

PRECEDENTE

REVISTA JURÍDICA
JULIO - DICIEMBRE / VOL. 23

2023

Ricardo Alfonso Becerra Chinchilla
Cristina Elena Popa Tache
Cătălin-Silviu Săraru
Luis Alberto Sierra Pajoy
José Luis Osorio Muñoz
Herwin Andrés Corzo Laverde
Sara Chaves Gómez
Juan David Jaramillo Manzano
Nathally Caicedo Ardila
Paula Cerón Arboleda
Diya Ul Akmal
Fauzziyyah Azhar Ramadhan

PRECEDENTE
REVISTA JURÍDICA
JULIO - DICIEMBRE / VOL. 23
2023

Esta es una publicación de la Facultad
de Ciencias Humanas
Universidad Icesi
Cali, Colombia

www.icesi.edu.co/precedente
precedente@icesi.edu.co

Calle 18 No. 122-135 Cali, Colombia
tel: +57 2 5552334, fax: +57 2 5551706

Universidad Icesi

Rector: Esteban Piedrahita Uribe

Secretaria General: María Cristina Navia

Director Académico: José Hernando Bahamón

Decano Facultad de Ciencias Humanas: Jerónimo Botero

Comité Editorial:

Roberto Gargarella (Ph.D.) / *Universidad Torcuato Di Tella, Argentina* / robert@utdt.edu

Carlos Petit (Ph.D.) / *Universidad de Huelva, España* / cpetit@uhu.es

Diego López Medina (Ph.D.) / *Universidad de los Andes, Colombia* / dlopez@uniandes.edu.co

Lina F. Buchely (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / lfbuchely@icesi.edu.co

Mario Alberto Cajas (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / mcajas@icesi.edu.co

Luis María Bandieri (Ph.D.) / *Pontificia Universidad Católica de Argentina, Argentina* / bandieri@fibertel.com.ar

Julio Ríos Figueroa (Ph.D.) / *Centro de Investigación y Docencia Económicas, México* / julio.rios@cide.edu

Comité Científico:

Andrés Botero Bernal (Ph.D.)

aboterob@uis.edu.co

Universidad Industrial de Santander, Colombia

Jorge Esquirol (Ph.D.)

esquirol@fiu.edu

Florida International University, EE.UU

David Landau (Ph.D.)

dlandau@law.fsu.edu

Florida State University, EE.UU

Mauricio García (Ph.D.)

mvillegas@wisc.edu

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Juan Pablo Sarmiento Erazo (Ph.D.)

jpsarmiento@uninorte.edu.co

Universidad del Norte, Colombia

Editor:

Luis Felipe Giraldo Gómez (Ph.D.): lfgiraldo@icesi.edu.co

Coordinador de la Editorial Universidad Icesi:

Adolfo A. Abadía: aaabadia@icesi.edu.co

Asistente Editorial:

Laura Daniela Millares: ldmillares@icesi.edu.co

Revisión de Estilo:

Juan Manuel Eslava Gordillo: jmanueleslava@yahoo.com

Diseño Original: Pablo Andrés Sánchez

Diagramación: Natalia Ayala Pacini: nataliaayalaph@gmail.com

A.A. 25608

Tel. 321 20 10

Fax: 555 17 06

E.mail: precedente@icesi.edu.co

Cali, Colombia

ISSN 1657-6535 | e-ISSN 2805-993X

Agradecemos a los siguientes pares evaluadores:

Julián Andrés Gaitán Reyes <i>Universidad Cooperativa de Colombia</i>	Brian N. Larson <i>Texas A&M University School of Law (Estados Unidos)</i>
Ivonne Patricia León <i>Universidad Nacional de Colombia</i>	Joanna Kowalczyk <i>Jan Kochanowski University of Kielce (Polonia)</i>
Lina Fernanda Buchely <i>Universidad Icesi (Colombia)</i>	Silvia Zorzetto <i>University of Milan (Italia)</i>
Susanna Pozzolo <i>Universidad de Brescia (Italia)</i>	Adriana Tapiero Cáceres <i>Superintendencia de Puertos y Transporte (Colombia)</i>
Giacomo Viggiani <i>Universidad de Brescia (Italia)</i>	Andrés Palacios-Lleras <i>Universidad del Rosario (Colombia)</i>
John Scott <i>Queensland University of Technology (Australia)</i>	María Lourdes Ramírez Torrado <i>Universidad del Norte (Colombia)</i>
Dodik Setiawan Nur Heriyanto <i>Universitas Islam Indonesia</i>	Inna Rakipova <i>National University "Odesa Law Academy" (Ucrania)</i>
José Antonio García Pereáñez <i>Corporación Universitaria Americana (Colombia)</i>	Yocner Edilson Quenan Caibe <i>Fundación Universitaria Comfamiliar Risaralda (Colombia)</i>
Helga María Lell <i>CONICET (Argentina)</i>	Eduardo Cardona Mora <i>Universidad Libre de Colombia</i>
Jorge Nicolas Lafferriere <i>Pontificia Universidad Católica Argentina</i>	

Precedente es la revista jurídica semestral de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Icesi de Cali, Colombia. Es una publicación que reúne el trabajo inédito de académicos nacionales y extranjeros que abordan temas generales de Teoría Jurídica, Derecho Comparado, Historia del Derecho y dogmática jurídica en derecho civil, comercial, laboral, constitucional, administrativo, penal, entre otros. El objetivo fundamental de *Precedente* es que la producción intelectual de sus autores se difunda y se divulgue al punto de hacer de ella una fuente privilegiada de investigación y de deliberación racional, dado el carácter reflexivo, crítico y constructivo de los artículos, reseñas y resúmenes que la componen. Su contenido es, por demás, puesto sin restricción alguna a la libre disposición de la comunidad jurídica global.

Para garantizar un proceso editorial sólido y de la más alta calidad, los artículos, reseñas y resúmenes preseleccionados por el cuerpo editorial, son enviados a pares expertos, quienes a través de un estricto proceso de evaluación, bajo el sistema doble ciego, garantizan que los resultados publicados respondan a las necesidades y expectativas de la comunidad académica, siguiendo los principios de pertinencia y solidez investigativa. Los volúmenes de *Precedente* se publicarán en los meses de enero y julio de cada año. Los requisitos de publicación pueden ser consultados en la siguiente dirección electrónica: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre y cuando se cite el título, autor, fuente institucional, y se respete la integridad del contenido publicado y la del autor.

Correspondencia y sitio web:
precedente@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/precedente

Precedente is the **legal journal** of the School of Human Sciences at Icesi University in Cali, Colombia, issued **twice a year**. This journal gathers unpublished works of local and foreign scholars who focus on the legal history, comparative law, legal theory, and legal dogmatics in civil, commercial, labor, constitutional, administrative, criminal law, among others. Due to the reflective, critical, and constructive nature of the articles, recensions and reviews that published the Journal, *Precedente*'s primary objective is to divulge and disseminate its authors' research, to the point of making them a fundamental source for future scholarship, as well as the basis of rational deliberation. *Precedente* is a free and open access scholarly journal published to the legal global community.

Using a **peer-reviewed editorial process** that ensures anonymity throughout the entire publication process, *Precedente* guarantees not only a high-quality selection process, but also useful articles that respond to the needs and expectations of the legal community. *Precedente* is issued at the end of January and July every year. For submission guidelines, please visit: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

The material in this publication may be reproduced without prior consent if the title, author's name, and original source are referenced. Additionally, the integrity of the published content and that of the author must be respected.

E-mail address for correspondence and website:
precedente@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/precedente

ÍNDICE

El reconocimiento de la brecha digital para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia civil

Recognition of the Digital Divide to Guarantee Effective Access of the Administration of Civil Justice

Reconhecimento da exclusão digital para garantir o acesso efetivo na administração da justiça civil

Ricardo Alfonso Becerra Chinchilla _____ 11

Lawfare, Between its (Un)Limits and Transdisciplinarity

El lawfare, entre sus (no)límites y la transdisciplinarietà

Lawfare, entre seus (in)limites e transdisciplinaridade

Cristina Elena Popa Tache, Cătălin-Silviu Săraru _____ 37

Interpretación neoconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión sobre la política pública del consumo de cigarrillo en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia

Neoconstitutional Interpretation of the Right to Free Development of Personality: A Reflection on Public Policy Regarding Cigarette Consumption in Penitentiary and Prison Establishments in Colombia

Interpretação neoconstitucional do direito ao livre desenvolvimento da personalidade: uma reflexão sobre a política pública de consumo de cigarros em estabelecimentos penitenciários e prisionais na Colômbia

Luis Alberto Sierra Pajoy, José Luis Osorio Muñoz _____ 67

Conceptualización jurídica en tanto mediación ética: el caso del derecho a la muerte digna en Colombia

Legal Conceptualization as Ethical Mediation: The Case of the Right to a Dignified Death in Colombia

Conceituação jurídica como mediação ética: o caso do direito à morte digna na Colômbia

Herwin Andrés Corzo Laverde, Sara Chaves Gómez, Juan David Jaramillo Manzano, Nathally Caicedo Ardila, Paula Cerón Arboleda _____ 95

Legal Ideals: Lawmaking and Law Enforcement Primarily based on Community Social Life in Indonesia

Ideales legales: creación de leyes y aplicación de la ley basadas principalmente en la vida social de la comunidad en Indonesia

Ideais jurídicos: legislação e aplicação da lei com base principalmente na vida social da comunidade na Indonésia

Diya Ul Akmal, Fauzziyyah Azhar Ramadhan _____ 129

COMPLEMENTOS

Indicaciones para los autores _____ 164

Instructions for authors _____ 169

ARTÍCULOS

Ricardo Alfonso Becerra Chinchilla*

Universidad Santiago de Cali (Cali, Colombia)

rabecerra@rysorganizacionjuridica.com

ricardo.becerra00@usc.edu.co

**El reconocimiento de la brecha digital
para garantizar el acceso efectivo a la
administración de justicia civil****

*Recognition of the Digital Divide to Guarantee Effective
Access of the Administration of Civil Justice*

*Reconhecimento da exclusão digital para garantir
o acesso efetivo na administração da justiça civil*

Artículo de reflexión: recibido 01/12/2022 y aprobado 24/02/2023

* Abogado de la Universidad San Buenaventura Cali (Colombia), especialista en Derecho Comercial y Magister en Derecho de la Universidad Icesi (Colombia). Socio de la firma R & S Organización Jurídica y profesor de pregrado y programas de educación continua de la Universidad Santiago de Cali en las áreas relacionadas con el derecho comercial y empresarial. Actualmente, ha orientado su trabajo a la consultoría en derecho empresarial, civil y comercial. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-6649-2317>

** El autor declara que no existen conflictos de interés y no recibió apoyo financiero para la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v23.5875>

Cómo citar:

Becerra Chinchilla, R. A. (2023). El reconocimiento de la brecha digital para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia civil.

