativa de la sociedad.

En el desarrollo histórico, la casación que se consagró en 1886, según Martínez (2013), tuvo una finalidad política más que legal y su impacto negativo fue tal que condujo a su expulsión del sistema jurídico colombiano, pues al ser tan ritualista e incluso lesivo, era imposible ahondar en un debate jurídico-filosófico que tuviera como fin solucionar una situación jurídica concreta. Fue en 1991 cuando se dio una divergencia en el recurso que, además, se acentuó como aquella excepcionalidad a la que es necesario acceder y que deber ser resuelta con todo el nivel de especialidad, pero sin desconocer la protección de los derechos fundamentales.

En consecuencia, entender la casación y el acoso laboral es definirlos como una respuesta a situaciones críticas que ha atravesado, atraviesa y atravesará la sociedad colombiana, pues la casación es la forma especializada con la que un tribunal, con una naturaleza similar a la del legislador, puede revocar los fallos de instancias tradicionales e incluso exceptuar la aplicación de derechos de carácter general. Esta práctica se ve protegida en Colombia desde el desarrollo jurisprudencial, pues, como lo expresa Ríos Sánchez (2017) y el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, todos los jueces sin excepción son jueces constitucionales y actores en una legislación positiva. Pero entonces, podremos preguntarnos, ¿está delimitada la actuación del tribunal de casación?, ¿tiene libertad absoluta para apartarse de la ley?, pero sobre todo, y es el objeto de este documento, ¿cualquier temática es susceptible de casación?

Cobra importancia el estudio de la posibilidad de la casación en materia laboral cuando tratamos el acoso laboral en Colombia, pues con el desarrollo del margen positivo que ha obtenido desde la Ley 1010 del 2006 se puede dar respuesta a las preguntas que se establecieron en el párrafo anterior, en el entendido que adquiere esa categoría de “especialidad”, abriendo una brecha en lo que admite el recurso y los temas que deja al margen.

Entonces, el proceso por acoso laboral se separa de los procesos denominados como “ordinarios”, pues, tal como lo menciona Marquina Gutiérrez (2020): “Los procesos ordinarios son denominados de esta manera, teniendo en cuenta que son de carácter común y general” (p.90).

Esta característica lo excluye de la susceptibilidad de comparecer ante el recurso extraordinario de casación como aquella ruta alterna que propende por la garantía de haber sido cobijado por un proceso justo, con las características de valoración, certeza y especialidad que exige la temática. Sin embargo, y antes de analizar las características que conforman a la casación y al acoso laboral dentro del marco nacional e internacional, es necesario resaltar a modo de crítica la ironía que representa este proceso “especial” en el ordenamiento jurídico colombiano.

8. La dignidad humana como bien jurídico que debe ser tutelado en los procesos de acoso laboral

Antes de conocer ¿cuál es el alcance en la garantía de la protección de la dignidad humana, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia dentro del margen constitucional para la aplicación del recurso extraordinario de casación en los procesos de acoso laboral en Colombia?, se hace necesario hallar argumentos para garantizar verdaderamente el proceso y el procedimiento cuando se atenta contra los trabajadores colombianos mediante el flagelo del acoso laboral.

En atención a la investigación planteada, se puede evidenciar que hay una necesidad social que debe ser suplida por los jueces, esto es, frente a la procedencia del recurso extraordinario de casación en materia de acoso laboral. Para satisfacer dicha necesidad social una opción es que se amplíe o modifique el interés para recurrir, teniendo en cuenta la flagrante vulneración de derechos fundamentales como los de la dignidad humana en conexidad con el derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y la honra que tienen los trabajadores; por tanto, dejar por fuera procesos especiales como el de acoso laboral o exigir una suma mínima para peticionar son requisitos con los que se desconoce el acceso a la administración de justicia.

8.1. Presencia de la dignidad humana en la casación

La dignidad humana en las relaciones laborales se sustenta en el artículo 25 de la Constitución Política, que en dicha preceptiva señala: "Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas" (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991). Así mismo, se reitera en el artículo 53 de la misma norma, la cual indica que: "La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores" (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

La Corte Constitucional en reiterado precedente ha señalado las dimensiones en las cuales se materializa la dignidad humana. Entre otras, se encuentra la Sentencia T-881 (Corte Constitucional, 2002) en la cual se señala que la dignidad humana es vista *(i) como principio fundante del ordenamiento jurídico (ii) como principio constitucional y (iii) como derecho fundamental autónomo*.

