



Universidad de **Nariño**

*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*

# Revista Científica CODEX

Vol. 2 N° 3. Año 2016

ISSN: 2463 - 1558

ISSN - E: 2463 - 2031



Revista Científica CODEX  
Volumen 2 N° 3. Año 2016

Universidad de Nariño  
**CARLOS SOLARTE PORTILLA**  
Rector  
**MARTHA SOFÍA GONZÁLES INSUASTY**  
Vicerrectora Académica

**PABLO SANTACRUZ GUERRERO**  
Vicerrector de Investigaciones, Postgrados y  
Relaciones Internacionales

---

DIRECTOR - EDITOR  
**LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ**  
Decano de la Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas

---

**COMITÉ EDITORIAL**  
**MIEMBROS EXTERNOS:**

**EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO**  
Docente de la Universidad del Rosario  
(Bogotá)

**DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA**  
Magister (c) en derecho procesal  
contemporáneo, modalidad investigación.  
Título en curso universidad de Medellín.

**GABRIELA PRADO PRADO.**  
Chilena, abogada, profesora de Derecho  
Económico de la Universidad de Atacama.

**GAMAL MOHAMMANT ATSHAN**  
**RUBIANO**  
Docente de la Universidad Nacional de  
Colombia, U del Rosario, Magistrado del  
Tribunal Superior de Cundinamarca

---

**MIEMBROS INTERNOS**

**JUAN CARLOS LAGOS**  
Doctor en Ciencias de la Educación. Docente  
de la Facultad de Derecho de la Universidad  
de Nariño

**MANUEL ANTONIO CORAL**  
Magister en Derecho y candidato a Doctor  
en Derecho de la U. Santo Tomás. Docente  
de la Facultad de Derecho de la Universidad  
de Nariño

---

**DIRECTOR GRUPO CEJA**  
**Centro de Estudios Jurídicos Avanzados**  
**OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO**  
Magíster en Derecho Comercial de la U.  
Externado de Colombia. Docente de la  
Universidad de Nariño

---

**COMITÉ CIENTÍFICO**

**GUSTAVO GARCÍA BRITO**  
Secretario del Tribunal de Justicia de  
la Comunidad Andina. Docente de la  
Universidad Andina Simón Bolívar –  
Ecuador. Magister en Derecho Internacional  
Económico de la U. Andina Simón Bolívar

**TERESA REYES ASPILLAGA**  
Título Profesional de Abogado, otorgado por  
la Iltma. Corte Suprema.  
Magister en Investigación en Educación por  
la Universidad Autónoma de Barcelona.

**ROBERTO MOLINA PALACIOS**  
Docente de la Universidad Nacional de  
Colombia. Magíster en Derecho de la U.  
Externado de Colombia

**ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ**  
Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado,  
Docente de la Universidad Externado de  
Colombia. Doctor en Derecho Público de la  
Universidad Paris II.

## MONITORA

MARÍA FERNANDA JOSA VALENZUELA  
Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño

---

### APOYO TÉCNICO

Universidad de Nariño  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho.  
<http://derecho.udenar.edu.co>  
email: [derecho@udenar.edu.co](mailto:derecho@udenar.edu.co)  
Página web revista: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex> email revista: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)  
Telefax: (+57) (2) 7315438  
Vol. 2 N° 3. Año 2016

Grupo de Investigación CEJA  
Universidad de Nariño

Impresores Ángel® S.A.S.

---

### PORTADA

#### HOMENAJE AL MAESTRO MANUEL ANTONIO CORAL PANTOJA

Óleo Sobre Lienzo

Autor : E.Casela

Colección Privada , Familia Coral Ortíz

Foto: Ricardo Ceballos

# Revista Científica CODEX

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS GRUPO DE  
INVESTIGACIÓN CEJA

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

## DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558  
ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto,  
Departamento de Nariño, República  
de Colombia.

## ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño – Facultad de  
Derecho y Ciencias Políticas – Grupo  
CEJA- Centro de Estudios Jurídicos  
Avanzados  
Página web: [www.udenar.edu.co](http://www.udenar.edu.co)  
[Derecho.udenar.edu.co](http://Derecho.udenar.edu.co)

## VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO  
ELECTRÓNICO

Calle 18 Carrera 50, Universidad  
de Nariño, Ciudadela Universitaria  
Torobajo, Bloque D,  
Facultad de Derecho, de la ciudad de  
San Juan de Pasto, Departamento de  
Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

Nota sobre las direcciones: La  
dirección postal y el correo  
electrónico corresponden al contacto  
de la administración de la revista,  
pudiendo dirigirse a éstas para  
efectos de solicitud de suscripciones,  
canjes, envío de trabajos, acciones de  
seguimiento, entre otras.

## SISTEMA DE ARBITRAJE.

Los artículos se seleccionan a través  
del arbitraje con dos pares externos  
a la entidad editora, bajo el sistema  
de doble ciego. Los árbitros otorgan  
calificación numérica a los ítems  
exigidos, y clasifican los más altos  
puntajes. Posteriormente el comité  
editorial revisa la calidad científica, la  
pertinencia del artículo, y selecciona los  
artículos a publicar. El procedimiento  
se explica en el instructivo para  
autores.

## BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en:

[http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

### CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange. Email: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co) y en la dirección postal.

## CONTENIDO

EDITORIAL.....	9
LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS.....	11
The hypotheses of the judicial investigation into the crimes of sexual violence in the context of the Colombian armed conflict and its impact on victims' rights.....	11
Dubán Rincón Angarita .....	11
EXPLOTACIÓN DEL YASUNÍ: ¿UN CASO DE GENOCIDIO COLONIALISTA?.....	33
Análisis de sus implicaciones en el Derecho Penal Internacional .....	33
Olga Castro Salvador.....	33
LOS PRINCIPIOS DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA LIBERTAD - LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE LA JUSTICIA BRASILEÑA Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL. EL DEPOSITARIO INFIEL Y SU PRISION. ....	45
Ivo José Kunzler .....	45
UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LOS PUEBLOS DEL MUNDO COMO MECANISMO PARA OTORGARLES PARTICIPACION Y DERECHOS: ANÁLISIS CRÍTICO .....	65
Carlos Andrés Pérez-Garzón.....	65

A ORIGEM DAS PENAS E DAS PRISÕES E A MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO FORMA DE REPRESSÃO DO DELINQUENTE .....	79
Diego Augusto Bayer.....	79
Cidânia Aparecida Locatelli .....	79
TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE PROSTITUIÇÃO: O NOVO PRODUTO DO CRIME ORGANIZADO.....	93
Diego Augusto Bayer.....	93
Cidânia Aparecida Locatelli .....	93
ESTRATEGIAS DIDÁCTICAS PARA LA ENSEÑABILIDAD DEL SISTEMA DE ORALIDAD DENTRO DEL PROCESO CIVIL EN EL CURRÍCULO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA .....	109
Pedro Alirio Sánchez Novoa.....	109
Diego Javier Barajas Conde .....	109
Adriana Mendoza Cadena.....	133
ENFOQUE DE GÉNERO EN LOS ACUERDOS DE PAZ.....	133
Isabel Goyes Moreno .....	133
ÍNDICE DE AUTORES.....	157
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO.....	159
INSTRUCCIONES PARA AUTORES .....	163
MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS.....	171
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA.....	177
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA .....	177



## EDITORIAL

### MACORAL

La acepciones vinculadas a la expresión “academia” van desde sociedades científicas hasta establecimientos docentes, pasando por escuelas filosóficas y una casa con jardín, cerca de Atenas, adyacente al gimnasio del héroe Academo, lugar donde Platón y otros filósofos irradiaban su luz a aquellos que absortos, la anhelaban.

No obstante, estas frías definiciones tomadas del DRAE se contraponen al calor que impulsa el actuar de ese ser gracias al cual la academia existe, se vivifica, se transforma y se conserva. El académico, acucioso recolector de datos que perfilan su carácter; productor de ideas enfiladas a conmover, convencer y persuadir; antítesis del egoísta, que se regodea con el compartir del conocimiento, única manera de usufructuar su saber, que de otra forma, caería en el vacío de la soledad, del soliloquio.

El académico grita en procura de hacerse oír, pues no soporta la actitud del ermitaño que rompe con desenfado los vínculos que lo atan y prefiere sumirse en el silencio de sus reflexiones insondables sin futuro, sin destinatarios. Para ello, busca los recovecos, los espacios abiertos con denuedo por quijotes entusiastas que le apuestan a la difusión de las ideas científicas, en procura de ubicar a esos anónimos destinatarios de reflexiones que, agradecidos, inician un viaje de descubrimiento, de ilustración.

Manuel Antonio Coral Pantoja (1903-1993), cuya imagen engalana la carátula de la tercera edición de la Revista Científica CODEX, inspira las palabras precedentes. Hijo de nuestra alma máter, en las primeras décadas del siglo pasado y por las turbulentas controversias políticas de la época, se vio obligado a viajar a la capital de la República donde obtuvo su título profesional de abogado en la Universidad Nacional de Colombia. Pero la belleza y sobriedad de la Bogotá de los años treinta, no fueron suficientes para cautivar a este nariñense ilustre, quien de forma inmediata regresó al terruño a poner a disposición de una juventud ávida, sus tempranos pero vastos conocimientos de la ciencia jurídica.

Macoral, como era conocido entre sus alumnos y allegados, dedicó casi cinco décadas de su fructífera vida al servicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño. Destinatario de todos los honores y distinciones, de origen nacional e internacional, le sobraban razones para vanagloriarse merecidamente por una trayectoria profesional y académica sin par, sin embargo, sólo se preciaba de una cosa: haber enseñado sin reticencias, actitud que le mereció el calificativo de maestro, máxima distinción a la que presuntuosamente aspiramos aquellos que siguiendo su ejemplo, optamos por un estilo de vida que nos premia diariamente cuando al interactuar con un auditorio, compartimos dividendos resultantes de largas jornadas de quehacer intelectual.

La Revista Científica CODEX, reconoce el legado de Macoral y en su honor, se convierte en órgano de expresión de esas voces inquietas que trascienden el anonimato y que siendo titulares del derecho a mantener sus obras inéditas, deciden publicarlas para someterlas al escrutinio de un cada vez más calificado público, de carácter universal, dadas las bondades que hoy ofrecen los recursos tecnológicos y redes de conocimiento.

Posiblemente, parafraseando a George Bernard Shaw y frente al calificativo de maestro proveniente de un alumno, Macoral con la modestia que lo caracterizaba, hubiere ripostado:

*“Yo no soy un maestro: sólo un compañero de viaje al cual has preguntado el camino. Yo te señalé más allá, más allá de mí y de ti mismo.”*

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN  
Docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Nariño  
Miembro del Comité Editorial  
Revista Científica CODEX

## LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS<sup>1</sup>

The hypotheses of the judicial investigation into the crimes of sexual violence in the context of the Colombian armed conflict and its impact on victims' rights

Dubán Rincón Angarita<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 7 de junio de 2016

Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2016

Referencia: RINCÓN ANGARITA, Dubán. *Las hipótesis de la investigación judicial en los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano y su impacto en los derechos de las víctimas*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 11 a 32. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### RESUMEN

A partir de la expedición de la Ley 1719 de 2014, la autoridad judicial competente en la investigación de los delitos que constituyan violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano debe considerar como hipótesis de la investigación, entre otras, las circunstancias, el contexto y los patrones de comisión de la conducta, el carácter sistemático o generalizado del ataque y el conocimiento de ello por parte del agente, la pertenencia del sujeto activo a un aparato de poder organizado y la realización del comportamiento en ejercicio de una política del grupo armado organizado. Partiendo del análisis de estas hipótesis, el artículo

1 Artículo de investigación derivado del proyecto de investigación en curso titulado provisionalmente "Impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano", en el marco de las actividades como docente investigador del Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia -Seccional Armenia-.

2 Abogado de la Universidad Industrial de Santander, graduado con la distinción "Cum Laude". Magister en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador de la Universidad La Gran Colombia -Seccional Armenia-. Correo institucional: [rinconangduban@miugca.edu.co](mailto:rinconangduban@miugca.edu.co).

logra establecer que la modificación legislativa tiene un impacto considerable en la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, que se inscribe en el paradigma de la justicia restaurativa y en la necesidad de que en los eventos de graves violaciones a los derechos humanos, la investigación judicial sea capaz de dar respuesta a las preguntas esenciales del cuándo, el dónde, el cómo, el quién y el porqué de la conducta delictiva.

## **PALABRAS Y EXPRESIONES CLAVE**

Violencia sexual, conflicto armado interno, derechos de las víctimas, hipótesis, investigación judicial.

## **ABSTRACT**

Since the enactment of Law 1719 of 2014, the competent judicial authority in the investigation of crimes that constitute sexual violence in the context of the Colombian armed conflict should be considered as hypothesis of the research, among others, circumstances, context and patterns commission of conduct, systematic or widespread nature of the attack and the knowledge of the character by the agent, the ownership of the asset subject to an apparatus organized power and the realization of behavior in pursuit of a policy group organized armed. Based on analysis of these assumptions, the article fails to establish that the legislative change has a considerable impact on the realization of the rights of victims to truth, justice and integral reparation, which is part of the paradigm of restorative justice and the need for that in the event of serious violations of human rights, achieve research to respond to the essential questions of when, where, how, who and why of criminal behavior.

## **KEYWORDS AND KEYPHRASES**

Sexual violence, internal armed conflict, rights of victims, hypothesis, judicial investigation.

## **INTRODUCCIÓN**

A partir de los avances de la nueva victimología, el paradigma del proceso penal ha sufrido sustanciales variaciones en lo que concierne a su propósito: de la consideración de que su fin último estriba únicamente en la imposición de la sanción penal al sujeto responsable, se ha aparejado asimismo como razón de ser del diligenciamiento penal la garantía y realización de los derechos de las víctimas de la conducta penalmente reprochable (Larrauri, 1992). Esta varianza es conocida como el tránsito

de la justicia retributiva a la justicia restaurativa (Márquez Cárdenas, 2007). Pues bien, la realización de la justicia restaurativa en los casos concretos impone el constante cambio de los sistemas de enjuiciamiento criminal en diversas esferas (Maier, 1992): la posibilidad de hallar soluciones de justicia consensuada, el aumento de las facultades procesales de la víctima, y la asignación de un conjunto de roles en cabeza del ente investigador, en procura de la protección de los intereses constitucionales del ofendido, entre otras, siendo el norte de ello la necesidad de regresar a la víctima al *statu quo ante*, es decir, restituirla al estado en que se encontraba antes de la vulneración, y aun cuando ello no sea posible, reparar integralmente los perjuicios causados (Aponte Cardona, 2011).

Es en esta dinámica que se inserta la redacción del artículo 250 Superior, que indica las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, siendo indispensable anotar que, además de la misión de investigar los hechos que revistan las características de un delito, en el ente investigador se radican cargas relacionadas con los derechos de las víctimas, especialmente las previstas en los numerales 6° y 7° de la norma en comento, que tienen como fin último la garantía y efectiva realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral (Constitución Política de Colombia, 1991).

Estos presupuestos cobran aún mayor vigencia cuando se trata de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, y es tal precisamente la exigencia en el marco del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, que comporta claras obligaciones en cabeza del Estado colombiano. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece en este sentido que “Los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”.

Aludiendo a la posición de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (2010) que si bien existen diversos espacios en los que pueden desarrollarse investigaciones valiosas de graves violaciones a los derechos humanos, la jurisprudencia exige -sin excluir el valor de estos otros ámbitos- que necesariamente se lleve adelante una investigación de carácter judicial de las graves violaciones de derechos humanos. (p. 11)

Estas investigaciones deben además reunir las características de seriedad, imparcialidad y efectividad, además de la necesidad de que se adelanten de manera oficiosa (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Presidente de la Corte, Dr. Sergio García Ramírez), y desplegarse una verdadera actividad del Estado, que no puede atenerse a la participación de la víctima o de aportación de material probatorio por su parte (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Presidente de la Corte, Dr. Sergio García Ramírez).

En esta dirección, puede afirmarse que la función de investigar la conducta presuntamente delictiva por parte de la Fiscalía General de la Nación tiene incidencia en la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral. De acuerdo con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (2010), la investigación judicial de graves violaciones de derechos humanos constituye un elemento fundamental para el esclarecimiento de lo sucedido a las víctimas -avanzando en el establecimiento de la verdad-, el castigo efectivo a los responsables de la misma, la restitución o en su caso la reparación de los derechos de las víctimas, y la identificación de aquellas medidas necesarias para prevenir que hechos como los sucedidos vuelvan a ocurrir. (p. 17)

Ahora bien, en tratándose de los elementos cruciales en la iniciación y feliz término de la investigación judicial, aparece la hipótesis como elemento determinante de los pasos a seguirse en la indagación, la interrelación de los hechos y el descubrimiento de nuevos elementos de valoración (Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito et al., 2008). Así, siendo la investigación judicial una labor eminentemente lógica, uno de los principales componentes de la misma es la formulación de las hipótesis (Avella Franco, 2007).

Hasta aquí, se ha afirmado que en desarrollo del paradigma de justicia restaurativa se hace insoslayable que el proceso penal cumpla las funciones de garantía y realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, y que esta necesidad se maximiza cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, erigiéndose en una verdadera garantía que el Estado adelante una investigación judicial con carácter imparcial, serio y eficiente, que no dependa de la participación de la víctima y de su aportación de material probatorio. Igualmente, que uno de los elementos esenciales en la investigación judicial es la formulación de la hipótesis, que se estructura a manera de una inferencia lógica, con carácter provisional, y es por ello que una hipótesis delictiva se constituye entonces en un ejercicio mental dirigido a responder qué fue lo que ocurrió, cómo y cuándo sucedió y si se realizó una conducta que tenga las características de un delito, caso en el cual lo siguiente será establecer quién fue su autor o partícipe. (Avella Franco, 2007, p. 67)

Pues bien, dentro de las graves violaciones de derechos humanos que se suceden en Colombia en desarrollo del conflicto armado, una de las más preocupantes es la violencia sexual, que ha sido entendida como el sexo bajo coacción de cualquier tipo incluyendo el uso de fuerza física, las tentativas de obtener sexo bajo coacción, la agresión mediante órganos sexuales, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación forzados incluyendo el matrimonio de menores, la prostitución forzada y comercialización de mujeres, el aborto forzado, la denegación del derecho de hacer uso de la anticoncepción

o adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten la integridad sexual de las mujeres tales como la mutilación genital femenina y las inspecciones para comprobar la virginidad. (Organización Mundial de la Salud, 2002, p. 21)

Esta tipología de violencia es frecuentemente empleada en la confrontación armada en Colombia, por parte de todos los actores armados, que la utilizan “como estrategia de guerra, como forma de tortura o de castigo combinada con prácticas de mutilación contra mujeres acusadas de simpatizar contra el enemigo, como mecanismo para humillar al enemigo o junto con modalidades de esclavitud” (Galvis, 2009, p. 12), y es de esta forma que el conflicto se convierte en factor decisivo en la génesis de la violencia sexual, especialmente aquella que tiene como víctima a la mujer (Corte Constitucional colombiana, 2008, auto 092).

La gravedad de la violencia sexual en el marco del conflicto ha llevado a que el legislador colombiano expida la Ley 1719 de 2014, norma que versa sobre la sensibilización, investigación y sanción del fenómeno en Colombia, siendo una de sus directrices la efectiva realización de los derechos de las víctimas. En este orden, una de las materias reguladas en la norma es la exigencia que el legislador hace frente a quien investigue judicialmente las conductas relacionadas con violencia sexual en el contexto del conflicto armado, de considerar las hipótesis de la investigación plasmadas por el legislador en el artículo 14 de la precitada ley. Indica la norma:

La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

1. Contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación.
2. Circunstancias en las que ocurrieron los hechos.
3. Patrones de comisión de la conducta punible.
4. Carácter generalizado o sistemático del ataque en virtud del cual se desarrolle la conducta.
5. Conocimiento del ataque generalizado o sistemático.
6. Pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal.
7. Realización de la conducta en desarrollo de una política del grupo organizado. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014)

De esta forma, cabe entonces preguntarse si la decisión del legislador de ordenar al investigador la consideración de las hipótesis acotadas en precedencia incide en la realización de los derechos de las víctimas de la violencia sexual en el conflicto armado, en tanto grave violación de los derechos humanos.



Así, el problema de investigación se formula de la siguiente manera: ¿Cuál es el impacto de la consagración por parte del legislador en el texto de la Ley 1719 de 2014 de las hipótesis de la investigación judicial de los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano respecto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral? En consecuencia, el objetivo general del artículo de investigación es el siguiente: Establecer el impacto de la consagración por parte del legislador en el texto de la Ley 1719 de 2014 de las hipótesis de la investigación judicial de los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano respecto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

El esquema de resolución del problema de investigación considerará, en primer término, la función de la Fiscalía General de la Nación, enmarcada especialmente en sus cometidos constitucionales en procura de la realización de los derechos de las víctimas. Posteriormente, se analizará la importancia de la hipótesis de la investigación judicial como componente esencial del programa metodológico que debe seguir el Fiscal para, ulteriormente, estudiar las hipótesis de la investigación judicial de los delitos constitutivos de violencia sexual en el marco del conflicto armado consagradas en la Ley 1719 de 2014, en relación con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

## METODOLOGÍA

Se trata de una investigación jurídica de carácter cualitativo, y con alcance correlacional entre los dos principales fenómenos estudiados: de una parte, la consagración por parte del legislador de las hipótesis de la investigación judicial en los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano, y de otra, los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral. Las fuentes empleadas son de carácter primario (instrumentos normativos de Derecho internacional y de Derecho interno, y pronunciamientos jurisprudenciales) y secundario (artículos de investigación sobre la materia).

La recopilación de las fuentes de información se llevó a cabo mediante la observación sistemática y la observación participante, dada la simultaneidad de la recolección de los datos y el análisis de los mismos, teniendo en cuenta sobre todo la posibilidad de, al menos, dos perspectivas de discurso sobre la Ley 1719 de 2014: la del ente investigador del Estado y la de la víctima, a partir de las fuentes estudiadas.

## RESULTADOS

### **1. Funciones de la Fiscalía General de la Nación relativas a la efectiva realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral**



De acuerdo con el texto constitucional, la Fiscalía General de la Nación tiene la obligación de adelantar la acción penal e investigar los hechos que revistan las características de un delito, a voces del artículo 250 Superior. Además de ello, y de acuerdo con la norma en cita, la labor del ente investigador tiene cruciales efectos en los derechos de las víctimas. En efecto, el mismo canon constitucional indica que una de sus tareas es velar por la protección de las víctimas y demás intervinientes en el proceso penal (numeral 7º del artículo 250 constitucional), y la solicitud ante los jueces de las medidas que propendan por la asistencia a la víctima, el restablecimiento del derecho y la reparación integral (numeral 6º, *éjusdem*).

El anclaje de estas disposiciones deviene del paradigma de la justicia restaurativa, que implica en esencia que la finalidad cardinal del proceso penal no es la mera imposición de la sanción al sujeto pasivo de la potestad punitiva, sino que se extiende hacia la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, entendiendo que “Ahora, los protagonistas del proceso penal son tres (Estado, procesado y víctima) y no dos (Estado y procesado)” (Márquez Cárdenas, 2005, p. 94).

Esta inclusión de la víctima en el proceso penal fue uno de los motivos en la génesis del Acto Legislativo 03 de 2002, reforma de la que deviene la redacción actual del canon 250 constitucional que, se itera, indica las funciones constitucionales del ente investigador, y que fuera además el referente normativo esencial de la implantación del sistema acusatorio en Colombia. Sobre el punto, ha sostenido Sampedro Arrubla (2010) que La reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo 03 de 2002 se orientó desde el comienzo en la búsqueda no sólo de diseñar un esquema procesal de orientación acusatoria, sino además y por primera vez en la historia del Derecho Penal y procesal penal en Colombia, a rescatar a las víctimas como protagonistas principales del sistema penal a través de su intervención activa y desformalizada en el proceso y la garantía de la búsqueda de una respuesta efectiva y real a las necesidades y expectativas que surgieran como consecuencia de la comisión de la conducta punible. (p. 64)

Queda entonces afincado que la labor de la Fiscalía General de la Nación no se agota en la realización de la investigación frente a las conductas que revisten las características de un delito, sino que constitucionalmente se le han impuesto precisas obligaciones en el cometido de la preservación y realización de los derechos fundamentales de las víctimas.

En este sentido, la preceptiva de la Ley 1719 de 2014 impone una labor de mediador, cuando no de garante, a la Fiscalía General de la Nación respecto de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado. Siendo ello así, el manejo de estos eventos por parte del investigador debe asumir diversas estrategias: i) la incorporación de una perspectiva de género en la investigación; ii) la profundización en

los conocimientos respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; iii) la búsqueda de una efectiva investigación, sanción y reparación de estas conductas; iv) el reconocimiento de que la mayoría de las veces, la comisión de actos de violencia sexual en el conflicto obedece a una estrategia de guerra. En opinión de Galvis (2009), respecto de este tipo de crímenes,

[...] es necesario abordarlos como crímenes de lesa humanidad o como formas de tortura, reconociendo la gravedad de la violencia sexual, descentrando la prueba del crimen del cuerpo de la víctima y responsabilizando a los autores materiales, los propiciadores y los cómplices por fuera del ámbito de la sexualidad o patologías del perpetrador para ubicarla como una estrategia de guerra (p. 48).

Y es que, desde la perspectiva de la víctima, se hace evidente la necesidad de instrumentos que proscriban el ejercicio de la violencia sexual en el marco del conflicto, dado que más allá de la lesión a los derechos fundamentales, o más bien dicho, no obstante la lesión a categorías reconocidas por el ordenamiento jurídico, es claro el daño a la esfera psicológica, fisiológica y social del individuo. Esta lesión se produce no solamente con el delito, sino que se pronuncia cuando no opera una respuesta efectiva del Estado frente a la violación. Así, se tiene dicho que, [...] una respuesta social de negación de los hechos, de silencio o secreto o de reclamación a las mujeres por propiciar lo sucedido, por haber hecho algo para merecerlo, promueve la auto culpabilización, la necesidad de atribuirse a sí misma la responsabilidad por un hecho que a su vez ha afectado su integridad (Morales Arias, 2012, p. 3).

## **2. Las hipótesis de la investigación judicial en los delitos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado en Colombia**

Como acaba de indicarse, la misión principal de la Fiscalía General de la Nación es el adelantamiento de las investigaciones frente a aquellas conductas que revisten las características de un delito. En este orden, la finalidad de la investigación puede entenderse como

Verificar la ocurrencia del hecho, que se enmarque en el Código Penal, establecer los autores o partícipes de la conducta punible, también los motivos determinantes que influyeron en la violación de la Ley Penal y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta. (Castro Saldaña y Aparicio Barrera, 2008, p. 109-110)

Una de las notas dominantes de la actividad investigativa es que se trata de una labor lógica, y por tanto debe llevarse siguiendo un método (Fiscalía General de la Nación, 2005). El método en la investigación se distingue, entre otras características, por la existencia de una hipótesis de investigación, es decir, una respuesta tentativa a un problema de investigación, que en este caso es la existencia o no de una conducta tachada como delictiva por el ordenamiento jurídico, y las circunstancias

de modo, tiempo y lugar que la rodean (Avella Franco, 2007).

La determinación de la hipótesis es tarea de innegable importancia en las funciones del investigador, toda vez que se trata de “una proposición que nos permite establecer relaciones entre los hechos. Su valor reside en la capacidad para establecer más relaciones entre los hechos y explicar por qué se producen” (Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito et al., 2008, p. 50).

Definida de esta forma la hipótesis de la investigación, y concretada su importancia en el esclarecimiento de los hechos en materia penal, es de indicar que se erige en uno de los componentes esenciales del programa metodológico que debe llevar a cabo el fiscal (Fiscalía General de la Nación, 2005), toda vez que

Conocido el hecho a investigar el equipo investigador debe fijar sus objetivos, y a partir de ellos elaborar los cuestionamientos que se van a abordar en la investigación. Una vez planteados estos interrogantes se construyen las hipótesis, y desde ese momento se debe visualizar la forma práctica y concreta de cómo tiene que responder las preguntas formuladas. (Valdés Moreno, 2008, p. 48)

Ahora bien, como se ha señalado, la Ley 1719 de 2014 impone al investigador el deber de considerar ciertas hipótesis de investigación relacionadas con los delitos que comportan violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Es de aclarar que la norma consagra siete hipótesis, que para efectos de este artículo se dividirán en tres grupos. La incidencia de estas hipótesis en la realización de los derechos de las víctimas se estudiará a renglón seguido.

## **2.1 El contexto y las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y los patrones de comisión de la conducta punible**

Indica el aparte pertinente del artículo 14 de la Ley 1719 de 2014 que: La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

1. Contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación.
  2. Circunstancias en las que ocurrieron los hechos.
  3. Patrones de comisión de la conducta punible.
- (...) (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014).

El estudio de la violencia sexual en el conflicto armado en Colombia arroja como resultado que el fenómeno se inscribe en una dinámica que va mucho más lejos que la simple obtención de satisfacción libidinosa. Es por ello que se habla de la violencia sexual como una estrategia de guerra, y de esta forma, “la sexualidad se convierte en un espacio simbólico de lucha entre los actores involucrados” (Pinzón Paz, 2009, p. 368). Así, se

ha indicado que “...en determinados contextos, la violencia sexual no es una conducta de simple consumo por parte del actor armado, sino una estrategia para obtener determinados fines” (Céspedes-Báez, 2010, p. 275).

En consecuencia, se halla de manera prevalente como criminalidad medial, para la obtención de diversos propósitos, como el desplazamiento forzado, la generación de terror o zozobra en la población, y para la imposición de cánones de conducta en las comunidades, generalmente frente a la mujer o las personas con identidad de género no hegemónica. De acuerdo con la Corte Constitucional, la violencia sexual en el contexto del conflicto armado se ha desplegado con diversas finalidades, siendo las principales: i) la violencia sexual en el marco de operaciones violentas como masacres, tomas, pillaje y destrucción de poblados, ii) como estrategia bélica para el amedrentamiento, la retaliación contra reales o presuntos coadyuvantes del bando contrario, como estrategia en el control del territorio, iii) como estrategia para la obtención de información, iv) como acto de ferocidad en sí misma, v) como desarrollo propio del reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes, vi) como venganza contra aquellos que infrinjan los códigos de comportamiento que de facto establecen los grupos armados que controlan un determinado territorio, vii) como amedrentamiento y retaliación contra las mujeres que desempeñan roles en organizaciones comunitarias o políticas, entre otras finalidades (Corte Constitucional colombiana, auto 092 de 2008).

Como puede advertirse, son variadas las manifestaciones de la violencia sexual, pero en todo caso se trata de una leve violación de los derechos humanos, que tiene como víctimas preponderantes a ciertos grupos poblacionales más vulnerables, como las mujeres, especialmente la mujer campesina, con bajos recursos económicos y bajos niveles académicos, e igualmente la mujer rural (ABCOLOMBIA et al., 2013).

Es debido a estas dinámicas diferenciadas de la violencia sexual en el marco del conflicto armado que la Ley 1719 de 2014 impone al investigador la necesidad de que, entre otras, se consideren como hipótesis de la investigación el contexto y las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y los patrones de comisión del delito. De forma que se erige en un verdadero deber para el investigador de los comportamientos delictivos relativos a la violencia sexual en el marco del conflicto, establecer a profundidad el conjunto de condiciones modales de la conducta (el contexto, las circunstancias y los patrones de comisión), con la finalidad de establecer si se trata de una conducta llevada a cabo con ocasión del conflicto armado.

Esta diferenciación es crucial, por cuanto jurídico-penalmente, un delito sexual puede ser cometido como criminalidad común, caso en el

cual los referentes normativos serán los contenidos en el título del Código Penal que tiene como bien jurídico la libertad, integridad y formación sexuales, debiéndose aplicar las sanciones allí establecidas.

Pero el intérprete, y sobre todo el investigador de la violencia sexual en el marco del conflicto debe tener presente que a estos hechos delictivos no se les aplica el título del Código Penal en mención, sino que, en primer término, se trata de conductas que atentan contra las personas y los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que pueden inclusive llegar a constituir crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con la preceptiva de la misma Ley 1719 de 2014, atendiendo a las definiciones del Estatuto de Roma, cosa que no acontece cuando se trata de los delitos sexuales como criminalidad común.

Puede apreciarse, en consecuencia, el impacto que ello tiene en materia de los derechos de las víctimas, pues cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, el plexus de garantías del ofendido se amplía, así como la necesidad de respuesta idónea del Estado en la necesidad de que se realicen a cabalidad los derechos de las víctimas.

Es por ello que se afirma en consecuencia que la consideración del contexto, las circunstancias y los patrones de la conducta cometida, tiene un apreciable impacto en los derechos de las víctimas. En primer lugar, por la evidencia de que con ello se realiza el derecho a la verdad, pues las obligaciones de investigar, y adelantar el juzgamiento de la conducta en un plazo razonable se enfatiza cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. Respecto del derecho a la justicia, los crímenes de guerra y de lesa humanidad permiten la imposición de drásticas sanciones a los infractores. Y respecto del derecho a la reparación integral, el cúmulo de garantías relativas a la satisfacción, rehabilitación, restitución y no repetición se acentúan a favor de las víctimas de estos crímenes.

## **2.2 El carácter sistemático o generalizado del ataque en virtud del cual se desarrolle la conducta y el conocimiento del ataque sistemático o generalizado**

Establece el artículo 14 de la Ley 1719 de 2014, en el apartado pertinente: La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

(...)

4. Carácter generalizado o sistemático del ataque en virtud del cual se desarrolle la conducta.

## 5. Conocimiento del ataque generalizado o sistemático.

(...) (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014).

Estos requisitos se hallan ligados al concepto de crimen de lesa humanidad. Esta noción se ha desarrollado a lo largo del Siglo XX, y comenzó a cobrar su forma actual a partir del Estatuto del Tribunal del Núremberg, y hasta el Estatuto de Roma, en un paulatino proceso de definición (Servín Rodríguez, 2014). Este último instrumento es de connotada importancia, ya que a día de hoy se asume que contiene la noción más representativa de dichos crímenes. Al tenor del numeral 1º del artículo 7º del Estatuto (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998), se tiene que:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

De la definición transcripta se colige que los elementos intelectivos y volitivos del dolo de estas conductas trasciende las siguientes esferas: a) el dolo de la conducta típica propiamente dicha (la desaparición forzada, el asesinato, etc.), y b) el dolo relativo al carácter sistemático



o generalizado aunado al conocimiento de dicho carácter por parte del agente (Servín Rodríguez, 2014). Por esta razón, autores como Ferreira (2007) apuntan que los requisitos de esta forma delictiva son la humanidad como víctima, la agresión contra la población civil y el ataque sistemático y generalizado, debiendo añadirse que estos crímenes tienen como transgresores a individuos que pueden catalogarse como enemigos de la humanidad, como *hostis humani generis*, al decir de Kai Ambos (2012).

En el medio colombiano, la definición ofrecida por el Estatuto de Roma reviste importancia adicional en tanto el legislador de la Ley 1719 de 2014 remite al citado instrumento internacional en su artículo 15, indicando que cuando la norma aluda a la noción de crimen de lesa humanidad, el intérprete deberá atenerse a lo establecido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, especialmente el artículo 7º ya citado.

De forma que cuando la Ley 1719 de 2014 indica en su artículo 14 que una de las posibles hipótesis que habrá de considerar el ente investigador en los casos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado es el carácter sistemático o generalizado de la conducta y el conocimiento de dicho ataque por parte del agente, es a todas luces evidente que la pretensión del legislador es la posibilidad de demostrar en los casos concretos, la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Tal como se indicó, la utilidad de la formulación de la hipótesis de la investigación es la posibilidad de relacionar los hechos. En el caso de la Ley 1719 de 2014, el investigador debe tener en cuenta que:

Aunque el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no exige el elemento modal de la conducta relativo a que ésta se suceda en desarrollo de un conflicto armado interno o internacional, los tipos penales creados en virtud de la Ley 1719 de 2014 sí demandan dicho elemento, pues su redacción pasó a formar parte de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que necesariamente contienen el elemento de modo relativo a que se perfeccionen con ocasión de conflicto armado. De otra parte, y como sostiene Ferreira (2007), “En la actualidad, todas las guerras son ataques contra población civil, y también otras situaciones que no constituyen propiamente guerras” (p. XIII-36).

Si bien es cierto que se ha entendido que el carácter sistemático y generalizado del ataque impone como consecuencia una pluralidad de víctimas y, en suma, la visibilidad y constancia de las conductas, en el sentido de “masivo, frecuente, una acción a larga escala, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas” (Tribunal Penal Internacional para

Ruanda, 1998, párrafo 580), se ha interpretado atinadamente que una única conducta pueda ser asimilada como crimen de lesa humanidad, siempre que se vincule a un ataque sistemático y generalizado contra la población civil (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 2001, párrafo 178). Así, sostuvo el Tribunal para la ex Yugoslavia que “un individuo que comete un crimen contra una sola víctima o contra un limitado número de víctimas puede ser considerado culpable de un crimen contra la humanidad si sus actos fueron parte del contexto específico identificado con prelación” (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 1996, párrafo 30).

Debe asimismo tenerse en cuenta que de la determinación sobre si la conducta por la que se investiga es un crimen de lesa humanidad, pende la eventual competencia de la Corte Penal Internacional, teniendo como norte el carácter subsidiario del Derecho Penal Internacional, que es en sí mismo *extrema ratio* respecto de la jurisdicción penal doméstica (Servín Rodríguez, 2014).

Se desprende de lo dicho que estas hipótesis de la investigación judicial son relevantes sobre todo en lo atinente al establecimiento del crimen de lesa humanidad en los casos concretos, y que dicho extremo tiene influencia en los derechos de las víctimas, especialmente las relativas a la competencia subsidiaria de la Corte Penal Internacional, o al menos las que aluden a la imposición de justas sanciones a los infractores, y a la realización del derecho a la verdad. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que el artículo 15 de la Ley 1719 de 2014 exige que cuando se halle demostrado el carácter de crimen de lesa humanidad, el funcionario judicial deberá hacer dicha declaratoria.

Cabe anotar asimismo la incidencia de esta declaración a efectos de la prescripción de la acción penal, toda vez que de acuerdo con la indicación del artículo 16 de la misma Ley 1719 de 2014, la acción penal respecto de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, será imprescriptible.

Esta cuestión ostenta enorme importancia, porque como tuvo oportunidad de acotarse, en virtud de la expedición de la Ley 1719 de 2014, se amplió el catálogo de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, creando los correspondientes tipos penales que castigan la violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Dichas conductas son, en su orden: Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años (artículo 138A del Código Penal), Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años (artículo 139A *éjusdem*), Prostitución forzada en persona protegida (artículo 141), Esclavitud sexual en persona protegida (artículo 141A), Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (artículo 141B), Esterilización forzada en persona protegida (artículo 139B), Embarazo forzado en persona protegida (artículo 139C), Desnudez forzada en persona protegida (artículo 139D),



y Aborto forzado en persona protegida (artículo 139E).

De forma que, si la investigación judicial logra establecer que se consumó alguna de las conductas en mención, necesariamente la acción penal será imprescriptible, pues el comportamiento significará, o bien un crimen de guerra (por pertenecer a los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario), o bien un crimen de lesa humanidad (si la investigación demuestra los extremos de ataque sistemático o generalizado y el conocimiento de dicho ataque).

Es natural que esta definición afecta además los derechos de las víctimas, pues en todo tiempo el Estado tendrá la posibilidad de investigar los hechos, con la correlativa oportunidad para la víctima de ejercer el derecho a la verdad, a que se impongan las justas sanciones por la conducta, y a solicitar las medidas propias de la reparación integral, ya sean de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición.

### **2.3 La pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal y la realización de la conducta en desarrollo de una política del grupo organizado**

Establece el artículo 14 de la Ley 1719 de 2014, en el apartado pertinente, que:

La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

(...)

6. Pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal.

7. Realización de la conducta en desarrollo de una política del grupo organizado. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014).

No es en absoluto novedoso afirmar que los grupos armados organizados al margen de la ley en Colombia poseen una estructura jerárquica, establecidos como verdaderas empresas criminales (Huhle, 2001 y Velásquez Rivera, 2007). Este tipo de aparatos han sido estudiados de manera profusa por la doctrina penal, siendo el mayor exponente Claus Roxin, quien propone un perfil independiente de autoría mediata como forma de responsabilidad derivada de estos aparatos, reconociendo como elementos dominantes los siguientes:

El poder de mando, esto es, la posibilidad de tener como autor mediato a quien tiene autoridad para dar órdenes dentro de la organización y la emplea para que se realicen las conductas delictivas, la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, la fungibilidad del ejecutor inmediato, esto es, la posibilidad de sustituir a quien ejecuta el último acto parcial del tipo, y la elevada disponibilidad al hecho, por la

que el autor alemán entiende una mayor preparación al hecho que la de otros potenciales delincuentes (Roxin, 2006).