Precedente, 23, 11-35. <https://doi.org/10.18046/prec.v23.5875>



Resumen

A través de este artículo de reflexión, se pretende evidenciar las limitaciones en el acceso efectivo a la administración de la justicia mediada por tecnologías de información, atendiendo especialmente los avances y desafíos jurídicos de la última década. Se busca determinar si las herramientas tecnológicas que actualmente están destinadas para las actuaciones en la jurisdicción civil facilitan el acceso a la justicia o aumentan la brecha digital en las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. Asimismo, se estudió a través del ejercicio comparado la implementación de la justicia digital ante la jurisdicción civil en Alemania y México, para lograr una comprensión del avance de las tecnologías de información en otros países. Para esto, se utilizó un método cualitativo-sistemático de búsqueda de información, guiado por la revisión documental e indagación en fuentes primarias y secundarias, con lo que se obtuvo un análisis descriptivo de la información que se presenta. En conclusión, se logró adquirir una visión global del contexto colombiano y de las legislaciones que actualmente rigen estas nuevas actuaciones mediadas por las tecnologías de información, y de esta manera se evidenció una relación, clara y expresa, entre la brecha digital en los hogares colombianos y el acceso efectivo a la administración de la justicia de la jurisdicción civil en el país.

Palabras clave: brecha digital; acceso a la justicia; justicia digital; jurisdicción civil.

Abstract

This reflective article is intended to demonstrate the limitations in effective access to the administration of justice mediated by information technologies, paying special attention to the legal advances and challenges of the last decade. It aims to determine whether the technological tools currently intended for actions in civil jurisdiction facilitate access to justice or increase the digital divide among people who are in vulnerable conditions. Likewise, a comparative exercise was conducted to study the implementation of digital justice in civil jurisdiction in Germany and Mexico, in order to gain an understanding of the state of information technology implementation in other countries. To achieve this, a qualitative-systematic method of information search was used, guided by documentary review and inquiries into primary and secondary sources. This approach resulted in a descriptive analysis of the gathered information. In conclusion, a comprehensive understanding of the Colombian context and the laws governing these new actions mediated by information technologies was achieved. This analysis revealed a clear and explicit relationship between the digital divide in Colombian households and the effective access to justice in civil jurisdiction within the country.

Keywords: Digital Divide; Access to Justice; Digital Justice; Civil Jurisdiction.

Resumo

Através deste artigo reflexivo, pretende-se demonstrar as limitações no acesso efetivo à administração da justiça mediada pelas tecnologias de informação, com especial atenção aos avanços e desafios jurídicos da última década. Pretende-se determinar se as ferramentas tecnológicas que atualmente se destinam às ações na jurisdição cível facilitam o acesso à justiça ou aumentam a exclusão digital em pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade. Da mesma forma, a implementação da justiça digital perante a jurisdição civil na Alemanha e no México foi estudada através do exercício comparativo, a fim de obter uma compreensão do estado da implementação das tecnologias da informação em outros países. Para isso, foi utilizado um método qualitativo-sistemático de busca de informações, guiado por revisão documental e consulta a fontes primárias e secundárias, resultando em uma análise descritiva das informações apresentadas. Em conclusão, foi possível obter uma visão global do contexto colombiano e das leis que atualmente regem essas novas ações mediadas pelas tecnologias da informação. Dessa forma, ficou evidente uma relação clara e explícita entre a brecha digital nos lares colombianos e o acesso efetivo à administração da justiça na jurisdição civil do país.

Palavras-chave: exclusão digital; acesso à justiça; justiça digital; jurisdição civil.

Introducción

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado social de derecho (Organización de las Naciones Unidas, 2013); organizaciones de todo el mundo han realizado investigaciones en torno a la capacidad de las naciones de asegurar este derecho fundamental. Es tanto así que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha estipulado que el desarrollo social inclusivo es una necesidad que debe abordarse desde dos perspectivas significativas: la reducción de las desigualdades y la inclusión social (Martínez, Palma y Velásquez, 2020, pp. 22-26).

De esta forma, resulta una prioridad en todo proceso de desarrollo digital implementar acciones y mecanismos que garanticen de manera efectiva el acceso a la administración de justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad, y que, de tal manera, los adelantos tecnológicos encaminen un desarrollo social en las poblaciones. Sin embargo, en la práctica, la brecha digital es una realidad ineludible, pues las diferencias en los niveles socioeconómicos y de alfabetización en Colombia afectan el acceso a los medios digitales y el uso apropiado de las nuevas tecnologías (Gobierno de Colombia, 2021).

Los procesos civiles son de vital importancia en el contexto legal, pues esta rama del derecho se encarga de regular los comportamientos y actos cotidianos de la población. Esta jurisdicción permite la resolución de controversias privadas entre particulares, ya que es la voluntad de las partes llevar estas disputas ante una autoridad judicial. El presente desarrollo reflexivo se centrará en establecer y analizar la implementación de las tecnologías de información en los procesos civiles en Colombia, a través de la comparación de las implementaciones realizadas en otros países y las realidades de acceso a la justicia y a la tecnología en el país.

En un contexto global, un referente en la implementación de la justicia digital en los procesos civiles es el derecho germánico, dado que, desde el año 2018, Alemania autorizó y promovió el uso de canales digitales para la radicación y seguimiento de los procesos de esta naturaleza. Estas implementaciones tecnológicas han evolucionado a lo largo de los años, hasta lo que hoy conocemos como *e-Case Management*, que permite llevar a cabo audiencias virtuales, así como la obligación expedita de que los expedientes de los procesos sean digitales (Perez Ragone, 2021, p. 205). Las estrategias implementadas en este país buscan dinamizar las actuaciones procesales, lo que permite la reducción en los términos que se empleaban en las diligencias tradicionales.

Por su parte, México es uno de los países de América Latina que han realizado acercamientos a la implementación de nuevas tecnologías en sus procesos judiciales. Dicho país ha puesto un gran empeño en digitalizar las fuentes de comunicación y varios de sus procesos jurídicos (Pérez Ragone, 2021). Sin embargo, estas nuevas alternativas no han ocasionado una transformación digital en la rama civil, ya que el Estado no ha promovido realmente el acceso a la justicia por estos canales virtuales; se ha hecho un mal uso de las herramientas digitales e intentos poco eficaces para su implementación.

Es claro que los países alrededor del mundo están atravesando un proceso de implementación de tecnologías digitales en todas las dimensiones de la sociedad (Serrano Ferrer, 2019). Esto nos sitúa en un contexto de cuarta revolución industrial, donde el servicio de internet cobra relevancia en sus dimensiones de cobertura (por ser la puerta de entrada a los servicios digitales) y de calidad, velocidad y conectividad.

Este panorama es muy similar a lo que encontramos en Colombia, donde la conducción y gestión de la digitalización de la rama civil está regida por los principios de la incorporación de las TIC en los procesos judiciales.

Estos han sido regulados por diferentes leyes, inicialmente a través de la Ley 270 de 1996, la cual fomentaba y propendía hacia el uso de tecnología avanzada en las actuaciones administrativas de los despachos judiciales (Congreso de Colombia, 1996); posteriormente, la Ley 527 de 1999 definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales (Congreso de Colombia, 1999); después se aprobó la Ley 794 de 2003 (Congreso de Colombia, 2003), donde se introdujeron reglas puntuales dentro de los procesos civiles para eliminar la incertidumbre en prácticas digitales; además, a través de la Ley 1564 de 2012, se dio la integración del Plan de justicia digital, coordinado por el Consejo Superior de la Judicatura y vinculante para los servidores judiciales, quienes además deben procurar el uso de las TIC en la gestión y el trámite de los procesos judiciales (Consejo Superior de la Judicatura, 2020). El uso de las tecnologías en estos escenarios ha evolucionado progresivamente de acuerdo con las necesidades de la población colombiana y el contexto global en que nos encontramos.

A raíz de la pandemia del COVID- 19, surgió la imperiosa necesidad de implementar la justicia digital en Colombia, materializada a través del Decreto 806 de 2020 (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020), en el que cualquier interesado en acudir a la jurisdicción ordinaria, especialidad civil, estaba obligado

a presentar una demanda a través de medios digitales. Desde el inicio de la vigencia del decreto, el enfoque de acceso a la administración de justicia trajo forzosamente otro ingrediente: que la población civil fuera considerada un sujeto de principal protección y se garantizará sus derechos procesales de forma idéntica a si la actuación fuera realizada de manera presencial.