Que sea vista como un principio fundante del ordenamiento jurídico, y siguiendo lo dicho por la sentencia en mención, quiere decir que: "Constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías de la Constitución" (Corte Constitucional, T-881, 2002), así como el insumo de las normas infraconstitucionales.

Por otro lado, la dignidad humana es vista como un principio constitucional en tanto se hace una remisión expresa al artículo 1 de la Constitución Política, el cual señala que:

> Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991).

Lo anterior quiere decir, entonces, siguiendo lo expuesto por la Sentencia T-556 de 1998 que en la dignidad humana: "se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política" (Corte Constitucional, 1998).

Finalmente, que la dignidad humana sea vista como un derecho autónomo quiere decir según la Sentencia T-291 de 2016 que:

> [...] la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado (Corte Constitucional, T 291, 2016).

Es importante señalar que en los últimos tiempos se ha prestado mayor atención a aquellos contextos en los cuales posiblemente se puedan presentar conductas de violencia y acoso en el mundo del trabajo y se sostiene que en estos casos no solo se trasgrede la norma jurídica que regula el flagelo, sino que además se está vulnerando la dignidad humana.

Es evidente que se afecta la dignidad humana en las conductas que posiblemente materialicen acoso; al respecto, la Ley 1010 de 2006 señala que uno de los bienes jurídicos tutelados es el de la dignidad humana, vista como ya se señaló, como un derecho autónomo fundamental; en consecuencia, claramente se impone un deber a los empleadores y trabajadores, con la finalidad de prevenir conductas de acoso que atenten contra la dignidad humana y de allí la tutela efectiva en vía judicial.

8.2. Aplicación de DD. HH. y DIDH

Colombia, para el caso en específico, está adherido a un sistema convencional y legal que se mantiene en el estandarte de la salvaguarda de los intereses de las personas habitantes de un mismo territorio. Por ello, la Constitución de 1991 comprende una aglomeración significativa de principios, rutas metodológicas y garantías, que en sus artículos 25, 48, 53, 93 y 94 logran dar respuesta a una protección internacional y convencional de los derechos laborales legalmente tutelados.

Es necesario precisar que la protección ofrecida por la Carta Magna de 1991 se extiende en la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978, la cual manifiesta que:

> dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos (Organización de Estados Americanos, Pacto de San José, 1978).

En esa misma vía, es necesario recordar que la Declaración de Filadelfia (Conferencia Internacional del Trabajo, 1944) afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, de seguridad y en igualdad de oportunidades. Por tanto, internacionalmente, desde la perspectiva de los derechos humanos y el derecho internacional se ve tutelada la dignidad humana y los derechos del trabajador. Teniendo lo anterior en consideración, el artículo 1° del Convenio 190 sobre la violencia y el acoso trae una definición que acertadamente comprende a la violencia y el acoso, pues lo designa como:

> un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (Organización Internacional del Trabajo, Convenio 190, 2019).

En este sentido, para evitar la vulneración de derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia, en el ordenamiento interno, funciona como un tribunal especializado y trabaja con el objetivo de analizar con precisión, detenimiento y tecnicismo las contingencias para los que son requeridos; así, parece que la prioridad se concentra en la especialidad de la temática a desarrollar, es decir, en aplicar taxativamente la ley formal, dejando temas que deberían ser susceptibles de casación. Excluir temas de casación como el flagelo de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo implica un desconocimiento de la ley material y la coherencia armónica entre la Constitución y los convenios internacionales que han sido ratificados por Colombia, pues el formalismo no es la prioridad cuando estamos frente a derechos sociales.

Es por ello que se puede afirmar que la casación oficiosa y/o selectiva se plasma como un medio alternativo de solución frente a temas de acoso laboral. Si Colombia en su Estado social de derecho pregona los valores, derechos y deberes de los ciudadanos como el respeto y la dignidad, de igual manera los ciudadanos, en especial los trabajadores, tienen el derecho de exigirle al aparato jurisdiccional de la justicia la verdadera garantía (muchas veces quimérica) de la protección de la dignidad humana sobre cualquier requisito procedimental o procesal, ya que los derechos humanos deben aplicarse tanto de forma sustantiva como procesal.