La doctrina foránea se ha ocupado igualmente de la materia. De acuerdo con Velásquez Velásquez (2010), por aparato criminal organizado de poder -que puede ser de carácter estatal o no-, se entiende una manifestación delictiva en la que concurre un número plural de personas, de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro de la cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que las ejecutan; es más, los agentes encargados de realizar el delito -que suelen ser plurales y sólo conocen de forma parcial el diseño- no participan en la estructuración del plan delictivo. (p. 179)

Respecto de la pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúa de manera criminal, la importancia de esta hipótesis radica en la asignación de responsabilidad no solamente a los ejecutores materiales de la conducta, pues es clara la utilidad que en este sentido presta la teoría de los aparatos organizados de poder. Así, por ejemplo, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (2010), que cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos (...) y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de febrero de 2010)

Sobre esta particular remarcan Huertas Díaz et al. (2013), que debe existir uno o varios sujetos que ostenten una posición jerárquica en la organización o maquinaria de poder. Ese papel implica la posesión de un mando y, por ende, el manejo de subordinados que están inmersos en un papel funcional que el aparato organizado les imprime... (p. 93), teniendo en cuenta además la característica de la fungibilidad del instrumento (Ambos, 1998).

Sobre esta última característica ha apuntado Roxin que permite considerar incluso que el instrumento propiamente dicho es el aparato organizado, y no el ejecutor material, toda vez que "el que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide" (2006, p. 15).

Ha de tenerse en cuenta que existen diversos sectores doctrinales que atacan la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder (puede verse al respecto la juiciosa revisión de Lascano, 2001), pero parece entenderse que el legislador colombiano prohíba la aplicabilidad de la teoría en comento cuando titula las hipótesis que dan nombre a este apartado como la "pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúa de manera criminal".

En todo caso, la posibilidad de aplicar la teoría a los casos de

violencia sexual en el contexto del conflicto armado, permite al investigador la elaboración de hipótesis en tal dirección. Esta decisión tiene clara influencia en los derechos de las víctimas ya que, entre otras consideraciones, faculta a la víctima para exigir la reparación integral no solamente al infractor individual, sino al autor mediato del grupo armado organizado al margen de la ley, con lo que las posibilidades de ver realizadas las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y no repetición se maximizan si puede incoarlas contra los jefes, cabecillas o comandantes de estos grupos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013), ello sin contar con la contribución que ello presta respecto de los derechos a la verdad y la justicia (en su vertiente de imposición de justas sanciones a los responsables).

## CONCLUSIONES

A partir de la expedición de la Ley 1719 de 2014, el ordenamiento jurídico colombiano dio un vuelco en lo relativo al tratamiento de la violencia sexual en el contexto del conflicto armado. Puesto que una de las razones de ser de la norma es la realización de la justicia restaurativa, es decir, la tendencia de la norma a prever disposiciones que permitan la garantía de los derechos del ofendido, es natural que en su corpus existan diversas referencias a la víctima.

En esta necesidad de justicia restaurativa se implica además la consideración de atrocidades que tienen las conductas de violencia sexual, especialmente la cometida contra la mujer, que ha motivado el aumento del ámbito de protección de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad, como tuvo oportunidad de advertirse, ante los evidentes requerimientos en torno a la sensibilización y sanción de estos comportamientos.

Son patentes los avances que en materia normativa ha presentado el ordenamiento jurídico colombiano respecto del fenómeno de la violencia sexual en el conflicto armado y su relación con las nociones de crimen de guerra y crimen de lesa humanidad. Estas normativas pretenden ser instrumentos eficaces en lo atinente a la sensibilización, persecución y sanción de las formas de criminalidad estudiadas. Son, sin embargo, tortuosos los caminos que hace falta recorrer en la necesidad de superar los inconvenientes del subregistro, la impunidad y la falta de plena realización de los derechos fundamentales de las víctimas de estas tipologías de violencia, e inclusive las posibilidades reales de reparar a las víctimas aun cuando medie sentencia condenatoria en contra de los responsables (Correa, 2007).

No obstante, el cumplimiento de las obligaciones de carácter internacional adquiridas por el Estado colombiano en el sentido de

adelantar una investigación judicial seria, imparcial y efectiva, realizan diversas garantías, como el acceso a la administración de justicia, el derecho a un recurso judicial efectivo, entre otros, así como se constituye la investigación judicial en uno de los pivotes que permitan dar verificación a los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Y es que, en efecto, una investigación judicial seria, imparcial y efectiva es uno de los requisitos esenciales para que pueda darse cumplimiento al derecho a la verdad, no solamente porque es el Estado quien cuenta con un andamiaje técnico y de investigación de las conductas punibles, sino porque se halla obligado a dar cuenta de la verdad de los hechos relacionados con las graves violaciones de derechos humanos, que es precisamente lo que acontece en los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado.

De igual forma, el derecho a la justicia, que se asienta principalmente en la posibilidad de imponer sanciones justas a los responsables de éstas violaciones, puede verse realizado cuando la investigación se ha adelantado siguiendo los caracteres de seriedad, imparcialidad y efectividad, toda vez que la posibilidad que tiene el ente investigador de demostrar los cargos en el juicio depende de los resultados de la investigación.

Además, el derecho a la reparación integral, que tiene como escenario natural en el proceso penal signado por la Ley 906 de 2004 la etapa del incidente de reparación integral, depende en gran medida de los resultados a que haya arribado la investigación judicial sobre la violación de derechos humanos, pues solamente mediante la verificación de los hechos y del perjuicio es que procede la condena en el referido incidente.

Adviértase además que en los eventos de violencia sexual en el marco del conflicto, cobran inusitada vigencia nociones propias de la vulneración de derechos humanos, como las de ataque sistemático o generalizado contra la población civil, el conocimiento de dicho ataque, la existencia de aparatos organizados de poder al margen de la ley, de los que dependen cuestiones tan relevantes como la declaratoria de crimen de lesa humanidad, o la responsabilidad de los autores mediatos, entre otras.

En este orden, pudo entonces demostrarse que las razones por las que el legislador compele al investigador judicial a tener en cuenta como hipótesis de la investigación las circunstancias contenidas en el artículo 14 de la Ley 1719 de 2014 tienen que ver con la comprensión de que la actividad investigativa es uno de los pasos a realizar, en orden a la garantía de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, en tanto grave violación de los derechos humanos. Indudablemente, el asidero de este deber se halla en el Acto Legislativo 03 de 2002, que “asignó a la Fiscalía General de la Nación funciones específicas en relación con las víctimas de los delitos” (Restrepo Medina, 2007, p. 163).

Con todo, es dramático ver cómo, aunque los instrumentos normativos continúan el lento, pero (hasta ahora) constante progreso en la ampliación de las garantías de la víctima, la realidad sigue mostrando la casi siempre ilusoria efectividad de los derechos fundamentales del ofendido, con problemáticas añadidas en los casos de graves violaciones de derechos humanos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABCOLOMBIA et al. (2013). Colombia: mujeres, violencia sexual en el conflicto y proceso de paz. Londres, Inglaterra.
- AMBOS, Kai. (1998). Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- AMBOS, Kai. (2012). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Revista General de Derecho Penal* 17 (2012). Madrid, España.
- APONTE CARDONA, Alejandro. (2011). Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. El impacto de los incidentes de reparación integral. Recuperado de: [http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/Monografico\\_3\\_Incidentes\\_de\\_reparacin\\_en\\_JyP.pdf](http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/Monografico_3_Incidentes_de_reparacin_en_JyP.pdf).
- AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. (2007). Programa metodológico en el sistema penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá, Colombia.
- CASTRO SALDAÑA, Jesús y APARICIO BARRERA, Juan. (2008). La investigación criminal y el esclarecimiento de un hecho punible. *Revista Criminalidad. Policía Nacional-DIJIN*. Vol. 50, No. 2. pp. 103-116. Bogotá, Colombia.
- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL -CEJIL-. (2010). Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos. CEJIL. Buenos Aires, Argentina.
- CÉSPEDES-BÁEZ, Lina María. (2010). La violencia sexual en contra de las mujeres como estrategia de despojo de tierras en el conflicto armado colombiano. *Revista de Estudios Sociojurídicos*, No. 12 (2). pp. 273-304. Bogotá, Colombia.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2014). Ley 1719 de 2014.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2013). Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación

- de derechos humanos en Colombia. CIDH, Informe de País, Colombia. Organización de los Estados Americanos. Washington, Estados Unidos de Norteamérica.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (1969). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- CORREA, Néstor Raúl. (2007). Reinserción y reparación. Vniversitas, No. 114. pp. 251-290. Julio-diciembre de 2007. Bogotá, Colombia.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2008). Auto 092 de 2008. Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS -CIDH-. (2005). Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Presidente de la Corte, Dr. Sergio García Ramírez.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS -CIDH-. (2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Presidente de la Corte, Dr. Sergio García Ramírez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (2010). Sentencia de 23 de febrero de 2010. Rad. 32.805. Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González.
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. (1998).
- FERREIRA, Marcelo. (2007). Crímenes de lesa humanidad: fundamentos y ámbito de validez. En A. Gordillo (ed.). Derechos Humanos. pp. XIII-1-XIII-37. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2005). Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, Colombia.
- GALVIS, María Clara. (2009). Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres. Corporación Humanas-Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género: Bogotá, Colombia.
- HUERTAS DÍAZ, Omar et al. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. Opinión Jurídica, Vol. 12, No. 23. pp. 81-98. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- HUHLE, Rainer. (2001). La violencia paramilitar en Colombia: historia, estructuras, políticas del Estado e impacto político. Recuperado de: [http://revistadelcesla.com/web/files/Archivos\\_2\\_2001/RdC\\_2\\_63-81\\_HUHLE.pdf](http://revistadelcesla.com/web/files/Archivos_2_2001/RdC_2_63-81_HUHLE.pdf).
- LARRAURI, Elena. (1992). Victimología. En De los delitos y de las víctimas. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- LASCANO, Carlos Julio. (2001). Teoría de los aparatos organizados de



- poder y delitos empresariales. En *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. pp. 349-389. Marcos Lerner Editores. Córdoba, Argentina.
- MAIER, Julio B. J. (1992). La víctima y el sistema penal. En: *De los delitos y de las víctimas*. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. (2005). La víctima en el sistema de justicia restaurativa. *Revista Derechos y Valores*, Vol. VIII, No. 16. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E. (2007). La justicia restaurativa vs. La justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y valores*, Vol. X, No. 20. Julio-diciembre de 2007. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
- MORALES ARIAS, Carolina. (2012). *Violencia sexual contra las mujeres: comprensiones y pistas para un abordaje psicosocial. Notas en clave de psicología: reflexiones urgentes en torno a la violencia sociopolítica y el malestar ético*. V.1. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- NACIONES UNIDAS, OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO et al. (2008). *Planeación de la investigación y plan metodológico*. Scripto. Bogotá, Colombia.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.
- PINZÓN PAZ, Diana Carolina. (2009). La violencia de género y la violencia sexual en el conflicto armado colombiano: indagando sobre sus manifestaciones. En Restrepo, J. y Aponte, D. (ed.). *Guerra y violencias en Colombia. Herramientas e interpretaciones*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- RESTREPO MEDINA, Carmen Giovanna. Afianzamiento jurisprudencial de la protección de los derechos de las víctimas en el sistema penal acusatorio en Colombia. *Diálogos de Saberes*, No. 27. Julio-diciembre de 2007. pp. 161-172. Universidad Libre. Bogotá, Colombia.
- ROXIN, Claus. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 7, 2006. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, Chile.
- SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. (2010). Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, Alexis. La evolución del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLVII, no. 139, pp. 209-249.

- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, México.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. (1996). Cámara Primera de Juzgamiento. El Fiscal contra Mile Mksic, Miroslav Radic y Veselin Sljivancanin, Caso IT-95-13-R61. 3 de abril de 1996.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. (2001). Cámara de Juzgamiento. El Fiscal contra Kordic y Cerkez, Caso IT-95-14/2. 26 de febrero de 2001.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. (1998). Cámara Primera de Juzgamiento. El Fiscal contra Jean Paul Akayesu, Caso ICTR-96-4-T, juicio de 2 de septiembre de 1998.
- VALDÉS MORENO, Carlos Eduardo. (2008). Metodología de la investigación y manejo de la información. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá, Colombia.
- VELÁSQUEZ RIVERA, Edgar de Jesús. (2007). Historia del paramilitarismo en Colombia. Revista Historia. Vol. 26, No. 1. pp. 134-153. Sao Paulo, Brasil.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2010). Los aparatos criminales organizados de poder. Cuadernos de Derecho Penal No. 4, 2010. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia.



## EXPLOTACIÓN DEL YASUNÍ: ¿UN CASO DE GENOCIDIO COLONIALISTA?

Análisis de sus implicaciones en el Derecho Penal Internacional

Olga Castro Salvador<sup>3</sup>

Fecha de recepción: 5 de junio de 2016

Fecha de aceptación: 5 de junio de 2016

Referencia: CASTRO SALVADOR, Olga. *Explotación del Yasuní: ¿un caso de genocidio colonialista? Análisis de sus implicaciones en el Derecho Penal Internacional*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 33 a 44. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### RESUMEN

La Constitución del Ecuador a partir de su última reforma en el año 2008 asegura los derechos de la naturaleza, los cuales van íntimamente relacionados con el respeto a la cosmovisión indígena de los diversos grupos y nacionalidades existentes en el territorio nacional. Dichas disposiciones legales contrastan con ciertas actividades como las extractivistas, de las cuales se obtiene gran parte de los ingresos estatales, necesarios para mantener una economía como la ecuatoriana, basada en la exportación de materia prima. En este sentido, uno de los proyectos estatales más controvertidos es la puesta en práctica del Plan B de la iniciativa Yasuní ITT, que, lejos de dejar los recursos bajo tierra, tal como era el plan inicial; propone la explotación de ciertos bloques, a fin de obtener los ingresos estatales necesarios. Sin embargo, además de las repercusiones ambientales que las actividades asociadas a los hidrocarburos ocasionan, se produce además un detrimento en los rasgos culturales de diversos grupos que habitan la zona del Parque Nacional Yasuní. Así, el objetivo del presente trabajo es conocer los aspectos más trascendentales de la puesta en práctica del Plan B de la iniciativa Yasuní ITT a fin de determinar si constituirían o no un potencial caso de genocidio colonialista.

<sup>3</sup> Docente de la Universidad Técnica Empresarial de Guayaquil, Inspectora de Trabajo del Guayas, Magíster en Ciencias Internacionales y Diplomacia por la Universidad de Guayaquil. Egresada de la Maestría de Derecho Ambiental, por la Universidad de Palermo en Argentina. Abogada y Licenciada en Ciencias de la Educación. [olgacastrosalvador@gmail.com](mailto:olgacastrosalvador@gmail.com) (593) 999149836 Código Postal: 090112

**Palabras clave:** Yasuní – Naturaleza – Genocidio Colonialista – Explotación.

## ABSTRACT

Ecuadorian Constitution since 2008 guarantees nature's rights, the ones that are closely related to respect to native's view of the world for all groups and nationalities in Ecuador. Those rules contrast with oil activities in those areas, from which state incomes are obtained. Incomes that are necessities for supporting Ecuadorian economy, based on raw material export. In this regard, one of the most polemic state projects is the application of Yasuní ITT Plan B. This plan proposes the exploitation of some areas, in order to obtain state income needed. Nevertheless, besides environmental consequences related to hydrocarbons activity, it is also produced a detriment of cultural characteristics of groups that live in Yasuní National Park. Thus, the objective of this paper is to know more about the most relevant issues related to the implementation of Plan B of Yasuní ITT project in order to determine if it could be considered a case of colonialist genocide.

**Key Words:** Yasuní - Nature - Colonialist genocide - exploitation

## 1. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DE LA EXPLOTACIÓN DEL YASUNÍ

Ecuador es un país pluricultural y megadiverso; lo que significa que coexisten varias culturas (e incluso diversas nacionalidades) en el territorio y a la vez, se cuenta con una riqueza natural única, especialmente en regiones como la insular y la amazónica. Situación que se encuentra protegida por un marco normativo tanto de índole constitucional con su correspondiente legislación conexas, con tratados y convenios internacionales. Esta realidad contrasta con la dependencia económica que Ecuador ha tenido con las actividades extractivistas como principal fuente de ingresos para el Estado, especialmente del petróleo, cuyos yacimientos se encuentran en su gran mayoría en la región amazónica.

En el año 2007, el Ministerio de Energía y Minas de Ecuador, presentó públicamente la propuesta de no explotar el petróleo en la zona del Parque Nacional Yasuní<sup>4</sup>. La iniciativa representaba una acción sustantiva para la protección ambiental del área y sus habitantes, y para innovar en la búsqueda de alternativas al desarrollo extractivista tradicional basado en la exportación de productos primarios. (Acosta, et al. 2009). Cabe resaltar que, tal iniciativa no solamente iba a representar

4 Área protegida más grande del Ecuador Continental, considerado además, uno de los de mayor diversidad genética del planeta, ya que el número y variedad de especies que posee es superior que en cualquier otro ecosistema terrestre, por lo que es un área de gran interés científico y potencialmente turístico; sus bosques albergan el mayor número de especies de árboles y arbustos por hectárea del mundo (664 especies), y consecuentemente supone una diversidad faunística aún mayor. Véase Rivas, 2012. Documento recuperado de: <http://repositorio.educacionsuperior.gob.ec/bitstream/28000/240/1/T-%20SENECYT%20-%200009.pdf>

beneficios para Ecuador, sino además iba a contribuir con las metas globales para contrarrestar el cambio climático.

En tal sentido, El Presidente Correa<sup>5</sup> propuso en 2007, durante una asamblea de la ONU, dejar ese crudo bajo tierra y evitar con ello la emisión de 400 millones de toneladas de CO<sub>2</sub>, responsable del calentamiento global. A cambio pidió a los países una compensación de 3.600 millones de dólares en 12 años por la contribución a la lucha contra el calentamiento global. (El Universo 2013). Básicamente se pretendía que mediante la promoción internacional de la propuesta, se obtenga un porcentaje representativo de los ingresos que la explotación de dichas zonas podría representar para Ecuador. Cabe resaltar que la propuesta pretendía especialmente instar a los países desarrollados a colaborar. Sin embargo, durante los años que la propuesta estuvo en marcha, no se logró el apoyo requerido a nivel internacional.

En ese contexto, el Gobierno ecuatoriano puso en marcha el plan B, que consistía en la explotación de la zona de Yasuní. Sin embargo, surgen una serie de interrogantes: ¿Cuánto se va a explotar? ¿Qué impacto al ambiente causaría dicha actividad? ¿Habría otra forma de obtener dichos ingresos que no sea con la explotación del Yasuní? ¿Qué pasa con las comunidades que habitan en dicha zona? Si bien todas estas interrogantes son válidas, cada una representaría más de un trabajo de investigación para analizarlo. Para la presente documento únicamente se hará referencia a la última, aquella referente a las comunidades asentadas en el Yasuní, muchas de las cuales están en aislamiento voluntario como parte de su modo de vida. A ello se le agrega el estrecho vínculo que tienen estas comunidades con el medio ambiente, incluso podría decir que mantienen una relación armónica con su entorno, y forman una sola unidad, una integralidad.

Lo anteriormente dicho ha sido preocupación de los gobiernos en Ecuador durante años, y ha formado parte de la agenda política de los mandatarios. En este sentido ya desde el año 2007 se delimitó mediante decreto ejecutivo 2187-2007 una zona del Parque Nacional Yasuní como zona intangible. En esta Zona se garantizará y respetará el derecho del pueblo Huaorani y de los pueblos ancestrales en aislamiento voluntario a realizar sus tradicionales actividades de caza y pesca; así como el uso habitual de sus recursos de la biodiversidad con propósitos de subsistencia. (Art. 1 decreto 2187-2007) Es interesante que el Decreto (aún vigente) resalte la importancia de que las actividades petroleras se lleven a cabo siguiendo todas las medidas necesarias a fin de reducir el impacto no solo al ambiente, sino además aquel que pueda causarse hacia las comunidades que existen en dicha zona. El artículo 5 *ibídem* ordena a diversas entidades estatales a precautelar que las actividades permitidas no afecten o incidan en las costumbres, lenguaje, manifestaciones culturales, artesanales, técnicas, artísticas, musicales, religiosas, rituales o comunitarias de los grupos ancestrales que en esta región habitan.

5

Presidente del Ecuador desde 2007.

Como bien indica el referido artículo 1, la comunidad Huaorani no es la única asentada en la zona intangible del Yasuní. En dicha zona se encuentran además los Tagaeri y Taromenane, quienes, a diferencia de los Huaorani han decidido permanecer en aislamiento. Una característica particular de los pueblos Tagaeri y Taromenane en el Yasuní es la agresividad que han manifestado reiteradamente desde el boom petrolero hacia el mundo de afuera y especialmente con las intrusiones de foráneos en su territorio. Sin embargo, aunque se tiene registro de algunos ataques a partir del ingreso de compañías petroleras en la zona, la situación se ha agravado en los últimos años conforme al aumento de la presión sobre el territorio de estos pueblos causada por la extracción ilegal de madera, la legal de petróleo, y la expansión de la frontera agrícola. (World Rainforest Movement 2013).

Incluso, diversos estudios señalan que además de los Huaorani, Tagaeri y Taromenane existen aún más grupos que podrían verse afectados por las actividades petroleras en la amazonía ecuatoriana. De acuerdo a (Solis 2014) Un reciente informe de antropólogos ecuatorianos señala que existen en el Parque Yasuní al menos cuatro grupos aislados, mientras que otros análisis mencionan hasta siete.

Con lo anteriormente señalado, se puede puntualizar que, Ecuador es un país cuya economía depende de actividades extractivistas, tales como la petrolera. Asimismo que, pese a los esfuerzos iniciales del Estado por no explotar ciertas zonas del Yasuní, esto resulta imposible debido a la no colaboración a nivel internacional de la iniciativa. A lo que se le suma que, tal explotación no solo traería consecuencias de índole ambiental, sino que tendría efectos en el desarrollo de las actividades cotidianas de los grupos que habitan en ellas, especialmente de los Tagaeri y Taromenane. Sin embargo ¿En qué va a desencadenar la explotación petrolera? ¿Podría decirse que una vez puesto en práctica el Plan B del gobierno ecuatoriano, se presentaría un caso de genocidio colonialista? ¿Qué elementos se deben configurar para llamarlo como tal?

## 2. GENOCIDIO: ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS Y POSIBLE ADAPTACIÓN AL CASO YASUNÍ

Una vez planteadas las interrogantes de la presente investigación, se analizará en este apartado los elementos que configuran un caso de genocidio. Dicho análisis se realizará a partir de los hechos perpetrados a propósito de la explotación del Yasuní en Ecuador con el fin de responder si este plan del gobierno se trataría o no de un caso de genocidio colonialista. En tal sentido, según la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio en su artículo 2, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a

la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Existen diversos tipos de genocidio: constituyente, colonialista, postcolonial y reorganizador. Por genocidio colonialista se entiende como aquel que busca la apropiación de recursos y espacios geopolíticos vitales. Es más propiamente de determinación económica. Se lo suele llamar neocolonialista. La población de ese lugar es un obstáculo para lograr la explotación del recurso, es lógico ya que si se pudiera hacer no se diera el aniquilamiento. Paráfrasis de (Feierstein 2015). En este sentido, la Amazonía ecuatoriana es clave, especialmente por la cantidad de yacimientos petroleros que existen en ella, esto, sin dejar de lado las riquezas biológicas, culturales, entre otras.

Una vez establecidas las definiciones es necesario analizarlas más en detalle a fin de responder a las preguntas planteadas al inicio. De los tipos de genocidio, por su definición, la problemática del Yasuní podría encasillarse en colonialista ya que es evidente que las comunidades son un obstáculo para conseguir el objetivo gubernamental de explotación del recurso. Es interesante ver como el tinte de colonialista proviene justamente del Estado ya que el objetivo de este tipo de genocidio es la apropiación de espacios geopolíticos vitales, así, se entendería que el Estado ecuatoriano tendría amplias facultades para explotar dichos recursos. Sin embargo es el propio Estado el que ha establecido un marco jurídico que limita su derecho sobre estas zonas y precautela aquel de las comunidades no contactadas. Y por lo tanto, podría ser necesaria la configuración del genocidio a fin de lograr el objetivo de explotación del recurso.

En este punto de la investigación surge nuevamente el cuestionamiento: ¿Cuáles son los hechos que deben configurarse para hablar de un caso de genocidio colonialista? Para responderlo, es necesario volver a la definición de genocidio y detenerse en ciertos puntos clave para su análisis. De acuerdo a (Feierstein 2015) existen ciertos problemas de interpretación de la definición planteada por la Convención, los cuales son: a qué grupos protege, la intencionalidad, la destrucción total o parcial y finalmente la expresión “como tal”. De éstos únicamente se analizarán los considerados pertinentes que son: la intencionalidad y la destrucción total o parcial.

Para el caso de genocidio es necesario tener conciencia de que se va a tener esa consecuencia. En otras palabras, no existe un genocidio culposo, es requisito *sine qua non* contar con la intención de destruir. Entonces surge el cuestionamiento de ¿Cómo probarla? Se entendería que se puede probar la intencionalidad con acciones conducentes a resultados, es decir, ya nos sería necesario tener realmente la intención,

sino ejecutar actos orientados a perpetrar la práctica genocida.

Dentro del caso de estudio resulta bastante complejo determinar la posible existencia de intencionalidad por parte del Estado ecuatoriano. Como se dijo anteriormente es el propio Estado quien podría convertirse en el genocida al poner en marcha un proyecto político que es presentado como de beneficio nacional por los ingresos que representa. Si bien, se ha solicitado informes a los Ministerios del Ambiente como de Justicia, no es menos cierto que las autoridades que lideran dichas instituciones forman parte del ejecutivo y por lo tanto podrían no proporcionar información fehaciente en pro de mantener la armonía con el proyecto gubernamental. En tal sentido, distintos medios de prensa se han manifestado, por ejemplo, (El Universo 2014) manifestó que: *“El régimen sostiene que la explotación de crudo en los citados bloques permitirá al Estado obtener más recursos para inversión social en la Amazonía”*.

En este orden de cosas, son diversos los grupos defensores de los Derechos Humanos quienes resaltan que las comunidades en aislamiento voluntario no se encuentran circunscritas en un espacio particular del Parque Yasuní, sino de manera dispersa por toda el área. Dicha información es de conocimiento del Estado ecuatoriano. Tal es así que la propia Asamblea Nacional (Principal órgano legislativo del país) mediante oficio No. CEPBRN-PC-2013-123<sup>6</sup> de fecha 30 de septiembre de 2013 no niega la existencia de dichos pueblos y a la vez declara de interés nacional la explotación de los bloques 31 y 43 del Parque Nacional Yasuní. Únicamente se limita a dar directrices para que se creen instancias de participación, se aseguren de contar con los permisos ambientales correspondientes, entre otros.

De lo anteriormente señalado se infieren dos aspectos claves para la interpretación de la definición de genocidio de la que ya se hizo referencia. La primera: el Estado ecuatoriano tiene conocimiento de la existencia de las comunidades en dichas áreas y además está consciente que de la explotación de dichos bloques del Yasuní se acarreará perjuicios hacia ellos. Y la segunda: la destrucción no sería total (en el mejor de los casos) sino parcial. Al respecto, la Convención no especifica una cantidad determinada.

En este punto resulta interesante el criterio de destrucción parcial partiendo de la posible transformación de la identidad del grupo con el aniquilamiento. Para el caso que nos ocupa, considero que el problema de afectación a su identidad no se encuentra solo en cantidad de personas, sino además está íntimamente ligado con los recursos que forman parte de su entorno. En otras palabras, el aniquilamiento para este caso dependería a criterio personal de un elemento compuesto, de la cantidad de personas aniquiladas y en la cantidad de recurso soslayado.

Una vez delimitados ciertos aspectos trascendentales de la

<sup>6</sup> Oficio disponible en: [http://extrayendotransparencia.grupofaro.org/wp-content/uploads/2013/10/Informe-Yasun%C3%AD\\_Segundo-debate.pdf](http://extrayendotransparencia.grupofaro.org/wp-content/uploads/2013/10/Informe-Yasun%C3%AD_Segundo-debate.pdf)



definición de genocidio, lo siguiente es analizar su estructura, y determinar si se cumpliría o no en el caso de la explotación del Yasuní. De acuerdo a (Feierstein 2015) el genocidio cuenta con seis elementos a fin de estructurar su práctica: proceso de estigmatización, hostigamiento, aislamiento, debilitamiento sistemático, exterminio y finalmente la realización simbólica del genocidio, los cuales serán analizados a continuación.

El primer elemento es la estigmatización, la cual implica la construcción de otredad negativa<sup>7</sup>, así, el solo hecho de considerar a un grupo como “otro” ya acarrea un criterio de diferenciación entre personas que deberían verse como iguales. ¿Cuál es el problema de esta concepción para el caso del Yasuní? La respuesta a criterio personal es en la negatividad que estos grupos representan para la actividad petrolera. En otras palabras, de no ser por la actividad petrolera, no habría mayores inconvenientes entre los diversos grupos étnicos y culturales que habitan en dichas zonas. Lo anteriormente señalado no significa que no haya habido enfrentamientos, sin embargo, considero que estos han sido enormemente influenciados por personas con intereses económicos en las riquezas de la zona, quienes incluso han podido llegar a intervenir indirectamente en los enfrentamientos entre los propios grupos.

En tal sentido, tal vez una de los mensajes entrelíneas de las autoridades gubernamentales en Ecuador sea esa estigmatización. Si bien, inicialmente su plan era proteger las áreas, una vez que se decidió poner en marcha el plan para explotarlo se creó toda una campaña mediática que indicaba que no se causarían mayores daños ni ecológicos ni a las comunidades. De acuerdo a (El Universo 2014) Desde el pasado jueves se transmite en televisión un spot en el que un indígena amazónico declara su apoyo a la decisión del régimen “Estamos seguros de que no vamos a perder nuestra cultura, nuestra vida. En las comunidades, las bases están de acuerdo con el programa, el plan que tiene el Gobierno”, afirma esta persona en el video.

De acuerdo a la nota del periódico referida en el párrafo anterior, la tolerancia necesaria para pasar de la primera etapa del genocidio a la segunda es evidente. Así, parecería ser requisito indispensable para la explotación del Yasuní entender por una parte que las comunidades indígenas son diferentes a los demás ecuatorianos y que a la vez se debe tolerar. Esta tolerancia está sutilmente presentada en la publicidad del gobierno al manifestar que no se verían afectadas las comunidades ni soslayada su identidad. En este punto cobra importancia lo manifestado por (Feierstein 2015) que cuando la estigmatización es ley, pasa a ser hostigamiento. En el caso que nos ocupa, como se dijo en párrafos anteriores, por la promulgación de la legislación correspondiente se pone en marcha el Plan B de la propuesta, esto es, la explotación del Yasuní.

En cuanto al alejamiento, me parece que bien podría ser un tema

<sup>7</sup> Término utilizado por Feierstein en la cátedra de Uso de los Derechos Humanos en la Escala Internacional. Flasco Argentina. 2015.

a tratar en una investigación entera ya que como manifestó (Feierstein 2015) son los propios sectores victimizados los que prefieren aislarse de la sociedad. Ocurre el fenómeno de la gettificación, es decir el quiebre de los lazos sociales con el conjunto. En este punto, si bien los grupos están en aislamiento voluntario y parecería que encajan en los procesos señalados, no es menos cierto de que estos grupos mantienen aislamiento histórico que no se debe propiamente a la explotación petrolera por la puesta en marcha del Plan B del proyecto gubernamental Yasuní.

En el caso de los pueblos aislados diferentes autores dicen que la máxima expresión del derecho a la autodeterminación es el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento, ya que ellos conocen de la existencia de otros pueblos o *cowori* (extraños) pero su voluntad es mantenerse alejados, no mezclarse ni vincularse. Desde el derecho de los pueblos indígenas se habla del derecho a controlar sus instituciones, territorios, recursos (...) y su derecho a establecer su relación con la sociedad dominante y el estado sobre la base del consenso. Es decir sin una independencia total de un estado. (Solis 2014)

El aislamiento es precisamente el tercer elemento y este va precedido por la exclusión. En cuanto a uno de los grupos, los Huaorani, (World Rainforest Movement 2013) señala: Los Huaorani, el último grupo conocido de pueblos indígenas que viven en aislamiento voluntario en Ecuador, en la región amazónica conocida como el Parque Nacional y Reserva de Biosfera Yasuní, están en peligro debido a la invasión de proyectos petroleros, colonos y madereros ilegales. Ahora, algunos Huaorani de Yasuní están recurriendo a nuevos medios para lograr que los suyos sigan viviendo en aislamiento voluntario y para proteger el bosque tropical que es su hogar y fuente de vida. Han lanzado una petición al Presidente de Ecuador, exigiendo la titularización legal de su territorio ancestral y la reforma de la legislación ecuatoriana, con el fin de proteger su tierra y su derecho a vivir como Huaoranis.

Es decir, ha ocurrido ese quiebre en la sociedad, donde diversos grupos no se mezclan entre ellos. E incluso, de la cita del párrafo anterior se evidencia el hostigamiento del que ya se hizo referencia. Los elementos siguientes, el debilitamiento sistemático y el exterminio, si bien son mucho más técnicos que sociológicos. Sin embargo, es interesante resaltar el hecho de que por debilitamiento sistemático se entiende que hay un detrimento de las condiciones propias de existencia para de esta manera facilitar su exterminio. ¿Qué se hace para facilitar el exterminio? Soslayar el entorno físico donde se desarrollan las actividades de estos grupos.

En este punto también se incorpora la cosmovisión de los Pueblos indígenas. Su relación con la tierra, territorio, hábitat y la naturaleza como un todo permite diluir la dualidad ser humano – naturaleza, para entender a la naturaleza como parte de una comunidad extendida con el



hombre. Desde esta perspectiva, no sólo la naturaleza es proveedora de alimentos y medicinas sino que la concepción fuertemente arraigada es que los Pueblos indígenas “son parte” de la tierra. (Ramírez 2012). Así, al destruir el hábitat de las comunidades, se estaría atropellando un rasgo muy ligado con su desarrollo cultural, no se trata de una concepción hombre-naturaleza como concepción generalizada, sino de entender a la naturaleza como un ente ligado a su identidad y a su cultura. Se configura en resquebrajamiento físico de las condiciones que permiten el desarrollo de sus rasgos característicos.

(Solis 2014) también enfatiza la vinculación de dichas comunidades con la naturaleza y manifiesta que territorio y medio ambiente son uno solo para los pueblos indígenas, correlacionados, donde alrededor del cual se desarrollan todas sus actividades. El derecho es entendido como colectivo y no individual. (...) Se ha dicho también que es un derecho-condición ya que este determina la vida de los pueblos que habitan determinado territorio-medio ambiente y una garantía para poder ejercitar el resto de derechos humanos. Tal como se dijo anteriormente, uno de los mayores quiebres en la explotación del Yasuní es la afectación a la naturaleza que no es entendida como en el resto del territorio nacional, hay que comprender que la naturaleza es vista como parte trascendental de su cultura y de su identidad.

El último aspecto es la realización simbólica del genocidio. El primer punto que quiero resaltar es el hecho de que esta realización no se dirige únicamente a eliminar al grupo en particular (en este caso los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en el Yasuní) sino al conjunto a través del terror. En otras palabras, se busca modificar al conjunto de ecuatorianos con dicho exterminio ya que si bien personalmente no me considero identificada directamente con tales grupos, no es menos cierto que de manera generalizada, los ecuatorianos comprendemos y nos orgullecemos de la cantidad de grupos culturales y étnicos que habitan en Ecuador, cuya existencia ha sido histórica y en líneas generales ha habido una convivencia pacífica entre los habitantes del territorio.

Uno de los aspectos que considero más preocupante es que se trata de la propia sociedad quien es artífice de la realización simbólica del genocidio, no de los perpetradores como tal. Es decir, es un peligro que desde las diversas esferas de poder<sup>8</sup> se promuevan campañas publicitarias en pro de la extracción e indicando que no representan daños para las comunidades. A la larga, se crea un proceso de invisibilización de estos grupos y llegado el momento de su desaparición tal vez no se dé la movilización correspondiente por parte de la sociedad.

---

8 Vale resaltar que el partido de Gobierno tiene mayoría en la Asamblea, principal órgano legislativo de Ecuador y que incluso en la Corte Constitucional (órgano encargado del control de constitucionalidad en Ecuador) no existe una real división de poderes y parte de sus Magistrados acatan y ejecutan órdenes provenientes del Ejecutivo.

### 3. COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES

Ecuador es un país cuya balanza comercial se ve equilibrada en gran medida por la exportación de materias primas, entre ellas el petróleo; cuya explotación a todas luces tiene graves consecuencias ambientales y a la vez se afecta a la dimensión humana: a los grupos no contactados. En la presente investigación se ha tratado cada uno de los aspectos que configuran el genocidio y personalmente creo que el único que podría ponerse en tela de duda es el aislamiento y que bien puede ser tratado en una investigación tanto sociológica como antropológica. Sin embargo, todos los demás parecerían cumplirse, entonces vale cuestionarse: ¿Por qué no se repudia estos actos en una medida similar (al menos) que se rechazan genocidios históricos como aquellos de mediados del Siglo XX?

Es interesante el tema del genocidio colonialista, y considero que a futuro tal vez será (lamentablemente) uno de los más comunes ya que se empieza a crear una guerra por espacios geopolíticos vitales, por recursos naturales. Por ende, se procurará eliminar todo lo que se interponga a su explotación. Cabe resaltar que tal vez estas situaciones sean mucho más comunes en países como los nuestros, en países cuyas economías dependen de exportaciones de productos primarios, y que a la vez no se cuenta con recursos económicos suficientes para satisfacer las necesidades de todos.

Me parece interesante el papel de la prensa en situaciones como esta, considero que la prensa puede lograr que se veten o se aprueben socialmente este tipo de prácticas de genocidio colonialista. Asimismo, la confiabilidad de la información con la que se cuenta. Para el caso de Yasuní es realmente complejo encontrar información no subjetiva ya que desde el propio aparato estatal se procura la aceptación para la iniciativa. Además, Yasuní es un tema altamente politizado y por lo tanto se dificulta aún más la obtención de datos.

En contrapartida, considero que obtener un censo veraz sobre la cantidad de grupos asentados en las zonas, la delimitación de sus rasgos culturales sería una misión titánica. Sin embargo, un dato que sí se sabe es que cualquier grupo humano amazónico tiene vínculo directo con la naturaleza y que un detrimento a ella va a desencadenar en una afectación a su modo de vida. Tal vez una solución en este sentido sea solicitar que los estudios previos a la explotación del Yasuní, no sean realizados por el Ministerio del Ambiente o el Ministerio de Justicia, sino que se maneje mediante un mecanismo de contratación pública y se procure otorgar dicha labor a una empresa que no esté alineada ni con la oposición ni con el gobierno.

Finalmente, de la realización de la presente investigación me despiertan ciertos cuestionamientos (aún sin respuesta) que son: ¿Dónde está el compromiso por parte del Estado ecuatoriano de cumplir con el

artículo V<sup>9</sup> de la Convención para Sanción y Prevención del delito de genocidio? ¿Cuánta imparcialidad podría tener el juzgamiento de los perpetradores del genocidio en el contexto actual ecuatoriano? ¿Cuánta eficacia jurídica va a reflejarse en los pronunciamientos del órgano judicial ecuatoriano, si en casos que afectaban los intereses del gobierno se ha evidenciado como se soslaya la justicia para el mantenimiento de un proyecto político?

## BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta, Alberto, Eduardo Gudynas, Esperanza Martínez, and Joseph Vogel. "DEJAR EL CRUDO EN TIERRA O LA BÚSQUEDA DEL PARAÍSO PERDIDO." *Moratoria Petrolera en Yasuní*, 2009: 2-17.
2. El Universo. "El Universo." Abril 19, 2014. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/04/19/nota/2769946/biodiversidad-pidio-informes-sobre-explotacion-yasuni> (accessed Enero 25, 2016).
3. —. "Gobierno retoma pauta en medios sobre Yasuní." marzo 22, 2014. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/03/22/nota/2422351/gobierno-retoma-pauta-medios-sobre-yasuni> (accessed Enero 25, 2016).
4. —. "Rafael Correa pone fin a la iniciativa Yasuní ITT." Guayaquil, Agosto 15, 2013.
5. Feierstein, Daniel. "Usos de los Derechos Humanos en la esfera internacional." Buenos Aires: FLACSO Argentina, 2015.
6. Ramírez, Silvina. "DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS DE LA NATURALEZA: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS." 2012. [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj\\_12.2\\_silvina\\_ram.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj_12.2_silvina_ram.pdf) (accessed Enero 30, 2016).
7. Solis, Luis. "[http://www.chekhovskalashnikov.com/.](http://www.chekhovskalashnikov.com/)" Noviembre 21, 2014. <http://www.chekhovskalashnikov.com/yasuni-y-los-derechos-humanos/> (accessed Enero 25, 2016).