No obstante, la falta de reconocimiento de la brecha digital en nuestro país por parte del Estado generó desigualdad en la efectividad de la ley para aquellas personas en condición de vulnerabilidad, sobre todo en un contexto pandémico donde no existía la posibilidad de acceder presencialmente a los despachos judiciales y, por tanto, las personas que no tenían acceso a medios digitales veían vulnerado su derecho fundamental de acceso a la justicia.

Esta inequidad se vio tan reflejada en las actuaciones judiciales que fue necesaria la creación y aprobación de la Ley 2213 del 2022 (Congreso de Colombia, 2022), que adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020. En el artículo 1, dedicó un acápite a población en condición de vulnerabilidad o en sitios del territorio donde no se disponga de conectividad, para la cual estableció la opción de la atención presencial en los despachos, y así tener la posibilidad de acceder efectivamente a la administración de la justicia. Allí se evidenciaron los desafíos que representa para el país la brecha digital.

De acuerdo con Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2022), la brecha digital hace referencia a la diferencia socioeconómica entre aquellas comunidades que tienen acceso a las TIC y aquellas que no, así como a las diferencias que hay entre grupos según su capacidad para utilizar las TIC de forma eficaz, debido a los distintos niveles de alfabetización y capacidad.

Teniendo en cuenta esto, es necesario mencionar que en Colombia hay ciudadanos que no tienen acceso a las herramientas asociadas con las TIC, principalmente porque no cuentan con la tecnología para acceder a plataformas virtuales. Según el DANE, para el año 2022, aproximadamente solo un 56.5 % de hogares en Colombia contaba con servicios de Internet, del cual un 66.5 % se encuentra en las cabeceras, y solo un 23.8 %, en el rural disperso. Es decir, más del 70 % de la población rural en Colombia no tiene acceso a las nuevas tecnologías de información y probablemente desconozca completamente cómo usarlas. Estas comunidades son el foco de atención para la evaluación de la brecha digital, pero también para la atención de políticas públicas que mejoren estas

estadísticas, que, además de alarmantes, dificultan la digitalización de la justicia. Es necesario reconocer el impacto de las realidades de cada uno de los rincones de nuestro país para poder hacer una transición efectiva, equitativa y justa de la administración de justicia en papel a la nueva era de transformación digital.

No obstante, la administración de justicia digital debe ser entendida como algo que va más allá del simple uso de los medios de comunicación electrónicos; de hecho, realmente se debe entender como un avance que pretende facilitar y optimizar el funcionamiento de la tecnología, tanto para el beneficio del usuario que acude a la rama judicial a dar solución a sus conflictos como para el funcionario judicial (Duarte Rodríguez y Manrique Caro, 2021). Ahora bien, es competente preguntarnos: ¿estamos preparados los colombianos para esta transformación? ¿Los hogares más vulnerables tendrían las mismas oportunidades de conexión y acceso a estas nuevas formas de administración de justicia? Son cuestionamientos que se tratarán en las siguientes páginas.

A través del presente artículo reflexivo abordaremos la importancia del reconocimiento de la brecha digital para asegurar el acceso efectivo a la administración de justicia en nuestro país. Para esto realizaremos una revisión sistemática de la bibliografía disponible sobre este tema tan relevante pero novedoso dentro de la catarsis de las nuevas tecnologías y la rama judicial, abarcando únicamente aquellas referencias que den cuenta de las realidades vividas en este contexto en la última década en Colombia. Se indagará, entonces, dando una mirada reflexiva de los temas expuestos y se propondrá una discusión sobre los recursos e implementos requeridos para que el derecho al acceso a la justicia sea una realidad tangible en todos los rincones del país y en las actuaciones jurídicas dentro de la especialidad civil que están siendo llevadas a la virtualidad.

18

1. Acceso a la administración de justicia como derecho fundamental

El derecho a la administración de justicia es un principio fundamental en un Estado social de derecho y, por tanto, un pilar fundamental de nuestra sociedad (Toohey, Moore, Dart y Toohey, 2019); este ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la obligación estatal de garantizar que todas las personas puedan acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para asegurar la integridad del orden jurídico, así como la protección y el restablecimiento de los derechos e intereses legítimos (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

La prerrogativa de exigir justicia, de la cual gozan las personas, impone al Estado la obligación de ser garante de todos los derechos ciudadanos, de forma que el cumplimiento de la administración de la justicia en el país debe cumplir dos parámetros fundamentales: que sea de fácil acceso y que las decisiones tomadas por el órgano legal sean efectivas para el cumplimiento de los derechos de la ciudadanía (Corte Constitucional de Colombia, 2013). Para esto, se debe tener en cuenta que las actividades jurisdiccionales del Estado necesariamente deben proveer los recursos y herramientas a los habitantes del país para acceder a la justicia, pues esta es la única manera en que podrá considerarse que el Estado promueve certeza, seguridad y defensa de las libertades, así como el cumplimiento del compromiso institucional de igualdad, equidad y defensa de los derechos humanos.

En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas (2012) ha realizado un llamado a los Estados, haciendo hincapié en que se debe garantizar el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables, y que el compromiso debe encaminarse a adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promuevan efectivamente el acceso a la justicia para todos.

Podemos afirmar que el acceso y la administración de justicia reúnen diferentes esferas y dimensiones. Esta situación se refleja desde la mirada integradora de su definición, los elementos que lo comprenden, las garantías, las excepciones y las obligaciones que se derivan de su cumplimiento (Ramírez Torrado e Illera Santos, 2018). Esta complejidad, intrínseca a la naturaleza de estos derechos, quizás obedece a las distintas categorías jurídicas en donde se le ha ubicado, a los disímiles sectores en donde tiene vigencia y a su aplicabilidad tanto en lo judicial como en lo extrajudicial.

Conforme a lo anterior, vale la pena puntualizar el sentido amplio y restringido del derecho fundamental del acceso efectivo a la administración de justicia. Para el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ha optado por una interpretación donde se pone de relieve el favorecimiento (y necesidad) del acceso a la justicia de todas las personas para la resolución de sus conflictos, asegurando que las decisiones que se tomen en ejercicio de este serán eficaces porque contienen una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición (Toscano López, 2013).

El acceso a la justicia, entonces, permite reconocer que todas las personas residentes en Colombia pueden acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para solicitar la integridad del orden jurídico, la protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional de Colombia, 2002). En una mirada objetiva, el acceso a la justicia debe propiciar: 1) el derecho a acceder al proceso y a su desarrollo; 2) el derecho a que el proceso concluya mediante sentencia de fondo y el derecho a su impugnación, y 3) el derecho a su ejecución (Toscano López, 2013).

La administración de justicia se relaciona ampliamente con la capacidad del Estado para reconocer las ineficiencias en su sistema y, de esta forma, fomentar la creación de políticas que permitan el acceso a la justicia a todas las personas, sin distinción de condición social, nivel de escolaridad o capacidad económica (Rivera Perdomo, 2022). Es claro que en el contexto colombiano actual existe una oposición a la digitalización, optimización y administración de justicia a través de medios digitales. Esto se debe principalmente a que la población con acceso a internet, y conocimientos tecnológicos para participar efectivamente en los procesos, y la infraestructura digital de la rama judicial están aún en desarrollo. Muchos consideran que el Estado no está aún en condiciones de asegurar y proteger este derecho fundamental. ¿Es la brecha digital, entonces, un freno al uso de las tecnologías de información o una oportunidad de mejora en políticas públicas que aseguren el acceso a internet y TIC de las personas a lo largo y ancho del territorio nacional?

Es así como la definición de acceso a la justicia permite vislumbrar dos propósitos básicos del sistema jurídico; el primero es que el sistema debe ser accesible para todos, y el segundo, que el sistema debe proveer resultados individual y socialmente justos (Ramírez Torrado e Illera Santos, 2018). Es por esto que este derecho funciona como puente que abarca dos dimensiones que se relacionan. Por un lado, faculta a los gobernados a exigir del Estado la existencia de mecanismos efectivos de respeto, protección y cumplimiento de los derechos individuales y sociales. Y, por el otro, se enfoca en la implementación de mecanismos de justicia que facilitan el cumplimiento de los demás derechos (Ramírez Torrado e Illera Santos, 2018).

Así las cosas, el acceso a la administración de justicia es vital para que los ciudadanos busquen la protección efectiva de sus derechos, a través de un tercero imparcial, que resuelva las diferentes controversias que pueden ocasionar las relaciones interpersonales, la celebración de un negocio o simplemente la modificación del estatuto personal de un individuo, entre otros.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ha optado por un concepto de acceso a la administración de justicia global, de forma que abarca la posibilidad de acudir a la administración de justicia para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico, poniendo de relieve que las decisiones que se tomen en ejercicio de este deber constitucional deben tener una resolución clara, veraz, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición (Toscano López, 2013).

Cabe aclarar que todo este fundamento está sustentado en la Constitución de 1991, que en su artículo 229 estipula que el Estado debe garantizar el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, lo cual, por supuesto, implica el derecho a acceder a los diferentes procesos judiciales. De esta forma, este derecho hoy se concibe, según lo observado en la sentencia T-799 del 2011, como

la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Corte Constitucional de Colombia, 2011)

De hecho, la Corte Constitucional colombiana ha interpretado el derecho de acceso a la justicia en términos de tutela judicial efectiva (Toscano López, 2013), derivado del análisis del contenido del artículo 229 de la Constitución; es decir, este artículo también puede verse reflejado en la obligatoriedad del Estado de permitir el acceso a un juez o tribunal independiente e imparcial, en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, frente a quien se pueda ejercer libremente la plena defensa de los derechos o intereses propios, a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado (Quintero, Recalde y Urriago, 2012).