8.3. Casación selectiva y oficiosa

El recurso extraordinario de casación selectivo u oficioso es una propuesta, descrita por el profesor Ernesto Forero Vargas (2022) el cual pretende que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral conozca de temas controversiales que necesitan un desarrollo jurisprudencial.

La procedencia de la casación selectiva u oficiosa permite ofrecer una instancia extraordinaria sin restricciones procesales que limiten a las partes, en procura del acatamiento de legalidad que puede impartir esta alta corte. Ante la posible vulneración de derechos fundamentales, es necesario aplicar herramientas que le permitan al magistrado casacionista pronunciarse, facultándolo de conocer de estos procesos, pues no brindarles esta alternativa a las partes transgrede la dignidad humana de los trabajadores.

Para acceder en sede de casación, en Colombia, no debería ser un requisito el interés jurídico económico para recurrir, es decir, en el presente documento se propone recurrir alejándose del monto propio de la tecnicidad de este recurso, para traer a consideración la vulneración de derechos humanos, pues acreditar el simple interés económico o la descalificación porque la norma no lo contempla por su carácter especial hace que estemos frente a una restricción en el acceso a la administración de justicia y por ende un recorte de los derechos humanos por falta de tutela efectiva.

Si se desvincula el interés monetario, se brinda un panorama proteccionista y garantista del interés jurídico de los derechos fundamentales de las partes en litigio, y, como se anotó anteriormente, se aparta la tecnicidad estricta propia del recurso de casación para ampliar las condiciones de las partes ante una sede extraordinaria; se desafía así la concepción tradicional de la casación, entendida como un recurso eminentemente dispositivo que no implica una segunda o tercera instancia, que inicialmente se limita al estudio de los yerros facticos de los fallos de instancia, teniendo en cuenta únicamente los cargos formulados desde un interés jurídico, emitidos expresamente por el recurrente y en el cual los magistrados tienen un papel decisorio y fundamental en la práctica judicial, y aún más en su práctica oficiosa.

Es aquí donde se vislumbra su aplicación y estudio para posibles nuevas rutas de protección, pues en la perspectiva que hoy es aplicada se evidencia una ineludible concepción que limita y entorpece el real y efectivo análisis sancionatorio que se busca con este proceso especial. Al permitir estudiar en sede de casación el acoso laboral en Colombia, lo que se brindar al trabajador es una alternativa en procura de los principios edificadores del derecho laboral, que hasta el momento no se han materializado efectivamente por el concepto estricto de la no admisibilidad de este proceso ante la sede de recurso extraordinario de casación.

La Corte Suprema de Justicia es entonces la llamada y competente para brindarles a los sujetos procesales una efectiva administración de justicia, en consonancia con los intereses constitucionales; a su vez, es el reflejo de los fines del Estado y de la función judicial de un ente de poder de nuestro Estado democrático, por lo que, al ser el órgano

de cierre de la jurisdicción laboral, es la que tiene la potestad judicial de ofrecerle a las partes un estudio de legalidad a los fallos proferidos.

Por ende, es la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral la que debe tener las facultades para proporcionar una protección, aplicación y control, referido a este proceso especial de acoso laboral. En este sentido, que sea un proceso especial o que no alcance la cuantía económica no deben ser barreras cuando estamos frente a derechos humanos sociales.

8.4. Enfoque de derechos humanos

Para lograr que en sede de casación en Colombia se estudien los procesos especiales de acoso laboral, es necesario un eje transversal y ese es el enfoque de derechos humanos.

Es importante partir de lo que esto significa y su aplicación, que hace referencia a un marco conceptual centrado, en este caso, a direccionarlo a la materia de derechos humanos, dicho enfoque se materializa en el derecho al trabajo y a la dignidad humana relacionados con el proceso de acoso laboral que se basa normativamente en estándares internacionales de derechos humanos.

En palabras de Parodi Pinedo (2015) se entiende como "las prerrogativas básicas, inherentes al ser humano, a su dignidad de persona por su sola condición de tal, y que deben ser respetadas. Garantizadas y promovidas por el Estado, creando las condiciones para satisfacer sus necesidades" (p. 51).