<sup>9</sup> Artículo V Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

8. World Rainforest Movement. Mayo 30, 2013. <http://wrm.org.uy/es/articulos-del-boletin-wrm/seccion3/basta-de-destruir-la-selva-yasuni/> (accessed Enero 28, 2016).
9. —. “<http://wrm.org.uy/>.” Octubre 2, 2013. <http://wrm.org.uy/es/articulos-del-boletin-wrm/seccion1/ecuador-la-zona-intangible-tagaeri-taromenane-del-yasuni/> (accessed 01 22, 2016).

**LOS PRINCIPIOS DE LA DIGNIDAD HUMANA Y LA LIBERTAD  
- LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS  
HUMANOS, LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE  
LA JUSTICIA BRASILEÑA Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL. EL  
DEPOSITARIO INFIEL Y SU PRISION.<sup>10</sup>**

Ivo José Kunzler<sup>11</sup>

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 14 de diciembre de 2016

Referencia: KUNZLER, Ivo José. *Os tribunais administrativos tributários no brasil: a república, o estado democrático de direito e a inconstitucionalidade do processo administrativo fiscal tributário frente aos princípios constitucionais.*

Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 45 a 64. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**Resumo:** Por intermédio deste artigo, se pretende investigar o método interpretativo que o Superior Tribunal de Justiça do Brasil se valeu para resolver um caso difícil que envolvia Direito Fundamental infraconstitucional, frente a norma constitucional brasileira de um lado e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de outro. A investigação estudará os diversos métodos de interpretação que o tribunal dispunha, lógico-sistemático, argumentação e ponderação, hermenêutico, procedimental, e qual o método que utilizou para chegar em sua conclusão e a superação do problema.

**Palavras-chave:** Método de Interpretação. Direito Fundamental. Constituição. Conflito

**Resumen:** A través de este artículo, tenemos la intención de investigar el método interpretativo que el Superior Tribunal de Justicia do Brasil aprovechó para resolver un caso difícil que implica Derecho

10 Inicialmente, gostaria de agradecer ao Professor Doutor Martin Aldao pela oportunidade de ter cursado sua matéria, suas aulas - sus clases - e dizer que fiz questão de escrever os títulos do artigo em espanhol, num gesto de respeito e amizade pelo curso de doutorado que me acolheu, e de esforço para cada dia eu melhorar meu domínio no idioma oficial do país da UBA, a Argentina.

11 KUNZLER, Ivo José. É advogado, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPEL - Universidade Federal de Pelotas/RS. Tem formação complementar em Filosofia e Ciência Política pela mesma universidade - UFPEL. Tem formação complementar em Ciências Econômicas pela UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - São Leopoldo/RS. É pós graduado em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Direito Tributário. É pós graduado em Gestão Ambiental pela FEEVALE. Curou o Mestrado pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, e sua pesquisa foi sobre Direito Tributário no Brasil.

Fundamental infra constitucional, en comparación con el Derecho Constitucional de Brasil en un lado y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en otro. La investigación examinará los diversos métodos de interpretación que tenía la Corte Judicial, el razonamiento lógico y sistemático, las reflexiones, hermenéutica de ponderación, de procedimental, y del método que utilizó para llegar a su conclusión y para superar el problema.

**Palabras clave:** Método de Interpretación. Derecho Fundamental. Constitución. Conflicto.

## LA INTRODUCCIÓN - LO QUE SE ESTÁ PROPONIENDO EN ESTA BÚSQUEDA - LOS HECHOS Y EL CASO CONCRETO INVESTIGADO - LA CONTROVERSIA DE LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA.

O que se pretende abordar, pesquisar, investigar, questionar nesta pesquisa é a questão dos princípios da liberdade e seu princípio consequência, da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos de primeira geração, e que estão ligados a prisão ou não do chamado depositário infiel, isto é, da pessoa que teve seus bens penhorados pelo poder judiciário em função de dívidas reconhecidas, e de alguma forma os alienou ou deles se desfez depois desta formalidade, e com isso impossibilitou ou inviabilizou ardilosamente que a sentença de mérito do processo de execução pudesse ser levada às últimas consequências, isto é, ser-lhe tomado o bem e levado a hasta pública para a realização da satisfação das dívidas do devedor, objeto da demanda de execução em curso na justiça.

Contextualizando este fato dentro do processo de produção e do surgimento dos direitos fundamentais, segundo Konder Comparato, ocorrido quando da aprovação na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, a Convenção reproduziu a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos de 1966. (...) A fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a Declaração de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>12</sup>

Aqui no Brasil, desde sempre se soube que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, de 1992, em seu artigo 7o. parágrafo 7o. vedara a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos, isto é de dívida advinda da relação familiar do mesmo. No entanto, no Brasil, como se pode observar a seguir, a jurisprudência sempre se inclinou no sentido da constitucionalidade do artigo 5o., LXVII, da Constituição de 1988, que prevê expressamente a prisão do depositário infiel, independente de

<sup>12</sup> KONDER COMPARATO, Fábio, (2010). *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VII Edição, São Paulo: editora Saraiva, p.379.

ser oriundo de dívida de alimentos ou não. Esta decisão é consequência e razão de ser, do referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, e assim, com o advento da promulgação da CF/88, foi inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional, ou seja, com foro e qualidade e força de norma constitucional. Portanto, este é o objeto, o assunto, o tema, que se irá enfrentar nesta pesquisa nos seguintes pontos de esclarecimentos.

No desenvolvimento da solução dada ao caso concreto a ser proposto e estudado neste artigo, se verá como o método hermenêutico, da argumentação e da ponderação da corte levou em consideração os princípios citados, e como chegou a conclusão da demanda em comento.

Conforme se lê em Tocqueville, sobre o surgimento, a criação e a importância do poder judiciário pelo mundo democrático atual:

He creído necesario consagrar un capítulo aparte al poder judicial. Su importancia política es tan grande que me ha parecido que sería tanto como disminuirla a los ojos de los lectores hablar de ella brevemente.<sup>13</sup>

Continua o autor, afirmando que no surgimento dos processos democráticos pelo mundo, e a organização das Repúblicas Liberais, a Separação dos Poderes, que existem muitas confederações pelo mundo, mas nenhuma seria igual à Norte-americana.<sup>14</sup>

## I - LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LO SISTEMA CONSTITUCIONAL EN BRASIL

Segundo Douzinas, após as revoluções, cada aspecto da vida teria sido reconstruído de acordo com o princípio do livre-arbítrio. Assim, as declarações antigas foram a primeira expressão pública deste princípio - o da liberdade, no entanto, apesar de outras diferenças, as revoluções norte-americana e francesa estavam unidas em seu intento declaratório.<sup>15</sup>

De outro lado, Casalta Nabais afirma que no Tribunal Constitucional de Portugal, seria na matéria das restrições aos direitos fundamentais das liberdades e garantias, que o Tribunal Constitucional

13 TOCQUEVILLE, Alexis de, (1978). *La Democracia en America. Mexico*: editora Fondo de Cultura Economica, p. 106.

14 Ha habido confederaciones fuera de Norteamérica; se han visto republicas en otros lugares además de las del Nuevo Mundo; el sistema representativo es adoptado en varios Estados de Europa; pero no creo que hasta el presente ninguna nación del mundo haya constituido el poder judicial de la misma manera que los norteamericanos.

Lo que un extranjero comprende con más dificultad en los Estados Unidos, es la organización judicial. No hay, por decido así, acontecimiento político en el cual no se intente invocar la autoridad del juez. Se afirma por eso que en los Estados Unidos el juez es uno de los primeros poderes políticos. Cuando se pone en seguida a examinar la constitución de los tribunales sólo descubre en ellos, al primer vistazo, atribuciones y costumbres judiciales. A sus ojos, el magistrado no parece meterse nunca en los negocios públicos sino por casualidad, pero esa misma casualidad se renueva todos los días. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en America. Mexico*: editora Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 106..

15 DOUZINAS, Costas, (2007). *O Fin dos Direitos Humanos*. São | Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 105.



mais vezes teria sido chamado a pronunciar-se e a estabelecer algumas linhas mais sólidas de orientação.<sup>16</sup>

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, segundo Piovesan, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º. incisos II e III).<sup>17</sup> Afirma Mitidiero, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana. Nessa condição, segundo o autor acima, consubstancia-se em um Estado Constitucional sintética e expressiva fórmula, sendo o Estado de Direito e o Estado Democrático seus dois corações políticos.<sup>18</sup>

Guardadas as particularidades destas constituições e destes regimes acima referidos, como se pode observar na Constituição do Brasil, a temática dos direitos Humanos, e por assim dizer, transformados em Direitos Fundamentais, foram introduzidos na legislação pátria pela via do “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, contidos no parágrafo 3o. do artigo 5o. da Constituição Federal do Brasil, estampado no chamado “Preâmbulo da Constituição”, a seguir descrito em detalhes:

## A) EL - PREÂMBULO - DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA

Na sua impressão primeira, a CF/88 do Brasil, já nomeia e constrói a formatação do que entende por Direitos Humanos e Fundamentais a serem considerados para efeitos de estado, liberdade, justiça e democracia, dignidade humana, e o faz como uma espécie de introdução geral aos sistema constitucional pátrio a ser estabelecido, ao se referir:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>19</sup>

De sua vez, o Título I e II da Constituição de 1.988, expõe de forma muito precisa o que pode ser entendido como garantia constitucional de direito fundamental ou humano, como se pode verificar a seguir:

16 CASALTA NABAIS, Jose. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, p. 23.

17 PIOVESAN, Flávia, (2002). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad, p. 54.

18 MITIDIERO, Daniel, (2011). Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 16.

19 Constituição da República Federativa do Brasil. 31a. edição, São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 02.

## **B) TÍTULO (I) DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA - OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>20</sup>

Com a pontuação e localização dos Direitos Fundamentais e Humanos internalizados no sistema político e democrático no Brasil, e em nossa Constituição Federal, que expressam os princípios da legalidade e a dignidade da pessoa humana na constituição nacional, podemos ingressar no caso concreto de análise, que nos propomos nesta abordagem, conforme segue.

## **II - EL CASO PUESTO - LA JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EN BRASIL**

### **A) LA PRISION, EL CÁRCEL DE LO DEPOSITÁRIO INFIEL Y LOS PRINCÍPIOS DE LA LIBERTAD Y DIGNIDAD HUMANA EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA**

Há que se considerar, em primeira mão, que a temática e a decisão proferida em análise não foi proferida por tribunal constitucional, e sim por um tribunal nacional do Brasil que tem competência para decidir direitos e garantias dos cidadãos não constitucionais, sujeitos a crivo, portanto, ainda a decisão em grau de recurso constitucional pelo tribunal constitucional, no caso o Supremo Tribunal Federal do Brasil. Como já referido anteriormente, o princípio da liberdade e da dignidade humana, no caso do depositário infiel, pela forma como foi introduzido no Brasil, não teve a amplitude originária que continha na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - o Pacto de San Jose da Costa Rica. Abaixo se toma o cuidado de descrever com todos os cuidados todos os debates havidos no tribunal, bem como o acórdão proferido ao final:

RESP 914253/SP RECURSO ESPECIAL 2006/0283913-8 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 02/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2010 RSSTJ vol. 40 p. 181 Ementa: PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO

20 Constituição da República Federativa do Brasil. 31a. edição, São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 03.

## CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOTADO PELA SUPREMA CORTE.

### OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1.988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1.988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253071 - GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2.006 e RE 206.482 - SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2.003.

2. A edição da EC 45/2.004 acresceu ao art. 5º da CF/1.988 o § 3º, dispondo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional. 3. Deveras, “a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002).” (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2.006, relativo ao Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa,

como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, Relator MIn. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagonista às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.

6. No mesmo sentido, recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, verbis: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º

e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811).

7. Precedentes do STJ: RHC 26.120/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009; HC 139.812/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 14/09/2009; AgRg no Ag 1135369/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe



28/09/2009; RHC 25.071/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 14/10/2009; EDcl no REsp 755.479/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 11/05/2009; REsp 792.020/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 19/02/2009; HC 96.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009).

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

## O ACÓRDÃO - A DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, e os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrichi e Laurita Vaz, no mesmo sentido, a Corte Especial, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Luis Felipe Salomão, Mauro Cambpell Marques, Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrichi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Castro Meira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.<sup>21</sup>

Fizemos questão de transcrever não somente a decisão final, o acórdão, mas todos os argumentos do juiz, do Ministro que relatou e proferiu o primeiro voto, quer dizer o voto que abriu a polêmica questão envolvendo o referido processo. Com estes dados se passará agora a analisar os passos, os argumentos, a prerrogativas utilizadas pelos Excelentíssimos Ministros do STJ para chegarem a sua decisão final.

## III - EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN - ARGUMENTACIÓN, PONDERACIÓN, HERMENÉUTICA, SISTEMÁTICO Y INTEGRIDAD.

Na análise do caso comentado, o Ministro relator declara que o “Pretório Excelso” realizou uma **interpretação sistemática** dos direitos humanos e fundamentais. Ora, o que é isso? Segundo o pensamento

<sup>21</sup> Pesquisa realizada no site oficial do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: <http://www.stj.jus.br/jurisprudência>, em 28.01.2016, às 18h29min.

do professor Ataliba, uma interpretação sistemática tem como intenção buscar a harmonia do sistema. Então como se daria essa interpretação sistemática segundo o professor:

Toda lei emanada de quaisquer órgãos constituídos do país há de submeter-se às balizas e limites contidos na Constituição e, sobretudo, tender a realizar (assegurando-lhe a sua eficácia, na maior plenitude possível) os princípios constitucionais, dos quais a federação e a república comparecem em posição singularmente relevante (porque fundamentais e básicas de todo o sistema).<sup>22</sup>

Afirma ainda Ataliba, que esta seria a razão de que a interpretação de legislação e demais atos de governo haverá de ser sempre desempenhada - pela administração ou pelo judiciário - de modo a, exaltando a harmonia do sistema jurídico, valorizar condigna e adequadamente os seus princípios fundamentais, buscando dar-lhes eficácia e fazer com que todos os comportamentos se curvem às suas exigências. Somente assim a república será valorizada e exaltada no plano prático, como o foi na elaboração constitucional e nos desígnios constituintes, refletindo com fidelidade o querer do povo, titular da república.<sup>23</sup> O método sistemático, segundo professor Moraes, pressupõe a necessidade de análise da norma dentro da ideia de unidade do ordenamento jurídico, uma vez que os diversos preceitos convivem de maneira harmônica dentro de um sistema constitucional.<sup>24</sup>

Ainda, segundo Bonavides, é a interpretação lógico-sistemática um instrumento poderosíssimo como que se pode averiguar a mudança de significado por que passaram velhas normas jurídicas.<sup>25</sup>

Pois bem, nestas palavras encontramos a explicação do que o Ministro do STJ quis dizer quando se refere que fizera uma interpretação sistemática das normas.

Nestes quadrantes à cerca da interpretação jurisdicional, tomamos a liberdade de expor e explicar outros métodos e filosofias sobre a interpretação normativa, e assim surge ainda a ideia apresentada por Mendes, sobre o debate hermenêutico e a sociedade aberta dos interpretes da constituição a partir das formulações propostas pelo doutrinados germânico Peter Häberle. Que segundo Mendes, ressalta que a interpretação constitucional tem sido, até agora, coisa de uma sociedade fechada, restrita aos interpretes jurídicos vinculados às corporações e às partes formais do processo,<sup>26</sup> (...) onde em verdade, a

22 ATALIBA, Geraldo, (1985). *República e Constituição*. 2a. edição atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, p. 42.

23 ATALIBA, Geraldo, (1985). *República e Constituição*. 2a. edição atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, p. 43

24 MORAES, Alexandre de, (2002). *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: editora Atlas, p. 63.

25 BONAVIDES, Paulo, (2000). *Curso de Direito Constitucional*. 10a edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, p. 405.

26 FERREIRA MENDES, Gilmar, (2001). *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2a. edição, revista e ampliada. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC),



Corte Constitucional deveria desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional.<sup>27</sup>

Deve ser ainda apresentado o método interpretativo proposto por outro doutrinador germânico, Jürgen Habermas, o chamado agir comunicativo, que aqui se nos apresenta a professora Henning Leal, onde segundo a autora, o filósofo alemão propõe substituir a moralidade e os valores preexistentes por um processo comunicativo, em que os valores não são, simplesmente, aceitos, mas sim precisam ser justificados, na construção de identidades, ou em outras palavras, o pensador alemão pretende substituir a noção ou ideia de uma nação de cultura por uma nação de cidadãos.<sup>28</sup>

Disto se pode concluir que Habermas configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegura a formação democrática de opinião, o que exige uma identidade política pós-convencional, e não mais histórica e valorativamente determinada, assentada em certos ideais compartilhados.<sup>29</sup>

Neste ambiente germânico acima referido, pouco referido no curso de Doutorado da UBA, existe ainda o pensamento de Gadamer, que é originário da mesma escola de Habermas, do pensamento de Frankfurt, no mesmo tempo histórico deste, porém com pensamento oposto. Para Gadamer, devemos ao romantismo alemão o fato deste ter percebido o significado sistemático que possui o caráter de linguagem da conversação para todo compreender. Ela nos ensinou que, em última instância, compreender e interpretar são uma e a mesma coisa. Como vimos, foi só através desse conhecimento que o conceito de interpretação se desvinculou da significação pedagógico-ocasional que recebeu no século XVIII, alcançando um lugar sistemático, que se caracteriza por representar o ponto-chave que o problema da linguagem alcançou para o questionamento filosófico. Continua o filósofo alemão, ao dizer que, desde o romantismo não se pode mais pensar como se os conceitos da interpretação migrassem para a compreensão, resgatados, segundo a necessidade, de um acervo da linguagem onde já se estariam disponíveis para o caso de a compreensão não ser imediata. *Ao contrário, a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de*

Celso Bastos Editor, p. 496.

27 FERREIRA MENDES, Gilmar, (2001). *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2a. edição, revista e ampliada. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), Celso Bastos Editor, p. 498.

28 HENNING LEAL, Mônia Clarissa, (2007). *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Editora Lummen Juris, p. 134.

29 HENNING LEAL, Mônia Clarissa, (2007). *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Editora Lummen Juris, p. 135.

*realização da compreensão é a interpretação.*<sup>30</sup>

Neste contexto, no Brasil, um dos professores que trabalha a teoria substancialista de Gadamer é Streck, da UNISINOS, e que afirma à cerca deste pensamento o seguinte: Podemos dizer que isso tudo funciona da seguinte forma: quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes, etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, este todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: artigos, incisos, alíneas, etc. *mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade.*<sup>31</sup>

Ao propor sua proposta teórica sobre interpretação jurídica, a argumentação, Alexy diz, que nos discursos jurídicos se trata de uma justificação de um caso especial de proposição normativa, as decisões jurídicas. Afirma o autor, que desta forma poder-se-ia distinguir dois aspectos da justificação: a justificação interna e a justificação externa. Na justificação interna se verifica se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas.<sup>32</sup>

Neste pensamento, dentro de sua complexidade própria, pode-se explicar o modelo de interpretação jurídica proposta por Alexy, segundo Laura Clérico:

En pocas palabras: por un lado, un modelo de la ponderación iusfundamental orientado por reglas requiere de la reconstrucción de una red de reglas-resultado de la ponderación con fuerza vinculante *prima facie*. En este sentido, la ponderación iusfundamental en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto supone una suerte de racionalidad en cadena de sus decisiones a fuerza de reconstrucción, interpretación, aplicación y disminuye considerablemente la posible arbitrariedad del operador jurídico. Por el otro lado, si la aplicación de una regla-resultado de la ponderación puede ser justificada y sirve para la solución de la tensión entre principios - y a los efectos de determinar si la restricción al derecho logra ser justificada por la importancia y peso de los argumentos que hablan a favor de otros principios - entonces no hay ponderación. De lo contrario hay que ponderar.<sup>33</sup>

30 GADAMER, Hans-Georg, (1997). *Verdade e Método I*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, p. 503.

31 STRECK, Lenio Luiz, (2013). *Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos - Mestrado e Doutorado. no. 10. São Leopoldo: editora Livraria do Advogado, p. 130.

32 ALEXY, Robert, (2005). *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução Zilda Hurchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo - 2a. edição, São Paulo: Landi Editora, p. 217.

33 CLERICO, Laura, (2012). *Sobre "casos" y Ponderación. Los Modelos de Alexy Y Moreso ?mas similitud que diferencias?*. In: artigo apresentado pela autora, para a Universidad de Buenos Aires, investigadora del CONICET.

Entre alguns dos críticos da teoria da argumentação, encontramos Warat, que afirma ser a teoria da argumentação de Alexy em si mesma ideológica na medida em que se valeria da noção de “opinião geralmente aceita”. Pois que nesta noção, tomar-se-ia de empréstimo a forma de universidade que seria ideológica. É que parece muito mais explicativo dizer que no processo argumentativo alcança-se a aceitação de uma conclusão a partir das opiniões dominantes.<sup>34</sup>

Por último, gostaria de apresentar o pensamento de Dworkin, sobre a integridade do direito, sua proposta de interpretação jurídica, que assim apresenta a possibilidade de interpretação: o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados pro um único autor - a comunidade personificada - expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.(...) Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.<sup>35</sup> Ao criticar a forma como tradicionalmente se resolvem os casos difíceis, Dworkin leciona:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. (...) Em minha argumentação, afirmo que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.<sup>36</sup>

Desta forma, entende-se que foram lançadas as principais teorias e métodos de interpretação que um juiz pode levar à prática quando analisa um caso concreto, como aquele acima colocado, onde declaradamente o Magistrado optou pelo método lógico-sistemático para chegar a sua conclusão. Parte-se agora, para o lançamento de algumas propostas críticas da decisão do acórdão proferido.

34 WARAT, Luiz Alberto, (1994). *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 99.

35 DWORKIN, Ronald, (2003). *O Império do Direito*. São Paulo: editora Martins Fontes, p. 272.

36 DWORKIN, Ronald, (2007). *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: editora Martins Fontes, p. 127.

#### IV - UN ANÁLISIS CRÍTICO Y DOCTRINAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Cumpré desde logo sinalar que a decisão acima descrita foi tomada no ano de 2009 pelo STJ. E aqui, como já dito acima, a dificuldade estava em que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - o Pacto de San Jose da Costa Rica, havia sido introduzido no sistema político e jurídico do Brasil como norma infraconstitucional. e Por isso, a jurisprudência nacional sempre se direcionara no sentido da constitucionalidade do art. 5o. LXVII, da Constituição de 1988, no sentido de que é possível a prisão do depositário infiel em qualquer caso. Isto porque o referido tratado internacional ingressou no ordenamento jurídico brasileiro na qualidade de norma infraconstitucional, e por isso não tinha força constitucional, para superar, suplantando, a regra nacional de prisão do depositário infiel.

Observe-se pois, o argumento posto pelo Ministro relator da decisão, ao afirmar houvera a edição da Emenda Constitucional no. 45/2004, que teria acrescentado ao artigo 5o. da CF/1988 o § 3º. que dispunha “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo equivalentes às emendas constitucionais”, isso faria inaugurar, segundo o Ministro, um novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional. assevera ainda o Ministro, que “a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica, (art. 7o. 7), ambos do ano de 1992, não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reservaria lugar específico no ordenamento jurídico, estando eles abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ele anterior ou posterior ao ato de ratificação pelo Brasil. Isto, teria ocorrido com o artigo 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/69, bem como com relação ao artigo 652 do código Civil (Lei 10.406/2002), segundo o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional brasileira, GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, em Recurso Extraordinário número 466.343 - SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

Em sua fundamentação de decisão o Ministro argumenta que a Constituição da República Federativa do Brasil, tem índole pós-positivista, e fundamenta todo o ordenamento jurídico nacional, e expressa como vontade popular, que a Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e assim tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como

instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. Exsurge assim, e aparece com muita força a afirmação de que foi realizada uma interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, para levar o tribunal a promover uma considerável mudança sobre o tema em foco, e desta forma assegurar os valores supremos do texto constitucional. Neste sentido, o tribunal, por ocasião deste julgamento histórico, do Recurso Extraordinário em referência, de no. 466.343 - SP, citado como fundamento, teria reconhecido que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia superior à lei ordinária, ostentando desta forma status normativo supralegal, o que significaria dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. O que levaria a dizer que no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, fundada na invalidade e não na revogação desta. Neste mesmo sentido, o Ministro relator cita outros julgados colacionados acima, que podem ser conferidos.

O que se observa no acórdão em comento, é a radical alteração, transformação da interpretação dada, e a forma de interpretar a norma referente, pois que, segundo o Ministro, não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depositário voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como é o caso do depositário judicial.

## V - CONCLUSIÓN

Com a presente pesquisa, se teve o cuidado de apresentar uma evolução histórica de introdução das normas de direitos humanos no sistema normativo brasileiro, particularmente naquilo que envolve a normativa advinda da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica de 1992, em seu artigo 7o., § 7o., que foi inicialmente recebida como norma infraconstitucional dentro do ordenamento nacional brasileiro.

Em seguida, descrevemos cuidadosamente a localização destes direitos, como é o caso do princípio da liberdade e da dignidade humana, na estrutura constitucional do Brasil, e como eles estão sendo interpretados atualmente. É a localização espaço factual dos dispositivos que disciplinam estes direitos dentro do ordenamento jurídico nacional.

Buscou-se um caso concreto de solução delicada, de difícil resolução, o caso da prisão do depositário infiel, frente a toda a estrutura



leal e constitucional brasileira, que vinha até então sendo resolvido de forma diferente pelos tribunais pátrios, e em confronto com a norma internacional apontada no tratado em eu o Brasil é signatário e não poderia, portanto, agir da forma como estava agindo.

Ainda, pudemos descrever os principais métodos ou formas de interpretação das normas dos tratados internacionais e também de nossa Constituição Federal, que atualmente estão sendo tomados pelos juízes quando se deparam com um direito de natureza fundamental, e quando devem resolver um caso difícil.

De se concluir, pois, que a jurisprudência brasileira evoluiu de maneira coerente, superando suas próprias dificuldades e insuficiências internas, para chegar a um patamar de respeito aos direitos entabulados e subscritos em tratados internacionais pela nação brasileira, de respeito e concretização interna dos tratados e convenções assinadas em âmbito internacional. Quer dizer, o Brasil passou a observar a forma correta de internalizar estas normas de direitos humanos, quando se trata de observar direitos humanos internacionalmente consagrados e as regras e os princípios constantes na constituição do Brasil.

De sorte, que é com satisfação que podemos dizer que o sistema democrático brasileiro, a República Federativa do Brasil, assumiu uma postura de respeito e aceitação no sistema constitucional interno, dos Direitos Humanos já consagrados internacionalmente, e assim, os incorpora com força legal para todos os efeitos, para se constituírem-se em Direitos Fundamentais para toda sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, (2005). *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução Zilda Hurchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo - 2a. edição, São Paulo: Landi Editora.

ATALIBA, Geraldo, (1985). *República e Constituição*. 2a. edição atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores.

BONAVIDES, Paulo, (2000). *Curso de Direito Constitucional*. 10a edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros.

CASALTA NABAIS, Jose, (2007). *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*.Coimbra: Editora Coimbra.

CLERICO, Laura, (2012). *Sobre "casos" y Ponderación. Los Modelos de Alexy*

*Y Moreso ?mas similitud que diferencias?.* In: artigo apresentado pela autora, para a Universidad de Buenos Aires, investigadora del CONICET.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 31a. edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

DOUZINAS, Costas, (2009). *O Fim dos Direitos Humanos*. São | Leopoldo: Editora Unisinos.

DWORKIN, Ronald, (2007). *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: editora Martins Fontes.

DWORKIN, Ronald, (2003). *O Império do Direito*. São Paulo: editora Martins Fontes.

FERREIRA MENDES, Gilmar, (1996). *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2a. edição, revista e ampliada. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), Celso Bastos Editor.

GADAMER, Hans-Georg, (1997). *Verdade e Método I*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes.

HENNING LEAL, Mônia Clarissa, (2007). *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

KONDER COMPARATO, Fábio, (2010). *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VII Edição, São Paulo: editora Saraiva.

MITIDIERO, Daniel, (2011). *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. Do Controle à Interpretação da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MORAES, Alexandre de, (2002). *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: editora Atlas.

Pesquisa realizada no site oficial do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: <http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>, em 28.01.2016, às 18:29.

PIOVESAN, Flávia, (2002). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad.



STRECK, Lenio Luiz, (2013). *Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo*. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos - Mestrado e Doutorado. no. 10. São Leopoldo: editora Livraria do Advogado.

TOCQUEVILLE, Alexis de, (1978). *La Democracia en America*. Mexico: editora Fondo de Cultura Económica.

WARAT, Luiz Alberto, (1994). *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

## BIBLIOGRARFIAS SUGERIDAS

ALEXY, R. (2000): "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", en *Derechos y Libertades*, año 5, n°8.

ARANGO, R. (2013): "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2013): "El derecho a la salud en el contexto del buen vivir. La constitución ecuatoriana de 2008 y el derecho a la salud", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

BINDER, C. (2011): "The European System for the Protection of Human Rights: Balance and Perspectives", en von Bogdandy, A. et.al. *Direitos Humanos, Democracia e Integração jurídica*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris.

VON BOGDANDY, A. y von Bernstorff, J. (2011): "The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture: The Legal Framework after the Entry into force of the Treaty of Lisbon", en von Bogdandy, A. et.al. *Direitos Humanos, Democracia e Integração jurídica*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris.

BULYGIN, E. (1987): "El estatus ontológico de los derechos humanos", en *DOXA*, n°4.

Cançado Trindade, A. (2004): "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en Gomez Isa, F. (comp.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao.

CARRILLO SALCEDO, J.A. (2004): "El Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Gomez Isa, F. (comp.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao.

CLÉRICO, L. (2009): *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Eudeba.

CLÉRICO, L. (2010): "Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos de derechos fundamentales", en Escobar García, C. *Teoría y Práctica de la justicia constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CLÉRICO, L. y Aldao, M. (2011): "La igualdad como redistribución y reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, año 9, n°1.

DA SILVA, V. (2002): "O proporcional e o razoável", en *Revista dos Tribunais*, n°798.

DE SOUSA, M. (2013): "El derecho a la salud en el Estado Plurinacional de Bolivia" ", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

GARCÍA RAMIREZ, S. (2011): "Panorama de la Jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos", en von Bogdandy, A. et.al. *Direitos Humanos, Democracia e Integração jurídica*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris.

GOMEZ DEL PRADO, J.L. (2004): "La protección extra convencional de los derechos humanos", en Gomez Isa, F. (comp.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao.

GOMEZ ISA, F. (2004): "La protección internacional de los derechos humanos", en Gomez Isa, F. (comp.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao.

GÓNGORA MERA, M.E. (2012): *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*. Ms.

GÓNGORA MERA, M.E. (2013): "Discriminación Interseccional y derecho a la salud", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MANERO SALVADOR, A. (2013): "El derecho a la salud en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

NOWAK, M. (2009): *Introducción al régimen Internacional de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Asdi/Raoul Wallenberg Institute/Facultad de Derecho, UBA.

PARRA VERA, O. (2013): "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

PINTO, M. (2009): *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Del Puerto

PIOVESAN, F. (2010): *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. San Pablo, Saravia.

PIOVESAN, F. (2011): "Proteção dos Direitos Humanos: uma Análise Comparativa dos Sistemas Regionais Europeu e Interamericano", en von Bogdandy, A. et.al. *Direitos Humanos, Democracia e Integração jurídica*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris.

PIOVESAN, F. y Gotti, A. (2013a): "Protección del derecho a la salud en el Sistema de Protección Universal de los Derechos Humanos", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.  
PIOVESAN, F. y Gotti, A. (2013b): "La protección del derecho a la salud en Brasil" ", en Clérico et.al. *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

SIECKMAN, J. (2012): "Derechos y Autonomía", en Capaldo/Clérico/Sieckmann, *Internacionalización del Derechos Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires, Eudeba/von Humboldt St.

SOUSA SANTOS, B. (2004): "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en Gomez Isa, F. (comp.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao.

## UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LOS PUEBLOS DEL MUNDO COMO MECANISMO PARA OTORGARLES PARTICIPACIÓN Y DERECHOS: ANÁLISIS CRÍTICO<sup>37</sup>

Carlos Andrés Pérez-Garzón<sup>38</sup>

Fecha de recepción: 10 de junio de 2016

Fecha de aceptación: 8 de agosto de 2016

Referencia: PÉREZ-GARZÓN, Carlos Andrés. *Una asamblea constituyente de los pueblos del mundo como mecanismo para otorgarles participación y derechos: análisis crítico*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 65 a 78. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### RESUMEN

Los pueblos del mundo se enfrentan a dos vacíos de regulación jurídica internacional en este momento: en primer lugar, la falta de espacios internacionales de deliberación, que incluso puedan llegar a ser vinculantes, a los que puedan acudir directamente sin la necesidad de ser representados por sus Estados, y, en segundo lugar, un inexistente catálogo de derechos, similar al de los derechos humanos individuales, que les garantice una protección frente los Estados y cualquier organismo internacional. Este artículo de reflexión analiza la propuesta del Dr. Antonio José Rengifo de una asamblea constituyente de los pueblos del mundo como mecanismo para garantizarle a los pueblos el reconocimiento jurídico de los dos aspectos mencionados, y la acepta críticamente al identificar dos problemas teóricos que la propuesta debe superar antes de poner en práctica la ruta que se le sugiere para su realización a corto plazo.

**PALABRAS CLAVE:** derechos de los pueblos, poder constituyente de los pueblos, participación de los pueblos, representación popular, soberanía popular

<sup>37</sup> La versión preliminar de este artículo de reflexión, se presentó como ponencia en clase y trabajo final del curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos, orientado por el Dr. Antonio José Rengifo en la Universidad Nacional de Colombia – Sede Bogotá, el primer semestre de 2016.

<sup>38</sup> Estudiante de Derecho (LL.B.), décimo semestre, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho; miembro del grupo de investigación Constitucionalismo Comparado – CC; fundador & editor de la Revista Justicia y Derecho; página web personal: <https://carlosandresperezgarzon.wordpress.com>; correo electrónico institucional: [caraperezgar@unal.edu.co](mailto:caraperezgar@unal.edu.co).

## ABSTRACT

The peoples of the world face two gaps in the international law now: first, the lack of international scenarios to deliberate, that even can become binding, to which they can attend directly without being represented by their States; and, second, an inexistent bill of rights, similar to the individual human rights' one, that protects them from the States and any other international body. This reflection article analyzes Dr. Antonio José Rengifo's proposal on a constituent assembly of the peoples of the world, as a mechanism to guarantee the peoples the legal recognition of the two issues mentioned above, and it accepts it critically by identifying two problems that this proposal must overcome before it puts into practice the path that is suggested here to materialize it in the short run.

**KEYWORDS:** people's rights, people's constituent power, people's participation, popular representation, political representation, popular sovereignty

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos individuales se han agotado, es hora de pensar en un poder constituyente de los pueblos del mundo que sea la base de legitimidad para una reforma del sistema internacional, que les conceda a los mismos una mayor participación en la toma de las decisiones que los afectan y una protección jurídica que realmente sea exigible. La frase anterior es, en términos generales, la tesis del artículo "El poder constituyente de los pueblos del mundo" del profesor colombiano de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Antonio José Rengifo (2015). La presente propuesta se enmarca en el problema de que ni los Estados ni el Derecho Internacional vigente, han sido capaces de garantizar a los pueblos una participación en las decisiones que se toman en la esfera internacional y, además, una protección jurídica similar a la que hoy gozan los derechos humanos individuales, lo cual ha traído, en muchos casos, afectaciones a los derechos de los pueblos a su existencia, a determinar su propio destino, y a no ser castigados por las malas políticas ejecutadas por sus gobernantes de turno.<sup>39</sup>

Siendo así, el presente artículo de reflexión busca analizar, en primer lugar, si en verdad existe una falta de mecanismos de participación efectiva y mayor protección jurídica de los pueblos en el sistema de derecho internacional actual; en segundo lugar, se acogerá la propuesta de Antonio Rengifo de una asamblea constituyente de los pueblos del mundo como mecanismo viable para superar la desprotección de los pueblos en el sistema internacional, pero haciéndole dos críticas teóricas y proponiendo una ruta para su implementación a corto plazo; finalmente, se presentará una breve conclusión al escrito.

<sup>39</sup> A lo largo de esta reflexión, la alusión a los "derechos de los pueblos" se ha inspirado, en gran parte, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual prescribe los derechos de los pueblos africanos en los artículos 19 al 24 (OUA, 1963).

## II. ¿EL DIDH DEBERÍA AMPLIARSE PARA GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS Y UN CATÁLOGO DE DERECHOS ROBUSTO?

Este capítulo se centrará en establecer el problema en torno al cual gira la presente reflexión y, en segundo lugar, desarrollarlo, a lo cual se llamará estado del arte.

En primer lugar, se entiende por problema de reflexión un conflicto entre dos posturas teóricas, y se formulará de la siguiente manera: actualmente, existe una discusión en la academia jurídica sobre la efectividad tanto de la protección internacional de los derechos de los pueblos del mundo como de los escenarios actuales participación de los mismos; en este debate se encuentran confrontados i) el sistema de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), según el cual se garantiza una protección adecuada a todas las personas del mundo individualmente consideradas, protección que también recae en todos los pueblos de la tierra, por lo cual no es necesario crear nuevos derechos y más escenarios de participación de los pueblos, complementarios a los ya establecidos, y ii) quienes sostienen que el DIDH, debido a su marcada orientación individual apoyada por todos los organismos internacionales que se encargan de materializarlo, no garantiza plenamente una participación de los pueblos de la tierra en la toma de decisiones dentro del sistema internacional y, tampoco, un reconocimiento pleno de derechos que *per se* tienen los pueblos, los cuales no pueden ser comprendidos dentro de la configuración actual individualista del DIDH.

Siendo así, la pregunta que orientará esta reflexión, y que delimita el problema anterior, es ¿cuáles deben ser los mecanismos para garantizar una protección más completa de los pueblos en el sistema internacional, tanto en sus derechos como en sus escenarios de participación?

El objetivo general de esta reflexión es mostrar que i) tienen argumentos más sólidos aquéllos que sugieren la necesidad de complementar el sistema de DIDH actual para otorgar una garantía más completa a los derechos y participación de los pueblos, y que ii) la propuesta de Antonio Rengifo, una asamblea constituyente de los pueblos, es un mecanismo que puede ser utilizado para complementar el sistema y ser más garantista respecto a los pueblos, siempre y cuando se tengan en cuenta las dos críticas teóricas y la ruta para su implementación a corto plazo que son propuestas en esta reflexión.

A continuación, como estado del arte, se desarrollará la tensión que contiene el problema, para lo cual se mostrará, en primer lugar, por qué se sostiene que el sistema actual de DIDH no necesita ser complementado de la forma en la que sí lo manifiestan autores como Antonio Rengifo,



siendo presentado esto último en el literal b de este capítulo. En el segundo capítulo, se presentará el marco teórico o desarrollo de la respuesta a la pregunta que orienta esta reflexión, hipótesis en la que, si bien se acepta la necesidad de complementar el sistema de DIDH, especialmente a través del mecanismo que propone Antonio Rengifo, se busca brindar una propuesta más completa a la planteada para su eventual materialización.

### **a. El DIDH actual y la garantía de participación y derechos a los pueblos**

La definición de la jerarquía entre lo general y lo particular ha sido y será uno de los debates más importantes en la teoría de los derechos humanos; por teoría de los derechos humanos se entiende aquí, la estructuración sistemática de los elementos que constituyen los derechos humanos, *e.g.* su concepto, fundamentos, mecanismos de aplicación y actores que influyen en ella, relación frente a otras ramas del derecho, instituciones jurídicas (tipos de derechos), y las relaciones entre estas instituciones.<sup>40</sup> Dentro de estas relaciones, se presenta un conflicto por definir la jerarquía entre los derechos colectivos y los derechos individuales.

A inicios del siglo XIX, con el triunfo de las tres revoluciones ilustradas en Estados Unidos, Francia, y parte de América Latina, la balanza en dicha relación se inclinó hacia los derechos civiles y políticos individuales; fue en esta época cuando, por ejemplo, los Estados promovieron políticas de asimilación de la población indígena al considerar que los derechos a la igualdad y a la libertad no eran compatibles con el trato diferenciado que ella recibía desde la colonia, la cual, para bien o para mal, había ayudado a resguardar su identidad como pueblo.<sup>41</sup>

Sin embargo, a finales del mismo siglo, esta perspectiva empezó a ser cuestionada, al menos desde el derecho, por teóricos de “lo social”, quienes denunciaron que el individualismo, como punto de partida para concebir el derecho, impedía que éste respondiera a las necesidades sociales propias de una época marcada por la interdependencia, provocando la crisis de la fábrica moderna (con la pauperización de su fuerza laboral), el crecimiento urbano desbordado y en condiciones de salubridad deficiente, etc. (Kennedy, 2006, 37-38). Se presentó, entonces, una inclinación de la balanza en favor de los derechos colectivos.