Todo lo anterior nos obliga a pensar en la manera en que se debe garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia en la era digital, asegurando que todos los actores sean reconocidos sin distinciones. Es necesario proporcionar herramientas adicionales a personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, por distintos factores, para que puedan tener igualdad de condiciones en un litigio frente a aquellas que tienen todos los recursos y habilidades para acceder a medios digitales.

2. La digitalización de la jurisdicción ordinaria especialidad civil en Alemania y México

En este apartado, abordaremos una revisión de los Estados de Alemania y México en cuanto a la implementación de herramientas digitales para la administración de justicia, atendiendo al derecho comparado como *una école de vérité* (escuela de la verdad) que intensifica y enriquece la *oferta de soluciones*, pues proporciona la oportunidad de hallar la *mejor solución* a las situaciones en las que nos veremos inmiscuidos durante la implementación de la justicia digital. Para esto, se realizó una revisión bibliográfica de los marcos de la jurisdicción ordinaria especialidad civil de estos países y su estado de transformación digital, retos y desafíos, que permitirían vislumbrar las oportunidades que se deben sortear para la implementación de estas tecnologías en Colombia.

Por un lado, se ha elegido a Alemania como país referente en este campo, ya que ha tenido grandes avances en la eliminación del expediente físico, al reemplazarlo por el digital, y fomentar los litigios civiles a través de herramientas digitales, como la forma de interacción con los diferentes despachos judiciales. Es un país que se ha caracterizado por ser ejemplo en mucho de lo que hoy vemos. Estas disposiciones y el éxito en la implementación de las TIC en la justicia son fomentados desde el Gobierno, con la sinergia de entidades estatales que han permitido que al año 2021 más del 90 % de los hogares tengan acceso a internet (Banco Mundial, 2021). Este escenario minimiza las barreras de vulnerabilidad para el acceso efectivo a la justicia digital y favorece la implementación de nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la sociedad.

Por otra parte, el país latinoamericano que hemos decidido abordar es México, que constituye una mirada mucho más próxima a la realidad colombiana. Para esto, es necesario mencionar que la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares

(ENDUTIH) es la herramienta que tiene aquel país para hacer las estimaciones de acceso a las TIC en su población, y su finalidad es obtener datos estadísticos significativos sobre la disponibilidad y el uso de tecnologías de la información y comunicación en los hogares, lo que permitirá apoyar la toma de decisiones en cuestión de políticas públicas. La ENDUTIH, para el año 2020, estimó que 21.8 millones de hogares, que representan el 60.6 %, del total del país, contó con acceso a internet (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2021). Es un panorama similar al colombiano y que prende las alarmas sobre el abordaje eficaz de la justicia digital.

2.1. Alemania: referente mundial de la implementación de las tecnologías en la justicia civil

En un contexto global, un referente en la implementación de la justicia digital en los procesos civiles es el derecho germánico. El sistema judicial alemán está estructurado federalmente, en consonancia con el régimen político del país. El ejercicio de la jurisdicción se encomienda a órganos jurisdiccionales federales y a órganos jurisdiccionales de los 16 Estados federados (*Länder*) (European e-Justice, 2021).

Los órganos jurisdiccionales de los *Länder* suelen depender, en el orden administrativo, de los respectivos ministros de justicia. En la especialidad civil, desde hace algunos años el derecho germánico ha implementado el uso de las tecnologías en las actuaciones judiciales de esta rama. El primer acercamiento efectivo se realizó en el año 2013 con la Ley de fomento de las comunicaciones jurídicas electrónicas con los tribunales, donde se establecieron los requisitos legales para la apertura de las comunicaciones jurídicas electrónicas para los abogados y las autoridades. Esta ley estableció una etapa de transición donde se observa la introducción inicial de la comunicación jurídica electrónica facultativa y donde se contempla que, a los dos años de entrada en vigor de la ley, la comunicación jurídica electrónica sería de carácter obligatorio (European e-Justice, 2021).

El Gobierno alemán es pionero incluso en el uso de las TIC para la asistencia a las audiencias; de hecho, desde el año 2001, los procedimientos civiles pueden realizarse por videoconferencia (European e-Justice, 2021). Sin embargo, el auge de las audiencias virtuales tuvo lugar apenas en el año 2018, justamente cuando la totalidad de los tribunales implementó la comunicación y notificación electrónica (Perez Ragone, 2021).

Una de las herramientas digitales más llamativas implementadas por el Gobierno alemán es el *e-case management*, que de forma simplificada se puede definir como la capacidad de la rama judicial para que “el sistema judicial en su conjunto y los tribunales en los casos individuales regulen el contenido y el progreso de la litigación” (García Odgers, 2019). Esto ha permitido un avance significativo tanto en el acceso como en los tiempos de respuesta y la efectividad del sistema de justicia civil.

2.2. México: una revisión del estado de la justicia civil y su digitalización

Si bien el sistema jurídico mexicano ha operado históricamente de una manera relativamente tradicional, la tecnología ha comenzado a adentrarse en los procedimientos judiciales con herramientas como *nubes* de información y diferentes interfaces de comunicación, las cuales aceleran y hacen más eficiente la experiencia tanto de las partes, y sus abogados, como de magistrados, jueces y demás usuarios del sistema judicial. De hecho, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIJ) reconoce la necesidad de dejar a un lado la justicia tradicional y comenzar la transición hacia el uso de plataformas digitales en la impartición de justicia (Comisión Nacional de Mejora Regulatoria - México, 2019).

La baja implementación de herramientas digitales en la justicia civil de este país se vio reflejada en la respuesta de los poderes judiciales a la pandemia: condicionada y muy desigual, principalmente debido a una serie de factores relacionados con la normativa, el presupuesto y la falta de conocimiento sobre la aplicación de la tecnología (México Evalúa, 2021).

Algunas leyes nacionales y federales consideran el recurso de justicia digital como un medio para facilitar el litigio. Un ejemplo es la plataforma informática de la Fiscalía General de Justicia de la Ciudad de México, que permite diversos servicios como los de denuncia, denuncia anónima y buzón de víctimas, a través de los cuales las personas naturales pueden iniciar averiguaciones previas por querrela o actas especiales. Esto se constituye en una herramienta útil para personas víctimas de un delito perseguible, a petición de la parte ofendida, o bien que hayan extraviado algún objeto o documento (Senado de la República LXIV Legislatura, 2021).

A pesar de los esfuerzos e inversiones en infraestructura adelantados en el país, la justicia digital no se encuentra generalizada y su implementación ha sido muy lenta, tanto en la cultura de la población como en los diferentes poderes judiciales de la federación.

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales permite la participación de testigos mediante la virtualidad como parte de las características de los testimonios especiales, al indicar que las personas que no puedan concurrir a la sede judicial, por estar físicamente impedidas, podrán dar su testimonio por sistemas de reproducción a distancia. Este es un primer paso para la implementación de las tecnologías en los tribunales (Senado de la República LXIV Legislatura, 2021).

Otra de las alternativas digitales que ha implementado el país es el esquema del llamado “juicio en línea”, que se esperaba se convirtiera en la alternativa más eficiente, a fin de reducir los desplazamientos de las personas, reducir tiempos y permitir la continuación del servicio sin la necesidad de contacto humano. Sin embargo, esta herramienta se vio ampliamente perjudicada debido a la escasa cultura digital de la población, el acceso limitado a los sistemas de información e internet, así como a las capacidades informáticas de jueces, abogados y partes. Es decir, se vio condicionada por la brecha digital existente y que es una realidad latente en la mayoría de los países latinoamericanos.

3. El Reconocimiento de la Brecha Digital en Colombia

La transformación digital se ha definido como la aplicación de capacidades digitales a procesos, productos o servicios para mejorar la eficiencia, el valor para el usuario, gestionar el riesgo (CALL Care & Autonomy Living Lab, 2022) y descubrir nuevas alternativas para los procesos de la cotidianidad de los hogares, las profesiones y las actividades diversas en que participa el ser humano. Es entonces que la tecnología se convierte en el vehículo que facilita e impulsa esta transformación.

Tenemos claro que el acceso efectivo y equitativo a la justicia es fundamental para la garantía y restablecimiento de derechos de los ciudadanos, para facilitar y propender a la resolución de conflictos, así como la superación de las desigualdades y la contribución al bienestar general de las sociedades (CALL Care & Autonomy Living Lab, 2022). Una de las estrategias desarrolladas por el Estado colombiano para lograr este fin son los procesos de transformación digital de la justicia (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021).

Para la consecución de este objetivo, el gobierno del presidente Iván Duque aprobó en el año 2021 el proyecto conocido como Programa para la transformación digital de la justicia en Colombia, con la finalidad de aumentar la efectividad, eficiencia y transparencia del sistema de justicia (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021). Con él se busca asegurar la resolución de los procesos judiciales de forma oportuna y ágil, mientras se atienden las necesidades jurídicas de los ciudadanos.

Es por esto que este programa busca apoyar, promover e incentivar el diseño, desarrollo e implementación de los servicios de justicia ofrecidos por la rama ejecutiva (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2022). En concreto, en este proyecto se abarcan todas las acciones destinadas a mejorar, fortalecer e incrementar la capacidad de las instituciones y a la adopción de tecnologías novedosas que permitan la transformación de la justicia a la nueva era digital (Banco Interamericano de Desarrollo, 2021).