Los derechos humanos son iguales e inalienables para todos los seres humanos; estos establecen las bases para la libertad, la justicia, la dignidad humana y la paz en el mundo. Derechos que se elevan desde 1948 para la protección de todos y todas sin distinción alguna, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mismo año (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

Es por ello que se propone como elemento nuevo dentro del recurso extraordinario de casación la aplicación del enfoque de derechos humanos, pues tal como se ha señalado con precedencia, es evidente que hay una necesidad social y de imperante protección que debe ser suplida por los jueces colombianos.

De igual manera, los casos judiciales deben escogerse por la necesaria protección internacional de la dignidad humana, más aún, se vería una verdadera protección de la dignidad humana dejando de lado los requisitos pecuniarios y tomando los elementos sustanciales en una casación sin cuantía, pero escudando su dignidad humana como derecho humano. Ello es extender el interés jurídico por parte de la Rama Judicial para llegar a esta institución. Lo anterior se hace necesario toda vez que estamos bajo la flagrante vulneración de derechos fundamentales como la dignidad humana, el derecho al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y honra que tienen los trabajadores. Si se continúa por el camino de perseguir aún criterios monetaristas, se

deshumaniza el acceso a la administración de justicia para quienes son víctimas del flagelo del acoso laboral.

La Organización de Naciones Unidas (s.f.) señala que el enfoque basado en los derechos humanos:

> es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que se basa normativamente en estándares internacionales de derechos humanos y está operacionalmente dirigido a promover y proteger los derechos humanos. Su objetivo es analizar las desigualdades que se encuentran en el corazón de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y las distribuciones injustas de poder que impiden el progreso del desarrollo y que a menudo resultan en grupos de personas que se quedan atrás (ONU, s.f.).

Conforme a todo lo anterior, utilizar los derechos humanos y el enfoque de derechos humanos como argumento para el interés jurídico ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, frente a procesos especiales, procesos sin cuantía, o procesos donde el interés económico no sea suficiente, al momento de conceder el recurso extraordinario de casación debe ser un argumento para ser considerado por encima de la norma procesal que expresamente los excluye, lo que permitiría una verdadera administración de justicia en la cual prevalezcan los derechos subjetivos, más que la simple norma procedimental.

9. Conclusiones

Existe una necesidad y una urgencia manifiesta de tutelar la dignidad humana en los procesos de acoso laboral. Lo anterior tiene un sustento jurídico en las distintas prescripciones tanto nacionales como internacionales que llaman a salvaguardar los derechos humanos, como también en el tamizaje de las normas mediante prácticas hermenéuticas que logran avizorar nuevos sentidos a las disposiciones normativas.

El derecho laboral se queda corto al establecer que dentro del proceso especial de acoso laboral no existen criterios discrecionales que le permitan al juez generar mayor protección sustancial, como tampoco la posibilidad de interactuar con otras normas para lograr un mayor amparo jurídico al trabajador(a) acosado(a). Por esto, en sintonía con el problema jurídico planteado, es perentorio establecer la creación de un recurso ante instancia última y de manera oficiosa para salvaguardar la protección sustancial que ha de merecer el proceso especial de acoso laboral.

Finalmente, por medio de estas disertaciones jurídicas se logra zanjar la pregunta en lo tocante a la urgente creación del recurso oficioso y de manera selectiva solo en casos en los que el ordenamiento jurídico lo requiera, verbigracia cuando se trata del acoso laboral. El ordenamiento jurídico que tutela los derechos en el acoso laboral ha sido claro, más cuando se propugna la idea sólida de los derechos humanos dentro de la casación como piedra angular para la defensa de los derechos de las personas afectadas en espacios donde se gesta el acoso laboral. Siendo así las cosas, es

prioritaria una reformulación en futuros planteamientos del proceso de acoso laboral que posibilite, por medio de recursos extraordinarios, selectivos y oficiosos, que se determine en clave de función nomofiláctica la tutela efectiva de los derechos humanos para la protección íntegra y en sentido amplio de quienes se han visto sometidos al acoso laboral.