<sup>40</sup> Compárese la propuesta de teoría de los derechos humanos de Sen (2004, pp. 318-320), la cual parte de una concepción de los derechos humanos como demandas éticas que no se originan por la legislación y no se reducen a ésta una vez es expedida.

<sup>41</sup> Véase el fenómeno en la fase del alto liberalismo en América Latina, en Marquardt (2016, pp. 254-262), y en el caso colombiano a Palacios y Safford (2013, pp. 276-279).



El éxito de esta crítica se vio reflejado en la implementación de legislación laboral, políticas de urbanismo, etc.; sin embargo, esta conciencia jurídica de lo social también fue utilizada por los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX, tanto de izquierda como de derecha, para justificar una concepción según la cual el bienestar de la sociedad en su conjunto no dependía de la participación democrática de la ciudadanía, encargándole a la rama ejecutiva esta tarea (Kennedy, 2010, pp. 38, 39, 41), la cual, en últimas, terminó por restringir en alto grado los derechos y libertades individuales en beneficio de una concepción de la sociedad que dependía de la idea que de sí misma tenía el jefe del poder ejecutivo.

Ante los desmanes contra los derechos humanos individuales que se cometieron mediante la implementación de una concepción abstracta como “la sociedad”, como parámetro para ejercer el gobierno, a mediados del siglo XX los Estados occidentales veían con bastante escepticismo la idea de que en una declaración universal de derechos humanos (ONU, 1948) se le otorgaran derechos a una entidad abstracta como “los pueblos” (Van Boven, 1995, p. 470).<sup>42</sup>

Este temor fue parcialmente superado a mediados de los años 60, a través del establecimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, consagrado en el artículo primero común a los convenios internacionales de derechos civiles y políticos (ONU, 1966a), y económicos, sociales, y culturales (ONU, 1966b), aunque, en últimas, la garantía de este derecho de autodeterminación política, económica, y cultural, de los pueblos, quedó supeditada a las estructuras estatales existentes (Van Boven, 1995, p. 471). Este espacio reducido de protección de los derechos de los pueblos y para su participación, es una de las críticas que se le plantean al sistema, y que se desarrollará en el segundo capítulo.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que las Naciones Unidas no han adoptado una definición de “pueblo” a lo largo de sus sesenta años de existencia. Un primer paso en este sentido ha sido la adopción de una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007); sin embargo, de la misma no podría surgir análogamente una definición de “pueblo”. A pesar de ello, de la lectura del preámbulo de la declaración universal de los derechos humanos sí se desprende una concepción plural de los pueblos, diferenciándolos de los Estados; es decir, se asume que los pueblos son una entidad diferente de los Estados miembros de

42 Se comparte la idea de la profesora Waltz, según la cual no sólo las atrocidades de los Nazis fueron las únicas que inspiraron tal declaración universal (2002, pp. 438-440), aunque dichas experiencias sí fueron perpetradas a partir de una filosofía de prevalencia del interés general de la sociedad sobre los derechos individuales. Por otro lado, el escepticismo frente a los derechos de los pueblos podría explicarse por el clima generalizado de desinterés entre las grandes potencias vencedoras de la segunda guerra mundial, por tratar la cuestión de los derechos humanos en dicha declaración universal (Waltz, 2002, pp. 440-441).

la organización. Finalmente, se quisiera sugerir aquí que tal vez, gracias a los desarrollos del derecho penal internacional (CDPNUECPI, 1998), el crimen de genocidio puede constituir una medida de protección al derecho a la existencia misma de los pueblos, y que puede equiparse al derecho a la vida que tienen los individuos en el sistema de DIDH. Sin embargo, es importante advertir que una definición de los pueblos es un requisito indispensable para desprender de allí un conjunto robusto de derechos de los pueblos, por lo cual su ausencia en el actual sistema de DIDH denota una sospechosa falta de voluntad para concedérselos.

Así pues, según el sistema de DIDH actual, el escenario nacional (representado por el Estado), es el indicado para garantizar los derechos de los pueblos que en él habitan (el de autodeterminación y el implícito de existencia); sin embargo, no existe regulación internacional que de alguna forma prevea una garantía más allá del ámbito nacional, y que permita que los pueblos tengan iguales prerrogativas que los individuos, representadas tanto en un catálogo de derechos exigible ante instancias judiciales como una participación, incluso vinculante, en foros internacionales. Pero, ¿por qué es necesario equiparar en estos dos aspectos a los pueblos y a los individuos? El siguiente segmento también buscará responder esta pregunta.

**b. ¿Existe un agotamiento del DIDH que necesite ser complementado con participación y derechos para los pueblos?**

c.

En el año 2008, el mundo se sacudió frente a la explosión de la burbuja inmobiliaria producida en el sector financiero, una crisis provocada por el surgimiento de un capitalismo financiero transnacional, al menos desde los años 70, cuya base es un profundo proceso de desregulación del mercado a nivel internacional, y que ha ocasionado hasta nuestros días una “financierización” de la economía global (entendida aquí como una economía que se centra en la producción ficticia de riqueza, independientemente de la producción real de bienes y servicios), y una hegemonía de la ideología neoliberal, la cual es hostil a los pobres y al estado de bienestar (Bresser-Pereira, 2014, pp. 501-511).

Este es el escenario en el cual se presentó uno de los problemas más dicentes del agotamiento de los derechos humanos internacionales individuales. Desde antes de su entrada a la Unión Europea, Grecia se encontraba en un déficit presupuestal que fue ocultado por los gobernantes de turno mediante reiterados préstamos ante entidades financieras internacionales, quienes, a su vez, no habían estructurado una política fiscal eficiente y promovían el gasto público descontrolado (como ocurrió en los juegos olímpicos de Atenas 2004), con tal de que tanto los griegos como el resto de Europa creyeran que la situación económica del país era estable.<sup>43</sup>

43 Véase a Kitidi & Chatzistefanou (2011) y Laskaridis (2016).

Sin embargo, con la llegada de la crisis financiera internacional, los acreedores de Grecia empezaron a presionar el pago de la deuda, pero como el país estaba insolvente, no podía pagar los pasivos, razón por la cual el gobierno se vio obligado a aceptar el descalabro económico que ya todo el mundo conoce. Las consecuencias inmediatas para el pueblo griego fueron un ajuste estructural que redujo considerablemente el gasto público, afectando especialmente los derechos sociales (Laskaridis, 2016).

Así, se entró en una situación en la cual se redujo el salario mínimo y se incrementaron los impuestos, provocando despidos masivos e incrementando el empleo informal; también se ha visto afectado el derecho a la salud, debido a la reducción de la cantidad de medicamentos disponibles en los hospitales públicos y los despidos en el sector; por su parte, varias escuelas han sido cerradas y se ha reducido el número de maestros; además, el acceso a la administración de justicia se ha visto limitado por los recortes de personal, sumado a una ya tradicional sobrecarga de trabajo en los tribunales; sin embargo, no todos los derechos vulnerados han sido sociales, también el derecho a la libertad de expresión y reunión se ha visto limitado como resultado de las respuestas desproporcionadas de las autoridades contra las protestas públicas surgidas como reacción a las políticas públicas de austeridad; por si fuera poco, también se ha visto afectada la soberanía popular misma, pues la Constitución prescribe que ningún gobierno puede proceder a una alienación sustancial de la propiedad pública, de la forma como se ha hecho la privatización masiva de empresas públicas con el fin de pagar a los acreedores y cumplir con las exigencias del ajuste estructural impuesto (CVDP, 2015, pp. 37-44).

Esta situación ya ha sido analizada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.<sup>44</sup> En un informe presentado por la ONG Centre Europe – Tiers Monde, titulado de forma provocadora “La austeridad y el endeudamiento impuesto en Grecia violan los derechos humanos del pueblo griego y el derecho internacional” (CDHNU, 2015), se rechaza la deuda del pueblo griego por ser ilegal, ya que atenta contra la legislación nacional de Grecia, europea, e internacional de los derechos humanos, e.g. el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966a), y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (ONU, 1966b); además es

44 El CDHNU, dependiente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es el foro internacional dentro de las Naciones Unidas, donde se estudia, discute, y se toman medidas sobre la situación de los derechos humanos en el mundo. Sin embargo, el foro es *per se* una plataforma dedicada a los derechos humanos y, a pesar de que ésta etiqueta no se reduce a los derechos civiles y políticos, no puede proteger los derechos de los pueblos porque, sencillamente, no existen tales dentro del ordenamiento jurídico internacional, el cual constituye el marco a su accionar; solamente han sido objeto de protección los derechos de los pueblos indígenas, lo que hace al organismo de promoción de los derechos humanos, un organismo incompleto (como el sistema mismo) frente a la garantía tanto de participación como de derechos del resto de pueblos del mundo (no sólo los indígenas), véase (OACDH, 2008, pp. 75 y ss.).

ilegítima, pues el gobierno se está volviendo contra su propio pueblo, privándolos de derechos a favor de un tercero extranjero; finalmente, la deuda es odiosa, en el sentido de que los préstamos se hicieron sin la autorización del pueblo (*i.e.* la adquisición de la deuda para tapan el gran hueco fiscal no se hizo pública), el pueblo no se benefició directamente del dinero (gran parte de los préstamos se usó para la compra de armas a países como Alemania y Francia), y porque los prestamistas como el Fondo Monetario Internacional y el mismo Banco Europeo sabían de antemano los riesgos en los que se ponía a Grecia al aceptar el endeudamiento, y a pesar de ello lo impulsaron (Kitidi & Chatzistefanou, 2011).

El caso de Grecia ilustra bien cómo los derechos individuales en la esfera internacional, sí han llegado a un agotamiento; en efecto, existen situaciones en las que el pueblo se encuentra por un lado de espaldas al gobierno al que alguna vez le dio legitimidad para llegar al poder, y por otro lado de espaldas a los mecanismos jurídicos que le permitan expresarse en la arena internacional, sin sus gobiernos como intermediarios, para así manifestar su voluntad soberana respecto a las situaciones de violación de sus derechos como pueblos.

Y no sólo eso, también existen situaciones que demandan un mecanismo jurídico internacional de amparo que permita una intervención justificada y siempre en derecho, frente a violaciones de los derechos de los pueblos, en los cuales se encuentran englobados toda la constelación de derechos humanos y, en situaciones de guerra, el derecho internacional humanitario; así, por ejemplo, en el caso de la protección jurídica de los derechos del pueblo sirio frente al poder de sus gobernantes. Frente a esto, en el contexto colombiano, el profesor Antonio José Rengifo (2015) ha propuesto una alternativa teórica a esta problemática.

En el preámbulo de la Carta de la Naciones Unidas (1948) se dice que los pueblos han decidido aunar esfuerzos para establecer el orden internacional que se consagra en la misma Carta; sin embargo, ¿fueron realmente los pueblos o sólo los representantes del gobierno de turno los que aceptaron crear la Carta?, ¿cuándo fue que los pueblos, después de una profunda deliberación pública necesaria, discutieron y dieron su aprobación a la Carta?, y más aún ¿cuáles son los mecanismos mediante los cuales los pueblos pueden volver a ser consultados cuando el orden internacional vigente ya no sea eficaz?

Esta es la situación a partir de la cual parte la discusión que nos plantea Rengifo sobre el poder constituyente de los pueblos. Para él, actualmente existe una crisis de la protección de los derechos humanos en cabeza de los Estados, frente actores internacionales como las instituciones financieras transnacionales, y, aunque no lo dice, podemos extenderlo en general a actores amorfos (*e.g.* Estado Islámico) que buscan desestabilizar el régimen nacional e internacional de protección de los derechos humanos; en este debilitamiento de la protección de los

derechos humanos individuales, es donde se puede ver que también los derechos humanos de pueblos enteros no tienen una protección jurídica desarrollada y, por lo tanto, resulta conveniente dárselas.<sup>45</sup>

Ante esta situación, la paradoja que plantea Rengifo es que, si bien la legitimidad del orden internacional actual recae en la voluntad de los pueblos, éstos no tienen, en primer lugar, espacios dentro del sistema para manifestar directamente a la comunidad internacional las cuestiones que los aquejan, y, en segundo lugar, tampoco tienen un régimen jurídico de protección de sus derechos.

Con el fin de solucionar la paradoja, este autor propone la idea de una asamblea constituyente de los pueblos, es decir, un espacio al que se llegue en un futuro no muy lejano, en el cual todos los pueblos del mundo (independientemente del Estado al que pertenezcan) puedan participar activamente en la constitución de un nuevo orden internacional que les brinde los espacios para intervenir, idealmente de forma vinculante, en la escena internacional, y les garantice unos derechos intrínsecos como pueblos.

### III. ¿HACIA UNA CONSTITUYENTE DE LOS PUEBLOS?

Se adopta en este artículo la propuesta de una asamblea constituyente de los pueblos propuesta por Antonio Rengifo como mecanismo para superar la desprotección de los pueblos en el sistema internacional actual, pues es necesaria una refundación de aquél, abandonando la preminencia del individualismo en los derechos humanos y –sin llegar al extremo de inclinar la balanza atentando contra los derechos individuales en favor de los pueblos-, estableciendo una complementariedad y posición de igualdad entre estas dos esferas de protección.

Para desarrollar esta hipótesis, este capítulo se dividirá en dos partes; la primera desarrollará las dos críticas que aquí se le hace a la propuesta del profesor Rengifo, consistente en dos problemas teóricos que surgen de la misma; finalmente, la segunda presentará tres rutas o alternativas a seguir dentro de la academia y la arena política, con el fin de lograr el desarrollo de mecanismos que puedan superar la desprotección de los pueblos en el sistema internacional, tanto en sus derechos como en su capacidad de participación.

#### a. El problema de la representación popular y el conflicto de soberanías

El primer cuestionamiento teórico a una propuesta de asamblea constituyente mundial de los pueblos, puede sintetizarse así: ¿cómo lograr

<sup>45</sup> Sobre la alternativa de una sociedad civil internacional frente al Estado y organizaciones internacionales, véase a Cassese (2012, pp. 136-143).

que dicha constituyente no se reduzca a la representación tradicional? Mientras que el segundo puede ser ¿cómo se solucionaría un eventual conflicto de intereses presentado entre lo que dirían los pueblos en una asamblea mundial constituyente y lo que dirían los representantes de los Estados a los cuales pertenecen?

Respecto al primer problema, se asume en este escrito la imposibilidad de que a un nivel de semejantes proporciones se pueda llegar a concretar una asamblea constituyente de los pueblos, sin la necesidad de que sean representados en los mismos términos planteados por la doctrina de la representación popular tradicional.<sup>46</sup> Si bien Rengifo es consciente de este problema, es necesario aclarar aquí que una asamblea constituyente de los pueblos puede ser un mecanismo para renovar la legitimidad fundacional y el catálogo de derechos del actual sistema internacional, pero dicha legitimidad no se agota en estos dos aspectos, pues no se debe olvidar que a pesar de las buenas intenciones, lo acordado en la asamblea constituyente será aplicado nuevamente por un intermediario, llámese Organización de las Naciones Unidas o Estados, pues el pueblo constituyente es tan sólo una chispa que dura muy poco en el tiempo y que no puede controlar lo que deviene a su origen y efímera existencia.<sup>47</sup>

Así pues, una constituyente de los pueblos también debería estar compuesta por unos representantes, eso sí, diferentes a los representantes del Estado del cual son parte; esto, según se analizó arriba, es posible dentro del sistema internacional actual, pues un Estado está compuesto por los pueblos a los que tradicionalmente ha representado; es aquí cuando se avizora el segundo problema.

Una solución al segundo problema podría darse, al menos, de dos maneras: la primera, mediante el diseño una asamblea en la cual se excluya a los tradicionales representantes de los Estados (mandatarios del pueblo) de las deliberaciones, o, en segundo lugar, dándole la oportunidad a que ellos acudan y deliberen, pero dejando la decisión de última instancia sobre la constitución del nuevo orden mundial a los pueblos directamente.

La solución a este segundo problema, encarna una disputa que se presenta en la teoría constitucional: la pugna entre el poder constituyente y el poder constituido por definir el derecho. En el caso colombiano, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, mediante una sentencia de constitucionalidad, avaló la designación de unos nuevos representantes del pueblo para que en 1990 crearan una nueva Constitución, sin que el Presidente de la República pudiera imponer un temario sobre el cual los representantes del pueblo, también delegados del constituyente primario,

46 La doctrina de la representación clásica fue formulada por James Madison (1788) y consiste en que los representantes del pueblo no son más que sus delegados, que deben seguir las preferencias indicadas por el pueblo que los eligió.

47 Un planteamiento similar al que se expone en el presente artículo, pero en el nivel nacional, puede ser encontrado en Corrias (2011); además, compárese la idea de Buchanan (2004) sobre la legitimidad limitada de los Estados respecto al orden internacional (pp. 289-330).



debían trabajar para crear la nueva Constitución. El argumento de la Corte fue que el constituyente primario no tenía límites en el temario a la hora de crear una nueva Constitución, pues en aquél es el que recae la soberanía (entendiendo ésta como el poder absoluto de fijar las normas del gobierno civil), límites que sí tenía el constituyente delgado, es decir, el legislador, el cual podía reformar la Constitución, pero no sustituirla.<sup>48</sup>

Siendo así, y si son los pueblos del mundo los soberanos, pues en ellos recae la legitimidad del sistema internacional actual, es posible que una asamblea de los pueblos prescindiera de los representantes de los Estados que hasta el momento los representaban, arrogándose la facultad de decidir por sus mandatarios a nivel internacional. Es así como, en virtud de la misma preeminencia del poder constituyente sobre el constituido, también le es dable a los representantes del pueblo, limitar a la mera deliberación la participación de los representantes de los Estados, con el fin de que sus intereses mediatos no interfieran con las más inmediatos en cabeza de los representantes directos de los pueblos.

#### **b. Hacia la consecución de mecanismos jurídicos en favor de los derechos y participación de los pueblos**

Es muy probable que los actores internacionales que se disputan el poder tras bambalinas del derecho internacional, no permitan que algo similar a una asamblea constituyente de los pueblos -pregonando participación y derechos para éstos- se realice a corto plazo; sin embargo, es importante resaltar que aquello nunca puede convertirse en óbice para al menos sugerir un derrotero a seguir con el fin de llegar algún día a ese objetivo, que además podría ser el inicio de una nueva era para la humanidad.

En primer lugar, una ruta de trabajo debería empezar por solucionar el problema teórico que implicaría un encuentro de intereses entre los representantes directos de los pueblos y los de los Estados; tal vez, la solución podría basarse en la idea de que la soberanía de los Estados, clásica dentro del derecho internacional, debe ceder un poco frente a la soberanía de los pueblos, tal cual como se desarrolló en el anterior apartado sobre la relación entre los representantes de estas dos esferas de poder.

En segundo lugar, debe hacerse un mapeo en el que se identifique los actores de poder y sus intereses en disputa, es decir, los agentes que se enfrentan en el campo jurídico de los derechos a nivel internacional (organizaciones de toda índole como empresas, ONGs, Estados, la misma ONU, entre otras) y que tienen un poder de incidencia sobre una eventual asamblea constituyente de los pueblos que garantice el reconocimiento de derechos para los pueblos y de espacios de mayor participación para éstos en el orden internacional.<sup>49</sup> Una vez identificados estos actores

<sup>48</sup> Una análisis más descriptivo y crítico del hecho histórico que se describe en este párrafo, puede encontrarse en Pinilla (2012, pp. 25-31).

<sup>49</sup> Este texto asume como fundamento metodológico para la realización de dicho mapeo, los postulados de los Estudios Críticos del Derecho, que tienen como propósito la develación del sentido político que subyace a la construcción del Derecho; véase a Rodríguez (1999, pp. 35-46).

y sus intereses, será más claro evidenciar los lugares desde los cuales podrían venir los argumentos limitantes a una asamblea constituyente de los pueblos, y así preparar propuestas a su favor para contestarlos.

Por último, es necesario que se propicie el debate en las instancias internacionales vigentes (llámese Asamblea General de la ONU, Consejo de Seguridad, Cortes de Derechos Humanos, etc.), sobre la posibilidad de que a los pueblos se les reconozcan derechos<sup>50</sup> y participación internacional sin intermediación de sus Estados, pues necesariamente éste es el escenario en el cual se puede encender la chispa que lleve en un futuro, a una asamblea constituyente de los pueblos.

#### IV. CONCLUSIÓN

Ante la falta de un necesario reconocimiento de espacios de participación directa de los pueblos de la tierra, acompañados de un catálogo de derechos para los mismos, en el sistema jurídico internacional actual y en particular el DIDH, ocasionada por una sobrevalorada concepción individualista de los derechos humanos, se puede decir que la propuesta de Antonio Rengifo de una asamblea constituyente de los pueblos del mundo es un mecanismo viable para complementar los derechos humanos protegiendo a los pueblos en el sistema jurídico internacional; sin embargo, aquéllos que, desde la academia y/o la arena política, promuevan la creación de una asamblea constituyente de los pueblos que les otorgue esos dos reconocimientos, deben arreglárselas muy bien para sustentar teóricamente una solución mediadora entre la legitimidad de dicha asamblea y la de los representantes del poder constituido (el Estado), y, además, identificar los actores de poder interesados en bloquear semejante iniciativa, con el fin de seducirlos y convencerlos en la conveniencia de su realización práctica, desde de los escenarios de deliberación actualmente disponibles para ello (como el CDHONU o la misma Asamblea General), al menos en un principio.

#### REFERENCIAS

Bresser-Pereira, L. 2014. The global financial crisis and a new capitalism? *Journal of Post Keynesian Economics*, 32 (4), 499-534.

Buchanan, A. 2004. *Justice, legitimacy, and self-determination: moral foundations for the international law*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>50</sup> En un mundo tan desigual, podría pensarse en que un buen tema de inicio del debate de los derechos de los pueblos sería la pregunta sobre el establecimiento de un derecho a la justicia distributiva en cabeza de los pueblos, una propuesta sugerida por autores como Allen Buchanan (2004, pp. 191-230), algo que, incluso, ya se encuentra esbozado en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (OUA, 1963, arts. 21 y 22).

- Cassese, A. 2012. *Realizing utopia: the future of international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Comité pour la Verité sur la Dette Publique (CVDP). 2015. *Rapport préliminaire*. Recuperado de: [http://cadtm.org/IMG/pdf/Raport\\_FR\\_23-07.pdf](http://cadtm.org/IMG/pdf/Raport_FR_23-07.pdf).
- Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (CDPNUECPI). 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU). 2015. Exposición escrita presentada por la Centre Europe – Tiers Monde, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva general.
- Corrias, L. 2011. The legal theory of the juridical coup: constituent power now. *German Law Journal*, 12, 1553-1571.
- Kennedy, D. 2006. Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000. En D. Trubek y A. Santos (Eds.). *The new law and economic development. A critical appraisal* (pp. 19-73). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kitidi, K. & Chatzistefanou, A. 2011. *Deudocracia (Χρεοκρατία)*. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=CU8CQhQZ2IU>.
- Laskaridis, C. 2016. Grecia: la historia del peor éxito de Europa. En T. Philips (Ed.). *Bajo el yugo neoliberal. Crisis de la deuda y disidencias en las periferias europeas* (pp. 213-262). Madrid: Ediciones Akal. Recuperado de: <https://goo.gl/JrL4SH>.
- Madison, J. 1788. *The federalist papers*, n.º 46. Recuperado de: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed46.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed46.asp)
- Marquardt, B. 2011. *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*. Tomo 1. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). 2008. *Trabajando con el programa de las Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos. Un manual para la sociedad civil*. Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1948. Declaración universal de los derechos humanos.

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1966a. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1966b. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Organización para la Unidad Africana (OUA). 1963. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Palacios, M. y Safford. F. 2013. *Historia de Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Pinilla, E. 2012. Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado. *Pensamiento Jurídico*, 35, 15-64.
- Rengifo, A. 2015. El poder constituyente de los pueblos del mundo. *Pensamiento Jurídico*, 42, 15-45.
- Rodríguez, C. 1999. Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. En D. Kennedy. *Libertad y restricción judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)* (pp. 17-88). Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Sen, A. Elements of a theory of human rights. *Philosophy & Public Affairs*, 32(4), 315-356
- Van Boven, T. 1995. Human Rights and Rights of Peoples. *European Journal of International Law*, 6, 461-476.
- Waltz, S. 2002. Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights. *Third World Quarterly*, 23(3), 437-448.

## A ORIGEM DAS PENAS E DAS PRISÕES E A MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO FORMA DE REPRESSÃO DO DELINQUENTE

THE ORIGIN OF SENTENCE AND PRISONS AND MAXIMIZING CRIMINAL LAW AS A MEANS OF REPRESSION OF OFFENDER

Diego Augusto Bayer<sup>51</sup>  
Cidânia Aparecida Locatelli<sup>52</sup>

Fecha de recepción: 2 de julio de 2016

Fecha de aceptación: 2 de julio de 2016

Referencia: BAYER, Diego Augusto. LOCATELLI, Cidânia Aparecida. *A origem das penas e das prisões e a maximização do direito penal como forma de repressão do delinquente*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 79 a 92. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. A origem das penas e a derivação das teorias. 3. Do surgimento das prisões e da pena privativa de liberdade. 4. A utilização do Direito Penal para a repressão do delinquente e o desvirtuamento da prisão. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

### RESUMO

Este artigo teve como objetivo relatar em primeiro plano, em comparação com a obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, a origem das penas e a derivação das teorias e a contraposição de Foucault, para após, expor sobre um retrospecto histórico do surgimento das prisões e da pena privativa de liberdade. Ao final, procurou-se demonstrar que utiliza-se

51 Aluno regular dos cursos para doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniassevi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia* (Volumes 01 e 02). Autor do livro *Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro*.

52 Pós Graduada em Direito Empresarial pela UNOESC. Pós Graduada em Direito Trabalhista pela UNINTER. Professora Universitária de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Autora de artigos jurídicos em revistas especializadas.

da maximização das normas penais para tentar reprimir o delinquente, utilizando-se das penas e das prisões como modo de desvirtuar o seu caráter ressocializador. A pesquisa exploratória e bibliográfica fez com que fosse possível expor uma relação entre a visão de Foucault e outros doutrinadores, trazendo os pontos principais de cada pensamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Penas. Teorias das penas. Surgimento das prisões. Etiquetamento. Desvirtuamento do caráter ressocializados da pena.

## ABSTRACT

This article aimed at reporting in the foreground, in comparison with the work *Discipline and Punish* by Michel Foucault, the origin of sentence and the derivation of the theories of Foucault and opposed to after, expound on a historical retrospective of the emergence of prisons and punishment deprivation of liberty. At the end, we tried to demonstrate that it is used to maximize the criminal rules to try to rebuke the offender, using sentence and prisons as a way of spoiling its character resocializing. Exploratory research and literature made it possible to expose a relationship between the vision of Foucault and other scholars, bringing the main points of each thought.

**KEYWORDS:** Sentence. Theories of sentence. Emergence of prisons. Labeling. Distortion of the character ressocializados punishment.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em seu livro *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (1987), Michel Foucault nos remete a constatação de que o Iluminismo não foi um movimento humanista. “Não se trata de um acaso, nem de uma gratuita e generosa humanização do sistema penal, mas da culminação de um longo processo”<sup>53</sup>. Traz Foucault que o humanismo pregado pelo Iluminismo e um disfarce para perpetuar a estrutura do poder e da verdade. Para os penalistas esta afirmação é um paradoxo, eis que se vê no Iluminismo o marco fundamental para o surgimento da primeira geração dos Direitos do Homem.

Sobre este indivíduo que se esconde esse paradoxo para os penalistas. Foucault traz que:

O indivíduo é, sem dúvida, o átomo fictício de uma representação ‘ideológica’ da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a ‘disciplina’. Temos que deixar de descrever sempre os efeitos de poder em termos negativos:

53 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora RT, 1997, p.277.



ele 'exclui', 'reprime', 'recalca', 'censura', 'abstrai', 'mascara', 'esconde'. Na verdade o poder produz; ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção<sup>54</sup>.

O homem não é pensado a partir do próprio homem, mas sim, etiquetado através do que chamamos de *labeling approach*. Com este etiquetamento, há uma maximização do direito penal, criando-se normas penais para tentar solucionar os 'problemas' e excluir as pessoas que 'não são iguais'. Zaffaroni e Pierangeli (1997, p.64) definem que essa nova realidade obriga o Estado a encontrar um lugar para os 'inimigos' e é neste momento que há um desvirtuamento do caráter ressocializador da prisão. Esta prisão, que deveria ser para reeducar o preso, vem sendo utilizada apenas como um lugar para manter trancafiado aquele que 'não é igual'.

## 2. A ORIGEM DAS PENAS E A DERIVAÇÃO DAS TEORIAS

As penas sofreram muitas mutações durante toda a história, podendo estas serem divididas em duas fases: a) a primitiva, que comporta a vingança privada (Talião e Código de Hamurabi), a vingança divina (Código de Manu), a vingança pública (a pena era entendida como meio de conservação do Estado – Roma Antiga) e b) humanitária, surgida no ano de 1.764, com a obra de Cesare Bonesanna, o Marquês de Beccaria, intitulada Dos delitos e das penas. Em cada uma dessas fases, a pena apresenta sentido e finalidades distintas.

A origem da pena vem com o surgimento da humanidade, onde as civilizações mais antigas já conheciam o significado desta punição quando violados os direitos de outrem. Acerca disso, traz Dotti (2001, p.123) que:

Em todos os tempos, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como o *malum passions quod infligitur propter malum acciones*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas do poder e da vontade de outrem.

Nos primórdios da civilização, a concepção da pena girava em torno da prevalência da lei do mais forte, onde cabia a auto composição, conhecida como vingança privada, utilizada por que foi ofendido para sanar o mal cometido, sendo facultado a resolução por sua própria força, de seu grupo ou de sua família, para assim conseguir exercê-la em desfavor de quem o prejudicou.

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987, p.172.

A pena de Talião foi o primeiro passo repressivo contra o abuso nas penas, onde delimitou ao impor que delinquente sofresse um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Tal pena foi adotada no Código de Hamurabi, onde havia explícito que toda lesão causada a outrem se pagaria na mesma moeda, formando-se o famoso jargão “olho por olho, dente por dente”. Trazem os historiadores que a pena de Talião também foi utilizada em outros códigos da época, tal como a Lei das XII Tábuas, Pentateuco e no Código de Manu.

No período da vingança divina, dominava-se a ideia de que a repressão era a satisfação da divindade, qual fora ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do Deus ofendido. Este período era colocado em prática o chamado direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Com este caráter de vingança divina, onde os principais códigos criados foram o da Índia, China, Pérsia, Israel e Babilônia, qual tinha como base a purificação da alma do criminoso através do castigo, para que ele pudesse alcançar a “bem-aventurança”, ficando a aplicação da pena a cargo do sacerdote.

Na época da vingança pública, o objetivo era garantir a segurança do príncipe ou soberano, através de pena cruel e severa, visando intimidação, sendo aplicada pelo monarca, a livre arbítrio, mas em nome de Deus. Apesar de não haver quaisquer garantias aos súditos ou subordinados, esta fase apresentou uma evolução na aplicação das penas, pois outorga a sua aplicação ao Estado, ainda que este a exerça com rigor desmedido.

No que tange a este período, Noronha (1997, p.21) descreve que:

O direito e o poder de punir emanavam de Júpiter, o criador e protetor do universo. Dele provinha o poder dos reis e em seu nome se procedia a o julgamento do litígio e a imposição do castigo.

Combatendo todas as penas abusivas e desproporcionais, os julgamentos parciais e os métodos desumanos de produção de prova, surge Cesare Bonesanna, o Marquês de Beccaria, inaugurando o período humanista, despertando na consciência comum a necessidade de modificações e reformas no direito repressivo.

Marquês de Beccaria ao invés de entregar-se a vida despreocupada e cômoda que sua posição proporcionava, preferiu voltar suas vistas para os infelizes e desgraçados que sofriam os rigores e as arbitrariedades da justiça daquela época, expondo seus pensamento através de seu famoso livro “Dos delitos e das penas” do ano de 1.764.

Seu pensamento teve continuidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1.789, onde houve a finalidade de construir

um sistema penal mais justo e humano, o que, conseqüentemente, se refletiu nas espécies e finalidades das penas de prisão.

A partir daí várias são as teorias que procuram justificar o fim da pena, onde as penas foram evoluindo em face de um sentido maior de humanização. Podemos dividir as teorias em quatro pontos: a) Teoria absolutista ou retributiva da pena; b) Teoria relativa ou de prevenção; c) Teoria Mista ou Unificadora; d) Teorias extremadas da pena: abolicionismo penal, direito penal máximo e garantismo penal.

Para a teoria absolutista, a pena tem a finalidade retributiva, atuando como uma resposta ao infrator pelo mal cometido, não se vinculando a fim algum, impondo-se a pena com a exclusiva tarefa de realizar justiça.

Kant, segundo Carvalho (2003, p.122), foi um dos grandes defensores desta teoria:

O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou seja, o fim utilitário ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando imoral. Logo, a penalidade teria como *telos* a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção. Muito embora utilize critérios de medida e proporção da pena, Kant rememorarão modelos primitivos de vingança privada. A teoria absoluta da pena sob o viés Kantiano recupera o princípio taliônico, encobrendo-o, no entanto, pelos pressupostos de civilidade e legalidade.

Tentando suprir as falhas desta teoria, surgiu a teoria relativa ou preventiva. Esta teoria parte do pressuposto de que o crime pode ser evitado, reconhecendo que a pena também causa um mal ao infrator, não bastando apenas a retribuição do mal pelo mal. Cria-se então a pena como instrumento político-criminal, buscando uma alternativa possível a ser realizada e que possa efetivamente evitar/prevenir o cometimento de outro crime.

O caráter preventivo da pena dividiu-se em dois aspectos, geral e especial, que, por sua vez, subdividiram-se em outros dois cada. Desta forma, encontramos hoje quatro enfoques de caráter preventivo: a) geral negativo; b) geral positivo; c) especial negativo; e d) especial positivo.

A prevenção geral negativa busca no poder intimidativo que o Direito Penal representa a toda sociedade, destinatária da norma penal, a prevenção da prática criminosa, procurando a intimidação através da tipificação de determinadas condutas. Traz a ideia de desestimular as pessoas de praticarem o crime pela ameaça da pena. Já a prevenção geral positiva visa demonstrar e reafirmar a eficiência do Direito Penal, por

meio da afirmação da validade das normas, tentando neutralizar o efeito negativo do delito para a sociedade, aumentando a consciência jurídica.

Quanto a prevenção especial, esta se diferencia da geral porque tem por destinatário o infrator e não a sociedade. A prevenção especial negativa tem por finalidade impedir a possível nova ação do infrator, e para isso, utiliza-se de técnicas discutíveis e extremadas (pena de morte e isolamento). Já a prevenção especial positiva percebe o infrator passível de recuperação e encontra a melhor forma para evitar que ele cometa novo crime, através de um trabalho multidisciplinar com sociólogos, psicólogos, assistentes sociais entre outros.

Notando que somente a teoria preventiva não teria o sucesso pretendido, surge a teoria mista ou unificadora. A teoria mista procurou reunir caracteres da prevenção e da retribuição. Esta teoria trouxe que ao aplicar a pena, esta deveria ser dosada de modo suficiente que repreve e previna o crime, e possibilite o retorno do infrator ressocializado.

Na tentativa de encontrar soluções para o crescente aumento da criminalidade e ineficácia da pena como prevenção, surgem teorias que vão de um extremo ao outro. A teoria do abolicionismo penal sustenta a descriminalização e a despenalização de certas condutas, para que se resolva a ineficácia do sistema carcerário. A teoria do direito penal máximo já é o oposto da teoria abolicionista, entendendo que quanto mais severo o direito penal, quanto mais condutas punir e quanto maior for a pena, menos criminalidade haverá.

Já a teoria do garantismo penal é um meio termo entre o abolicionismo e o direito penal máximo. Ele respeita a estrita legalidade, procurando minimizar a violência e maximizar a liberdade por meio de limites ao *jus puniendi*. A ideia é a de que o Estado, detentor do direito de punir, precisa respeitar as garantias individuais previstas na Constituição Federal para aplicar uma sanção.

Esse modelo apresenta os seguintes caracteres: não há crime sem pena; não há crime sem lei; não há lei penal sem necessidade; não há necessidade de lei penal sem lesão; não há lesão sem conduta; não há conduta sem dolo e sem culpa; não há culpa sem o devido processo legal; não há processo sem acusação; não há acusação sem prova que a fundamente; não há prova sem ampla defesa.

Foucault chama a atenção de que esta reforma, antes de humanista, é a passagem de um mecanismo histórico-ritual dos suplícios para um mecanismo científico-disciplinar onde, a partir do início do século XIX, a prisão torna-se a punição mais comum. “O Direito Penal passa a poupar o corpo para agir diretamente na alma, melhor, que ‘cria a alma’<sup>55</sup>.”

55 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2002.

### 3. DO SURGIMENTO DAS PRISÕES E DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

As prisões tem sua origem na Antiguidade, onde era completamente desconhecida a privação da liberdade como meio de reeducação e reinserção do condenado na sociedade, sendo considerada estritamente uma sanção penal. As prisões eram utilizadas somente como forma de custódia ao prisioneiro que estivesse aguardando julgamento ou execução de pena de morte.

Com a evolução das penas e o momento em que o Estado chamou para si a responsabilidade de aplica-las, diminuiu as penas de morte, necessitando de uma solução mais adequada. A partir daí, temos o surgimento e o desenvolvimento da pena privativa de liberdade e a necessidade da construção de prisões organizadas para punição dos infratores.

O país pioneiro na implantação do sistema penitenciário foi a Holanda, no século XVI, surgindo as prisões como instituições. As primeiras construções penitenciárias como instituições fora a Penitenciária de Bremem, em 1609, a primeira Instituição Francesa, em 1656, o Hospício de São Miguel, em Roma, no ano de 1703, e a Casa de Correção de Grand, em 1775.

Os sistemas prisionais também evoluíram muito durante o decorrer dos anos, podendo os sistemas serem divididos em quatro formas: a) sistema panóptico; b) sistema filadélfico; c) sistema auburniano; e d) sistema progressivo.

O Sistema Panóptico, apresentado no final do século XVII por Geremias Bentham, era um tipo de prisão celular, caracterizada pela forma radical em que uma só pessoa podia exercer em qualquer momento, num posto de observação, a vigilância dos interiores das celas. Neste sistema o prisioneiro ficava trancado em sua cela, sozinho, espionado por um sentinela, sem que o pudesse ver, não havendo assim perigo de evasão, de projetos de novos crimes, más influências e violência.

Entendendo que o sistema panóptico não era o adequado, a Prisão de Walmut foi construída na cidade da Filadélfia, adotando um sistema que ficou conhecido como filadélfico. Neste sistema os presos passavam o tempo todo em celas individuais, sendo aplicada a regra do silêncio absoluto. Entendia-se que o condenado deveria utilizar o tempo da prisão para refletir e se arrepender de seus erros. Tinha caráter religioso acentuado e procurava utilizar a prática do trabalho como instrumento para a reinserção (SEDREZ, 2008).

A necessidade e a vontade de superar os defeitos e as limitações do regime celular foram algumas das razões para o surgimento do sistema auburniano, em que eram adotados o trabalho em comum e a regra do silêncio absoluto. Criado em 1818, na cidade de Alburn, Nova

torque, este sistema era baseado principalmente no trabalho forçado do apenado, considerando que ele seria ressocializado através do trabalho.

Por fim, baseando-se nos sistemas anteriormente adotados, criou-se o ainda no século XIX o sistema progressivo, mais precisamente em 1846, na Inglaterra. No presídio da Ilha de Norfolk, o Capitão da Armada Inglesa, Alexander Maconochie, introduziu o sistema de marcas, segundo o qual o condenado recebia vales quando o comportamento era positivo e os perdia quando não se comportava bem. Ainda na Inglaterra o sistema foi aprimorado, criando-se fases de progressão de regime, além de que, com a evolução do comportamento, o condenado recebia regalias, podendo chegar até ao livramento condicional.

Explica Falconi (1998):

Posteriormente, ainda na Inglaterra, o sistema foi aprimorado, introduzindo-se três fases no cumprimento da pena privativa de liberdade: a primeira consistia num período de prova, com absoluto isolamento celular; na segunda, já o apenado tinha direito ao trabalho comum, mas obedecendo ao *silence system*, originário de época anterior; finalmente o condenado era transferido para o *Public Work-House*, passando daí em diante por regalias cada vez maiores até alcançar o livramento condicional. (p.62)

#### 4. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PARA A REPRESSÃO DO DELINQUENTE E O DESVIRTUAMENTO DA PRISÃO E DA PENA

No entanto, para Foucault (1987), a prisão como um modo humano de repressão aos delitos é uma ficção. Esta se utilizando da prisão para tentar reprimir o delincente e não como a forma de ressocializar o delincente para este ser colocado novamente na sociedade. Neste ponto é importante fazer uma relação com o pensamento de Foucault no que tange o suplício e as penas proporcionais.