Claramente, se espera que los principales beneficiarios de estas implementaciones sean las personas naturales y jurídicas, sobre todo en la eficiencia de la rama judicial, reflejada en menores tiempos de respuesta a sus necesidades jurídicas y el acceso a la información en tiempo real sobre el estado de sus procesos (Banco Interamericano de Desarrollo, 2021).

Frente a lo anterior, se observa que este plan busca fortalecer a diferentes entidades del Estado en el uso idóneo de herramientas digitales que ofrece el mercado, para que saquen el máximo provecho de ellas. Otra de sus ventajas es que se capacitará a los funcionarios para el desarrollo de habilidades en el uso de herramientas digitales. Por el contrario, se evidencia que este programa no reconoce como principal actor al ciudadano, quien debería estar incluido en todos los planes de capacitación, con el propósito de que obtenga elementos que permitan acceder de una manera idónea a la justicia digital.

De hecho, en el Plan Nacional de Desarrollo se definió la necesidad de contar con una justicia digital eficiente e incluyente para garantizar el bienestar de las personas en todos los territorios; esto, bajo el entendido de que la digitalización y el uso de herramientas tecnológicas permitirán aumentar la productividad, efectividad, eficiencia y oportunidad de la administración de justicia (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2023).

Sin embargo, este no es el primer acercamiento del Estado colombiano a la implementación de las tecnologías en el sector de la justicia; de hecho, se han promovido y adelantado varios procesos en las últimas décadas para la

consecución de este fin. De esto han quedado varios antecedentes importantes que son la base para las nuevas estrategias de implementación digital de justicia. Se establecieron un conjunto de normas e instrumentos de política, gestión y planeación que han quedado en firme a través del marco legal y de la creación de políticas, que han establecido las bases, alcances y propósitos de corto y mediano plazo de la transformación digital.

Por esto podemos afirmar que la transformación digital de la justicia es un proceso con importantes antecedentes y que ha estado presente en la agenda estratégica de políticas públicas de las últimas décadas (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021). En este proceso de búsqueda constante de la transformación digital de la justicia se han encaminado los propósitos hacia la gestión de la información judicial y la justicia digital, así como la generación del expediente judicial electrónico.

Si hacemos una revisión en el tiempo de los esfuerzos adelantados por el Estado colombiano para la inserción de la tecnología en sus procesos de justicia, podemos iniciar con el período comprendido entre los años 1994 y 2008, donde se dieron los primeros pasos para incorporar los conceptos de *Gobierno electrónico*, *Gobierno en línea* y *justicia digital*.

Por otra parte, en este periodo se expidió la Ley 270 de 1996, que estableció la responsabilidad del Consejo Superior de la Judicatura para propender hacia la incorporación de tecnologías de avanzada al servicio de la administración de justicia, en un marco general de política de justicia digital (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021). Así como la Ley 527 de 1999, donde se definieron las bases jurídicas para el reconocimiento y fuerza probatoria de los mensajes de datos y la conceptualización de las firmas digitales (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021).

A partir de estas normas, posteriormente el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA06-3334 de 2006, por medio del cual se reglamentó la utilización de medios electrónicos en la ejecución de las funciones de administración de justicia, en lo pertinente a los procedimientos de naturaleza civil, contencioso administrativo, laboral, penal y disciplinario, respecto de los actos de comunicación procesal, susceptibles de realizarse a través de mensajes de datos y del método de firma electrónica, así como la armonización de los términos en lo relacionado con los documentos contenidos en medios electrónicos y su presentación (Consejo Superior de la Judicatura, 2006).

En esa misma línea, se aprobó el Acuerdo PSAA12-9269 de 2012, denominado Plan Estratégico Tecnológico (PET), por medio del cual se buscó establecer las bases legales para el desarrollo del expediente judicial electrónico (Consejo Superior de la Judicatura, 2012). Es así como se logra que se incluya en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo una definición técnica de expediente electrónico; en su artículo 186 dispuso elementos necesarios para su implementación y del plan de justicia digital, donde se incluye la posibilidad de adelantar audiencias y diligencias de forma virtual (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2012).

Este mismo año se aprobaron los decretos 2364 de 2012, 2609 de 2012 y la Ley 1564 de 2012. El primero de ellos buscó armonizar el concepto de firma electrónica y las condiciones para que esta tenga efectos jurídicos. El segundo estableció la regulación de la gestión de documentos electrónicos de archivo y sus calidades de autenticidad, fiabilidad, disponibilidad, integridad, inalterabilidad y conservación como elementos clave del expediente electrónico (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021). El Código General del Proceso en su título IV, artículo 618, contempló un plan de acción para utilizar con mayor naturalidad los medios tecnológicos en los despachos judiciales con competencias en lo civil. Dicho plan incluía la formación y capacitación de los funcionarios y empleados judiciales en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, buscando garantizar la seguridad e integridad de las actuaciones realizadas a través de medios virtuales (Senado de la República de Colombia, 2012).

28 Como podemos ver en esta línea de tiempo, la incorporación de la tecnología en la justicia ha sido un objetivo de la rama judicial colombiana desde hace más de dos décadas; sin embargo, para cuando llegó la pandemia del COVID-19, los avances y acercamiento habían sido ineficaces. La situación mundial que se vivió producto de la pandemia aceleró el uso de soluciones tecnológicas inmediatas, con el afán de que no se desprotegieran los derechos fundamentales de los colombianos mientras se encontraban en el confinamiento.

Esta inminente necesidad de transformación e implementación digital en este momento coyuntural llevó al Gobierno nacional a aprobar el Decreto 806 de 2020, que, con el objetivo de preservar la administración de justicia, estableció y normalizó la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, para la agilización de los procesos de la rama y la flexibilización de la atención a los usuarios del servicio

de justicia; todo esto bajo el marco del “estado de emergencia económica, social y ecológica” producto del COVID-19 (Gobierno de Colombia, 2020).

Durante la pandemia, el acceso a la justicia se dio de manera forzosa a través de medios digitales, por lo que quienes lograron hacerlo fueron en su mayoría aquellas personas que contaban con la idoneidad y destrezas digitales para gestionar un proceso desde la virtualidad. Esta situación generó barreras adicionales a las personas en condición de vulnerabilidad, quienes se encontraban en lugares geográficos sin conectividad a internet, no tenían habilidades digitales o jamás consideraron útil tener un computador en su casa. Fue así como por un periodo de dos años se les impidió el acceso efectivo a la administración de justicia, lo que constituye una vulneración de sus derechos fundamentales.

Posteriormente, a mediados del año 2022 el Congreso de Colombia decretó la Ley 2213 del 2022, la cual adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020, y adicionalmente dedicó en el artículo 1 un acápite sobre población en condición de vulnerabilidad o en sitios del territorio donde no se disponga de conectividad (Fundación Karisma, Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia, 2022), donde estableció la opción de la atención presencial en los despachos judiciales para que las personas tuvieran la posibilidad de acceder efectivamente a la administración de la justicia. De esta forma se evidencian los desafíos que representa en el país la brecha digital.

Como respuesta a las experiencias vividas durante la etapa de pandemia en el año 2020, hemos identificado que la brecha digital no es únicamente la falta de acceso material al internet o equipos electrónicos, sino que abarca otras esferas de la vida cotidiana de los ciudadanos. Esta ha sido definida como:

la distancia que separa a las personas que tienen acceso a las tecnologías digitales, incluyendo internet, y que saben usarlas y desarrollan habilidades en torno a estas; y aquellas que no, es una condición que puede favorecer o limitar la penetración de una herramienta digital. (Fundación Karisma, Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia, 2022)

En concordancia con lo anterior, la brecha digital se evalúa desde *el acceso material*, que incluye si la persona tiene dispositivos tecnológicos a su alcance; *las habilidades digitales*, que requieren una capacitación (o incluso la cotidianidad) de la persona en el uso de las tecnologías; *el aprovechamiento*, donde los usuarios reconocen la implementación de la tecnología como una ayuda, y, finalmente, *la motivación*, que determina si la persona elige usar las

tecnologías de información (TIC) en lugar de adelantar sus gestiones jurídicas por la vía tradicional (Fundación Karisma, Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia, 2022).

Para determinar la magnitud de la brecha digital, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2021) ha publicado los informes sobre el “Índice de brecha digital regional” para los años 2018 y 2019, donde se evidenció la profunda distancia que existe en el acceso, uso y aprovechamiento de la tecnología en Colombia.

De hecho, se evidencia una brecha digital en varios departamentos del país históricamente desatendidos por las políticas públicas. Esto se ve reflejado en las estadísticas del DANE del año 2021, donde, aun durante la pandemia generada por el COVID-19, aproximadamente solo un 56.5 % de hogares en Colombia cuenta con servicios a Internet, del cual un 66.5 % se encuentra en las cabeceras y solo un 23.8 % en el rural disperso (Fundación Karisma, Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia, 2022). Adicionalmente, en el mismo reporte quedó consignado que en el año 2021, en el total nacional, la proporción de hogares que poseen computador personal (escritorio, portátil o tableta) fue de 37,9 %: 16,6 % para computador de escritorio, 27,5 % para computador portátil y 5,9 % para tableta (Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE, 2022).

Estas estadísticas son bastante preocupantes, pues dan cuenta de la capacidad de los hogares colombianos de hacer uso efectivo de tecnologías de información en su vida cotidiana. Ahora, ahondando un poco, el DANE informa que 43.5 % de los hogares colombianos que no tienen internet manifiestan una brecha digital más pronunciada, pues, adicional a no tener el recurso, es muy probable que tampoco consideren de utilidad la digitalización de la justicia, ya que podría significar un cambio de paradigma que les dificulte su acceso a las instancias judiciales.