Referencias

Arbonés Lapena, H. I. (2014). *Acoso moral en el trabajo y su tutela preventiva*. Editorial Bomarzo.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia.* Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Caamaño Rojo, E., & Ugarte Cataldo, JL (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. Ius et Praxis, 20 (1), 67–90. https://doi.org/10.4067/s0718-00122014000100004

Carvajal Orozco, J. G. & Dávila Londoño, C. A. (2013). Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema en Colombia. *Cuadernos de Administración, 29*(49), 95-106. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=225028225011

Conferencia Internacional del Trabajo. (1944, 10 de mayo). *Declaración de Filadelfia*. https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2006, 23 de enero). *Ley 1010 de 2006*. Diario Oficial 46.160. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html

Corte Constitucional de Colombia. (1998, 6 de octubre). *Sentencia T-556 de 1998* (M. P.: Hernández Galindo, J. G.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-556-98.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2002, 17 de octubre). *Sentencia T-881 de 2002* (M. P: Montealegre Lynnet, E.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2016, 2 de junio). *Sentencia T-291 de 2016* (M. P.: Rojas Ríos, A.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-291-16.htm

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1984). *Referencia 8699*. Sala de Casación Laboral (M. P.: Gnecco, J. E.). https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5309/4967

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2011, 2 de agosto). *Sentencia SL Rad.47080-2011*. Sala de Casación Laboral (M. P.: Mendoza, J. G.).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2016, 8 de junio). *Sentencia SL 8156*. Sala de Casación Laboral (M. P: Dueñas Quevedo, C. C.).

De Miguel Barrado, V. & Prieto Ballester, J. M. (2016). El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: El caso español. *Revista Perspectivas, 19*(38), 25-44. https://www.redalyc.org/pdf/4259/425948032003.pdf

Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia. (2021, 10 de diciembre). *Concepto 610941 de 2020*. Referencia: Acoso laboral-Procedimiento. Radicado: 20209000593832 del 10 de diciembre de 2020.

Escobar Pérez, B. & Fernández, M. L. (2012). Mobbing: acoso moral o psicológico en el trabajo. *Verba Iuris*, *28,* 135-151. https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2208/1681

Forero, E. (2022, 26 de agosto). IV Congreso internacional, XVII Seminario internacional, XI Congreso estudiantil, de seguridad social y el mundo del trabajo. [Panel]. Panel: proyecciones de reforma al Código Procesal del Trabajo, Cartagena, Colombia. https://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/eventos/6328-congreso-internacional-y-seminario-sobre-la-seguridad-social-y-el-mundo-del-trabajo

García Abuabara, M. P., Moreno Pérez, J. D., Rivera Vélez, J. D., Fragozo Daza, M. M. & Murillo Restrepo, L. M. (2014). *"Cartilla" Acoso laboral en Colombia* [tesis de pregrado, Universidad CES]. Repositorio Institucional CES. https://repository.ces.edu.co/

González Trijueque, D., & Delgado Marina, S. (2008). Acoso laboral y trastornos de la personalidad: un estudio con el MCMI-II. Clínica y salud , 19 (2), 191–204. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1130-52742008000200003

Leymann, H. (1996). *La persecution au travail*. Editions du Seuil.

Martínez Quintero, R. (2013). La casación: de recurso extraordinario a proceso constitucional de la sentencia penal a partir de sus fines. *Misión Jurídica*, *6*(6), 259-272. Recuperado a partir de https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/352

Marquina Gutierrez, K. (2020). La prevención del acoso laboral como manifestación del poder empresarial. *Revista Jurídica Del Trabajo*, *1*(3), 72–95. Recuperado a partir de http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/51

Ministerio de Protección Social de Colombia. (2008, 17 de julio). *Resolución 2646 de 2008*. Diario Oficial 47.059. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minproteccion_2646_2008.htm

Murillo, L. M., & Rivera, J. D. (2014). Cartilla "Acoso laboral en Colombia". Trabajo de grado especialización, Universidad CES. Medellín, Colombia. Recuperado de http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/3641/1/Acoso_lab oral_Colombia.pdf

Organización de Estados Americanos. (1978, 11 de febrero). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José"*. Gaceta Oficial 9460. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de los Derechos Humanos. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). Enfoque para la programación basado en los derechos humanos. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible. https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Recomendación 206*. *Recomendación sobre la violencia y el acoso*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Convenio 190*. *Convenio sobre la violencia y el acoso*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

Parodi Pinedo, P. P. (2015). *Aproximaciones a los Derechos Humanos*. Universidad Libre.

Peña-Aconcha, E. (2016). Acoso laboral en Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (1948, 24 de junio). *Decreto-Ley 2158*. Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Piñuel I y Oñate, A (2007). *Mobbing Escolar*. Ediciones CEAC.

Ríos-Sánchez, S. (2017). La supremacía del juez constitucional en el estado social de derecho colombiano.