Segundo Foucault (1987), a lei é simbolizada no corpo punido. No sistema inquisitivo, o suplício era um antecedente e uma consequência. Servia para se obter a confissão que era prova plena, tortura este regulamentada, desde o momento de sua utilização, a duração, os instrumentos permitidos e a intensidade. O suplício antes de ser uma pena tem um significado de determinar a verdade no processo: “O corpo do interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade”<sup>56</sup>. O povo passa a ter medo porque qualquer um poderia ser condenado.

O sistema penal é formado de vários órgãos criados pelo Estado para combater o crime. Estes órgãos atuam desde a prevenção do crime, a detecção do crime e a execução da pena pelo criminoso. Zaffaroni e

56 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.



Pierangeli (1997, p.63) trazem que o sistema penal é o controle social punitivo institucionalizado.

Como os órgãos do sistema penal são criados pelo Estado, estes seguem a política que o estado possui. Atualmente, as regras são ditadas pelo neoliberalismo, trazendo graves consequências para o Direito. Batista (2002, p.272) traz que:

O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de “flexibilizar” direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir a aposentadoria e auxílios previdenciários, capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros; o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo, onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.

Desta forma, o neoliberalismo se coloca como a política do individual, prezando pela exclusão das pessoas que não são iguais. O Estado deixou de ser o responsável pelo “bem estar social” e passou a ser o Estado Penal. Este Estado tem como prioridade cuidar dos excluídos através da esfera criminal, através das prisões. E a mídia é parte integrante desta mudança, onde é responsável pela rotulação dos excluídos, banindo-os do convívio social, além de, manipular a opinião da massa para expandir os limites do Sistema Penal.

A partir do neoliberalismo criou-se a criminalização primária e secundária. Baratta (2002, p. 161) expõe que a criminalização primária consiste na prática do legislador em escolher quais condutas serão consideradas infrações. Consiste no momento em que as condutas desviadas não foram internalizadas pelo cidadão. É a lei penal agindo sob o cidadão.

Baratta (2002, p.165) conclui ainda que, a criminalização secundária se dá pela decorrência de problemas sociais causados pela estigmatização, ou seja, no momento em que se identifica o acusado, este é rotulado pela mídia, ficando assim também identificado perante a sociedade. Portanto, a criminalização criada através da política neoliberal, produz uma ideia de um Estado severo, aumentando sua popularidade.

Conforme Young (2002, p.191), essa forma criada inverte a causalidade “a criminalidade causa problema para a sociedade”, ao invés de “a sociedade causa o problema da criminalidade”, dando a entender que devemos nos livrar do problema, ao invés de tentar resolve-lo. A partir dessa propagação de políticas e o sistema penal cada vez mais carregado, forma-se uma sensação de intranquilidade, gerando uma dominação do “medo”. Bauman (2008, p.8) traz que:

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. “Medo” é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, cessá-la estiver além do nosso alcance.

Na tentativa de combater este medo, agravado pela vulnerabilidade e impossibilidade de prever uma possível vitimização, reage-se através da criminalização primária, utilizando-se do poder legislativo para a criação de normas penais para a solução do problema. O Direito Penal passa a ser apenas um confronto aos medos sociais, ao invés de atuar como instrumento garantidor dos bens juridicamente protegidos.

Esta criação de normas penais para combater a criminalidade não previne as pessoas da vitimização, e tão somente servem para superlotar as penitenciárias, uma vez que não atuam no foco do problema, e sim, tentam apenas maquiagem os problemas através da criação das normas.

Esta nova realidade criada através do neoliberalismo divide as pessoas em dois grupos, os que estão dentro da nova ordem e os que estão fora, cabendo a mídia reproduzir esta divisão como os “bons” e os “maus”, os “amigos” e os “inimigos”. Zaffaroni e Pierangeli (1997, p.64) definem que essa nova realidade obriga o Estado a encontrar um lugar para os “inimigos” e, através do Direito Penal, forma estas características, selecionando qualidades pessoais e não somente as condutas, atendendo apenas a uma função simbólica de combater os medos. Esta característica é o que a Criminologia Crítica chama de rotulação, etiquetamento, criação de estereótipo do criminoso.

Para Bourdieu (1997, p.22), violência simbólica é aquela “violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com a frequência dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou sofrê-la”. Este processo de etiquetamento, rotulação, criação de estereótipo criminoso, é tido como a manifestação mais cruel da violência simbólica exercida pela mídia.

Os termos “estigma”, “etiquetamento”, “estereótipos criminosos”, constituem a chamada teoria do etiquetamento (ou *labelling approach*). A teoria do etiquetamento possui como tese central, conforme Andrade (2003, p.41) que:

(...) o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Esta teoria, também pode ser chamada de criminologia da reação social. Segundo Becker (*apud* Castro, 1983, p.99), a tese da criminologia da reação social entende que

(...) os grupos sociais produzem o desvio ao criar regras cuja a infração constitui o desvio, ao aplicar estas regras a pessoas particulares e a classificá-las como estranha. Deste ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas sim uma consequência de que outros apliquem regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem foi aplicado este rótulo com êxito; o comportamento desviante é a conduta que a gente rotula desse modo.

Moretsohn (p. 19) chama esta prática de discurso higienista "(...) que expressam a naturalização dos conflitos sociais, simplificados a partir de estereótipos ('bandido' versus 'cidadãos do bem') que reproduzem o senso comum a respeito e deixam ileso a estrutura radicalmente segregadora e violenta da própria sociedade que reproduz o crime e a exclusão".

Desta forma, através da estigmatização do criminoso, se legitima o sistema repressivo a agir de forma brutal, muitas vezes até com a morte de pessoas inocentes, sendo justificada estas mortes pela legítima defesa ou pela ausência de valor dessa vida. E em alguns casos, não ocorre a morte física do acusado, mas a morte civil deste, visto que mesmo inocentado, já foi condenado pela mídia.

Na versão francesa da obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, versão original, Foucault utiliza-se da expressão "ilegalismo". Todavia, na tradução para o português fala-se em ilegalidade. Ilegalidade é "illegalité" diferente de "illégalisme" que deveria ser traduzido como ilegalismo<sup>57</sup>. Ilegalismo remete à idéia de um mecanismo praticado à par da legalidade. Denuncia-se uma justiça penal "irregular" devido à "multiplicidade de instâncias" que compunha o poder: justiça dos senhores, justiça do rei, do policial, do povo. Havia lacunas no sistema.

Essa noção de ilegalismo visa responder a dificuldade de se explicar como teria sido possível aparecer uma nova tática punitiva. Beccaria (1993) apresentava a ideologia da defesa social onde o Direito Penal deveria proteger a sociedade através de uma pena proporcional. Mas, entre a lei e a ilegalidade há um sistema punitivo, neutro, que irá, justamente, definir se a ilegalidade será aceita ou não. Foucault denuncia um interesse de forças, poderes ocultos, onde a legalidade e a ilegalidade se acomodam e são aceitas.

Ilegalismo é, por assim dizer, um regime de tolerância. Não é tão longe da nossa realidade quando se apontam os mecanismos de exclusão da criminalidade econômica<sup>58</sup>, por exemplo. Há diversas formas de

57 FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 130, nota 201.

58 CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

ilegalismo: isenção legal, inobservância da fiscalização, negligência na apuração dos fatos, desclassificação, imunidades parlamentares, etc..

Em Foucault, se demonstra que o sentido da Reforma não pode ser encontrado na sensibilidade do humanismo, mas no âmbito de uma transformação no regime dos ilegalismos presentes em uma nova política de gestão dos ilegalismos<sup>59</sup>. Muda-se, então, o foco dos ilegalismos dos direitos do homem, do humanismo, para os bens: esse o real significado da reforma humanista do Direito Penal em Foucault. Mudança do ilegalismo do domínio dos direitos para o domínio dos bens.

Fonseca (2002, p.139) traz que:

“Mais do que um ‘ato ilegal’, portanto, do que uma ‘ilegalidade’ determinada, a noção de ilegalismo encerra a idéia de um certo regime funcional de atos considerados ilegais no interior de uma dada legislação, em vigor no interior de uma sociedade. A idéia que parece estar ligada à noção de ilegalismo é aquela de ‘gestão’, gestão de um certo número de práticas, gestão de um certo número de ilegalidades ou irregularidades que, considerada (a gestão) em conjunto, representa em si mesma uma certa regularidade”.

Se cria a partir daí uma ficção, de que a lei será para toda a sociedade. Foucault (1994, p.719) expõe que:

“O ilegalismo não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável. É um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cujo papel está previsto na estratégia geral da sociedade. Todo dispositivo legislativo dispôs espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros em que pode ser ignorada, outros, enfim, em que as infrações são sancionadas (...) Ao final de contas, diria que a lei não é feita para impedir tal ou tal tipo de comportamento, mas para diferenciar as maneiras de se fazer circular a própria lei.”

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os estudos efetuados, verificou-se que Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* (1987) demonstra de forma convicta que o Iluminismo, através do humanismo, tentou fazer crer que com as evoluções das prisões e das penas, vieram trazer mais sensibilidade para o sistema penal, de modo que passou-se a utilizar das penas e prisões para ressocializar o delinquente, mas que no entanto, isto foi uma maquiagem utilizada para poder retirar da sociedade os infratores.

Com uma análise histórica das penas e suas teorias, bem como, da evolução das prisões e da pena privativa de liberdade, procurou-se

59 FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

demonstrar-se que a evolução das penas e prisões não fora apenas um 'marco do iluminismo', e sim, uma evolução histórica necessária.

Michel Foucault traz que mesmo com os etiquetamentos e a exclusão dos infratores da sociedade através do enclausuramento, existem ilegalismos que a sociedade acaba 'aceitando', fazendo com que a lei que 'deveria ser para todos' para a ser uma lei para 'apenas alguns'.

Portanto, compreende-se que, na atualidade, a política do neoliberalismo e a mídia, fazem com que ocorra uma maximização do Direito Penal através da criação de normas penais, trazendo insegurança para a sociedade, como se fosse com a criação das normas que não iria ocorrer os fatos criminosos. Desta forma, vem ocorrendo uma superlotação no sistema carcerário, desvirtuando o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o preso, ao invés de voltar reeducado para a sociedade, volte mais delinquente do que quando foi detido.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, ano 7, nº 12, Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2º semestre de 2002, p. 271 – 288.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão: A influência do jornalismo e os jogos olímpicos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

- CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem Global*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FALCONI, Romeu. *Sistema prisional: reinserção social?*. São Paulo: Ícone, 1998.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *“Des supplices aux cellules”, Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. 2.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.
- MORETZSOHN, Sylvia. *Imprensa e criminologia – o papel do jornalismo nas políticas de exclusão social*. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/moretzsohn-sylvia-imprensa-criminologia.pdf>. Acesso em 13 ago. 2012.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal, Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SEDREZ, Marilise. *A privatização das penitenciárias*. 2008. 119 f.. Monografia (Superior) – Curso de Direito, Departamento do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Marilize%20Sedrez.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012.
- YOUNG, Jock. *A sociedade Excludente – Exclusão Social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora RT, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



## TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE PROSTITUIÇÃO: O NOVO PRODUTO DO CRIME ORGANIZADO

Diego Augusto Bayer<sup>60</sup>  
Cidânia Aparecida Locatelli<sup>61</sup>

Fecha de recepción: 2 de julio de 2016

Fecha de aceptación: 2 de julio de 2016

Referencia: BAYER, Diego Augusto. LOCATELLI, Cidânia Aparecida. *Tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição: o novo produto do crime organizado*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 93 a 108. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar o tráfico internacional de mulheres, sob uma perspectiva histórica e conceitual, analisando a prática do tráfico para os fins de prostituição como novo produto do crime organizado. Primeiramente, este artigo busca fazer uma breve análise do tráfico de mulheres, buscando demonstrar que esta prática voltada a prostituição há muito tempo está presente dentro da sociedade, ganhando formas modernas e sendo realizado em maiores proporções no século XX e XXI. Em um segundo momento se analisará a inserção do tráfico internacional de mulheres para o fim de prostituição dentro do crime organizado e sua utilização como novo produto para obtenção de lucro.

**PALAVRAS-CHAVES:** Tráfico internacional de mulheres. Prostituição. Crime organizado.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. O tráfico de mulheres e a prostituição. 3. Crime organizado: o tráfico de mulheres para prostituição como seu novo produto. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

60 Aluno regular dos cursos para doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniassevi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia* (Volumes 01 e 02). Autor do livro *Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro*.

61 Pós Graduada em Direito Empresarial pela UNOESC. Pós Graduada em Direito Trabalhista pela UNINTER. Professora Universitária de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Autora de artigos jurídicos em revistas especializadas.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prática do tráfico internacional de mulheres para os fins de prostituição é algo que vêm ocorrendo há várias décadas. Contudo, é nesta época de modernidade que esta prática vem ganhando cada vez mais espaço. BECK, GIDDENS e LASH (1997), analisam que a modernidade pode ser vista como a inserção do mundo industrializado, com o emprego de mão de obra e a tecnologia em favor das máquinas de produção.

No entendimento de HABERMAS (1990, p.11-14)<sup>62</sup>, a modernidade trata-se de um projeto não terminado, polêmico, com várias faces, se apresentando em conjunto com o desenvolvimento das sociedades, quais se organizaram ao redor das empresas capitalistas e do aparelho Estatal. Relata ainda que, a modernidade, através das revoluções, progresso, emancipação, fizeram com que se abdicasse das tradições anteriores, dando uma nova ideia de liberdade e reflexão acerca dos temas, tendo como ênfase o individualismo e autonomia de agir. Por vezes, o termo modernidade é relacionado com as promessas civilizatórias não cumpridas e o “mal-estar” (BAUMANN, 1998, p.23)<sup>63</sup> que isso tem causado à humanidade.

TOURAINÉ (2002, p.334-342), acerca do tema, afirma que a sociedade moderna é uma sociedade pós-industrial, que valorizou à ciência e à questão tecnológica, configurando-se hoje como uma sociedade baseada na troca de informações. Nela, a ciência iniciou um processo de “desmodernização” (ou seja, voltar ao que era antes da modernização), representando a perda do controle de si mesmo em virtude do crescimento econômico e do individualismo moral, que vieram a destruir o império.

Desta forma, a modernidade vem como ser a evolução da sociedade antiga para a atual, o que para alguns doutrinadores teria ocorrido dos anos de 1950 à 1970 e que se relaciona com progresso, evolução, desenvolvimento, mundialização da economia, globalização econômica, qual promoveu uma ruptura na ordem social. Pode-se afirmar ainda que, isso desencadeou um processo de fragmentação, com o fim dos grandes relatos herdados do Iluminismo francês e do Romantismo do Século das Luzes, ante o “desencantamento da sociedade” (LYOTARD, 2006, p.16).

Estes novos ares da sociedade moderna gerou também o individualismo exacerbado dentro da sociedade de consumo e também, de projetos pessoais de vida e uma maior gama de crimes que surgem

62 Para HABERMAS, modernização relaciona-se “a um feixe de processos cumulativos que se reforçam mutuamente: à formação de capital e à mobilização de recursos, ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho, ao estabelecimento de poderes políticos centralizados e à formação de identidades nacionais, à expansão de direitos de participação política, de formas urbanas de vida e de formação escolar formal refere-se à secularização de valores e normas, etc.”.

63 Baumann ensina que a modernidade criou uma nova ordem artificial na “era moderna”, notando que a mudança radical foi promovida pelo mercado inteiramente organizado na procura do consumidor, que representa um teste de “pureza”, só sendo incluídos os que passarem pelo teste do mercado de consumo (capazes de consumir). Os excluídos do jogo do mercado são a “sujeira da pureza pós-moderna”.

(HARVEY, 2008, p.19). Sob este ponto de vista é que se desenvolve o presente artigo, analisando o impacto da modernidade no crime de tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição e a utilização deste crime como novo produto de obtenção de lucro do crime organizado.

## 2. O TRÁFICO DE MULHERES E A PROSTITUIÇÃO

Com o processo de globalização e este tempo de “modernidade”, vêm ocorrendo cada vez mais um distanciamento entre os países chamados de primeiro mundo e os de terceiro mundo. Apesar de o grande avanço dos Organismos internacionais para uma equalização mundial, é visível que os países de terceiro mundo ainda vivem em situações de fome e miséria, falta de emprego e educação.

Em decorrência disso, cada vez mais frequente tem ocorrido o que se chama de movimentos migratórios. Neste ponto, conforme LAZO (2006), as mulheres por volta do ano 2.000 passaram a representar mais da metade da população migratória para os países desenvolvidos. A Organização Internacional de Trabalho (OIT), em informe publicado em 1996, trouxe que a “feminização das migrações” é um dos fenômenos sociais e econômicos mais fortes da última década.

Em material publicado em 2008, o Ministério do Trabalho do Brasil, publicou uma análise sobre o Mercosul e as migrações, expondo que

*Um aspecto que caracteriza as migrações contemporâneas é a assim chamada feminização. De acordo com dados das Nações Unidas, o número de mulheres que migram aumentou nas últimas décadas, alcançando 49,6% do total, em 2005. A feminização das migrações é também sintoma de mudanças qualitativas da presença feminina no contexto da mobilidade humana. Hoje a mulher não migra apenas para acompanhar ou se reunir com os familiares, mas também para buscar emancipação, dignas condições de vida ou melhores salários para sustentar a família. Indica também uma nova perspectiva, uma nova abordagem do fenômeno migratório que busca visibilizar a presença da mulher em suas características específicas. Assim, o enfoque de gênero torna-se elemento essencial para uma reta compreensão das migrações contemporâneas. A migração, por vezes, pode ser um processo de emancipação para a mulher que, no novo contexto, pode se libertar de estereótipos patriarcais e machistas. No entanto, com frequência, em contexto migratório, a mulher acaba tendo que enfrentar várias formas de discriminação, por ser mulher, estrangeira e indocumentada. A presença expressiva de mulheres nas migrações internacionais levanta novos desafios. O enfoque de gênero, nos últimos anos, ressalta a peculiaridade da migração feminina que nem sempre pode ser equiparada à migração masculina, tanto em termos de motivações e oportunidades, quanto em termos de consequências e vulnerabilidades. [...] a migração pode ser vista como um “processo seletivo”. Em geral, constata-se, as mulheres encontram mais obstáculos em migrar do que os homens, devido, sobretudo, aos estereótipos e estratificações de gênero*

*que, em muitos lugares, impedem-lhes um real acesso aos recursos financeiros e às informações necessárias para a migração. Com frequência, encontram-se em situações de extrema vulnerabilidade, gerada pelas dinâmicas inerentes à jornada migratória, mas também pelo contexto patriarcal e machista de muitas regiões. Sofrem preconceitos tanto no lugar de saída quanto no lugar de chegada. São mais facilmente aliciadas em redes de tráfico para fins de exploração sexual. As trabalhadoras migrantes, sobretudo as envolvidas com trabalhos domésticos - incluindo também o cuidado de idosos e crianças - podem sofrer várias formas de violência. Segundo a OIT, “são tratadas, às vezes, como membros da família, porém em outros casos são exploradas, em condições que equivalem às de escravidão e trabalho forçado. Frequentemente a jornada de trabalho do pessoal de serviço doméstico é longa e excessiva (15 ou 16 horas por dia), sem dias de descanso nem compensação pelas horas extraordinárias; (...) são submetidas a assédio físico e sexual, à violência e abusos e, em alguns casos, são impedidas, física ou legalmente, de sair da casa do empregador, sob ameaça, violência, retenção dos salários ou dos documentos de identidade”. (BRASIL, 2008, p.34-35)*

Durante essa transição para a “modernidade”, a mulher vêm adquirindo cada vez mais lugar dentro do cenário mundial. Todavia, nem sempre foi assim, bem como, em diversas regiões do mundo ainda não o é. Em relação a essa “inferioridade”, Marcela Lagarde (1990, p.24) ensina que

*Todas as mulheres estão presas ao seu corpo-para-outros, procriador ou erótico, e ao seu ser-de-outros vivenciado como necessidade de estabelecer relações de dependência vital e de submissão ao poder e aos outros. Todas as mulheres, bem ou mal, são definidas pela norma e se tornam politicamente inferiores aos homens e entre si mesmas. Por seu ser-de e para-outros, são filosoficamente definidas, no mundo patriarcal, como entes incompletos, territórios dispostos a serem ocupados e dominados pelos outros.*

Neste ponto, Emma Goldman (2011) analisa que essa inferioridade influenciava, bem como ainda influencia, no que se refere ao mercado de trabalho. Em virtude deste mercado ser instável, principalmente nos países de terceiro mundo, ocorre uma depreciação da remuneração paga pela mão de obra, precariedade quanto a jornada de trabalho e com o grande número de desempregados, a necessidade de garantir a sobrevivência própria e de seus filhos faz com que em muitos casos as mulheres passem a se prostituir.

*No momento atual, nosso bom povo está chocado com a revelação de que, apenas na cidade de Nova York, uma entre cada dez mulheres trabalha numa fábrica, que a média do salário recebido pelas mulheres seja de seis dólares por semana, por 48 a 60 horas de trabalho, e que a maioria das trabalhadoras enfrentem vários meses de inatividade, o que faz com que a média salarial seja de 280 dólares por ano. Em vista desses horrores econômicos, é de se admirar que a prostituição e*

o tráfico de escravas brancas tenham se tornado fatores tão dominantes? Para que os números acima não pareçam exagerados, é bom examinar o que alguns especialistas sobre prostituição têm a dizer: “Uma causa fértil da depravação feminina pode ser encontrada em várias tabelas que mostram a descrição dos empregos buscados, e dos salários recebidos, pelas mulheres antes de sua queda, e é uma questão para os economistas políticos decidirem o quanto meras considerações de negócios devam ser uma desculpa - de parte dos empregadores - para uma redução de seus índices de remuneração, e se a economia de uma pequena porcentagem de salários não é mais do que contrabalançada pela enorme quantia de taxas impostas ao público mais amplo para compensar as despesas feitas graças a um sistema de vício que é, em muitos casos, o resultado direto de uma compensação insuficiente pelo trabalho honesto”. Nossos reformadores contemporâneos fariam bem em ler o livro do Dr. Sanger. Lá eles descobrirão que entre os dois mil casos observados por ele, apenas uns poucos se originaram da classe média, com condições estáveis, ou lares agradáveis. A ampla maioria era de garotas e mulheres trabalhadoras, algumas levadas à prostituição pela penúria, outras por causa de uma vida cruel e arruinada em casa, e mais outras ainda por causa de uma natureza física frustrada e aleijada (da qual falarei adiante). Seria bom também que vigilantes da pureza e da moralidade aprendessem que entre os dois mil casos, 490 eram de mulheres casadas, mulheres que viviam com seus maridos. Evidentemente, não havia muita garantia para sua “segurança e pureza” na santidade do casamento. O Dr. Alfred Blaschko, em *Prostitution in the Nineteenth Century* (A Prostituição no Século XIX), é ainda mais enfático na caracterização das condições econômicas como um dos fatores mais importantes da prostituição. “Embora a prostituição tenha existido em todas as épocas, foi no século 19 que ela se tornou uma instituição social gigantesca. O desenvolvimento da indústria, com vastas massas de pessoas no mercado competitivo, o crescimento e congestionamento das grandes cidades, a insegurança e incerteza do emprego, deram à prostituição um impulso nunca antes sonhado em nenhum período da história humana”. E Havelock Ellis, embora não tão definitivo ao tratar do fator econômico, é ainda assim levado a admitir que ele é, direta e indiretamente, sua causa principal. Ele descobriu assim que uma ampla porcentagem de prostitutas é recrutada na classe das empregadas domésticas, ainda que elas tenham menos problemas e maior segurança. Por outro lado, o senhor Ellis não nega que a rotina diária, o trabalho pesado, a monotonia da vida da moça empregada doméstica, e especialmente o fato de que ela poderá nunca ter o companheirismo e a alegria de um lar, não é um fator a ser negligenciado no impulso para que ela busque lazer e esquecimento na alegria e no brilho da prostituição. Em outras palavras, a empregada doméstica, sendo tratada como uma faz tudo, nunca tendo direito sobre si mesma, e esgotada pelos caprichos de sua patroa, pode encontrar uma saída, assim como a garota vendedora de loja, ou trabalhadora fabril, apenas na prostituição. (GOLDMAN, 2011, p.249-251)

Assim, essa situação precária faz com que se procure outras formas de sobrevivência, encontrando na prostituição um modo que lhe dê oportunidade de haver lucros de uma forma análoga. Todavia,



não é só de agora que ocorre esse fenômeno de tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição.

Em sua tese de Doutorado, Tania Teixeira Laky de Souza (2012, p.21-22) ensina que o tráfico de mulheres teve maiores contornos por volta das décadas finais do século XIX com o termo chamado “escravidão branca”, onde consistia no processo de tráfico de mulheres brancas, tendo em vista a abolição da escravidão negra. Na sequência, outras nomenclaturas foram ganhando espaço, tais como “mulheres perdidas” no período pré-vitoriano, “desviantes sexuais no período vitoriano, sendo realizado esse tráfico com os fins de prostituição entre o novo e o velho mundo, ocasionando um cenário de promiscuidade generalizada e aumento de doenças sexualmente transmissíveis.

Nesta época, em razão do grande número de mulheres brancas sendo traficadas, esta prática ilícita foi colocada como objeto da legislação internacional, pela primeira vez, em 1904, no chamado “Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas”, em Paris. Posteriormente, diversos acordos e convenções foram produzidos até chegar ao Protocolo de Palermo, no ano de 2000, onde a ONU procurou introduzir instrumentos que sejam mais eficazes quanto ao combate do tráfico internacional de pessoas e prostituição (NASCIMENTO, RIBEIRO E MATOS, 2008).

Todavia, o termo tráfico internacional de mulheres ganhou novos contornos e passou a ser tratado como tráfico de pessoas. Neste termo entra as mulheres, crianças, adolescentes, e homens que são levados para exercer trabalho escravo no Exterior.

O protocolo responsável por conceituar e legislar o tráfico internacional de mulheres é o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, principalmente mulheres, adolescentes e crianças, em suplemento à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (UNODC, 2006, p.IX). Neste protocolo o tráfico de pessoas é definido em seu artigo 3º alínea a como:

Por tráfico de pessoas se entenderá o recrutamento, transporte, transferência, acolhida e recepção de pessoas, através do uso da força ou outras formas de coerção, abdução, fraude, decepção ou abuso de poder ou de situação de vulnerabilidade, ou através da oferta ou aceitação de pagamentos, ou de vantagens para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição de outros ou outras formas de exploração sexual, trabalho forçado, escravização ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos (UNODC, 2006, p.XI).



O protocolo, apesar de prever que todos podem ser vítimas em potencial do tráfico, têm por certo pelas pesquisas realizadas pela própria ONU que mulheres e meninas são as mais visadas pelos traficantes, na maioria dos casos pela “fragilidade do gênero” (UNODC, 2006, p.XVIII).

Neste ponto também é que se inseriu a figura do “traficante”, qual era o responsável por desviar as virtudes de mulheres que não tinham a vontade de virar prostitutas, as convencendo acerca dos benefícios dessa prática e dos altos valores que receberiam, quais no final, faziam com que aquelas mulheres seduzidas fossem forçadas a ir para o exterior e lá permanecessem em cárcere privado realizando atos de prostituição.

DOEZEMA (2000, *apud* DE SOUZA, 2012, p.24-25) relata que

Engano, força e/ou drogas foram fortemente retratados por causa da “escravidão branca”. Alguns relatos mencionaram, de imediato, mulheres e meninas sequestradas; outros, centraram-se no ‘engano’, com a adesão da violência após a ‘vítima’ ter se tornado consciente do que se esperava dela, a fim de garantir submissão e evitar a fuga. Este processo foi referido como ‘forçado’.

O horror do suposto comércio de “escravas brancas” foi intensificado pela ênfase dada à idade jovem da vítima. Conforme aponta Walkowitz, [...] no momento em que os abolicionistas ingleses consideraram a “escravidão branca” como uma questão em debate, a imagem da “vítima” era vários anos mais jovem do que a de décadas anteriores. Havia uma ligação entre as duas questões extremamente delicadas, a “escravidão branca” e a “prostituição infantil”, como exemplificado no *The Maiden Tribute to Modern Babylon* (“Tributo à Donzela da Babilônia Moderna”), de autoria do W.T Stead, publicado no *Pall Mall Gazette*, em 1885. Nessa notícia grotescamente sensacional, ele alegou fornecer provas de investigação de centenas de garotas inglesas que foram enganadas, coagidas e/ou drogadas para a prostituição e acusadas de terem pais pobres, que vendiam suas filhas para os ‘traficantes de escravos brancos’.

Em outros países também, a idade muito jovem da vítima foi enfatizada em campanhas contra a ‘escravidão branca’. De acordo com Corbin, na opinião dos franceses “a vítima é sempre jovem - até mesmo muito jovem, que mal saiu da infância -, considerada uma virgem, mesmo quando a sua inocência não é auto-evidente”.

Nos Estados Unidos, o principal motivo da narrativa era o de uma ‘garota inocente, do interior’, atraída para a cidade perigosa e corrupta (Grittner), um tema que também tinha repercussão na Europa.

‘Pureza’ e virgindade estavam ligadas à idade jovem da vítima. A imagem da ‘inocência devassa’ tem um conteúdo particularmente forte e lascivo. Conforme observado por Corbin:

“[Era] o martírio da virgindade ... não o fato de as mulheres serem vendidas, mas sim a ideia da virgem violentada que despertou uma censura muito lasciva.”

Os títulos de livros e as matérias jornalísticas comprovam a fascinação em relação ao despojamento da pureza juvenil: *The Maiden Tribute to Modern Babylon* (“Tributo à Donzela da Babilônia Moderna”), de autoria de Stead (veja acima), evoca imagens de sacrifício da virgem, da mesma forma como jornais franceses fizeram comparações constantes ao mito de garotas gregas sacrificadas para o Minotauro.

Outro motivo recorrente, relacionado aos recursos narrativos de sacrifício, juventude e virgindade, foi o da doença, especialmente da sífilis, e da morte. Como expressou um membro da *Societe de Protection et de Secours aux Femmes* argentina (Sociedade Argentina para Proteção e Assistência à Mulher):

“E qual é o fim da suas carreiras? Quando sua saúde já acabou, seus corpos já estão totalmente arruinados, suas mentes envenenadas e entorpecidas, elas são jogadas nas ruas para morrer, a menos que alguma ala de hospital abra suas portas para elas. O que mais poderia acontecer com elas?”

Como observa Grittner sobre essa repetição retórica:

“A ênfase dada à inevitabilidade da doença, à degradação e à morte e a totalidade da experiência escrava levaram à inevitável conclusão de que as mulheres eram vítimas indefesas.”

De acordo com a Internacional Organization for Migration (IOM), acredita-se que as mulheres traficadas vêm de quase todo o mundo, destacando, como região-fonte do tráfico, Gana, Nigéria, Marrocos, Brasil, Colômbia, República Dominicana, Filipinas e Tailândia. O que se verifica ainda é que, o fluxo de envio das mulheres traficadas está direcionado aos países industrializados, envolvendo na grande maioria, os membros da União Européia. Em relatório divulgado no Dia Internacional da Mulher de 2001 pelo órgão executivo da União Européia, foi destacado que cerca de 120 mil mulheres e crianças são levadas ilegalmente, por ano, para os países da União Européia (DE JESUS, 2003, p.27).

O Brasil, ao lado da República Dominicana e da Colômbia, é um dos três países latino-americanos onde há maior número de recrutamento para o tráfico de seres humanos com destino à Europa. A expansão deste comércio na América Latina está diretamente associada à pobreza da região, mas também ao fato de que estes países não estão eficazmente preparados para lidar com o problema, seus marcos jurídicos não acompanham as rápidas transformações e ameaças geradas pela atual fase do capitalismo contemporâneo, e essas determinações se reforçam

e estão envolvidas com várias outras (PEIXOTO; NASCIMENTO, 2010, p.124).

De acordo com Ricardo Seitenfus (2004), o tráfico mundial aumentou de forma assustadora e hoje chega a movimentar cerca de 2 a 5% do produto bruto mundial. Segundo relatório da ONU sobre tráfico de pessoas, publicado em junho de 2010, *Trafficking in Persons to Europe for Sexual Exploitation*, o lucro anual produzido pelo tráfico de pessoas chega a US\$ 32 bilhões, movimentando cifras anuais que variam entre US\$ 7 bilhões a US\$ 9 bilhões. Este mesmo relatório estimou que atualmente há em todo o mundo, em torno de 2,4 milhões de pessoas vítimas deste tráfico, sendo que deste montante 80% são mulheres e crianças (ONU, 2010).

A Geopolítica do Narco revela padrões históricos de dependência e distribuição desigual da riqueza nas relações entre o Primeiro e o Terceiro Mundo, colocando em contradição os governos dos países ricos consumidores em enorme escala, em confronto com os governos dos países pobres produtores que passaram a integrar a dinâmica imposta pela demanda em escala compatível e cada vez mais capitalisticamente determinada pelas leis de mercado em franca expansão para o produto. (RIBEIRO, 2000, p.34)

Em razão dessas cifras é que este “produto” interessou ao crime organizado, passando a ser considerado como uma das maiores formas de lucro para essas organizações criminosas. Assim, este ilícito passou a competir diretamente com o tráfico internacional de substâncias entorpecentes, passando a ser o produto que mais gera renda para o crime organizado.

### 3. CRIME ORGANIZADO: O TRÁFICO DE MULHERES PARA PROSTITUIÇÃO COMO SEU NOVO PRODUTO

Para tentar entender a importância do tráfico de mulheres para fins de prostituição como produto importante para o crime organizado, devemos tentar entender o que é crime organizado.

FIANDACA e CONSTANTINO (*apud* SILVA FRANCO; NUCCI, 2010, p. 995) explicita que as tentativas de conceituação no âmbito científico são extremamente variáveis, até porque um fenômeno de caráter tão multidimensional e multifacetado como o mafioso pode ser analisado sob os mais diversos ângulos - histórico, antropológico, sociológico, político, econômico, criminológico. A consequência é que cada disciplina que intervém na análise se interessa por aspectos determinados, dificultando a construção de uma visão do fenômeno em toda a sua complexidade.

que Andrea Castaldo (*apud* FRANCO; NUCCI, 2010, p. 869) analisa

“El concepto de crimen organizado es definido por el legislador en base a parámetros de tipo descriptivo-fenomenológicos. El recurso a tal instrumento combina ventajas y desventajas: por una parte en efecto se presenta como más idóneo en la prevención y represión del fenómeno delictivo, partiendo de un punto de vista empírico; por otro lado el riesgo de arribar a un ámbito más sociológico que estrictamente técnico-normativo con el consecuente peligro de desgastar la tipicidad.

Luiz Flávio Gomes (2009), tenta desmistificar este conceito expondo que:

(...) 1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal; 3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*). Vejamos: quando se trata das relações do indivíduo com organismos internacionais (com o Tribunal Penal Internacional, v.g.), os tratados e convenções constituem as diretas fontes desse Direito penal, ou seja, eles definem os crimes e as penas. É o que foi feito, por exemplo, no Tratado de Roma (que criou o TPI). Nele acham-se contemplados os crimes internacionais (crimes de guerra, contra a humanidade etc.) e suas respectivas sanções penais. Como se trata de um *ius puniendi* que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito penal só pode mesmo ser um Tratado internacional. Quem produz esse específico Direito penal são os Estados soberanos que subscrevem e ratificam o respectivo tratado. Cuidando-se do Direito penal interno (relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro) tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito penal incriminador, ou seja, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta válida para o Direito interno brasileiro. O Tratado de Palermo

(que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa (até hoje inexistente no nosso país). Fundamento: o que acaba de ser dito fundamenta-se no seguinte: quem tem poder para celebrar tratados e convenções é o Presidente da República (Poder Executivo) (CF, art. 84, VIII), mas sua vontade (unilateral) não produz nenhum efeito jurídico enquanto o Congresso Nacional não aprovar (referendar) definitivamente o documento internacional (CF, art. 49, I).

Complementa Luiz Flávio Gomes (2009) ainda que:

O Parlamento brasileiro, de qualquer modo, não pode alterar o conteúdo daquilo que foi subscrito pelo Presidente da República (em outras palavras: não pode alterar o conteúdo do Tratado ou da Convenção). O que resulta aprovado, por decreto legislativo, não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República. Uma vez referendado o Tratado, cabe ao Presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF, art. 57, § 5º), que será publicado no Diário Oficial. Mas isso não significa que o Tratado já possua valor interno. Depois de aprovado ele deve ser ratificado (pelo Executivo). Essa ratificação se dá pelo Chefe do Poder Executivo que expede um decreto de execução (interna), que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna (Cf. Mazzuoli, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 291 e SS). Conclusão: os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacionais – TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar *ex novo*.

José Antonio Choclán Montalvo (2000, p.9), analisa que o conceito de criminalidade é impreciso e cheio de relativismos, todavia, estabelece condições para se estabelecer quando uma organização passa a existir, sendo elas:

(...)la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones"; "actuación a distintos niveles jerárquicos"; "aplicación de tecnología y logística"; "fungibilidad o intercambialidad de los miembros"; "sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder"; "movilidad internacional" e "apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios".

Recentemente, em 02 de agosto de 2013, foi aprovado no Brasil a Lei nº 12.850, passou a definir de forma mais concreta o conceito de organização criminosa, sendo

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (art. 1º,§1º)

Desta forma, as organizações criminosas (ou no caso, o crime organizado), vêm a cada dia ampliando seu leque de produtos. Somente o tráfico internacional de drogas deixou de ser suficiente para estas organizações, quais passaram a investir de forma grandiosa também no tráfico internacional de pessoas, tanto para o trabalho escravo, como para fins de prostituição.

Um dos motivos que fez com que houvesse atração por este “crime” foi justamente o fato de que o risco deste crime ser descoberto antes de ser cometido ou “durante o cometimento” é muito difícil, pois as pessoas traficadas vão, em sua grande maioria, com falsas promessas de emprego no exterior como babás, dançarinas, garçonetes, ou empregadas domésticas e somente se dão conta de que foram produtos de um crime quando chegam no local onde ficarão em cárcere.

Estas são recrutadas para o tráfico com promessas de melhoria de vida das mais diferentes formas, como anúncios em jornais, agências de casamento e ofertas de emprego, que por vezes não se confirmam ser exatamente o que havia sido prometido (LEAL; LEAL).

Estando no exterior, aumenta a margem de possibilidade da escravização de pessoas uma vez que, por se encontrar em situação ilegal em um país estrangeiro se encontram impossibilitadas de retornar ao Brasil, ou país de origem, se tornando dependentes de seus empregadores. Ao se encontrar no país de destino são obrigadas a se prostituir e submetidas a situações desumanas, até encontrarem uma forma de se reportarem e serem socorridas pelas autoridades (DIAS FILHO).

O outro motivo essencial para o crime organizado é os altos valores recebidos por isso. Em primeiro lugar, os valores recebidos pelo tráfico, ou seja, a quantia recebida pela “venda” da mulher. Conforme relatório da UNODC (2006, p.40), estimasse que o lucro das organizações criminosas em cada ser humano transportado chegue a 30 mil dólares. Em mesmo relatório (UNODC, 2006, p.40) um traficante da Bélgica traficava mulheres da África e as vendia por 8 mil dólares cada.



Desta forma, este produto acaba sendo lucrativo e mais seguro do que o tráfico internacional de drogas, passando a ser um dos crimes de maior exploração internacional.

Em segundo lugar, diferente da substancia entorpecente, produto do narcotráfico internacional, a mulher traficada não é “consumida” pelo destinatário final, e sim, é utilizada como mão-de-obra, ou seja, não é apenas um produto que gerará renda uma vez só, e sim, gerará renda para o proprietário dessa mulher enquanto ela tiver condições de trabalhar.

Este mercado considerado como um diamante pelo crime organizado tem sido considerado forte e lucrativo, uma vez que trabalha com a mulher sendo sua mercadoria, qual será utilizada para satisfazer o prazer do homem ou a imaginação desse mesmo prazer, que é a oferta da mulher. Desta forma, é um produto que, enquanto existirem homens que procuram por sexo pago, existirá este produto, o tráfico de mulheres.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste presente sucinto artigo, procurou-se analisar em um primeiro momento um retrospecto histórico do tráfico internacional de mulheres, bem como os sujeitos presentes neste tipo de crime. Buscou-se analisar também o conceito de tráfico internacional de mulheres e os valores obtidos com a prática deste crime. Em um segundo momento, buscou analisar o tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição e sua relação com o crime organizado, bem como, os benefícios deste novo produto do crime incorporado as organizações criminosas.