La carencia de acceso a internet está relacionada a y refuerza otras desigualdades, como las de género, las demarcaciones geográficas o de grupos sociales. Además de ser un reflejo de una sociedad sumamente desigual, indirectamente, esa brecha digital tiene un efecto en la calidad de la información y los conocimientos técnicos necesarios para que el acceso a internet sea útil y provechoso; seguramente las personas vulnerables que hoy no tienen acceso a las TIC tampoco están siendo educadas ni se ha fomentado la necesidad del uso de estas herramientas digitales. Todo esto hace que la brecha perdure y

se acreciente con el paso del tiempo y con la llegada de nuevas disposiciones tecnológicas en la justicia.

No obstante, la falta de reconocimiento de la brecha digital en nuestro país por parte del Estado ha sido un factor decisivo, puesto que ha dejado en evidencia su incapacidad para asegurar el acceso efectivo a la justicia civil de las poblaciones vulnerables, donde la brecha es más acentuada y donde las diligencias tradicionales son priorizadas por encima de la tecnificación de la justicia.

La brecha digital en Colombia es una realidad que no podemos desconocer. En varios municipios de los departamentos fronterizos de nuestro país está demostrado que tanto los despachos judiciales, a través de sus operadores judiciales, como los ciudadanos que pretenden presentar una demanda se encuentran en inferioridad de conocimiento y/o destrezas en herramientas digitales frente a los ciudadanos y despachos judiciales de las ciudades capitales de nuestro país. El impacto de no reconocer la brecha digital es que la justicia digital se convierta con el paso del tiempo en una “justicia de pocos”, donde únicamente se garantiza el acceso efectivo a aquellas personas que cuentan con los recursos y habilidades que les permitan gestionar adecuadamente un proceso a través de herramientas digitales.

Comentarios y recomendaciones

En conclusión, la implementación de la justicia digital es una realidad en la actualidad mundial. Para el contexto latinoamericano, la necesidad y pertinencia de su práctica surge como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19. De ahí la importancia de que el Estado colombiano realice continuamente revisiones sobre el uso de tecnologías de información en el marco de la justicia digital en aquellos países que garantizan eficazmente el acceso a la administración de la justicia a personas en condición de vulnerabilidad.

Reconocer la brecha digital a nivel multidimensional incluirá a los ciudadanos como eje central de la justicia digital. Las futuras investigaciones deben ir encaminadas a determinar si el uso de tecnologías de la información es inteligible para aquellas personas que no ven los medios digitales ni siquiera como una alternativa. El temor de sentirse en condición de inferioridad frente aquellos que cuentan con todas las habilidades y experiencia en su aplicación, ante el escenario de presentar una demanda civil por medios virtuales y sus demás actuaciones procesales, desencadena un abstencionismo de acceso a la administración de

la justicia, lo cual vulnera derechos fundamentales dentro de un marco que debería ser objetivo e imparcial; principio rector de la justicia.

Dicho reconocimiento llevará a que el ciudadano sea el principal actor en la justicia digital, promoverá que el Estado cree procedimientos que garanticen el acceso efectivo a la administración de justicia a personas en condiciones de vulnerabilidad, que se encuentren en lugares apartados de nuestro país o que desconozcan la utilidad del uso de herramientas digitales, lo que las pondrá en igualdad de condiciones en un proceso civil frente a ciudadanos que cuenten con todos los recursos y habilidades digitales.

Referencias

Banco Interamericano de Desarrollo. (2021, 9 de junio). Colombia acelerará la transformación digital de la justicia con apoyo del BID. <https://www.iadb.org/es/noticias/colombia-acelerara-la-transformacion-digital-de-la-justicia-con-apoyo-del-bid>

Banco Mundial. (2021). Personas que usan Internet – Germany. <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=DE>

CALL Care & Autonomy Living Lab. (2022). Inteligencia artificial y salud mental. *Business, Research, Ageing, Innovation, Neurosciences & Social Journal*, 2(2), 11-17.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (2012). Artículo 186. Actuaciones a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_administrativo_y_de_lo_contencioso_administrativo/186.htm#:~:text=La%20autoridad%20judicial%20deberá%20contar,la%20información%20y%20las%20comunicaciones

Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (México). (2019). *Hacia una justicia digital: Diagnóstico de los sistemas tecnológicos en los poderes judiciales*. Estudios de Mejora Regulatoria.

Congreso de la República de Colombia. (7 de marzo de 1996). Ley 270. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>

Congreso de la República de Colombia. (21 de agosto de 1999). Ley 527. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html

- Congreso de la República de Colombia. (8 de enero de 2003). Ley 794. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6922>
- Congreso de la República de Colombia. (13 de junio de 2022). Ley 2213. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202213%20DEL%2013%20DE%20JUNIO%20DE%202022.pdf>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (8 de marzo de 2021). Concepto favorable a la Nación para contratar una operación de crédito público externo con la banca multilateral hasta por 100 millones, o su equivalente en otras monedas, destinados a financiar el programa para la transformación digital de la justicia. Documento CONPES.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2006). ACUERDO No. PSAA06-3334 DE 2006. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/acuerdo_csjudicatura_3334_2006.htm
- Consejo Superior de la Judicatura. (2012). Sistema de Información de Relatoría Presidencia. <https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=11521>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2020). Expediente electrónico y dimensionamiento para la transformación digital judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/35666503/INFORME+TRANSFORMACION%20DIGITAL+RAMA+JUDICIAL..PDF/53701101-e30c-466b-841a-98faf9fce8e9>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-426/02. [M. P. Sierra, H.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-426-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de octubre de 2011). Sentencia T-799/11 [M. P. Sierra, H.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (16 de mayo de 2013). Sentencia T-283/13 [M. P. Pretelt, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-283-13.htm>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE (2022). Encuesta de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Hogares (ENTIC Hogares) - 2021

- Duarte, M., Rodríguez, Y., y Manrique, C. (2021). La administración de justicia digital en Colombia: Un estudio normativo del expediente electrónico y su consolidación en el Código General del Proceso y el Decreto 806 de 2020. *Universidad Libre*.
- European e-Justice. (2021). Sistemas de Justicia Nacionales. https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-de-es.do?member=1
- Fundación Karisma, Maestría en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia. (2022, 16 de mayo). Comentarios Al debate en plenaria del Proyecto de Ley 325/22 S-441/22 C. <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/2022/05/Comentarios-PL-Justicia-Digital-F.pdf>
- García Odgers, R. (2019). El surgimiento del judicial case management: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (41), 179-205.
- Gobierno de Colombia. (2020). Decreto 806 de 2020. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=127580>
- Gobierno de Colombia. (2021). La alfabetización, avances y cierre de brechas digitales. <https://colombiaaprende.edu.co/agenda/actualidad/la-alfabetizacion-avances-y-cierre-de-brechas-digitales>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2021). Estadísticas a propósito del día mundial del internet (17 de mayo): datos nacionales. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_Internet22.pdf
- Martínez, R., Palma, A., y Velásquez, A. (2020). *Revolución tecnológica e inclusión social*. Naciones Unidas.
- México Evalúa. (2021). *Diagnóstico de implementación de herramientas tecnológicas en los poderes judiciales en México*.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2020). Decreto Legislativo 806 del 2020. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2022). Programa para la Transformación Digital de la Justicia en Colombia. <https://www.minjusticia.gov.co/programas/transformaci%C3%B3n-digital-de-la-justicia>

- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2021). Brecha Digital. Recuperado el 5 de Septiembre de 2022 de <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/5467:Brecha->
- Organización de las Naciones Unidas. (2013). La ONU y el Estado de Derecho. <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>
- Perez Ragone, A. (2021). Justicia civil en la era digital y artificial: ¿hacia una nueva identidad? *Revista chilena de derecho*, 48(2), 203-229.
- Quintero, D., Recalde, G., y Urriago, J. F. (2012). El acceso a la justicia diferencial: La situación de población en vulnerabilidad socioeconómica en Cali. *Estudios de Derecho*, 69(154), 73-97.
- Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura. (2012). Sistema de Información de Relatoría Presidencia. <https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=11521>
- Ramírez Torrado, M. L., e Illera Santos, M. (2018). El acceso a a la justicia: una institución jurídica de amplio. *Prolegómenos*, 21(42), 91-109.
- Rivera Perdomo, N. (2022). La justicia digital en Colombia. <https://blog.legis.com.co/juridico/la-justicia-digital-en-colombia>
- Senado de la República de Colombia. (2012). Ley 1564. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr015.html#618
- Senado de la República LXIV Legislatura. (2021). Justicia digital: Propuestas de innovación. *Mirada Legislativa*.
- Serrano Ferrer, N. (2019). ¿A mayor brecha digital mayores brechas socioeconómicas? *Universidad de los Andes*.
- Toohey, L., Moore, M., Dart, K. y Toohey, D. (2019). Meeting the Access to Civil Justice Challenge: Digital Inclusion, Algorithmic Justice, and Human-Centred Design. *Technology and Civil Dispute Resolution*, 19, 133-135.
- Toscano López, F. (2013). Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de Derecho Privado*, 24, 237-257.