Pelo estudo, verificou-se que o tráfico internacional de mulheres é um dos crimes que mais cresce no âmbito mundial, perdendo, ainda, somente para o tráfico de substâncias entorpecentes. Trata-se de um produto (mulher como objeto) valioso, podendo em algumas transações chegar até a 30 mil dólares.

O tráfico de mulheres, assunto presente por diversas vezes nas conferências da ONU (Organização das Nações Unidas), tem sido colocado dentro de um conceito mais abrangente, qual seja, o “tráfico de pessoas”. Todavia, mais do que o tráfico de pessoas para trabalho escravo, ou o tráfico de crianças para venda, o tráfico de mulheres é o preferido das organizações criminosas, pois na maioria das vezes também está em conjunto com o tráfico de substâncias entorpecentes.

O tráfico de mulheres para fins de prostituição não é uma prática recente, e sim, possui contornos históricos desde a época do tráfico negreiro para fins de escravidão, todavia, com os chamados “tempos modernos” é que este crime passou a ser incorporado no rol dos

produtos do crime organizado. Estas organizações contam com diversas funções, tais como observadores, traficados modelos, aliciadores, transportadores, seguranças, bem como, os chefes das organizações, e vem se aperfeiçoando cada vez mais com a modernidade.

Cada vez mais tem se encontrado dificuldade para poder punir este tipo de crime, pois devido a ocorrer através de aliciamento, conforme á exposto, as traficadas só sabem que foram produto de crime quando já se encontram em cárcere privado, fazendo dessa forma que ocorra a dificuldade em prender os criminosos, uma vez que, normalmente, as traficadas lá permanecem até o final de sua vida, ou, quando conseguem fugir, são mortas pelos seguranças das organizações criminosas antes de informar o local do cárcere ou os integrantes da organização criminosa.

## 5. REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BRASIL. MERCOSUL e as Migrações: Os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração. Brasília: Ministério do Trabalho, 2008.
- BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em 22 out. 2013.
- DE JESUS, Damásio Evangelista. Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças: Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DE SOUZA, Tania Teixeira Laky. Tráfico internacional de mulheres: Nova face de uma velha escravidão. Tese de doutoramento em serviço social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2012. Disponível em: <<http://www.traficodepessoas.org/site/wp-content/uploads/2013/05/Tania-Teixeira-Laky-de-Sousa-Tese-Doutorado-Tr%C3%A1fico-Internacional-de-Mulheres-Nova-face-de-uma-Velha-Escavid%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2013.
- DIAS FILHO, Antônio Jonas. O Tráfico Internacional de Mulheres. Disponível em: <[www.correiodabahia.com.br/2002/10/27/notici.asp?link=not000064023.xml](http://www.correiodabahia.com.br/2002/10/27/notici.asp?link=not000064023.xml)>. Acesso em: 23 out. 2013.
- DOEZEMA, Jo. Loose Women or Lost Women? - The re-emergence of the myth of 'white slavery'. In: contemporary discourses of 'trafficking in women'. International Studies Convention

- Washington, DC, February 16 - 20, 1999 .Gender Issues, Vol. 18, no. 1, Winter. Washington, DC, 2000, pp. 23-50, *apud* DE SOUZA, Tania Teixeira Laky. Tráfico internacional de mulheres: Nova face de uma velha escravidão. Tese de doutoramento em serviço social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2012.
- FIANDACA, Giovanni; COSTANTINO, Salvatore. Introduzione a La máfia, le mafie tra vecchi e novi paradigmi, Roma-Bari, Laterza, pp. V-XVI, (1994b).
- GOLDMAN, Emma. Tráfico de Mulheres. trad. Mariza Corrêa, *The Traffick in Women*, 2011. *In: Cadernos Pagu* (37), julho-dezembro de 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo, 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 29 out. 2013.
- HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.
- HARVEY, David. Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17 ed. São Paulo: Loyola, 2008.
- IOM (International Organization of Migration). World Migration. Disponível em: <<http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home.html>>. Acesso em 22 set. 2013.
- LAZO, Gemma Nicolás. Migraciones femeninas y trabajo sexual: Concepción de trabajo precario vs. —tráfico de mujeres, p. 229-260. *In: BEGALLI, Roberto* (coord.). *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*. Barcelona: Anthropos, 2006.
- LEAL, Maria Lúcia; LEAL Maria de Fátima. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil. *Pestraf*. Disponível em: <[www.cecria.org.br/pub/livro\\_pestraf\\_portugues.pdf](http://www.cecria.org.br/pub/livro_pestraf_portugues.pdf)>. Acesso em 23 out. 2013.
- LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. 9.ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.
- MONTALVO, José Antonio Choclán, *La Organización Criminal*, Madrid: Dykinson, 2000.
- NASCIMENTO, Telma; RIBEIRO, Paulo; MATOS, Luciana. “Violência e Relações Internacionais: As Dimensões da Violência e o Crime Organizado na América Latina – Uma Proposta de Estudo” *In: Fragmentos de Cultura, Goiânia*, v. 18, n. 1/2, p. 19-34, jan./fev. 2008.
- OIT. Informe da Organização Internacional do Trabalho, 1996.
- ONU. *Trafficking in Persons to Europe for Sexual Exploitation*, 2010.
- PEIXOTO, Maria Angélica; NASCIMENTO, Telma Ferreira. O tráfico internacional de mulheres, 2010, p.120-126. *In: Revista Espaço*

Acadêmico, n° 108, Maio de 2010. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/9823/0>. Acesso em: 29 set. 2013.

RIBEIRO, Ana Maria Motta. Sociologia do narcotráfico na América Latina e a questão camponesa In: RIBEIRO, A. M. M.; IULIANELLI, J. A. S. (Org.). Narcotráfico e violência no campo. Rio de Janeiro: DP & A, 2000. p. 23-59.

SEITENFUS, Ricardo. Relações internacionais. Barueri: Manole, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza. Doutrinas Essenciais Direito Penal, Vol. VII. São Paulo, RT, 2010.

TOURAINÉ, Alain Touraine. Crítica da modernidade. 7.ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

UNODC. Toolkit to combat trafficking in persons: global programme against trafficking in human beings. Viena: UNODC, 2006.

## ESTRATEGIAS DIDÁCTICAS PARA LA ENSEÑABILIDAD DEL SISTEMA DE ORALIDAD DENTRO DEL PROCESO CIVIL EN EL CURRÍCULO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA<sup>64</sup>

Pedro Alirio Sánchez Novoa<sup>65</sup>

Diego Javier Barajas Conde<sup>66</sup>

Adriana Mendoza Cadena<sup>67</sup>

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2016

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2016

Referencia: SÁNCHEZ NOVOA, Pedro Alirio. BARAJAS CONDE, Diego Javier. MENDOZA CADENA, Adriana. *Estrategias didácticas para la enseñabilidad del sistema de oralidad dentro del proceso civil en el currículo de la facultad de derecho de la universidad libre seccional Cúcuta*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 109 a 132. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### RESUMEN

El presente ensayo busca realizar un análisis sobre las herramientas pedagógicas y didácticas que sean las más adecuadas para la enseñanza de la Oralidad para afrontar el nuevo Proceso Civil Colombiano que se enmarca en la celebración de audiencias y en dejar a un lado el sistema procesal escritural para hacer más expeditos y efectivos los procesos.

Es importante que la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, tome cartas en el asunto y prepare los microcurrículos en torno a un eje transversal que propendan por la Oralidad en el proceso Civil.

64 Artículo inédito. El presente artículo de investigación e innovación hace parte del proyecto de investigación "Estrategias didácticas para la enseñabilidad en el proceso civil dentro del currículo de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta" desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia, adscrito a la línea de investigación "Conocimiento, innovación y desarrollo sostenible regional", sublínea "Justicia, derecho procesal y sistema penal acusatorio".

65 Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín.

Correo electrónico: [pedroaliriosanchez@hotmail.com](mailto:pedroaliriosanchez@hotmail.com); [pedroaliriosanchez@gmail.com](mailto:pedroaliriosanchez@gmail.com)

66 Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

67 Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

## PALABRAS CLAVE

Oralidad, competencias, pedagogía, didáctica, juego de roles.

## ABSTRACT

This essay seeks to make an analysis of the pedagogical and didactic tools that are most appropriate for teaching orality to face the new Colombian Civil Procedure which is part of the hearings and put aside the scriptural procedural system for makes it more expeditious and effective processes. It is important that the Faculty of Law at the Free University of Colombia, Cúcuta, take action on the matter and prepare microcurrículos around a transverse axis involving the civil orality.

## KEY WORDS

Orality, skills, pedagogy, didactics, role play.

## INTRODUCCIÓN

Es un tema muy de actualidad la simplicidad de los procesos judiciales y más aún la tendencia POST-MODERNA de la oralidad como sistema procesal, dejando de lado la escrituralidad, partiendo de la concepción de la cultura occidental con la presencia de dos vertientes, el derecho continental y el derecho anglosajón, que además vislumbran dos concepciones: el *civil law* y el *common law*.

Se parte de la siguiente premisa: como América Latina fue descubierta por España en su mayoría, dichas tierras se incorporaron a este reino, por lo tanto se les aplica el derecho castellano, que para nosotros en particular al adaptarse se denominó como derecho de indias, influenciado directamente por el *civil law*, a diferencia de Estados Unidos de Norte América, que se encuentra influenciado por el derecho anglosajón y por ende por el *common law*, presentándose una diferencia cultural que altera la forma de ver el proceso, y más aún su finalidad, mientras que el fin del proceso para los países como el nuestro es la búsqueda de la verdad como fin último del proceso debido a la imposición del sistema inquisitivo, para los países como Estados Unidos de Norte América el fin del proceso es la solución del conflicto influenciado por el sistema adversarial, lo cual genera una gran disyuntiva de índole cultural definitivamente.

Partiendo de esta premisa anteriormente expresada, es evidente que nuestro país se vio influenciado directamente por el *civil law*, lo que implica que el fin del proceso sea la búsqueda de la verdad como fin máximo, no obstante, en materia penal con la entrada en vigencia



del nuevo orden procesal penal (Ley 906, 2004), se cambió el sistema inquisitivo por el adversarial al adoptar el sistema penal acusatorio, empezando nuestro país a cambiar culturalmente en lo procesal, pues el fin del proceso para el sistema adversarial es la solución pronta del conflicto y para ello se fundamental en la oralidad como herramienta para lograrlo.

En materia civil con la entrada en vigencia del código general del proceso (Ley 1564, 2012), en asuntos laborales y en otras jurisdicciones como la contencioso administrativo (Ley 1437, 2011) se está impulsando la oralidad, cambiando el paradigma cultural procesal, podría pensarse que el fin del proceso sería la solución del conflicto, teniendo en cuenta lo demorado que resultan a veces los procesos en Colombia.

Lo anterior genera un cambio de paradigma para el profesional del derecho y para la forma como se imparte la enseñanza en las facultades de derecho de todo el país, pues demanda de los docentes un mayor compromiso en adoptar las herramientas pedagógicas que más se adecuen al fortalecimiento de las competencias comunicativas y que además utilice las herramientas didácticas más idóneas para la enseñanza del sistema oral y el desarrollo de las competencias necesarias para tal fin.

## METODOLOGÍA

Para la elaboración del presente artículo de reflexión se utilizó un enfoque cualitativo, confrontando las fuentes bibliográficas y con base en la observación realizada a los estudiantes mediante el juego de roles en las audiencias simuladas, permitiendo arrojar los resultados del presente escrito.

La investigación se torna bibliográfica y exploratoria para permitir el desarrollo del discurso y la simbiosis entre la teoría y la práctica, el método de investigación utilizado fue la observación bibliográfica y la observación del fenómeno, mediante la **Investigación-Acción Participativa o IAP** ya que es un método de estudio y acción de tipo cualitativo que busca obtener resultados fiables y útiles para mejorar situaciones colectivas, basando la investigación en la participación de los propios colectivos a investigar. Así, se trata de que los grupos de población o colectivos a investigar pasen de ser “objeto” de estudio a “sujeto” protagonista de la investigación, controlando e interactuando a lo largo del proceso investigador (diseño, fases, evolución, acciones, propuestas), y necesitando una implicación y convivencia del personal técnico investigador en la comunidad a estudiar, toda vez que en el presente caso se estudió a un grupo de discentes en audiencias simulada.

Por consiguiente se destaca un diseño de investigación cualitativo, propio de un tipo descriptivo, explicativo y correlacional, realizado a través del método lógico inductivo (Clavijo Cáceres, 2013) que emplea como instrumento de investigación la ficha de análisis documental.

(Yañez Meza, La investigación jurídica: necesidad de la ficha de análisis jurisprudencial en el arte del derecho, 2014) y como técnica el análisis de contenidos, y para la recolección del dato se utilizó la observación directa del fenómeno de estudio, esto es de las audiencias simuladas realizadas con los estudiantes, ya que con ella se puede obtener una información muy veraz y real de la puesta en escena, sin ningún tipo de intermediarios evitando que la realidad se distorsione, la modalidad concreta es observación no estructurada, que consiste en recoger el dato y realizar la anotación de todos los hechos relevantes que suceden en determinada momento sin poseer una guía, pero si una directriz, en donde el papel de los investigadores es la realización de una observación no participante, dado que los observadores permanecen ajenos a la situación que se observa, y en el presente caso fue colectiva por haber sido realizada en equipo pero cada uno de los investigadores observaban un aspecto, observación que se enmarca con cierto carácter experimental debido a que la observación minuciosa del fenómeno se hizo en un sitio previsto especialmente predestinado para la observación, concretamente en la sala de audiencias de la Universidad Libre, el día 19 de noviembre de 2016.

Como el instrumento fue la observación directa, no se hizo encuestas o entrevistas, dado que la investigación gira en torno a la enseñabilidad, y la opinión de los estudiantes no resulta necesaria, sino que de ellos se extrae su desempeño en la audiencia enmarcado en sus capacidades y competencias para establecer que refuerzos se requieren y como se pueden lograr, y evidenciar o descartar que las audiencias simuladas son o no una respuesta la solución del problema pedagógico de la enseñabilidad como herramienta didáctica idónea para que el estudiante aprenda y apodere de la técnica de la oralidad en asuntos civiles.

### **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN DEL ARTÍCULO:**

¿Cómo plantear estrategias didácticas para la enseñabilidad de la oralidad en el Proceso Civil dentro del currículo de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cúcuta?

### **OBJETIVO GENERAL DEL ARTÍCULO:**

Diseñar estrategias didácticas que contribuyan a la enseñabilidad de la oralidad en el proceso civil que generen en el estudiante un aprendizaje significativo que permita el desarrollo de competencias que son necesarias para el ejercicio de la profesión del derecho.

## COMPETENCIAS GENÉRICAS, ESPECÍFICAS Y TUNINNG (LATINOAMERICA) DEL PROFESIONAL DEL DERECHO FRENTE AL SISTEMA DE ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

En la actualidad se presenta un cambio respecto a la evaluación del proceso educativo, ya no se habla de logros sino de competencias, contempladas como un saber hacer dentro de un contexto. Este mismo significado se ha adoptado en la Educación Superior, y en cuanto al abogado, se han diseñado aparte de las competencias básicas (cognitiva, interpretativa, argumentativa y propositiva), unas competencias específicas como la comunicación jurídica, investigación jurídica y gestión del conflicto, las cuales le permiten ser un profesional idóneo, integral y que se desenvuelve adecuadamente en su contexto.

Respondiendo a estas exigencias en el proceso de formación del estudiante de derecho y del compromiso social que tiene la profesión de abogado, se hace necesario profundizar en el desarrollo de las competencias, especialmente las comunicativas, ya que la tendencia de las diferentes áreas del derecho se enfoca hacia la aplicación de la oralidad como sistema procesal predominante.

Es importante que desde el aula se debe propiciar las competencias propicias para lograr la adaptación amalgamada de nuestro profesional del derecho, en los diferentes roles que puede tener en el ejercicio de su profesión dentro de los asuntos sometidos a la Justicia Ordinaria Civil y por ende responder a las necesidades de formación del abogado en la actualidad, y a su vez, el adecuado rol de éste en la sociedad, como abogado de la parte demandante, de la demandada, terceros intervinientes, Ministerio Público, como apoderado de la Agencia Nacional de defensa jurídica del estado y como juez.

Toda vez que como lo reseña el Jurista Yañez Meza (2016) en el capítulo del libro *Oralidad y escrituralidad: el proceso por audiencias en Colombia*:

Ventajas y desventajas de la oralidad a partir de la tesis del profesor Jordi Nieva Fenoll, conforme al planteamiento realizado se presentan las ventajas y desventajas de la oralidad como realidades contrarias. Dentro de aquellas se identificarían las siguientes:

- a) Agilidad en los procesos, mayor rapidez con que se tramita el proceso.
- b) Transparencia.
- c) Mayores posibilidades de llegar a una conciliación.
- d) Mayor intermediación.
- e) Mayor concentración.
- f) Mayor inmediatez

- g) Mayor espectro del principio de publicidad.
- h) Mayor exigencia en el estudio y preparación del caso por el Juez.
- i) Mayor exigencia en la formulación y preparación del caso por los abogados.

Nótese que se destacan numerosos principios, los cuales tampoco son ajenos al proceso escrito; sin embargo, bajo las luces de la oralidad parece tornarse positivos, mientras bajo las luces de la escritura se perfilan negativos. Esto sucede por cuanto existen serios perjuicios que sesgan una u otra concepción del proceso. Por ejemplo: Para los abogados contemporáneos el sesgo sobre la escrituraria es elevado, dada la moderna tendencia y la fuera que en la actualidad posee la oralidad y la repetitiva referencia de sus docentes al cambio del sistema.

(...) de tal forma que es necesario tratar de abordar las variables desde todas las aristas. Así, es posible identificar como problemas de la oralidad (Nieva Fenoll, 2010) los siguientes:

- 1) Precipitación, en los casos en que las audiencias han de durar poco más tiempo.
- 2) Superficialidad, en los casos en que las audiencias han de durar poco más tiempo.
- 3) El tedio de todos los asistentes junto a una muy superior farragosidad, en los casos en que las audiencias han de durar mucho tiempo.
- 4) Los procedimientos orales también puede ser secretos, de iure cuando se celebran a puerta cerrada, o de facto cuando simplemente nadie está interesado en acudir a las visitas, o cuando quien acude no entiende absolutamente nada, que es lo que suele suceder.
- 5) Los procedimientos orales también son dispersos, cuando la audiencia dura varias sesiones, y el tribunal no puede celebrarla en días seguidos, para seguir atendiendo debidamente el resto de asuntos del órgano jurisdiccional.
- 6) No hay inmediación si los jueces no prestan completa atención en las visitas (lo que es imposible cuando se realizan sesiones maratónicas).
- 7) No hay inmediación si a la hora de la sentencia, los jueces no vuelven a repasar la grabación de la audiencia, si existe algún detalle que no recuerdan.
- 8) Es posible que ni siquiera exista grabación que revisar, no solamente un acta, lo que acaba provocando que la supuesta inmediación sea perfectamente inútil junto a la oralidad misma.
- 9) El Juez lleva multitud de casos. Por ello, aunque esté presente en la audiencia y tenga, por tanto, la máxima inmediación, es imposible que retenga en su memoria todos los datos que ha visto en cada proceso a la hora de dictar sentencia.
- 10) Los asuntos que se ventilan no siempre son tan sencillos como para

- resolverlos en una sola audiencia.
- 11) Muchos litigantes no entienden por qué su vida privada debe ser hecha pública en una sala de audiencias, y no solamente cuando se trata de asuntos de familia o similares, sino es cualquiera otro supuestos.
  - 12) Presenta una desventaja en las actuaciones en las que las partes deben o pueden defenderse por sí mismas, por su posible dificultad de expresión que no siempre va a poder ser superada debidamente por el Juez o por su abogado.
  - 13) No tener el abogado demasiado tiempo para reaccionar debidamente a las alegaciones de la parte contraria.
  - 14) La pérdida de tiempo y eternas esperas que se experimentan en la asistencia a la audiencia, que por mucho que quiera ser corregidas, debe decirse que es muy difícil que cada audiencia se inicie exactamente a la hora en que estaban citadas las partes.
  - 15) Indebida preparación de los jueces para las audiencias.
  - 16) Requiere una dotación de medios humanos y materiales de muy alta calidad, lo que hace aumentar los presupuestos de la justicia.
  - 17) Requiere de más jueces. Si se han de celebrar más audiencias, se necesitaran más jueces. Y si no se aumenta la planilla, los retrasos irán creciendo paulatinamente... (Yañez Meza, 2016)

Por lo tanto, es responsabilidad de las instituciones educativas crear una cultura de la oralidad en los procesos educativos como eje transversal de las competencias necesarias de nuestro profesional, que debe sin lugar a dudas adaptarse a las tendencias de simplicidad del derecho, la prevalencia del sistema adversarial y la oralidad en los juicios de la mayor parte de países influenciados por el sistema anglosajón y más concretamente por el common law, no obstante, debemos dejar claro que desde el inicio de la República nuestro sistema jurídico y procesal, fue influenciado por el derecho continental, y las tendencias sistemáticas del civil law, que traían consigo un proceso fundamentado más en la escrituralidad y que ha sido nuestra realidad jurídica procesal por más de 200 años, esto implica que culturalmente estamos afrontando un cambio para que debemos tener mayor experiencias significativas que permitan comprender el sistema adversarial oral y se requiere de una practicidad judicial diferente, pues del todo no se elimina la escrituralidad pero la mayor parte del proceso será oral y requerirá de nuevas competencias para los estudiantes de derecho que le generen habilidades acordes con las tendencias actuales de tutela efectiva de los derechos, tal y como se referencia en la introducción del libro ORALIDAD Y ESCRITURALIDAD, PROCESOS POR AUDIENCIAS EN COLOMBIA, COORDINADOR CARLOS ALBERTO COLMENARES URIBE:

El Proceso Civil adoptado en Colombia, no es un abandono total a la

escritura, sino una combinación entre la palabra hablada y la escrita, que se adoptó como proceso oral y por audiencias, sin buscar una primacía de la una sobre la otra, sino al contrario, la armonía entre las dos formas adoptadas del proceso. (Colmenares Uribe, El juez director del proceso en el contexto de la oralidad y la audiencia del Código General del Proceso, 2016)

Por otro lado sobre las competencias requeridas por el profesional del derecho, existe un proyecto para Latinoamérica denominado “proyecto tuning”, que busca identificar las competencias de todas las carreras con el fin de hacer más eficaz y efectiva la tarea de la elaboración de los currículos de los syllabus y los programas, dado que la educación por competencias nos plantea unas que son generales, tales como: Cognitiva, Interpretativa, Argumentativa, Propositiva, y la genérica denominada Comunicativa. No obstante en las competencias específicas es donde podemos construir el perfil del profesional del derecho que pueda afrontar con facilidad el cambio cultural de lo escritural a lo oral en lo que se refiere al proceso civil.

El proyecto Tuning para América Latina nos propone unas basadas en los siguientes antecedentes: a) modernizar la enseñanza del derecho, ajustándola a los nuevos tiempos y realidades, b) lograr un sistema que cubra plenamente las necesidades del futuro profesional y de los empleadores, c) avanzar en un proceso de internalización en la enseñanza del Derecho, que permita la movilidad de estudiantes, profesionales y académicos, d) incrementar la calidad del proceso de enseñanza aprendizaje con un modelo transparente. Teniendo en cuenta lo anterior se elaboró un modelo educativo consensuado entre estudiantes, docentes, graduados y empleadores, con el cual se reestructuro y re-conceptualizó la enseñanza del Derecho en América Latina.

Dentro de las competencias específicas que podemos encontrar en el proyecto “tuning” para el profesional del derecho observamos las siguientes:

- 1- Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico.
- 2- Conocer, interpretar y aplicar las normas y principios del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos.
- 3- Buscar la justicia y equidad en todas las situaciones en las que interviene.
- 4- Estar comprometido con los Derechos Humanos y con el Estado social y democrático de Derecho.
- 5- Capacidad de ejercer su profesión trabajando en equipo con colegas.
6. Capacidad de trabajar en equipos interdisciplinarios como experto en Derecho contribuyendo de manera efectiva a sus tareas.
- 7- Comprender adecuadamente los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos -entre otros-, considerándolos en la interpretación y aplicación del Derecho.
- 8- Ser conciente de la dimensión ética de las profesiones



jurídicas y de la responsabilidad social del graduado en Derecho, y actuar en consecuencia. 9- Capacidad de razonar y argumentar jurídicamente. 10- Capacidad de dialogar y debatir desde una perspectiva jurídica, comprendiendo los distintos puntos de vista y articulándolos a efecto de proponer una solución razonable. 11- Considerar la pertinencia del uso de medios alternativos en la solución de conflictos. 12- Conocer una lengua extranjera que permita el desempeño eficiente en el ámbito jurídico (inglés, portugués y español). 13- Capacidad para usar la tecnología necesaria en la búsqueda de la información relevante para el desempeño y actualización profesional. 14- Capacidad para aplicar criterios de investigación científica en su actividad profesional. 15- Capacidad para aplicar sus conocimientos de manera especialmente eficaz en un área determinada de su profesión. 16- Capacidad de enfrentar nuevas situaciones y contribuir a la creación de instituciones y soluciones jurídicas en casos generales y particulares. 17- Capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros. 18- Capacidad para analizar una amplia diversidad de trabajos complejos en relación con el Derecho y sintetizar sus argumentos de forma precisa. 19- Capacidad para tomar decisiones jurídicas razonadas. 20- Comprender y relacionar los fundamentos filosóficos y teóricos del Derecho con su aplicación práctica. 21- Demostrar conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico. 22- Capacidad de actuar jurídica y técnicamente en diferentes instancias administrativas o judiciales con la debida utilización de procesos, actos y procedimientos. 23- Capacidad para decidir si las circunstancias de hecho están suficientemente claras para poder adoptar una decisión fundada en Derecho. 24- Actuar de manera leal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa. (PROYECTO TUNING DE COMPETENCIAS PARA LATINOAMERICA , 2014)

Es de observarse que las competencias específicas del profesional del derecho abarcan las cuatro competencias genéricas, e incluso tocan temas ético morales, comportamentales, y axiológicos.

Todo lo anterior enmarcado en un solo objetivo lograr que el futuro graduado pueda aplicar las competencias específicas que adquirió durante toda su carrera en el trabajo que desempeñará, haciendo un empalme entre la teoría y la práctica que simbióticamente sea coherente.

Lo anterior implica que las competencias comunicativas del abogado permitan la fluidez de sus conocimientos con argumentos sólidos y propuestas coherentes ante los conflictos que se suscitan en los estrados judiciales, más concretamente en el proceso civil oral que recientemente se está implementando de manera gradual en nuestro país.

El Doctor Gustavo Adolfo Pardo Robayo, especialista en Derecho Comercial y tributario y graduado de la Especialización en docencia

universitaria de la Universidad Libre, en su ensayo denominado: “Las exigencias de la sociedad en el contexto de la competencia lectora como tendencia en el sistema educativo y la universidad” sostuvo lo siguiente:

Es tendencia en nuestro país la proyección del conocimiento basado en las competencias, algunas generales o transversales a diferentes disciplinas, otras propias o específicas de las mismas, por lo tanto el enfoque de acuerdo a la necesidad de su implementación y manejo será diverso teniendo en cuenta el área y la competencia que se pretende potenciar, en el caso de la lectura crítica es general para otras áreas del conocimiento, pero evidentemente en el derecho cobra una particular relevancia, pues es notoria la estrecha relación del estudiante de derecho o del profesional en leyes con los textos jurídicos y las reformas que constantemente sobre ellos se dan, lo que exige de este sujeto una capacidad crítica desde la abstracción para interpretar y aplicar su contenido de acuerdo al contexto y sus particularidades . (Robayo, 2013).

Esto implica que el profesional del derecho debe ser una persona idónea que tenga todas las competencias para que afronte el proceso civil de manera adecuada, teniendo en cuenta la finalidad del proceso, pues el proceso genera una dicotomía en cuanto a su finalidad, y el estudiante y/o profesional del derecho debe desde esa perspectiva, tener claro axiológicamente la finalidad, pues de ello depende la postura que adoptara en la audiencia, toda vez que para el Maestro Carnelutti, el fin del proceso es mantener la paz y convivencia del conglomerado social, y ello solo se consigue cuando la labor probatoria adelantada dentro del proceso tenga como directriz la búsqueda de la verdad como valor fundamental en que se debe sustentar la decisión judicial, tal y como se puede observar en la siguiente cita: “un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por lo tanto, sea justa y cierta...” (Carnelutti, 2008. pag. 25), para Jurista Michelle Taruffo, el “proceso no tiene finalidades cognoscitivas o científicas; no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer los hechos sino porque es necesario eliminar un conflicto de intereses. Entonces, la verdad no sirve y, es más, queda excluida del conjunto de los objetivos perseguibles en el proceso; con máximo, aquélla podrá configurarse como un *by-producto* de la actividad procesal.” (Taruffo, 2011, págs. 38,39).

La tendencia post-moderna del derecho procesal es la simplicidad de los procedimientos sin que pierdan eficiencia, para lograr un sistema procesal civil eficiente; por lo tanto la discusión no debe ser si el proceso es oral o escrito, ni si un proceso es bueno o malo, pues son aspectos que dependen de la elección de los fines para lo cual se usa, por lo que es necesario dejar de lado las discusiones y simplemente medir si el

instrumento procesal es eficiente, teniendo en cuenta los motivos de la decisión judicial, esto es: A.) El objetivo del proceso es que el conflicto de las partes llegue a su fin, sin tener en cuenta los contenidos de la decisión y la calidad de la decisión final, ya que una decisión incluso equivocada, puede poner fin a una controversia de manera eficiente y que las partes no pretendan seguir discutiendo y B.) Que el objetivo del proceso sea poner fin a la controversia de las partes involucradas en el litigio, solo mediante decisiones que sean consideradas imparciales, correctas, precisas y justas. En esta perspectiva, los contenidos y la calidad de las decisiones son muy relevantes, dado que determinan el núcleo real de los propósitos y funcionamiento de los mecanismos judiciales. (TARUFFO, 2009, págs. 245-247)

Siempre ha existido una oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso se manifiesta habitualmente cuando se dice que la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos.” (Taruffo, 2011, pág. 39).

Esta finalidades generan un conflicto epistemológico, por un lado solucionar conflictos significa encontrar el arreglo más conveniente para los intereses de las partes en litigio con el fin de mantener la convivencia pacífica, pero de todas maneras, la decisión ha de tomarse con una verdad sobre los hechos que se encuentran en controversia, por lo tanto, “Así, una solución puede ser buena aunque la decisión se funde sobre una determinación falsa, inaceptable o parcial de los hechos del caso” (Taruffo, 2011, pág. 39)

Por otro lado, la búsqueda de la verdad en el proceso debe ser analizada con factores como el tiempo, los costos y la actividad judicial, por tal motivo, cuando el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, genera que los procesos sean más demorados y costosos, debido a que el juez como director del proceso<sup>68</sup> debe usar todas las herramientas que tiene en su poder, como el decretar pruebas de oficio para lograr conseguir la verdad de los hechos.

Por consiguiente, cuando la finalidad del proceso es la solución del conflicto podemos decir sin temor a equivocarnos que nos encontramos frente a un sistema Adversarial, en donde las partes son contendientes y el juez decide con fundamento en la verdad que pueden ofrecer las partes con sus medios probatorios, y el juez solo valora las pruebas, sin entrar a comprometer su imparcialidad al decretar pruebas de oficio para enderezarles las falencias probatorias a algunas de las partes, no obstante, como lo dice Michelle Taruffo con respecto a la búsqueda de la verdad en los sistemas dispositivos: “la búsqueda de la verdad termina siendo un desvalor, algo que debe ser evitado y que quizás también temido o repelido.” (Taruffo, 2011, pág. 41)

No obstante, así el fin del proceso sea la solución del conflicto, no podemos negar abiertamente la presencia de la verdad al tomar una

<sup>68</sup> Sobre el juez director del proceso en el Estado social de derecho puede consultarse (Colmenares Uribe, 2012).

decisión judicial, pues la verdad suele ser el producto del razonamiento del juez sobre los hechos probados dentro del proceso, que lejos de ser una realidad absoluta, si debe ser una verdad depurada que no admita errores.

En los sistemas procesales inquisitivos la “búsqueda de la verdad es considerada un valor: ese modelo (malo) es precisamente el que configura la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En consecuencia, la búsqueda de la verdad es considerada en términos negativos, más o menos acentuados como es obvio en función del rigor con el que siga el esquema en cuestión.” (Taruffo, 2011, pág. 43).

En un sistema inquisitivo puro el fin del proceso es la búsqueda de la verdad porque de ella se desprende la decisión justa, y en un sistema Adversarial puro el fin del proceso es solucionar el conflicto de las partes, pero como la mayoría de los sistemas actuales son mixtos, porque tienen matices de los dos sistemas, el fin del proceso será solo resolver el conflicto con fundamento en la verdad, y surge un interrogante ¿Qué es la verdad?: En un proceso judicial, la verdad es lo que se consigue después de un debate en donde se respetan los derechos fundamentales, y que el derecho sustancial se cumpla con observancia de los derechos fundamentales, y esta no es una verdad absoluta, ya que el fin del proceso no es la búsqueda de la verdad absoluta a toda costa, sino resolver el conflicto, para mantener la convivencia pacífica, cumpliendo con las garantías constitucionales y el debido proceso, pero la decisión no se puede apartar de la verdad (verdad obtenida de las partes y los hechos probados dentro del proceso), porque el problema sería ético – jurídico, pues cada parte tiene su verdad de los hechos, y la sustenta en sus pruebas o evidencias y le corresponde al Juzgador depurar la verdad, mediante la valoración eficiente de los medios probatorios, con utilización del razonamiento, cumpliendo con los principios y postulados del estado social de derecho.

El Juez para construir la verdad, debe utilizar tres niveles que le permitan de manera adecuada realizar una valoración probatoria que desentrañe razonadamente la verdad, el sentido común, la ciencia que nos somete a un método y la filosofía que implica la argumentación y razonamiento que produzca una decisión, con fundamento en los elementos fácticos probatorios que sirvan de fundamento a las pretensiones o excepciones<sup>69</sup>.

Por lo tanto, para conseguir una aproximación a la verdad, hay que analizar las razones reales de la decisión, con un fundamento teórico general a la luz de algunos principios semiológicos que indubitadamente, son aplicables a la motivación como discurso del Juez, que genera simplemente un silogismo lógico de valor debidamente justificados evitando toda probabilidad de error, mediante la construcción de datos sensibles reales, con el respeto del principio de contradicción, que es el

<sup>69</sup> Un importante estudio de filosofía frente a los debates contemporáneos puede consultarse en (Muñoz López, 2015).

elemento más importante para una decisión justa, utilizando el método de descartes que se enmarca en la filosofía cartesiana.

Pues al Juez le frecen como mínimo dos verdades en un litigio con fundamento en las pruebas aportadas. Y con esas mismas pruebas e incluso con pruebas de oficio, el Juez debe desentrañar la verdad, dudando siempre de los razonamientos s de las partes, y tomando como fundamento la verdad depurada que tenga menos probabilidades de error, que le permitan al Juez tomar una decisión justificada y que se evidencie la comprobación de la verdad.

Para nadie es un secreto que la Rama Judicial se encuentra congestionada, y la congestión se debe más a un problema cultural y estructural, pues un proceso que tenga como finalidad la búsqueda de la verdad a toda costa, genera demora en el trámite, pues es indefectible que el Juez haga uso de su deber poder de decretar pruebas de oficio, lo que hace que los procesos se dilaten en el tiempo generando demora en los trámites y más aun generando escozor entre los usuarios de justicia.

Por lo tanto, una solución a los problemas que genera la oralidad en materia civil, puede ser solucionado desde la pedagogía y la didáctica que nos ofrecen le vehículo necesario para facilitare el aprendizaje, tanto del profesional del Derecho y los estudiantes de pregrado y posgrado en las disciplinas de ciencias jurídicas, todo ello se enmarca axiológicamente con el contexto y con el currículo de cada una de las universidades de nuestro país, debido a que hay competencias que son generales y temáticas que no pueden obviarse en los programas de Derecho, por lo tanto nuestra preocupación no es ofrecerle sólo al estudiante la competencia cognitiva sino poderle ofrecer el desarrollo de todas las competencias generales y específicas según el Proyecto Tuning para Latinoamérica, obviamente haciendo énfasis en las competencias comunicativas que guardan relación directa con el desarrollo de la oratoria y la capacidad discursiva del educando, en este preciso instante es cuando las herramientas didácticas adecuadas permiten el desarrollo de las competencias y habilidades de los estudiantes que serán los profesionales que desempeñen los diferentes roles en el Juicio Oral Civil.

## **TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS**

Es una tendencia contemporánea la simplicidad de los procesos, lo que implica que la oralidad y el sistema procesal adversarial, demandan del profesional de Derecho un manejo acorde con las exigencias que nuestro sistema procesal exige como piedra angular para mitigar la congestión judicial y hacer que el proceso civil sea más expedito por la simplicidad del trámite, de allí que la preparación del profesional implique el fortalecimiento de sus competencias comunicativas, pues cada día es mayor la responsabilidad de las partes, abogados de la defensa y la víctima, Jueces y Ministerio Público, en el desarrollo de las



audiencias en los diferentes procesos.

Ahora el reto que surge como problemática es la expedición de la ley 1564 de 2012 (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO), pues el nuevo sistema procesal civil trae una dinámica diferente al escritural, lo que implica que se deba ajustar los currículos y micro currículos para que armonicen con la nueva tendencia de nuestro país.

Por otro lado, para tratar de acabar con la congestión judicial se han creado juzgados de descongestión temporales, que por su corta duración, implican solamente trasladar grandes cantidades de procesos de un lugar a otro, generando mayor congestión y confusión en los usuarios de la justicia, que constantemente ven que sus procesos pasan de un lugar a otro sin recibir el trámite oportuno requerido, sino simplemente cambiando de anaquel.

El sistema inquisitivo que ha marcado la historia procesal de Colombia ha gestado atrasos y demoras en los trámites de las etapas del proceso, lo que implica que el problema sea cultural como un recuerdo nostálgico de influencia de la época de conquista.

Solo analicemos las siguientes cifras, extraídas del Informe del Departamento Nacional de Planeación citado por la Corte Constitucional:

...En un documento reciente del Departamento Nacional de Planeación se afirma que la persistente acumulación de expedientes en la justicia formal “a pesar de las medidas de descongestión y las constantes reformas legales implementadas, sigue siendo un factor determinante de los resultados insuficientes de la gestión del sector.” Y ello, a pesar de que el gasto del Sector Justicia, en términos reales, ha registrado un aumento importante a partir de 2004 (entre 1998 y 2003 se mantuvo relativamente estable), “hasta alcanzar en el año 2006 un incremento del 33% con respecto a lo observado en 2003

Se pueden deducir varias ideas relevantes para una reforma de la justicia orientada a la descongestión: hay que tomar medidas cuya conveniencia, en condiciones teóricas ideales, podría discutirse, pero que, ante fenómenos como el de la congestión y la mora, parecen inevitables; el aparato de justicia tiene que administrarse con la conciencia de que los recursos que se dedican a su funcionamiento son, necesariamente, escasos; hay problemas que tienen que ser rechazados del conocimiento de la justicia, porque hay muchos otros problemas serios, dignos de consideración, cuya atención debe prevalecer; debe limitarse el recurso de apelación y debe acabarse con la idea de que más instancias signifique mayor justicia. (Sentencia de Constitucionalidad 124, 2011).

De lo anterior se observa, que Colombia está generando un cambio cultural en lo referente al proceso judicial, para afrontar las tendencias mundiales de simplicidad de trámites, tutela efectiva y justicia pronta,



cambiando de paradigma en lo que respecta al fin del proceso, pues la búsqueda de la verdad no es sesgada, pero se enfatiza el proceso en el fin primordial de la solución del conflicto de manera pronta y eficaz, acercándonos más a la cultura anglosajona, y al sistema adversarial para lograr de una vez por todas depurar la congestión en nuestro país.

En las diferentes especialidades del derecho se está tendiendo a la oralidad, para efectos de lograr que el proceso sea más expedito, tal y como se ha hecho en la jurisdicción de lo contencioso Administrativo con la expedición de la Ley 1437 de 2011, y en lo civil se ha realizado la modificación más importante de los últimos tiempos con la creación de la Ley 1564 de 2012, que trae como beneficios un proceso civil oral con unas etapas procesales bien definidas con tendencia adversarial, pero que por falta de infraestructura y presupuesto no ha entrado en operatividad de manera integral por decisión del Consejo Superior de la Judicatura, el cual mediante el Acuerdo N° PSAA14-10155 del 28 de mayo de 2014 definió la suspensión del cronograma de implementación del Código General del Proceso hasta tanto se apropien los recursos en aplicación del numeral 6 del artículo 627 de la Ley 1564 de 2012.

Esto genera que los docentes y directivos de la facultad de derecho, deben tomar decisiones muy puntuales respecto a las competencias cognitivas, interpretativas, argumentativas y propositivas que los estudiantes deben adquirir desde la universidad para enfrentar los retos que genera la implementación del nuevo sistema procesal oral civil y les permita incorporarse laboralmente.

## **EXPERIENCIAS SIGNIFICATIVAS PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ENSEÑABILIDAD DE LA ORALIDAD PARA AFRONTAR EL PROCESO CIVIL**

En el ejercicio docente, hay que destacar ciertas prácticas pedagógicas que han servido para facilitar la enseñabilidad de la comunidad educativa, a esto se denomina una experiencia significativa, que nace en el ámbito educativo pero que es desarrollada para el desempeño de las competencias de los educandos en los diferentes roles que tengan en la sociedad, con el fin de desarrollar un aprendizaje significativo, por tal motivo, se tomó como herramienta pedagógica el aprendizaje mediante el estudio de casos o situaciones problemáticas que deben ser resueltas por medio de un juicio oral.

Por lo tanto, se ha optado por realizar audiencias simuladas con los estudiantes de derecho de la materia de derecho probatorio en aplicación del Código General del Proceso y en asuntos netamente civiles, que sirvió de diagnóstico para observar las falencias de los estudiantes en el ejercicio de las competencias comunicativas en la sustentación y argumentación de los preceptos jurídicos, los hechos de la demanda, y

confrontación probatoria, en sus intervenciones orales, ocupando los diferentes roles de un juicio, como parte demandante, parte demandada, y juez, y obtuvimos como resultado lo siguiente:

Se evidenció del juego de roles que los estudiantes que realizaron la audiencia utilizaban muletillas, lenguaje no jurídico, y se les notaba el nerviosismo al hablar.

Por otro lado, mostraron un lenguaje corporal que no es acorde con los roles que las personas participantes debían tener, por ejemplo, excesivos movimientos de las piernas debajo de la mesa, miradas desviadas y distraídas hacia arriba, excesiva sudoración, entre otros.

Dentro de los hallazgos específicos de la observación no estructurada, se observó que la interpretación de la norma<sup>70</sup>, a raíz del poco manejo del lenguaje dialéctico, se tornó muy deficiente, al igual que la sustentación de la argumentación y sólo utilizaron el método de interpretación literal, dejando de lado los métodos más avanzados de interpretación jurídica tales como: la interpretación teleológica, sistemática, histórica, extensiva, entre otras, que requieren una mayor argumentación y lenguaje jurídico.

Aunque la argumentación jurídica si bien es cierto era pertinente, al momento de su explicación se tornaba incoherente porque las conclusiones resultaban superficiales, confusas e incoherentes a pesar de citar las normas correctas.

Por otro lado, las alegaciones contenían un lenguaje pobre en presentar una propuesta a la solución del conflicto acorde con los hechos, las pretensiones y el derecho.

De la experiencia significativa se concluyó que el juego de roles es la forma más idónea para lograr una interpretación narrativa de parte de los participantes, que en este caso en particular son los estudiantes de derecho de la materia de derecho probatorio de la Universidad Libre, los que fueron seleccionados por su capacidad cognitiva y mayor experiencia en el contexto universitario, porque es evidente que a mayor experiencia la competencia comunicativa presenta mayor fluidez.

Se pudo evidenciar, que para identificar el problema de nuestra investigación no existe otro mecanismo más efectivo que la realización de las audiencias simuladas o juego de roles para realizar una observación objetiva no participante que nos sirva de eje transversal, para permitirnos identificar de manera muy puntual cada una de las experiencias de los participantes en el juego de roles, comprobando situaciones problemáticas tales como el pánico escénico, los ademanes injustificados, tonos de voz inadecuados, léxico inapropiado entre otros, en nuestra condición de docentes investigadores.

Dado que al observar una audiencia simulada el director de la actividad, que para el presente caso fue el docente de derecho probatorio, que es integrante del presente grupo de investigación que asumió el reto

<sup>70</sup> Un estudio exhaustivo del sistema normativo de la Constitución Política del año 1991 puede consultarse en (Yañez Meza & Yañez Meza, 2012).

de realizar el ejercicio, dejando prueba de ello, al publicar en **YouTube** la audiencia simulada utilizada como referencia, con el fin de evidenciar la realización de la observación real y efectiva, y permitir al lector realizar su observación privada y sacar sus propias conclusiones, ya que desde el plano de la pedagogía y la didáctica no se puede hablar de productos terminados, debido a que está en constante evolución. (Audiencia Simulada Unilibre Cúcuta, 2016)

Del resultado de la observación, tenemos los siguientes aspectos para contribuir con la solución del problema que implica el ejercicio de la oralidad en materia civil, pues a manera de conclusión, se indicaran unos aspectos que se deben mejorar y reforzar en las competencias comunicativas:

### **1. Cálculo mental:**

Realizar mentalmente una operación aritmética de manera precisa, que permita sustentar oralmente el resultado con la lógica y coherencia pertinente, en el juego de roles realizado, se puede observar que esta habilidad es requerida para tasar perjuicios morales, materiales (lucro cesante, daño emergente) y los estudiantes que participaron en tal juego presentaron falencias en realizar la operación de manera rápida.

### **2. Léxico o vocablo:**

Conjunto de palabras propias de una disciplina. En este ejercicio, el juego de roles permitió el uso de terminología jurídica, aunque no se contó con la fluidez esperada en estudiantes de último año de la carrera de Derecho

### **3. Lógica y razonamiento:**

El razonamiento es la estructuración y la organización de las ideas para llegar a una conclusión. La lógica es la aplicación de las formas, los métodos y principios del conocimiento científico. El razonamiento lógico se puede iniciar a partir de una observación (es decir, una experiencia) o de una hipótesis, respecto al juego de roles realizado, los estudiantes si bien utilizaron la lógica, no menos cierto es que en lo referente al razonamiento y la construcción del argumento, presentaron deficiencias.

### **4. Responsabilidad:**

La responsabilidad de un profesional del derecho en el buen desarrollo de sus competencias orales es indispensable para la defensa de los intereses de los litigantes y con respecto al rol del juez que es ejercido por un profesional del derecho su sentido de responsabilidad es mayor debido a que se encuentra ante dos hipótesis y debe tomar la decisión más cercana a la verdad conforme a los hechos, pruebas y derechos que implican el convencimiento de las partes con sus argumentos responsablemente coherentes.

### **5. Toma de decisiones:**

Una vez que los apoderados de los litigantes conocen las pruebas elaboran una hipótesis en la que solicitan la decisión de parte del juez, bien sea pidiendo la absolución o la condena dependiendo del rol asumido en el juego. Así mismo el juez deberá utilizar su razonamiento con observancia en las pruebas y los presupuestos de derecho tomar una decisión que ponga fin al conflicto, guardando la debida coherencia.

### **6. Improvisación y creatividad:**

En un juego de roles o audiencias simuladas la improvisación oral debe ser expresada con extrema seguridad que solo se logra cuando se cuenta con competencias cognitivas, interpretativas, argumentativas y propositivas que se adquieren durante el desarrollo del programa por parte del educando y se reflejan en el ejercicio realizado con la sustentación oral y la creatividad para interrogar, conainterrogar, argumentar y contra-argumentar.

### **7. Tolerancia:**

Es indispensable que el orador siempre se encuentre sereno y no se salga de casillas ante ataques sistemáticos de la contra-parte e incluso del juez en sus decisiones, por tal motivo la tolerancia resulta ser la piedra angular para lograr que la audiencia se desarrolle sin contratiempos y además la actividad se encuentre a la altura de los juicios internacionales, ya que en la globalización<sup>71</sup> es factible que se tengan que asumir asuntos con incidencia en varios países, que en todo caso en el juego de roles realizado con los estudiantes la tolerancia reinó esperando que al asumir un caso real guarden la misma compostura.

### **8. Neurociencia de la personalidad:**

Se debe ahondar en el estudio de la neurociencia, que hoy en día es un conjunto de disciplinas que tratan de entender la conducta del ser humano a través de las bases biológicas centrándose en una de sus áreas como lo es la personalidad, buscando como objetivo comprender la estructura y funcionamiento de la personalidad creando conexiones significativas entre los factores de la personalidad, procesos cognitivos y el funcionamiento neuropsicológico, tema este que para nuestra investigación se torna imprescindible, porque la capacidad oral de una persona depende en gran parte de su personalidad, pues muchos no han superado su timidez debido a ser sobre protegidos en sus hogares, esto se pudo observar del juego de roles o audiencias simuladas cuando se expresaban los estudiantes del diurno lo hacían con mucha timidez y nerviosismo, mientras que los del nocturno hablaban con mucha seguridad debido a su edad y experiencia.

<sup>71</sup> Un estudio detallado sobre el concepto de globalización a partir de la jurisprudencia de nuestras altas cortes puede consultarse en (Guacaneme Pineda & Avendaño Castro, 2015).

## **9. Enseñanza-aprendizaje:**

El juego de roles se convierte en una experiencia significativa desde el punto de vista didáctico que permite mediante la lúdica acceder a una experiencia contextualizada que se asemeja mucho a la realidad; con la posibilidad de ensayar y errar como fruto de la exploración a la que se enfrentan los participantes en el ejercicio.

En conclusión la calidad con que una persona aprende algo se basa en la utilidad práctica que le encuentre a dicho conocimiento. La audiencias Simuladas permite acceder al conocimiento de forma pragmática, pues convierte en relevantes, informaciones que serían absurdas vistas de otra manera.

## **CONCLUSIONES**

La pedagogía y la didáctica son ciencias que van de la mano en la enseñanza del derecho y para el caso en concreto, la posibilidad de generar conocimiento mediante el estudio de casos en materia civil que se ventilan bajo la esfera del sistema oral que exige una dinámica diferente tanto del estudiante de derecho como del profesional del derecho que se dedica a este campo específico del conocimiento, y el aprendizaje significativo de la oralidad en materia civil, solo se puede lograr con la participación del estudiante en experiencias significativas que contribuyan al modelo pedagógico que la Universidad Libre desarrolla, esto es, el modelo auto-estructurante en donde el educando es el protagonista en la construcción de nuevo conocimiento, esto se logra, cuando el docente se convierte en un mediador entre el conocimiento y los estudiantes, permitiendo que ellos apliquen las competencias generales y específicas que exige la carrera del derecho mediante la realización constante de audiencias simuladas, direccionadas por los docentes de cada área del derecho, propendiendo que la preparación de la audiencia, su desarrollo y conclusión por parte del estudiante se convierta en una experiencia significativa, que permita el constante mejoramiento del desempeño de las competencias tanto genéricas como específicas, atendiendo a la necesidad que exige el contexto en el desarrollo de la oralidad en el proceso civil colombiano, con la posibilidad crear una cultura que implique la fundamentación teórica y metodológica, coherente y que implica el mejoramiento continuo de los cuatro pilares del saber en términos generales:

- La educación a lo largo de la vida se basa en cuatro pilares: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos, aprender a ser.
- Aprender a conocer, combinando una cultura general suficientemente amplia con la posibilidad de profundizar los conocimientos en un pequeño número de materias. Lo que supone además: aprender a aprender para poder aprovechar las posibilidades que ofrece la educación a lo largo de la vida.
- Aprender a hacer a fin de adquirir no sólo una calificación profesional,

más generalmente una competencia que capacite al individuo para hacer frente a gran número de situaciones y a trabajar en equipo. Pero, también, aprender a hacer en el marco de las distintas experiencias sociales o de trabajo que se ofrecen a los jóvenes y adolescentes bien espontáneamente a causa del contexto social o nacional, bien formalmente gracias al desarrollo de la enseñanza por alternancia.

- Aprender a vivir juntos desarrollando la comprensión del otro y la percepción de las formas de interdependencia realizar proyectos comunes y prepararse para tratar los conflictos respetando los valores de pluralismo, comprensión mutua y paz.
- Aprender hacer para que florezca mejor la propia personalidad y se esté en condiciones de obrar con creciente capacidad de autonomía, de juicio y de responsabilidad personal. Con tal fin, no menos preciar en la educación ninguna de las posibilidades de cada individuo: memoria, razonamiento, sentido estético, capacidades físicas, aptitudes para comunicar...
- Mientras los sistemas educativos formales propenden a dar prioridad a la adquisición de conocimientos, en detrimento de otras formas de aprendizaje, importa concebir la educación como un todo. En esa concepción deben buscar inspiración y orientación las reformas educativas, en la elaboración de los programas y en la definición de nuevas políticas pedagógicas. (Jacques, 1994)

En este orden de ideas la pedagogía por ser el conjunto de saberes que están orientados hacia el desarrollo de la educación del ser humano y la aplicación práctica de los saberes, se ha convertido en una disciplina importante y necesaria para entender el fenómeno social y humano de los educandos, bajo el respaldo del trabajo del docente que no sólo tiene el conocimiento disciplinar, sino el conocimiento pedagógico y además mediante la utilización de técnicas didácticas y métodos para mejorar la enseñanza, que focalizan las etapas del aprendizaje mediante el diseño de esquemas, planes, análisis, y prácticas destinadas a cumplir con el fin que es facilitar el aprendizaje.

Esto implica que la oralidad en civil demanda el desarrollo de prácticas pedagógicas y didácticas diseñadas al cumplimiento del fin de la Educación, y esto se puede lograr mediante el desarrollo de audiencias simuladas en las que en forma didáctica se les permita al educando entender el problema en casos de derecho civil, preparar la argumentación en los diferentes roles que puede desempeñar, ya sea como parte demandante, demandada o Juez, y por ende optimizar sus competencias comunicativas para el desarrollo de la audiencia en Proceso Civil Colombiano.



## RECOMENDACIONES:

Diseñar un plan estratégico para la preparación, desarrollo y conclusión de la audiencia simulada que permita acercarse a la realidad judicial, mediante la elaboración de una guía metodológica del desarrollo de la actividad que solo se puede lograr de las experiencias significativas que se tenga con los estudiantes, y que forme parte de un protocolo de evaluación y autoevaluación que permita la generación de nuevo conocimiento que será reflejado en un manual que será producto del análisis reflexivo del conocimiento disciplinar del área civil, el procedimiento civil, la pedagogía y la didáctica, dado que el presente artículo solo es un avance de la investigación que sostiene la hipótesis, de que el estudio de casos en civil mediante la realización de audiencias simuladas genera el desarrollo cultural de las competencias genéricas y específicas que requiere el profesional del derecho para afrontar la Oralidad en el Proceso Civil Colombiano.

## BIBLIOGRAFÍA

Agudelo, D. A. (2011). *La Jurisdicción y la Protección Internacional de los Derechos*. Medellín, Antioquia, Colombia: Universidad de Medellín.

Agudelo, R. M. (2006). *Filosofía del derecho procesal*. Bogotá, Cundinamarga, Colombia: Leyer.

Alvarado, A. V. (2010). *La Prueba Judicial*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Audiencia Simulada Unilibre Cúcuta. (28 de 11 de 2016). <https://www.youtube.com/watch?v=-R8hvjs4g8U>. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=-R8hvjs4g8U>: <https://www.youtube.com/watch?v=-R8hvjs4g8U>

Bentham, J. (1835). *Tratado de las Pruebas Judiciales, tomo I*. Madrid, España : Don tomas Jordan.

Carnelutti F. (2008). *Institucional del Proceso Civil*, Tomo I, Caracas – Venezuela, Atenea.

Clavijo Cáceres, D. (2013). *El proyecto de investigación. Haciendo posible la tesis de grado* (Segunda ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Colmenares Uribe, C. A. (Julio-Diciembre de 2012). El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 65-81.

Colmenares Uribe, C. A. (2016). El juez director del proceso en el contexto de la oralidad y la audiencia del Código General del Proceso. En *Obra colectiva, Oralidad y escritura: el proceso por audiencias en Colombia* (1ª ed., págs. 39-58). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre & Grupo Editorial Ibáñez.

Guacaneme Pineda, R. E., & Avendaño Castro, W. R. (Julio-Diciembre de 2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombiana: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.

Jacques, D. (12 de 10 de 1994). <http://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/ CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf>. Recuperado el 28 de 11 de 2016, de <http://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/ CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf>: <http://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/ CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf>

JUDICATURA, C. S. (28 de mayo de 2014). ACUERDO N° PSAA-14-10155. “Por el cual se suspende el cronograma previsto en el Acuerdo PSA13-10073 del 27 de Diciembre de 2013. . Bogota D. C. , Bogota D. C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura. .

Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia.

Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.

Ley 906. (1 de septiembre de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia.

Muñoz López, C. A. (Enero-Junio de 2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 273-314.

PROYECTO TUNING DE COMPETENCIAS PARA LATINOAMERICA . (3 de 12 de 2014). <http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=content&task=view&id=235&Itemid=265>. Obtenido de <http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=content&task=view&id=235&Itemid=265>

Robayo, G. A. (2013). Las exigencias de la sociedad en el contexto de la competencia lectora como tendencia en el sistema educativo y la universidad.

Sentencia de Constitucionalidad 124. (1 de marzo de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. C.P.: *Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia.

Tamayo, J. T., & Jaramillo, C. I. (2012). *El Precedente Judicial en Colombia*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia : Pontificia Universidad Javeriana.

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre la justicia civil*. Barcelona: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2011). *La Prueba De Los Hechos*. Madrid, España : Trotta.

Yañez Meza, D. A. (2014). La investigación jurídica: necesidad de la ficha de análisis jurisprudencial en el arte del derecho. En D. Clavijo Cáceres, D. Guerra Moreno, & D. A. Yañez Meza, *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho* (1ª ed., págs. 77-106). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Gustavo Ibáñez & Universidad de Pamplona.

Yañez Meza, D. A. (2016). Oralidad y escritura en el proceso judicial: debates desde la doctrina y la jurisprudencia entorno a la Ley que la implementa -CGP- y su incidencia frente a la solicitud

y decisión cautelar. En Obra colectiva, *Oralidad y Escritura: el proceso por audiencias en Colombia* (1ª ed., págs. 167-204). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre & Grupo Editorial Ibáñez.

Yañez Meza, D. A., & Yañez Meza, J. C. (Julio-Diciembre de 2012). Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34.

## ENFOQUE DE GÉNERO EN LOS ACUERDOS DE PAZ.

Isabel Goyes Moreno<sup>72</sup>

Fecha de recepción: 9 de octubre de 2016

Fecha de aceptación: 9 de octubre de 2016

Referencia: GOYES MORENO, Isabel. *Enfoque de género en los acuerdos de paz*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 2. Núm. 3. Págs. 133 a 155. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### RESUMEN

Este artículo hace parte de una investigación de mayor cobertura, que tiene como objeto central de investigación, el análisis sobre la inclusión o negación del enfoque de género en el mundo del trabajo, en la legislación y en la jurisprudencia nacional. En esta oportunidad se pretende reflexionar críticamente acerca de la forma como se expresa dicho enfoque de género en el texto final de los Acuerdos de Paz, así como los derechos que genera a favor de las mujeres colombianas y en especial de las víctimas del conflicto, cuyos derechos humanos fueron vulnerados por los diversos actores armados, ya de forma directa o indirecta, afectando su identidad, su vida, su trabajo, sus sueños y sus expectativas. Verdad, justicia, reparación y garantía de su repetición son exigencias de una paz permanente y duradera.

### PALABRAS CLAVES.

Derecho a la paz, Enfoque de género, Estado, Ordenamiento jurídico, Víctimas.

### SUMMARY.

This article is part of a larger research coverage, which has as its central subject of research, analysis on the inclusion or denial of gender in the workplace, in law and in national jurisprudence. This time is to critically reflect on how this gender in the final text of the Peace Agreement, and the

<sup>72</sup> Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño. Directora del Grupo de Investigación "Derecho, Justicia y Región" DEJURE

rights generated in favor of Colombian women and especially of the victims of the conflict, the rights expressed humans were violated by the various armed actors, directly or indirectly, affecting their identity, their life, their work, their dreams and expectations. Truth, justice, reparation and guarantees of repetition are demands for a permanent and lasting peace.

## KEYWORDS

Right to Peace, Gender sensitivity, state, law, victims.

## INTRODUCCIÓN

La paz y el conflicto forman parte de la esencia de todos los seres humanos y acompañan sus relaciones desde el comienzo de los tiempos. Sin embargo, los dos términos son complejos y ambiguos, razón por la cual, es necesario precisar en primer lugar el significado del término “paz”, que no es ausencia de conflicto, ni vivir en paz es sumergirse en una “piscina de mermelada”, al decir de Estanislao Zuleta (1980). La paz es desde el punto de vista teórico un derecho humano y desde una visión práctica, una construcción permanente. Y el conflicto, es la discrepancia o el desacuerdo que existe entre las personas, que es propia de las democracias, que valoran las diferencias y se oponen unánimemente. De allí que suscrito el Acuerdo Final para el fin de la guerra, más valdría hablar de postacuerdo para referirse a la etapa subsiguiente, en lugar de hablar de postconflicto, puesto que las diferencias seguirán existiendo y enriqueciendo el devenir social.

La firma del texto definitivo alcanzado en los diálogos de la Habana, no es la paz en sí misma, es un marco político-normativo de inclusión cuya finalidad última es el robustecimiento de la democracia, al incluir sectores sociales marginados de los espacios de toma de decisiones, aunque víctimas de los horrores del conflicto armado.

Uno de esos colectivos, al que se hará especial referencia, es al conformado por las mujeres colombianas, las que a pesar de representar más de la mitad de la población, han sido históricamente relegadas y subordinadas al poder masculino, desconociendo de esta manera, su aporte al desarrollo económico, a la actividad política, al fortalecimiento social, a la prolongación de la vida, invisibilizando su quehacer.

Interesa en este artículo ubicar, analizar y evaluar, si esos acuerdos para la paz, visibilizan a la mujer, le reconocen su identidad y derechos y proponen alternativas de reparación, en síntesis si efectivamente existe enfoque de género. Con dicha finalidad, se abordarán tres temas: i) En primer lugar se harán una referencia a la paz en el marco internacional y constitucional ii) se precisarán algunos conceptos en torno al género a nivel universal y nacional y en iii) lugar se reflexionará sobre el enfoque de género en el Acuerdo, sus posibilidades y beneficios para las mujeres colombianas, especialmente para las víctimas.



## 1. LA PAZ EN EL MARCO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL

La paz es una aspiración universal del ser humano, que se concretizó internacionalmente en los inicios del siglo XX cuando se conformó de manera tripartita la Organización Internacional del Trabajo, OIT. En el preámbulo de su Constitución proferida en el año 1919, se declaró que: “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”.

La OIT desde sus inicios asumió como su función central, el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores del mundo. No obstante estos esfuerzos de justicia social, los intereses contradictorios entre países dominantes, dieron origen a la Segunda guerra mundial, cuyos estragos multidimensionales condujeron a los Estados a comprometerse con la construcción de la paz y la seguridad internacional, mediante la creación de la Organización de Naciones Unidas y la consiguiente Declaración Universal de los Derechos Humanos...

Una de las consideraciones contenidas en el preámbulo de dicha Declaración señaló que: “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. (Desde [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)). En el mismo sentido se pronunciaron los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (el de derechos políticos o de libertad y el de derechos económicos, sociales y culturales).

Más adelante, la *Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para vivir en Paz*, aprobada por la Naciones Unidas en 1978 indicó que “toda nación y todo ser humano (...) tiene el derecho inmanente a vivir en paz y en 1984, la Asamblea General de Naciones Unidas profirió la *Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz*, reiteró “(...) solemnemente que los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz”.

La paz es entonces un deber de los Estados y las Naciones Unidas atribuyeron al Consejo de Seguridad, la responsabilidad de la paz y la seguridad internacional, recurriendo a las vías del diálogo, interviniendo en el evento en que persistan las hostilidades, sancionando e incluso recurriendo a la fuerza con la finalidad de recuperar la paz y la seguridad internacional. Puede así mismo, como ordenar Operaciones de mantenimiento de la paz y misiones políticas especiales. (Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas).

Las Operaciones de mantenimiento de la paz del Consejo de Seguridad, contribuyen con los países en los procesos de transición de un conflicto a un acuerdo, facilitando gestiones políticas, otorgando protección a la población civil, al desarme, a la desmovilización hasta la reintegración y el restablecimiento del ordenamiento jurídico en el respectivo Estado.

Para lograr estos propósitos las Naciones Unidas cuentan con la Comisión de Consolidación de la Paz, el Fondo para la Consolidación de la Paz y la Oficina de Apoyo a la Consolidación de la Paz. (Naciones Unidas).

Ahora bien, el Estado colombiano mediante la Constitución de 1991 asumió la fórmula política del Estado Social de Derecho, razón por la cual, desde el preámbulo se invocan los valores y principios sobre los cuales deberá construir su visión de futuro, al establecer que:

EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente (...). (Constitución Nacional).

Como puede deducirse de la lectura anterior, la paz es un valor, un principio y un derecho consagrado en artículo 22 constitucional, en estos términos: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. La Corte Constitucional como intérprete de autoridad de la teleología constitucional indicó que frente al derecho a la paz de las y los colombianos, debe ubicarse la obligación correlativa de prevenir la guerra.

Al revisar la constitucional del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, donde se regulan aspectos relacionados con la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, la Corporación insistió en que “[...] la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente”.

Mediante la sentencia T-789 de 2001, La Corte Constitucional precisó que “(...) el derecho a la paz debe ser garantizado en toda estructura social y, sobre todo, en la familia como núcleo fundamental de la sociedad (...)”, teniendo en cuenta que “sólo propendiendo por un desarrollo armónico en la base de la sociedad constituida por la familia, se obtendrán cimientos firmes para buscar una paz en niveles más amplios de la sociedad.” ([www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)).

Por medio de la sentencia T-025 de 2005 esa misma Corporación indicó que el núcleo esencial del derecho a la paz, es: “(...) la garantía individual de cada miembro de la sociedad civil de no sufrir los efectos de la guerra, aún más cuando desborda los lineamientos del DIH y, en concreto, la prohibición de ataques a la población civil”

En cumplimiento de este mandato el Plan Nacional de Desarrollo

2014-2018 “Todos por un nuevo país”, formuló tres propósitos centrales que se sintetizan así:

“(…) la paz favorece la equidad y la educación, la equidad propicia la paz y la educación, y la educación genera condiciones de paz y equidad”. Lo que bien podría considerarse como la visión de futuro del Estado colombiano. (P.N.D. 2014-2018).

La paz, a la luz de la Constitución Nacional, es un derecho del pueblo y una obligación del Estado, que surge de la urgencia de garantizar la dignidad humana, la democracia y la libertad.

Karel Vasak (1998) se refiere a la paz “como el derecho a oponerse a toda guerra, (...) el derecho a luchar contra la propaganda a favor de la guerra y el derecho al desarme. Fisas (1998:389) entiende la paz como “la potenciación del diálogo y el conocimiento entre culturas y religiones, la promoción del desarrollo social y sostenible, la priorización de las inversiones educativas sobre las militares, así como la promoción de la educación para la paz y los derechos humanos”.

La paz entonces, no se decreta, no se impone, se conquista cada día, en todas nuestras actividades, generando un cambio cultural lo que conlleva un proceso de largo aliento. La paz como lo advirtió en su momento Estanislao Zuleta no es sumergirse en una piscina de mermelada.

## 2. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LOS ACUERDOS DE PAZ.

### 2.1 Conceptualizaciones previas

El género surge como una propuesta que intenta explicar desde una perspectiva nueva las diferencias entre los hombres y las mujeres, y las relaciones entre ambos. Se trata de una propuesta alternativa que comprende las desigualdades entre hombres y mujeres como una construcción social y cultural y, por lo tanto, susceptible de cambios y transformaciones.

Hace referencia a los roles, responsabilidades y oportunidades asignados al hecho de ser hombre y ser mujer. Estos atributos, oportunidades y relaciones se aprenden a través del proceso de socialización. Son específicos de cada cultura y cambian a lo largo del tiempo, entre otras razones, como resultado de la acción política. El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de significantes de poder.

El Sexo por su parte, es una distinción basada en las diferencias biológicas entre hombres, mujeres e intersexuales

Gracias al uso de la categoría género ha sido posible develar, como desde un discurso hegemónico masculino se mantiene la subordinación

femenina, la cual no es natural, sino una construcción cultural que afianza el sistema patriarcal, en cuanto la limita a roles domésticos y familiaristas, excluyéndola del mundo de lo público, considerando terreno exclusivo del sexo masculino. Estos roles sociales generaron estereotipos a través de los cuales se juzgan a hombres y mujeres, según la mayor o menor observancia de dichos preceptos. “En el sentido patriarcal de la vida, las mujeres deben vivir de espaldas a sí mismas, como seres-para-los-otros”. (Desde [http://www.europrofem.org/contri/2\\_05\\_es/cazes/03-cazes.htm](http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/cazes/03-cazes.htm)).

Autoras como Marta Lamas (1949) manifiestan que el uso del término género comenzó a utilizarse en las ciencias sociales y en las tesis feministas desde los años 60, pero que fue en el decenio de los ochenta y a comienzos de los noventa cuando el concepto adquirió consistencia e impactó en el mundo político y académico de América Latina.

Aunque existen divergencias en su conceptualización, se podría sintetizar su definición, entendiendo la categoría de género como un concepto de carácter histórico y social acerca de los roles, identidades y valores que son atribuidos a varones y mujeres, los que se internalizan mediante los procesos de socialización. Entre sus características pueden mencionarse:

- 1) Se trata de un constructo social e histórico, por lo que cambia de con la época y la sociedad de que se trate
- 2) Expresa siempre la relación social entre mujeres y hombres.
- 3) Conlleva una relación de poder, donde unos monopolizan el poder y otros carecen de todo poder
- 4) Expresa una relación asimétrica, por un lado la dominación masculina y por otra, la subordinación femenina;
- 5) Es un término expansivo, puesto que pueden aplicarse a instituciones, símbolos, identidades, sistemas económicos y políticos, etc.;
- 6) Es transversal en cuanto atraviesa el entramado social u sus interseccionalidades (edad, estado civil, educación, etnia, clase social, etc.);
- 7) Es una propuesta de cambio, puesto que sólo evidenciando la inequidad es posible superarla.

La perspectiva de género, es una herramienta conceptual, metodológica y política que posibilita evidenciar las diferencias existentes entre mujeres y hombres en ámbitos políticos, económicos, sociales, familiares y culturales y busca la construcción de una sociedad más equitativa para ambos.

*La Perspectiva de Género* o de Enfoque de género, es herramienta de análisis que permite ubicar, evaluar y comprender que características puntuales definen a las mujeres y cuáles son sus semejanzas y diferencias frente a los hombres, encontrando el rol social que fue asignado, las metas y las oportunidades que surgen para cada uno de ellos en sus complejas y dinámicas relaciones sociales. Gracias a la Perspectiva de

Género las mujeres pudieron expresar sus anhelos y aspiraciones y ejecutar acciones para superar la enajenación y asumirse como sujetos históricos.

Desde la Perspectiva de Género se diseñan propuestas, programas y acciones alternativas, tanto de origen público como privado, "que ayudan a afrontar problemas sociales generados en la opresión de género, la disparidad entre los géneros y la inequidad y la injusticia resultantes". ([http://www.europofem.org/contri/2\\_05\\_es/cazes/03\\_cazes.htm](http://www.europofem.org/contri/2_05_es/cazes/03_cazes.htm))

La lucha contra la discriminación de la mujer por el hecho de serlo, tiene un largo recorrido, que inició con el nombre de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ya no de los derechos del hombre) y continuó con sucesivas conquistas como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1957), la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962), hasta llegar a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979), documento jurídicamente vinculante y que dio origen al Protocolo Facultativo de la Convención (1999), según el cual las mujeres víctimas de discriminación pueden demandar ante Naciones Unidas.

Desde entonces, se han desarrollado políticas, programas y cumbres, en las cuales se ha reconocido la situación que viven las mujeres y la urgencia de la transformación de tal estado de cosas. En tal sentido 1975 fue declarado el Año Internacional de la Mujer, el período comprendido entre 1976 y 1985 como el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz.

A partir de 1994, existe una Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, la que tiene el deber de indagar y divulgar todas las formas de violencia que continúan padeciendo las mujeres en el mundo.

En 1995 se realizó con el mayor éxito la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que dio origen a la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en la cual se ordenó que los asuntos de género fueran incluidos en las agendas políticas de todos los Estados. Gracias a esta plataforma, se creó la Oficina para la promoción de la igualdad de género de las Naciones Unidas, y a partir de 2011 a ONU Mujeres, que es la Secretaría de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (Desde <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history#sthash.WqFwcQdY.dpuf>).

Colombia por su parte, consagró la igualdad y la equidad de género en los Artículos 13 en el que consagró el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de raza, religión, condición económica, etc., El art. 40 ordenó a las autoridades garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. El Artículo 42 se ocupó de la igualdad al interior de la familia

en los siguientes términos: “(...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. El at.43 reguló la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y prohibió la discriminación contra las mujeres, protegiendo de manera especial la maternidad como condición exclusivamente femenina. El art. 53 desarrolló este concepto de igualdad en el mundo laboral, al consagrar la protección a la maternidad como un derecho humano de las mujeres.

La Corte Constitucional en numerosos fallos de constitucionalidad y de tutela, ha avanzado en el otorgamiento de justicia material a las mujeres cuando se han visto vulneradas en sus derechos por razones de género. Baste mencionar la sentencia C-408 de 1996 en la que manifestó que: “No se puede entonces invocar la intimidación y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas; la C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz que al decidir la exequibilidad de la ley de cuotas argumentó: “No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo, La sentencia C-084 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, al analizar la demanda contra la palabra Hombre del “ARTICULO 33 del C.C. reconoció que: “(...). Las mujeres estuvieron durante siglos excluidas de participar en la actividad generadora de contenidos (...) el lenguaje y la cultura jurídica se impregnó de aquello que el hombre consideraba valioso. Esta situación trajo como consecuencia que “la voz hombre sirviera para denominar tanto el varón de la especie como a la especie toda” y que se crearan asimismo “reglas gramaticales que permitieran que lo masculino pudiera tanto excluir como incluir/ocultar a lo femenino”

## 2.2 La mujer en los conflictos

Si las mujeres en condiciones normales soportan condiciones de vida gravemente inequitativas, no es difícil imaginar y corroborar como en la práctica con ocasión del conflicto armado, su nivel de vida desciende dramáticamente, engrosando los porcentajes de las víctimas de la guerra, al ser blanco fácil de las agresiones físicas, sexuales, económicas, psicológicas, políticas. No obstante, que en los conflictos armados surgidos en el siglo XX en Asia, África, Europa del Este, las mujeres fueron las más afectadas por las guerras, según el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los procesos de paz exitosos fueron aquellos en los que las mujeres se comprometieron con la paz, asumiendo la cuidadosa y paciente labor de reconstruir el tejido social. Por el contrario, en los casos, en que las mujeres se mantuvieron al margen, los consensos de paz fracasaron o se volvieron más lentos y complejos, con lo que quedó demostrado que las mujeres desempeñaban un rol insustituible como constructoras de paz y que su participación



efectiva durante la etapa de negociaciones y durante el posacuerdo, eran garantía de un paz duradera.

Con estas experiencias y reflexiones, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas expidió la Resolución 1325 de 2000, en la que reconoció el efecto desproporcionado que tienen los conflictos armados en la vida de las mujeres.

Por lo mismo, este documento denominado “Mujer, paz y seguridad”, plantea la necesidad de su participación en igualdad de condiciones en los procesos de prevención y solución de los conflictos, de implementación, consolidación y mantenimiento de la paz, haciendo un llamado a los Estados para que incrementen la representación de la mujer en todas las negociaciones de paz y adopten la perspectiva de género en todas las esferas necesarias con miras a la consolidación de la paz

Más adelante por medio de la Resolución 1820 de 2008, se reconoció la violencia sexual como crimen de guerra y a través de la Resolución 1960 de 2010, se hizo un llamado a los Estados para que se investigue y se sancione a los perpetradores de violencia sexual en el marco del conflicto.

Por medio de la Resolución 2106 (2013), reiteró la urgencia de lograr la igualdad de género y el empoderamiento político, social y económico de las mujeres, como una estrategia para prevenir la violencia sexual en los conflictos armados y en las situaciones posteriores a los acuerdos de paz.

La última Resolución 2122 (2013), obliga a los Estados a rendir cuentas sobre la aplicación de la Resolución 1325, es decir, a informar acerca de los avances en equidad de género.

Pues bien, en pleno siglo XXI, el enfoque de género o la perspectiva de género son un compromiso internacional de los Estados, un estándar de civilidad, uno de los Objetivos del Desarrollo Sostenible y un derecho de las mujeres. Jamás podría acusarse al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de practicar la “ideología de género”, sencillamente porque esto no existe, quizá en el mejor de los casos, se trate de un mero desconocimiento.

En relación con la situación generada por el conflicto armado, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-025 de 2004, por medio de la cual declaró: “El estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento.” Para garantizar la superación de esta situación tomó una serie de medidas a través de diversos Autos, como el 218 de 2006, que hizo un llamado al gobierno para diseñar e implementar programas con perspectiva diferencial, puesto que el desplazamiento forzado, afecta de diferente manera a las mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, grupos étnicos y personas con discapacidad.

Posteriormente dictó el Auto 200 de 2007, ordenó medidas urgentes para proteger la vida y la seguridad personal de las lideresas

e integrantes de las organizaciones de mujeres quienes recibían permanentes amenazas de muerte, aplicando en su favor la *presunción de riesgo extraordinario*.

Un año después, la Corte expidió el auto 092 de 2008 M.P., por medio del cual insistió en la necesidad de adoptar medidas de protección a los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas, argumentando que:

La pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, así como las labores de promoción social, liderazgo político o defensa de los derechos humanos, constituyen factores de riesgo para la vida, integridad personal y seguridad de las mujeres colombianas en múltiples regiones del país. (Auto 092 de 2008).

Como efecto de este Auto y de los mandatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos algunas víctimas de esta situación, cuentan con medidas de protección otorgadas por el Ministerio del Interior.

Una de estas víctimas declaró: “Me siento liviana porque acabo de hablar, de contar esas cosas que me han pasado, me siento realizada y siento como que descansé de poder sacar todo ese dolor que sentía adentro”. (Primavera, Arauca, 2007, p.693).

Mediante el Auto 098 de 2013 M.P., después de un riguroso y extenso análisis de la situación que viven las mujeres desplazadas en Colombia, afirmó:

La violencia sexual en el marco del conflicto sigue cometiéndose como una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano y se ha perpetrado de manera brutal y aterradora contra las mujeres defensoras de derechos humanos.

Finalmente se promulgó el Auto 09 de 2015, mediante el cual la Sala de Seguimiento a la Sentencia T-025 del 2004, llama la atención sobre la persistencia de los actos de violencia y esclavitud sexuales y prostitución forzada de que son víctimas mujeres, adolescentes y niñas por parte de actores armados en el marco del conflicto armado, como una expresión de la violencia de género. Por lo que “(...) **impuso a las autoridades la obligación de actuar con diligencia para acabar con los factores que rodean la violación de los derechos humanos procurando la protección de las víctimas y la observación de sus derechos a la verdad, justicia y reparación.**

Pidió así mismo a la **Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, adoptar un programa de capacitación de los funcionarios judiciales que conocen procesos de violencia sexual**, de tal forma que estén en capacidad de manejar lo relativo a los estándares internacionales, los derechos fundamentales de las mujeres y la jurisprudencia constitucional aplicable.

Por su parte, el Congreso de la República en los siete años

transcurridos desde la expedición de la sentencia T-025 de 2004 ha promulgado algunas leyes y decretos en relación con los derechos de las mujeres en el marco del conflicto armado:

**Ley 1257 de 2008.** Por medio de la cual se dictan normas **para la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.**

**Ley 1448 de 2011.** En estas normas se fijan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones.

**Ley 1719 de 2014.** Por medio de la cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia sexual, en especial de la violencia sexual asociada al conflicto armado interno.

En el Conpes 3784 de 2013 correspondiente a los años 2014 y 2015 se hace referencia a la violencia sexual, intrafamiliar, política, laboral, económica, social de las mujeres víctimas del conflicto armado". En el Conpes 161, se adoptan directrices para el desarrollo de una Política Pública Nacional de Equidad de Género.

En síntesis las numerosas normas (leyes y derechos) proferidas durante los años 2011, 2012, 2013, 2014 contienen disposiciones que buscan enfrentar todas las formas de violencia contra las mujeres, razón por la cual, todas ellas llevan explícito el enfoque.