Cristina Elena Popa Tache*

Centre International de Recherches et Études Transdisciplinaires

(Paris, France)

cristinapopatache@gmail.com

Cătălin-Silviu Săraru**

Bucharest University of Economic Studies (Bucharest, Romania)

catalin.sararu@drept.ase.ro

***Lawfare, Between its (Un)Limits
and Transdisciplinarity******

El lawfare, entre sus (no) límites y la transdisciplinarietà

Lawfare, entre seus (in)limites e transdisciplinarietà

Artículo de reflexión: recibido 01/12/2022 y aprobado 24/05/2023

* Associate Professor of International Law and an Active Researcher at CIRET- Centre International de Recherches et Études Transdisciplinaires. Author of over 80 studies, articles and books in the field of international law, she is an associate editor at Taylor & Francis, Routledge and a member of prestigious editorial committees. Corresponding author, solely responsible for writing and research. Competing interests: no competing interests. Disclaimer: the author declares that her opinion and views expressed in this manuscript are free of any impact of any organizations. Translation: the content of this article was written in English by the author. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1508-7658>

** Associate Professor, PhD. Habil., Department of Law, Faculty of Law, Bucharest University of Economic Studies. Author of numerous studies, articles and books in the field of administrative law and chief editor at *Tribuna Juridica/Juridical Tribune*. Corresponding author, solely responsible for writing and research (Use CRediT taxonomy). Competing interests: any competing interests was included. Disclaimer: the author declares that his opinion and views expressed in this manuscript are free of any impact of any organizations. Translation: the content of this article was translated with the participation of third parties under the authors' responsibility. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6261-5893>

*** This research was not funded by other sources. The paper represents the study of the authors in a topic of interest to them, unrelated to any funding program. Disclosure statement: no potential conflict of interest was reported by the authors. The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v23.5889>

Cómo citar:

Popa Tache, C. E.; Săraru, C. S. (2023). *Lawfare*, Between its (Un)Limits and Transdisciplinarity. *Precedente*, 23, 37-66. <https://doi.org/10.18046/prec.v23.5889>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

Abstract

This research explores the chameleon concept of *lawfare* and its impact on legal systems and society in general, focusing on the interplay between its (im)boundaries and transdisciplinarity. The analysis focuses on a kaleidoscope of fundamental aspects of justice, including the tactics and strategies used in judicial proceedings, in civil or military conflicts, in the abuse of legal procedures, and in the manipulation of the legal system to achieve illegal ends, in the regulation of law at the global level and nationally, highlighting the different forms this phenomenon can take and its impact on the rule of law and democracy. An important aspect of the research is the analysis of the limits of the law, in the sense that there are certain ethical, legal, and moral restrictions on the abusive use of the legal system, regardless of the circumstances. The conclusions are based on the finding that clearer regulations are needed to protect the integrity of the legal system and to prevent legal abuses, a fact that requires a series of future research, establishing the conditions that mark the transition from legal to illegal. This article has been developed using the method of transdisciplinary introspection, based on primary and secondary data from scientific journals, books, documents, and other publications.

Keywords: *Lawfare*; Transdisciplinarity; Legal System; Strategy; Integrity; Collaboration; Transparency; Democratic Society; International Law.

Resumen

Esta investigación explora el concepto camaleónico de *lawfare* y su impacto en los sistemas legales y la sociedad en general, centrándose en la interacción entre sus (in)fronteras y la transdisciplinaria. El análisis se centra en un caleidoscopio de aspectos fundamentales de la justicia, incluyendo las tácticas y estrategias utilizadas en los procesos judiciales, en los conflictos civiles o militares, en el abuso de los procedimientos legales y en la manipulación del sistema legal para lograr fines ilegales, en la regulación de derecho a nivel mundial y nacional, destacando las diferentes formas que puede tomar este fenómeno y su impacto en el Estado de derecho y la democracia. Un aspecto importante de la investigación es el análisis de los límites del derecho, en el sentido de que existen ciertas restricciones éticas, legales y morales al abuso del sistema legal, independientemente de las circunstancias. Las conclusiones se fundamentan en la constatación de que se necesitan regulaciones más claras para proteger la integridad del ordenamiento jurídico y para prevenir abusos legales, hecho que requiere una serie de investigaciones futuras, estableciendo las condiciones que marcan el tránsito de lo legal a lo ilegal. Este artículo fue desarrollado utilizando el método de introspección transdisciplinaria, basado en datos primarios y secundarios de revistas científicas, libros, documentos y otras publicaciones.

Palabras clave: *lawfare*; transdisciplinarietà; sistema legal; estratégia; integridad; colaboraci3n; transparencia; sociedad democrática; derecho internacional.

Resumo

Esta pesquisa explora o conceito camale3nico de ‘lawfare’ e seu impacto nos sistemas jur3dicos e na sociedade em geral, com foco na interaç3o entre suas (im)fronteiras e transdisciplinarietà. A análise centra-se num caleidosc3pio de aspectos fundamentais da justiça, incluindo as táticas e estratégias utilizadas em processos judiciais, em conflitos civis ou militares, no abuso de procedimentos legais e na manipulaç3o do sistema jur3dico para atingir fins ilícitos, na regulamentaç3o do direito em nível global e nacional, destacando as diferentes formas que esse fenômeno pode assumir e seu impacto no estado de direito e na democracia. Um aspecto importante da pesquisa é a análise dos limites do direito, no sentido de que existem certas restriç3es éticas, legais e morais ao uso abusivo do ordenamento jur3dico, independentemente das circunstâncias. As conclus3es partem da constataç3o de que s3o necessárias regulamentaç3es mais claras para proteger a integridade do ordenamento jur3dico e prevenir abusos jur3dicos, fato que demanda uma s3rie de pesquisas futuras, estabelecendo as condiç3es que marcam a transiç3o do legal para o ilegal. Este artigo foi desenvolvido utilizando o método de introspecç3o transdisciplinar, com base em dados primários e secundários de revistas científicas, livros, documentos e outras publicaç3es.

Palavras-chave: *lawfare*; transdisciplinarietà; sistema jur3dico; estratégia; integridade; colaboraç3o; transparência; sociedade democrática; direito internacional.

Introduction

Issues relating to the meaning, significance and *modus operandi* of what constitutes *lawfare* have been discussed in recent years in both theory and practice. Presently, the phenomenon of *lawfare* continues to be debated globally. Given the terminological meaning of this new emergence, which has been coined as *lawfare*, we note that it can be particularly useful to develop research on this topic in a new scientific and even cultural approach: through transdisciplinarity, the aim of which is to highlight the nature and characteristics of the flow of information that circulates between the different branches of knowledge. In this way we can begin to identify cases of lawfare in society and in everything that can be or is affected by this phenomenon. How is this possible in the context of lawfare? It has been observed that law is strategically used in several states to achieve illegitimate geopolitical, political, commercial, financial and military goals.¹ At the heart of these problems are human rights. At international level, multidisciplinary research in the field of law has been initiated, efforts aimed at diagnosing and reporting on cases of lawfare around the world, which in fact means defending the law itself (protecting the norm that provides protection) and fully affirming human rights, i.e., precisely ensuring that global view of the human being and beyond.

Connected to these considerations, our work aims to launch a rich research topic that has not been extensively covered in the existing literature, despite its great relevance. For the first time, lawfare and the transdisciplinary method are brought together to observe as many particularities of this subject as possible. The results obtained have far-reaching theoretical implications that go beyond the scope of this discussion and will not be addressed in this study. The proposed methodology for the article is structured to emphasize key elements, including: an introduction that presents the context, novelty and importance of the subject; a content section, where key concepts are defined, lawfare is analyzed and evaluated, and relevant current examples are presented to provide a basis

¹ See the work of the Lawfare Institute, founded in São Paulo, in 2017, through the initiative of lawyers Valeska Teixeira Martins, Cristiano Zanin Martins and Rafael Valim, in a context of increasing number of lawfare cases around the globe. The opening ceremony of the Institute took place at SOAS University in London on 5 December 2017. The mission of the Lawfare Institute is to produce scholarly content about justice and analysis of emblematic cases of the phenomenon.

for our analysis; the formulation of proposals and recommendations; and closes with conclusions and directions for future research.

Going beyond the hope of multidisciplinary and entering the realm of transdisciplinarity, we see how the issue has a significant impact on the very function and purpose of law in relation to the whole of social relations. A proliferation of the use of legal regulations to achieve various ends may call into question both the work of some public authorities (such as the creation of legislative regulations for the purpose of later use in lawfare, the use of anti-corruption for certain purposes, or the use of abusive fiscal instruments) and the work of international intergovernmental organisations; for example, organisations working in different fields, such as economy, health, culture, education, environment, peace and security, etc. That is why it would be ideal to foster cooperation and engage in a transdisciplinary dialogue to first identify cases of lawfare, and then to find the best solutions to stop and eliminate them.

As the lawfare phenomenon is generally known, it is used to destroy someone through the following tactics: by abusing existing laws to delegitimise and damage their public image; by using legal proceedings to restrict their freedom, intimidate them or silence them; by negatively influencing public opinion to pre-empt court rulings and restrict the right to an impartial defence; by coercing public officials to retaliate against politicians in order to obstruct legal defence mechanisms; by randomly selecting individuals to be charged or by tactically manipulating a false case and attempting to harass and embarrass defence lawyers.

From these particular cases of lawfare to its use in wars (military or economic), it was a short step. It remains to be seen how much attention has been paid to the development of principled limits on legal conduct, without which the law cannot be applied. Alongside the specific problems of legal interpretation, the meanings of terms such as *legal events* or *legal phenomena* are also brought to the forefront. Closely linked to social life, the idea of law will be found in all its phenomena. As the cause or effect of social phenomena, law coexists with them (Peretz, 1915, p. 3). A science is not just a collection of facts. Facts are the material of science. Science is the whole edifice in which the facts are coordinated. The cause-and-effect relationships between facts intertwine, revealing the illuminated emergence of invariable relations, which are the laws of science. It is only when we extract these relations between specific concrete facts and the invariable relations known as laws that knowledge earns the distinction of being called science (Peretz, 1915, p. 13).