### **2.3 La perspectiva de género en los Acuerdo de paz de la Habana.**

El 26 de agosto de 2012, el país recibió una noticia esperada por varias generaciones, el inicio de las conversaciones con las FARC-EP, el grupo armado más antiguo de América Latina y desde luego de Colombia. Al instalarse formalmente la mesa de conversaciones en la Habana, se observó con desazón que el equipo negociador de cada una de las partes, estaba integrado exclusivamente por hombres, con claro desconocimiento de la R. 1325 y especialmente dándole la espalda a la realidad del conflicto en Colombia, donde las mujeres rurales, negras, indígenas, habían padecido los horrores de la guerra, ya sea como madres, esposas, hermanas, hijas, lideresas comunitarias, dirigentes cívicas, defensoras de derechos humanos, militares o guerrilleras, razón por la cual, las organizaciones de mujeres con el apoyo de la Cooperación Internacional, pidieron rectificar esta posición, con el resultado ya conocido; tanto el gobierno nacional como las FARC designaron sus representantes. Esta participación dio origen a la conformación de la Comisión de Género en las Conversaciones de la Habana.

### **2.4 La Comisión de género**

La Comisión de género desarrolló un interesante rol en cuanto asumieron la labor de incluir el enfoque de género en los acuerdos parciales que se iban logrando. Gracias a esta Comisión, las víctimas (en

su mayoría mujeres) pudieron ser oídas en la Habana, enfrentaron sus miedos, accedieron a la verdad sobre sus desaparecidos y avanzaron hacia el perdón y la reconciliación. Casos emblemáticos, por lo dolorosos e injustos, como el Jineith Bedoya, y el de las víctimas de Bojayá, rompieron el cerco inhumano del silencio y permitieron a todas y todos exorcizar sus culpas. La paz comenzó realmente en estas audiencias en la Habana. Humanas una de las organizaciones de mujeres asistente a la Habana dijo en relación con el enfoque de género en los Acuerdos de Paz:

El enfoque de derechos humanos de las mujeres: Que se refiere a la superación de las desigualdades, así como de las injusticias sociales, políticas, económicas, además pone el acento en la eliminación de las diversas formas de discriminación y subordinación y de la violencia contra las mujeres, **asumiéndolas como sujetos políticos capaces de generar masa crítica hacia cambios sustanciales** en la sociedad recordemos que las mujeres han hecho revoluciones silenciosas y pacíficas en la historia de la humanidad (...)

A partir de este enfoque se aporta de manera significativa a que **los acuerdos de paz se constituyan en una oportunidad para avanzar hacia prácticas, concepciones imaginarios y estructuras sociales que brinden condiciones habilitantes para el ejercicio de la ciudadanía de las mujeres** y redunden en una sociedad con justicia social y política para todas y todos. (Cumbre Nacional de Mujeres y Paz, 2015)

### 3. EL TEXTO FINAL DEL ACUERDO DE PAZ

Sobre el contenido de las 297 páginas del Acuerdo, cuyo volumen ahuyenta la lectura, pero incentiva las mentiras o las verdades a medias expresadas desde posiciones subjetivas e interesadas, tergiversan el texto, induciendo al error, para sacar beneficio del “me contaron, dicen, parece que”. Nosotros, quienes hacemos pertenecemos al nivel superior de la educación, tenemos la obligación moral, el deber ético de no permitir que decidan por nosotros.

En ese mismo sentido, quiero compartir mi lectura para incentivar su acercamiento directo al texto. La pedagogía para la paz, no es otra que dotar de elementos teóricos a cada habitante de este país, para que en conciencia y en autonomía defina el futuro para Colombia.

#### **En relación con el punto 1°. Reforma Rural Integral.**

Para una cabal comprensión de este punto, cuyo contenido es de gran trascendencia en Nariño, no sólo por su histórica vocación agrícola, sino también por los numerosos problemas que azotan al campo (narcotráfico, delincuencia, conflicto armado, minería ilegal, desplazamiento, pobreza generalizadas), es necesario recordar los datos oficiales que sobre la situación del agro colombiano entregó el DANE con motivo del último censo nacional agropecuario:

Educación y Seguridad Social para el año 2014: el 20% de la población entre los 5 y 16 años no asiste a la escuela, el 72,6% de los jóvenes entre 17 y 24 años no tienen acceso a la educación y que el 11,5% de la población campesina mayor de 15 años no sabe leer ni escribir. El 96 por ciento de las y los jefes de hogar del sector rural no se encontraban afiliados a ningún sistema.

Apoyo Técnico y crediticio. El 83% de los productores no cuenta con maquinaria y otro 83% no dispone de infraestructura agropecuaria. El 90% no recibe apoyo técnico.

Cultivos. Del total de tierra cultivable, el 80,4% se dedica a pastos, mientras que sólo el 19,1% a siembras.

(Desde: [http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Agosto/Paginas/20150811\\_06-DANE-entrega-avance-de-resultados-del-tercer-Censo-Nacional-Agropecuario.aspx](http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Agosto/Paginas/20150811_06-DANE-entrega-avance-de-resultados-del-tercer-Censo-Nacional-Agropecuario.aspx))

Concentración de la tierra. El 0.4% de los propietarios son dueños del 46% del territorio rural con más de 500 hectáreas, mientras que el 70%, son dueños de pequeños predios hasta de 5 hectáreas. (<http://www.rcnradio.com/audios/censo-agropecuario-advierte-que-el-0-4-son-duenos-del-46-de-la-tierra-rural/>).

Según el Informe de Desarrollo Humano del PNUD de 2001, aunque las mujeres dirigen más de la mitad de los hogares rurales solo el 26,5 % de ellas son propietarias de la tierra, el 26,7 % de las mujeres son poseedoras sin título y sólo el 32.5% de ellas heredan la tierra.

El ingreso promedio de una mujer rural independiente es de 2.143 pesos diarios, el de una urbana es de 4.083 y la brecha se mantiene entre las asalariadas, según informes de la Encuesta de Demografía y Salud. Como consecuencia los niveles de pobreza en el campo son 2.5 más acentuados que los que viven en los centros urbanos.

Frente a esa realidad el Acuerdo expresa la urgencia de democratizar el acceso a la tierra, en beneficio de los campesinos y de manera especial de las campesinas sin tierra o con tierra insuficiente y de las comunidades rurales más afectadas por la miseria, el abandono y el conflicto, regularizando los derechos de propiedad y en consecuencia desconcentrando y promoviendo una distribución equitativa de la tierra". (Acuerdo Final 24.08.2016 Página 12 de 297). La mención especial que hace el párrafo transcrito, acerca de las "campesinas sin tierra o con tierra insuficiente", es una medida de acción positiva, que busca afectar el sistema machista de propiedad en el campo, que favorecía exclusivamente a los varones.

Debe añadirse que la columna vertebral de este punto es el respeto a la propiedad privada, por lo que el fondo de tierras a distribuir, se conforma con las tierras del narcotráfico, las recuperadas por los desplazamientos, las baldías en cabeza del Estado. La propiedad legalmente adquirida y en producción no será afectada.

**¿Que se otorga además de la tierra?** También tendrán derecho a “planes de acompañamiento en vivienda, asistencia técnica, capacitación, adecuación de tierras y recuperación de suelos donde sea necesario, proyectos productivos, comercialización y acceso a medios de producción que permitan agregar valor, entre otros, y escalará la provisión de bienes públicos en el marco de los Programas de Desarrollo Agrario Integral con Enfoque Territorial, en adelante PDET .

**¿Quiénes van a ser los beneficiarios?** Hombres y mujeres que laboran en el campo, campesinas cabezas de familia, organizaciones de trabajadores del campo.

**¿Quién los selecciona?** Las propias organizaciones campesinas, de las que harán parte las organizaciones de mujeres rurales.

**¿Y para el pequeño propietario?** Frente a la pequeña y mediana propiedad el compromiso es formalizar 7 millones de hectáreas, priorizando áreas como las relacionadas con los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), de las Zonas de Reserva Campesina, entre otras.

**¿Qué se plantea para las víctimas?** La restitución de tierras tanto a las víctimas del despojo y del desplazamiento forzado, como a favor de las comunidades campesinas, étnicas y negras, para que se produzca el retorno voluntario de mujeres y hombres en situación de desplazamiento. La parte procedimental forma parte del punto 5 de “Víctimas”.

Los PDET (Programas de desarrollo con enfoque territorial), en impulsarán en las zonas más pobres, más golpeadas por el conflicto, donde la presencia del Estado sea más débil y dónde haya presencia de los cultivos ilícitos.

En todo caso y que no quede la menor duda, al Reforma se erige sobre el respeto a la propiedad privada, con el fin de superar la pobreza y la desigualdad en el campo, mejorar el bienestar de la población rural, integrarla y cerrar la brecha entre el campo y la ciudad.

La reforma rural integral, va acompañada de infraestructura vial, infraestructura de riego, infraestructura eléctrica y de conectividad, así como de planes de salud, educación y vivienda, asistencia técnica, subsidios, crédito, asistencia técnica, mercadeo y formalización del empleo rural.

La reforma se ocupa del derecho a la alimentación como uno de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, por tratarse de un derecho humano que garantiza “alimentación sana, nutritiva y culturalmente apropiada, con el propósito de erradicar el hambre y en esa medida fomentar la disponibilidad, el acceso y el consumo de alimentos de calidad nutricional en cantidad suficiente, el Gobierno Nacional pondrá en marcha un sistema especial para la garantía progresiva del derecho a la alimentación de la población rural. (p.28).



Los apartes mencionados así como todo el contenido del primer punto del Acuerdo están transversalizados por los principios de transparencia, igualdad y enfoque de género, bienestar y buen vivir, cambio estructural, participación, democratización, entre otros., todo postulados convencionales y constitucionales.

Como corolario es válido interrogarse acerca de si ¿realmente hacían falta 50 años de conflicto armado, 8 millones de víctimas, tantas masacres, desaparecimientos y vulneración de derechos fundamentales para que el Estado colombiano asumiera la obligación constitucional de brindar condiciones de vida digna a toda su población? Estas medidas y todas las que integran el tema de la Reforma Rural Integral, no son más que el cubrimiento de una vieja deuda con el campesinado colombiano, un acto mínimo de justicia social, la integración del sector rural al desarrollo económico nacional, lo que finalmente redundará en beneficio colectivo. La mujer campesina, negra y étnica es visibilizada a lo largo de esta propuesta, sin embargo, se hace necesario continuar el empoderamiento de los derechos y acciones consagradas en su beneficio, para comprometerse con su implementación haciendo seguimiento a las realizaciones.

## 2°. Punto Participación Política.

Para entender el enfoque de género en esta materia, es necesario conocer la línea de base. En Colombia las mujeres representan el 52% de la población, pero sólo el 12 % ocupa cargos de elección popular (13% en alcaldías, 12 % en gobernaciones, 20 % en el Congreso). Entre 142 países Colombia ocupa el puesto 67 en cuanto a empoderamiento de las mujeres, descendió 12 puestos en la última medición.

**Ante tal estado de cosas la delegada de la Cumbre Nacional de Mujeres y paz, partiendo del reconocimiento que se hace en el pacto de las mujeres como:** “ciudadanas plenas” dinamizadoras de cambios sociales, políticos y culturales, especialmente en la reconstrucción del tejido social en el postconflicto, (estimado en dos décadas), solicitaron “(...) que todos los organismos, consejos, comités y demás espacios de participación que se creen para la planeación, diseño, ejecución, seguimiento, monitoreo, evaluación y verificación de cada uno de los puntos del acuerdo incorporen el criterio de paridad entre mujeres y hombres en su conformación lo que equivale a que haya participación igualitaria entre mujeres y hombres, se busca igualdad de oportunidades, igualdad en los puntos de partida e igualdad en los resultados” (Cumbre Nacional de Mujeres y Paz p. 3,2014).

En el texto final del punto “Participación política: Apertura democrática para construir la paz”. Se consagró como un postulado de base, lo siguiente: “Tomando en consideración que las mujeres enfrentan mayores barreras sociales e institucionales para el ejercicio de la

participación política como consecuencia de profundas discriminaciones y desigualdades, de condiciones estructurales de exclusión, subordinación y discriminación de género, lo que genera mayores retos para garantizar su derecho a la participación, enfrentar y transformar estas condiciones históricas implica desarrollar medidas afirmativas que garanticen la participación de las mujeres en los diferentes espacios de representación política y social. Para esto es necesario que se reconozca la situación y condición de las mujeres en sus contextos y particularidades.

Por otra parte, al entender el ejercicio de la política más allá de lo puramente electoral, se sientan las bases para el reconocimiento de los movimientos sociales, sindicales, grupos cívicos, en defensa de sus intereses, considerando la existencia de la oposición como una expresión de una democracia consolidada, a la que se le debe brindar todas las garantías de seguridad.

Fortalecer la democracia con la admisión de otras fuerzas políticas, enriquecerá el debate y la deliberación, consolida el pluralismo y las diferentes formas de entender la sociedad y sus posibilidades. Se busca pues una amplia inclusión política, en la misma medida en que se proscriban las armas como forma de acción política, con amplias garantías para todas las expresiones de la política.

También se prevé un sistema de alertas tempranas y un sistema de seguridad especial para el grupo político que conformen los antiguos militantes de las FARC (no puede repetirse el genocidio de la UP).

En todas las instancias y procesos de participación política se prevé la presencia de las mujeres en condiciones de equidad, con enfoque diferencial, teniendo en cuenta los intereses particulares de las mujeres y la población con diversidad sexual.

El punto contempla medidas de prevención, protección, evaluación y seguimiento, con veeduría ciudadana, destacando en estos momentos la necesidad de la participación de las mujeres, de sus organizaciones, de sus dirigentes, las que serán apoyadas legalmente en su proceso de conformación, en su estructuración en redes, como una exigencia de toda democracia moderna y madura.

Este nuevo espectro político involucra a los medios de comunicación comunitarios, institucionales y regionales (la radio y la tv universitarias por ejemplo) en la promoción de “una cultura de participación, igualdad y no discriminación, convivencia pacífica, paz con justicia social y reconciliación, incorporando en sus contenidos valores no sexistas y de respeto al derecho de las mujeres a una vida libre de violencias”. Este es un inmenso logro, que requiere de la actividad de las mujeres para difundir y comprometer a los medios con estas propuestas.

Se habla así mismo, se la urgencia de modernizar el sistema electoral y el Consejo Nacional Electoral a través de una Misión Electoral Especial integrada por 7 personas, uno de ellos representante de la Misión

de Observación Electoral- MOE y 6 expertos/as provenientes del Centro Carter, el Departamento de Ciencia Política de la Universidad Nacional de Colombia, el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes y el Instituto Holandés para la Democracia Multipartidaria -NIMD. Esta Misión funcionará después de la firma del Acuerdo Final y en 6 meses presentará sus recomendaciones teniendo en cuenta las dificultades específicas de las mujeres en relación con el sistema electoral. Sobre la base de esas recomendaciones, el Gobierno Nacional hará los ajustes normativos e institucionales que sean necesarios.

El acápite 2.3.7 denominado Promoción de la participación política y ciudadana de la mujer, se reconocen el rol desempeñado por las mujeres en la prevención y en la solución pacífica de los conflictos y búsqueda de la paz y por lo mismo se considera fundamental vincularla de manera más activa y decisiva a la vida política nacional, en especial en los procesos de toma de decisiones, formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas políticas con miras a consolidar el proceso de paz.

“El Gobierno Nacional y las FARC-EP rechazan cualquier forma de discriminación contra la mujer y reafirman que el aporte de las mujeres como sujetos políticos en la vida pública es vital para el fortalecimiento de la democracia y para el mantenimiento y el fomento de la paz.

De manera expresa se garantiza el enfoque de género en todo el punto 2, para lo cual se diseñarán y adoptarán las medidas afirmativas necesarias para fortalecer la participación y liderazgo de la mujer. El fortalecimiento de la participación política y ciudadana de las mujeres en pie de igualdad incluye adoptar medidas que contribuyen a garantizar una representación equilibrada de hombres y mujeres en la conformación de todas las instancias a que se refiere este acuerdo. Así mismo, se requiere propender por la participación equilibrada y el protagonismo de las mujeres al interior de organizaciones y movimientos sociales y partidos políticos. Con el fin de crear conciencia de derechos y promover nuevos liderazgos de las mujeres, se pondrán en marcha programas de formación sobre sus derechos políticos y formas de participación política y ciudadana.

Lo anterior sin perjuicio del deber de fortalecer el cumplimiento de los compromisos y normas internacionales y las normas nacionales sobre el particular”. (p. 48 y 49)

### **3°. Fin del conflicto, donde se incluye el Cese al Fuego y a las Hostilidades de manera Bilateral y Definitivo y Dejación de las Armas.**

En este acápite figura un tema que ha sido utilizado para desprestigiar el Acuerdo, informando acerca de los millones que recibirá cada guerrillero.

Lo que dice el Acuerdo es que “Cada integrante de las FARC-EP en proceso de reincorporación, tendrá derecho por una vez, a un

apoyo económico para emprender un proyecto productivo individual o colectivo, por la suma de 8 millones de pesos.

Cada uno (a) de los hombres y mujeres hoy pertenecientes a las FARC-EP a partir de la terminación de las ZVTN (zonas temporales para la normalización y durante veinticuatro (24) meses, recibirán una renta básica mensual equivalente a 90% del SMMLV, siempre y cuando no tengan un vínculo contractual que les genere ingresos.

Vencidos los 24 meses se otorgará una asignación mensual no menor a la que haya estado vigente siempre y cuando el beneficiario acredite que ha continuado su ruta educativa en función de los propósitos de reincorporación.

Cada uno (a) de los hombres y mujeres hoy pertenecientes a las FARC-EP, al momento de la terminación de las ZVTN, recibirá una asignación única de normalización equivalente a 2 millones de pesos. Así mismo se garantizan 24 meses de seguridad social.

Merece destacarse el 3.4 de este punto que trata sobre las “garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones criminales responsables de homicidios y masacres o que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, y la persecución de las conductas criminales que amenacen la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz”, en cuanto hace referencia al enfoque de género anunciando que: “(...) se pondrá especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes, quienes han sido afectados por las organizaciones criminales objeto de este acuerdo. Este enfoque tendrá en cuenta los riesgos específicos que enfrentan las mujeres contra su vida, libertad, integridad y seguridad y serán adecuadas a dichos riesgos”.

#### 4°. Drogas Ilícitas.

El punto se detiene en la reflexión sobre el obstáculo que el cultivo, producción y comercialización de las drogas ilícitas genera para alcanzar la paz, advirtiendo que una solución definitiva no puede implementarse al margen de los consensos globales, en especial de aquellos Estados más afectados por este flagelo.

Teniendo en cuenta que los cultivos se ubican en zonas marginales donde campea la pobreza, generando “(...) formas específicas de violencia que afectan de manera especial a las mujeres, víctimas de la trata de personas, explotación sexual y violencia derivada del consumo de drogas ilícitas, entre otros, lo que exige la formación de mujeres en el diseño y seguimiento de acciones para combatir este tipo de violencias” (p.89)

Frente a lo cual se proponen Planes Integrales de Sustitución y Desarrollo Alternativo que harán parte de un nuevo Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito.

Entre los objetivos señalados a dicho Programa Nacional, en el punto 4.1.2, debido al papel activo de las mujeres rurales en el desarrollo del campo: “Se garantizará la participación de la mujer en la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes integrales de sustitución y desarrollo alternativo, así como su formación para combatir la violencia de género asociadas a las drogas (p. 95)

Para efectivizar la puesta en marcha la planeación participativa se apoyarán y fortalecerán las asambleas comunitarias donde habrá participación efectiva de hombres y mujeres, y se crearán instancias de seguimiento a nivel municipal y de las asambleas comunitarias

La política nacional para erradicar los cultivos ilícitos debe acoger entre otros principios: Enfoque diferencial y de género: que tenga en cuenta la relación entre el consumo de las drogas ilícitas y la violencia de género, especialmente con la violencia intrafamiliar y **la violencia sexual**. Se preverán medidas para mujeres, niñas, jóvenes y adolescentes.

En todo caso, las acciones que se adelanten respetarán el uso ancestral de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas.

## 5°. Víctimas.

Los siguientes datos oficiales a noviembre de 2013 indicaban que las mujeres constituyen el 84,9% de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano, el 51% de las víctimas del desplazamiento forzado, lo que significa que 2.632.427 mujeres colombianas han sido obligadas a abandonar sus hogares, el 51,4 % de los amenazados, el 43,8 % de quienes sufrieron tortura el 46,8 % de las víctimas de la desaparición forzada y el 46,7 % de las víctimas de homicidio en el país.<sup>73</sup>

El Acuerdo propone la creación de un “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, que incluye la Jurisdicción Especial para la Paz, con un claro Compromiso con los Derechos Humanos

En este punto no sólo se consagró el enfoque diferencial y de género, que considere las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población, y en especial a las necesidades de las mujeres y de los niños y las niñas, sino que lo consagra como un elemento que debe transversalizar el trabajo de la Comisión para el esclarecimiento a la verdad, la convivencia y la no repetición, de tal suerte que se evidencien “las formas diferenciales en las que el conflicto afectó a las mujeres, a los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores, a las personas en situación de discapacidad, a los pueblos indígenas, a las comunidades campesinas, a las poblaciones afrocolombianas, negras, palenqueras y

<sup>73</sup> Cifras de la violencia contra la mujer en Colombia. Desde [www.semana.com](http://www.semana.com) > Nación

raizales, a la población LGBTI, a las personas desplazadas y exiliadas, a los defensores y las defensoras de derechos humanos, sindicalistas, periodistas, agricultores y agricultoras, ganaderos y ganaderas, comerciantes y empresarios y empresarias, entre otros.

Esto deberá contribuir además a que la sociedad colombiana haga conciencia sobre las formas específicas en que el conflicto reprodujo mecanismos históricos de discriminación y estereotipos de género, como un primer paso fundamental para tener una sociedad más justa e incluyente (p.119)

Más adelante al consagrar los Criterios orientadores para el trabajo de la Comisión, vuelve a mencionarse el Enfoque diferencial y de género, poniendo especial atención a la victimización sufrida por las mujeres (p.120).

Al abordar el tema de las Funciones de la Comisión se insiste en que es su deber

Asegurar la transversalidad del enfoque de género”, para lo cual se creará un grupo de trabajo de género que contribuya con tareas específicas de carácter técnico, de investigación, preparación de audiencias de género, entre otras. Este grupo de trabajo no será el único en tratar el tema, pero sí debe responsabilizarse de la revisión de metodologías para que todos los instrumentos de la Comisión tengan un enfoque de género, y de la coordinación con organizaciones de mujeres y LGBTI.

Lo anterior sin perjuicio de la necesaria autonomía de la Comisión en la definición de su estructura y metodología de trabajo. (p.124)

En el acápite 5.1.3.3.3. denominado Planes nacionales de reparación colectiva, se ordena incluir en dichos planes el enfoque de género y estarán dirigidos a colectivos constituidos en grupos, organizaciones, incluidas las organizaciones de mujeres, gremios económicos, partidos y movimientos políticos y sociales, en particular los de oposición, entre otros, con el fin de reconocer las especiales características de su victimización, recuperar su identidad y su potencial organizativo, y reconstruir sus capacidades para incidir en el desarrollo de políticas locales y nacionales en el marco de la legalidad. Estos planes deberán contribuir, también, a la convivencia, la no repetición y la reconciliación (p.160)

Finalmente un Plan Marco para la Implementación de los Acuerdos que será elaborado por el Gobierno Nacional:

(...) se incluirá de manera prioritaria las necesidades prácticas y estratégicas de las mujeres, identificando las múltiples discriminaciones que deben ser atendidas para la ejecución de los acuerdos.

Además respecto a la implementación de los acuerdos, impulsará políticas públicas, programas y reformas que tengan en cuenta las



particularidades de las mujeres, incluyendo indicadores de impacto que permitan identificar el avance de la implementación con enfoque de género y étnico.

El Plan Marco tendrá una vigencia de diez (10) años y una primera fase de implementación prioritaria que se extenderá hasta el 20 de mayo de 2019; será revisado anualmente por la Comisión de Implementación, Seguimiento y Verificación del Acuerdo Final de Paz y de Resolución de Diferencias (CSVV) con el fin de hacer los ajustes a los que haya lugar. (p.172)

Finalmente y en relación con el Componente internacional de verificación del Acuerdo Final de Paz y de Resolución de Diferencias (CSVV), se solicitó a ONU MUJERES, La Secretaría General para violencia sexual en el conflicto y a la Federación Democrática Internacional de Mujeres, el seguimiento y los avances del enfoque de género adoptado para todo el Acuerdo de Paz.

## CONCLUSIONES.

1. El enfoque de género es una conquista mundial de los movimientos de mujeres para el análisis de la vida social, que partiendo de las experiencias de discriminación sufrida por las mujeres como consecuencia del predominio de una cultura patriarcal y machista que subvalora lo femenino y subordina a las mujeres, impidiendo su desarrollo personal, económico, social y político, desentraña en las leyes, políticas públicas, fallos judiciales factores discriminatorios que impiden el avance armónico de la sociedad en su conjunto.
2. El enfoque de género y los derechos de las mujeres y de la población diversa ha sido reconocido por las Naciones Unidas (CEDAW), y en casos de conflicto armado, la Resolución 1325, las que establecen obligaciones regulatorias a los Estados, los que además deben rendir cuentas anualmente sobre el cumplimiento de los 22 indicadores adoptados para la efectivización de la resolución 1325.
3. La Constitución Política de 1991 en sus artículos 13, 42, 43, 53 consagró la igualdad de derechos y de oportunidades entre hombres y mujeres en la vida pública, en el campo laboral, educativo y familiar.
4. Por primera vez en un proceso de negociación y en el Acuerdo Final de Paz, se incluye el enfoque de género como eje transversal, en la convicción que sólo la reivindicación de la mujer como sujeto de derechos y como ciudadana, garantizará la reconstrucción del tejido social hacia una paz estable y duradera.
5. Estas conquistas son fruto directo de la acción de las organizaciones de mujeres que lucharon por visibilizarse en las Mesa de Conversaciones de la Habana, cuyos efectos

6. El enfoque de género en el siglo XXI forma parte de los estándares internacionales de civilidad y convivencia pacífica.

Para terminar quiero expresar que el Observatorio de Género de Nariño proyecto de investigación del grupo Derecho Justicia y Región, que dirijo, realizará con el apoyo de la Gobernación de Nariño, del Municipio de Pasto y de la Cooperación Internacional una evaluación de algunos de los indicadores de la R.1325 en el Departamento de Nariño, gracias a la Red Institucional de Apoyo con que cuenta el Observatorio.

Del colectivo social en su conjunto y de nosotras las mujeres en particular depende que el enfoque de género con que está comprometido el Acuerdo sea una realidad, con miras a contribuir para que el bienestar y el buen vivir se asienten en Nariño recuperando su identidad ancestral de “territorio de paz”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuerdo Final de Paz. (2016) Recuperado de: [https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24\\_08\\_2016acuerdofinalfinalfinal-1472094587.pdf](https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24_08_2016acuerdofinalfinalfinal-1472094587.pdf)

EuroPROFEM. Recuperado de: [http://www.europrofem.org/contri/2\\_05\\_es/cazes/03\\_cazes.htm](http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/cazes/03_cazes.htm)

Fisas, V. (1998), *Cultura de Paz y Gestión de Conflictos*, Icaria-UNESCO, Barcelona

Gallego Zapata, Marina. (2014), *Coordinadora Nacional Ruta Pacifica de las Mujeres*. Delegada por la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz Cumbre Nacional de Mujeres y Paz. 15 de Diciembre.

Gómez Isa, Felipe. *Derecho a la paz*. Recuperado de: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/55>

Humanas, ORG (2015). *Enfoque de género en los acuerdos de paz*. Cumbre Nacional de Mujeres y Paz.

Lamas, M. (1996): *La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, PUEG.

Vasak, K. (1998), “El derecho humano a la paz”, *Tiempo de Paz*, n° 48, primavera.

Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948). Recuperado de: [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)

Zuleta, E. (1980), *Elogio a la dificultad, El elogio de la dificultad y otros ensayos*. Novena edición. Hombre nuevo editores y Fundación Estanislao Zuleta, Medellín 2005, pp. 13-18.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional (2006), Auto 218. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional (2007), Auto 200. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional (2008), Auto 092. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional (2013), Auto 098. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional (2015), Auto 09. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional (2001), Sentencia T-.789. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional (2005), Sentencia T-025. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

### **Normatividad:**

Congreso de la Republica de Colombia. (2001). Ley 1448

Congreso de la Republica de Colombia. (2008). Ley 1257

Congreso de la Republica de Colombia. (2014). Ley 1719



## ÍNDICE DE AUTORES

### **ADRIANA MENDOZA CADENA**

Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

### **CARLOS ANDRÉS PÉREZ-GARZÓN**

Estudiante de Derecho (LL.B.), decimo semestre, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho; miembro del grupo de investigación Constitucionalismo Comparado – CC; fundador & editor de la Revista Justicia y Derecho.

### **CIDÂNIA APARECIDA LOCATELLI**

Pós Graduada em Direito Empresarial pela UNOESC. Pós Graduada em Direito Trabalhista pela UNINTER. Professora Universitária de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogada. Autora de artigos jurídicos em revistas especializadas.

### **DIEGO AUGUSTO BAYER**

Aluno regular dos cursos para doutorado em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Direito Penal (Uniasselvi). Professor de Direito Penal e Criminologia do Centro Universitário Católica de Santa Catarina. Advogado Criminalista. Coordenador dos livros Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia (Volumes 01 e 02). Autor do livro Julgamentos históricos: Casos que marcaram época e algumas mazelas do processo penal brasileiro.

### **DIEGO BARAJAS CONDE**

Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

### **DUBÁN RINCÓN ANGARITA**

Abogado de la Universidad Industrial de Santander, graduado con la distinción “Cum Laude”. Magister en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

Docente Investigador de la Universidad La Gran Colombia -Seccional Armenia-

### **ISABEL GOYES MORENO**

Docente tiempo de completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Directora del Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos "CIESJU" de la Universidad de Nariño. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad de Nariño, Magister en Docencia Universitaria de la Universidad Pedagógica Nacional, Magister en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Ciencias de la Educación RUDECOLOMBIA. Codirectora e investigadora activa del grupo Currículo y Universidad de la Universidad de Nariño y Directora e investigadora del grupo Derecho, Justicia y Región DEJURE con categoría B de COLCIENCIAS pertenecientes a la Universidad de Nariño.

### **IVO JOSÉ KUNZLER**

KUNZLER, Ivo José. É advogado, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPEL - Universidade Federal de Pelotas/RS. Tem formação complementar em Filosofia e Ciência Política pela mesma universidade - UFPEL. Tem formação complementar em Ciências Econômicas pela UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - São Leopoldo/RS. É pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Direito Tributário. É pós-graduado em Gestão Ambiental pela FEEVALE/RS. cursou o Mestrado pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, no Rio Grande do Sul, e sua pesquisa foi sobre Direito Tributário e Constitucional no Brasil. É aluno do programa de Doutorado em Direito Constitucional pela UBA - Universidad de Buenos Aires.

### **OLGA CASTRO SALVADOR**

Docente de la Universidad Técnica Empresarial de Guayaquil, Inspectora de Trabajo del Guayas, Magíster en Ciencias Internacionales y Diplomacia por la Universidad de Guayaquil. Egresada de la Maestría de Derecho Ambiental, por la Universidad de Palermo en Argentina. Abogada y Licenciada en Ciencias de la Educación.

### **PEDRO ALIRIO SÁNCHEZ NOVOA**

Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín.



## COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

### ANGÉLICA MARÍA REYES SÁNCHEZ

Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander, Estudios de Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Empresarial y Contractual y Abogado con título Cum Laude de la Universidad Santo Tomás Bucaramanga.

### ALEXANDER MATEUS RODRÍGUEZ

Abogado: Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomás. Bucaramanga, Santander.

### ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Abogada y Filósofa, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Especialista en Docencia Universitaria

### CARLOS GABRIEL SALAZAR CÁCERES

Abogado, Licenciado en Filosofía y Letras; especialista en: Ciencia Política, Derechos Humanos y Derecho Penal y Criminología; Magister en Historia.

### DANIEL LAUREANO NOGUERA SANTANDER

Magister en Derecho Internacional Económico, Abogado Conciliador en Derecho y Promotor de Derechos Humanos y D.I.H

### DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA

MAGISTER (C) EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO, Modalidad Investigación. Título en curso Universidad de Medellín, 2013 - 2015. Terminación de Materias: Enero 23 del 2015. Sustentación Tesis: Pendiente. MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO, Modalidad Investigación. Título otorgado por la Universidad Externado de Colombia, 2011 - 2012. Terminación de Materias: Noviembre 30 del 2012. Sustentación Tesis: 27 de agosto del 2014, en proceso de publicación. Acta 785, Folio 331, Libro registro N° 2M. Fecha de grado: 15 de septiembre del 2014. ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO. Título otorgado por la Universidad Externado de Colombia. 1° de septiembre el 2011. Acta 10677, Folio 533, Libro 17. Promedio: 4.64. ABOGADO.

**ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO**

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1997). Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca – España (1999) y es especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (2001). Es Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2013). Doctorante en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (España).

**FRANCISCO JAVIER RIVERA OLARTE**

Magister en Derecho - Programa Derecho de los Recursos Naturales, Especialista en Derecho Probatorio - énfasis en Derecho Penal Acusatorio - Ley 906/2004, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Pedagogía, Docente Ocasional tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho categoría Asociado, Titular de los cursos de formación Derecho Laboral – gestión de la seguridad social, derecho probatorio, docente investigador, asesor y consultor de diferentes corporaciones medioambientales, Abogado Independiente.

**JAIRO LUCERO**

Jairo Enrique Lucero Pantoja, abogado de la Universidad de Nariño (Col.), estudiante del Posgrado de Derecho Internacional Ambiental de la Universidad de Buenos Aires (Arg.) y estudiante becario de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo (Arg.). Miembro de la Red de derechos humanos de Sur Occidente colombiano Francisco Isaías Cifuentes y de la Mesa internacional de víctimas del conflicto armado colombiano como asesor jurídico del Colectivo de Migrantes y Exiliados colombianos por la Paz (MECOPA) en Buenos Aires (Arg.).

**JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE**

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia y Juez Penal en Bogotá.

**JORGE BERCHOLC**

Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Sociología Jurídica y Abogado de la Universidad de Buenos Aires.

Ha obtenido el Diploma europeo en Estudios Avanzados (DEA), y varios títulos de postgrado entre ellos los de Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, todos otorgados por la

Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Además obtuvo diploma de postgrado como Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona.

Director de varios proyectos de investigación dentro de las programaciones UBACyT e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja de la Universidad de Buenos Aires.

Es Profesor Catedrático Titular regular de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación en la carrera de Derecho y Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana.

Ganador de varios premios y becas internacionales. Ha obtenido entre otros los premios Canadian Studies Faculty Award en 2004; Canada, Latin América, Caribbean Awards en 2007 (CLACA); International Research Linkage (PIRL) en 2009 y 2012 todos ellos otorgados por el Gobierno de Canadá a través del Departamento de Relaciones Exteriores de Canadá y del International Council of Canadian Studies. Ganador en dos ocasiones (2008 y 2012) de becas de investigación por parte de la Fritz Thyssen Stiftung de Alemania. Ha obtenido la beca ALBAN otorgada por la Unión Europea en 2005 y obtuvo en dos ocasiones la Beca René Thalmann (2001 y 2007) de la Universidad de Buenos Aires.

Es Profesor visitante y Director de proyectos de investigación en Instituciones académicas de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá y España. Ha desarrollado estancias de investigación en la Corte Suprema de Canadá y en los Tribunales Constitucionales de España y Alemania. También ha desarrollado estancias de investigación y docencia en distintas sedes académicas como el Institute of Canadian Studies de la Universidad de Ottawa; el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Constitucional en el Campus de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha, España; el Observatorio de la Globalización y la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha; el German Institute of Global and Area Studies –GIGA- de la ciudad de Hamburgo, la Universidad de Regensburg en Alemania, el Wissenschaftskolleg de Berlín, y la Universidad Federal de Sergipe, Brasil, entre otras instituciones.

Autor de 12 libros y editor-director de 5 libros colectivos. Entre ellos

se destacan: Los discursos presidenciales en la Argentina democrática, La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad; La Corte Suprema en el sistema político; El Estado y la Globalización (editor-director); El sistema político e institucional en la Argentina (editor-director).

Autor de más de 100 contribuciones en capítulos de libros y artículos en revistas del área de su especialidad.

### **LUISA FERNANDA HURTADO CASTRILLÓN**

Abogada, Magíster en Educación Superior con énfasis en Investigación con especialización en Docencia para la Educación Superior y Conciliadora en Derecho. Doctoranda en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá. Investigadora Junior y Par Evaluadora del Sistema Nacional de Ciencia, tecnología e innovación de Colciencias, con experiencia en el área de Derecho Público e Investigación Jurídica y Socio-Jurídica, con excelentes habilidades en el manejo de TIC y en manejo de ambientes virtuales de aprendizaje. Docente en las áreas de investigación, Derecho Constitucional, resolución de conflictos y Hermenéutica y Argumentación jurídica.

Coordinadora de Grupo y Semillero de Investigación en Derecho Constitucional Categoría D Colciencias (2015), como estrategia de investigación formativa y proyectos de aula. Par académico e institucional del Ministerio de Educación Nacional desde el año 2011 para procesos de registro calificado para programas de educación superior (pregrado y posgrado)

### **MONICA GABRIELA ROSERO MUÑOZ**

Abogada Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derechos Humanos, Derecho de Familia, Derecho Procesal Penal y Criminalística, candidata a Magister de Derecho Constitucional.

### **OMAR ALFONSO CÁRDENAS**

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y postgrado de la U de Nariño.

## INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

### 1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- ⌚ Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

- ⌚ Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- ⌚ Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

## 2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN)

## 3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:



- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. PALABRAS CLAVE: Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el *Thesaurus* de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. EXTENSIÓN: El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (*letter*) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. TIPO DE LETRA: Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. MÁRGENES: 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. SANGRÍA: Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. ESTRUCTURA: El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3....), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. IMÁGENES: El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto

deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.

- 3.13. PALABRAS EN LATÍN: Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. AGRADECIMIENTOS: Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. PONENCIAS: Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.
- 3.16. NORMAS: En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

#### 4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

El autor deberá enviar:

- Ⓜ Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)
- Ⓜ Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada. (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))
- Ⓜ Formato de presentación del artículo. (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

#### 5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

- Ⓟ Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:
  - ✓ Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
  - ✓ Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
  - ✓ Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.
  
- Ⓟ Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:
  - ✓ Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
  - ✓ Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
  - ✓ Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
  - ✓ Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.
  
- Ⓟ Los árbitros brindarán la siguiente calificación:
  - ✓ No publicable. El artículo no se publicará.
  - ✓ Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación
  - ✓ Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.
  
- Ⓟ La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

## 6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- ✓ La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- ✓ El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- ✓ La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- ✓ La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- ✓ Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- ✓ Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

## 7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: [http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

## 8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

## 9. DATOS DE CONTACTO

- ✓ Página web: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)
- ✓ Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- ✓ Correo electrónico: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)
- ✓ Teléfono: 57 (2) 7315438





## MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- ✓ <http://www.apa.org/>
- ✓ <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

### 1. CITAS

#### 1.1 CITA TEXTUAL DE MENOS DE 40 PALABRAS

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados

en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

## 1.2 CITA TEXTUAL DE MÁS DE 40 PALABRAS

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p.22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p.22)

## 1.3 CITA DE PARAFRASEO

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica (Muñoz, 2007)

----

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

#### 1.4 CITAS DE TEXTOS CON VARIOS AUTORES

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que....  
Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005)

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....  
De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010)  
Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010)

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al, desde la primera citación.

#### 1.5 CITA DE TEXTOS DE AUTOR CORPORATIVO

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar,

2012)..., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012)

### 1.6 CITA DE TEXTOS ANÓNIMOS

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

### 1.7 CITA DE CITA

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

### 1.8 NOTAS

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

### 1.9 SENTENCIAS

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92)

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014)

### 1.10. LEYES

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001)

(Colombia, Código Civil)

## 1. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

### 2.1 LIBROS

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales

### 2.2 LIBROS DE VARIOS AUTORES

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narvárez García J.I., Narvárez Bonnet J. E. & Narvárez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis editores

### 2.3 LIBRO CON EDITOR (LOS CAPÍTULOS SON ESCRITOS POR VARIOS AUTORES)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

### 2.4 LIBRO EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

### 1.5 CAPÍTULO DE LIBRO

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En:A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. Xx – xx). Ciudad, País: Editorial

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

### 2.6 ARTÍCULO DE REVISTA

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

## 2.7. ARTÍCULO DE PERIÓDICO

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp.  
Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*.  
Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

## 2.8. AUTOR CORPORATIVO – INFORME GUBERNAMENTAL

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de:  
<http://www.xxx.xxx>

## 2.9. TESIS Y TRABAJOS DE GRADO.

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

## 2.10. SENTENCIAS

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P.  
Ernesto García, Ciudad.

## 2.11. LEYES

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual....”



## SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

## CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón on line disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

**REVISTA CIENTÍFICA CODEX**  
**CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA**

Nombre y/o Institución: \_\_\_\_\_

Cédula/NIT/DNI \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_ Ciudad: \_\_\_\_\_

Depto/Estado: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_

A.A. \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

Pertenencia Institucional: \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