For these reasons, lawfare affects the very essence, purpose, and functions of law. When we refer to law, we can fall into reductionism. Transdisciplinary dialogue is important because legal science is inherently humanistic, with strong connections to psychology, sociology, philosophy, history, morality, and even religion. The forms that civilisation has taken in its historical development are family, property, state and religion (Nordau, 1921, p. 45).

Lawfare is primarily a deviation from the fundamental principles of law: liberty, justice, equality and accountability. Law is obliged to keep pace with new trends (Popa, 2014, p. 11). The phenomenon of globalisation, with repercussions in the field of law, is interpreted by some authors as a natural adaptation of law to the new forms of interdependence and global awareness (Giddens, 1990).

The positive aspect that emerges from this is the effort made by specialists to analyse and re-establish the limits through appropriate regulations. The role of transdisciplinarity is identical to that of a foundation, because, as the Transdisciplinarity Charter (1994) states, transdisciplinarity is complementary to the disciplinary approach; from the confrontation between disciplines, it brings out new results and new bridges between them; it gives us a new vision of nature and reality. Transdisciplinarity does not seek to develop a super-discipline encompassing all disciplines, but to open all disciplines to what they have in common and to what lies beyond their boundaries (art. 3).² The Charter was adopted with the following guidelines in mind:

- 1) believing that only an intelligence capable of understanding the planetary dimension of today's conflicts could face the complexity of our world and the contemporary danger of the material and spiritual self-destruction of our species;
- 2) believing that life is seriously threatened by a triumphant techno-science that submits only to the frightening logic of efficiency in the service of efficiency;
- 3) considering that the contemporary rupture between an ever richer knowledge and an ever poorer inner being leads to the emergence of a new obscurantism whose consequences on the individual and social level are incalculable;
- 4) considering that the accumulation of knowledge, unprecedented in history, accentuates the inequality between those who possess it and those who do not, thus causing inequality within nations and between

² The Charter of Transdisciplinarity (1994) paved the way for numerous studies that have made a huge contribution to the evolution of scientific research worldwide.

nations on our planet; and 5) considering, at the same time, that all these dangers have a positive counterpart, as the extraordinary growth of knowledge may eventually lead to a mutation comparable to that of the transformation of primates into homo sapiens.³

Proponents of legal post-modernism have pointed to the inadequacy of the legal norm and law in general. In these circumstances, in which the question is whether legal globalisation will be achieved, there is a need to accept other, extra-state or supra-state formulas of regulation that go beyond the classical positivist conception.

Law crosses borders as an export product. Increasingly, the rules that organise our lives will have been devised elsewhere, and those that have been devised here will be used to construct laws in foreign countries. Modest engineers, rather than great architects, trade with each other across borders, exchange arguments, decisions, ideas... This new international judicial sociability is disrupting the ways in which law is produced and reproduced in relation to the sensitive issues of life. (Allard, 2005, pp. 1-19)

Whether lawfare is used in a war, against a single person, or even against a single being (such as in cases of the misuse of hunting laws or the protection of habitats), the damaging effect remains the same and can have global ramifications beyond control.

International law plays a leading role in finding the most effective solutions. Still referring to transdisciplinarity, when we look at the human being (the natural person) through the prism of their dignity and nationality, it can indeed be said that “the recognition by international law of this double belonging - to a nation and to the Earth - is one of the aims of transdisciplinary research” (Transdisciplinarity Charter, 1994, art. 8).

³ See the preamble to the Charter.

The terminological meaning of the new *lawfare*

The definitions that currently exist mainly focus on the following aspects:

- The strategic use of legal proceedings to intimidate or thwart an adversary (Collins English Dictionary, 2022). The term *lawfare* originates from the combination of *law* and *war* or “law-warfare”.
- The term *lawfare* has been around for some time, but its modern use first appeared in a 2001 paper (Dunlap, 2001). *Lawfare* is an effort to provide the military and lay audience with an easy-to-understand “bumper sticker” for how belligerents, and especially those who cannot challenge high-tech military capabilities (e.g., America’s, as presented in the literature), attempt to use law as a form of “asymmetric” warfare.
- According to the *Lawfare* blog, authored by Robert Chesney, Jack Goldsmith and others, the term refers to that nebulous area in which actions taken or contemplated to protect the nation interact with the nation’s laws and legal institutions. This broad interpretation encompasses various issues, including cybersecurity,⁴ Guantánamo habeas litigation, targeted killing, insecurity, universal jurisdiction, the Alien Illegality Statute, the state secrets privilege, and countless other interconnected topics. *Lawfare* refers both to the use of law as a weapon of conflict and, perhaps more importantly, to the depressing reality that America remains at war with itself because of the law governing war with others, the blog’s authors believe. They also provide a brief history of the term, highlighting its controversial nature and diverse range of interpretations and uses. While the term has been used in unrelated contexts, such as divorce law, courtroom advocacy, colonialism, and even airfare for lawyers dating back to the 1950s, its most prominent use today pertains to national security. Its first use in this context seems

⁴ States quickly realized that national security heavily depends on international cooperation. International efforts to counter cybersecurity risks debuted with Russia’s introduction of a first United Nations (UN) resolution on this topic in 1998. Numerous cyber policy fora have proliferated since then in diverse formats, such as the UN Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (GGE), the subsequent U.N. These multistakeholder initiatives started to shape cooperative tools, norms of behavior, and confidence-building measures (CBMs) in support of collective cybersecurity. See Ponta (2021, p. 412).

to have appeared in *Unrestricted Warfare* (Liang & Xiangsui, 2002), a military strategy book written in 1999 by two People's Liberation Army officers,⁵ who used the term to refer to a nation's use of legalized international institutions to achieve strategic ends.⁶

- *Lawfare* is utilized by both non-state actors vulnerable to technology and states possessing formidable military capabilities, although the manner in which lawfare is employed varies.
- The *lawfare* concept combines “traditional forces governed by law/law, military tradition and custom with unregulated forces acting without restrictions on violence or target selection” (Dunlap, 2001).

Hence the differences between lawfare and abuse of law. *Abuse of law* is just one of the countless ways in which *lawfare* is used.

Example of lawfare

A modern example is the Russo-Ukrainian war. Ukraine has developed a “Lawfare Project” against Russia, designed to use law to achieve military objectives and delegitimise the actions of the adversary. According to publicly available information, Ukraine has gone so far as to publicise its comprehensive “legal warfare” tactics on a dedicated website (Ukrainian Government, n.d.). Analysing this situation is of practical importance as it provides a rare opportunity to observe lawfare as a war tactic, wherein a new principle is emerging: the use of this new concept as a defensive measure; essentially a form of self-defense that exempts from liability. This is a government website that can also be accessed in English, in which the Ukrainian State says:

5 True or not, this bestseller presents the following situation as real: Incredible as it may be to believe, three years before the 9/11 World Trade Center bombing, a Chinese military manual entitled *Unrestricted Warfare / Rǎzboi sans restrições* promoted such an attack, suggesting that it would be difficult for the American military to cope. Here's an excerpt from *Unrestricted Warfare*: “Whether it's hacker intrusions, a major explosion at the World Trade Center, or a bin Laden bombing, all of these are far beyond the breadth of frequency understood by the U.S. military...” Surprisingly, Osama bin Laden is mentioned frequently in this book. Now, publisher NewsMax.com is making the CIA translation of this shocking book available to all Americans.

6 For more details, see the Lawfare blog, available here: <https://www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site>, retrieved November 22, 2022.

We are moving from the sometimes-chaotic hit-skip tactics to a well-thought-out, comprehensive and coordinated legal defence of our rights and interests, and to this end we have engaged leading foreign legal consultants to help develop a strategy of legal confrontation.

It is recognised that hybrid warfare is not just about open hostilities, but includes specific tactics such as economic, propaganda, bribery, intimidation, zombieing and more. By delving into this phenomenon, we see how the Ukrainian lawfare offers a captivating glimpse into a war that takes place in the legal, psychological and informational realms as much as on the battlefield. Conversely, Russia has long used law in its aggression towards neighboring states and territories. It has enacted laws to justify “humanitarian operations” as part of its “responsibility to protect” populations friendly to Russia - whether or not they are ethnic Russians, Orthodox or Russian-speaking. This approach was evident in Moldova in 1992, Georgia in 2008 and 2014, Syria in 2011, and Ukraine in 2014. In 2018, the Duma retroactively justified Russia’s annexation of Crimea by passing a law commemorating 1783 as the date of Crimea’s “accession” to the Russian empire (Goldenziel, 2022).

China, for example, has been found to have a highly sophisticated “legal warfare” doctrine, designating such strategies as one of their “three wars”. According to Dean Cheng, “the People’s Liberation Army approaches law from a different perspective: as an offensive”, a weapon capable of stopping its opponents and seizing political initiative. Quoting Chinese sources, Cheng says: legal warfare, in its most fundamental sense, involves “claiming that one’s own side obeys the law/law, criticizing the other side for breaking the law, and making arguments in favor of one’s own side in cases where there are also violations of the law.” (Cheng, 2012) Current events indicate how China appears to be implementing its lawfare strategy. Indeed, some observers see this strategy as the main impetus for their expansion into the South China Sea. Another example today is Russia, which is often recognized as a prominent practitioner of what is known as “hybrid warfare”, in which law is one element. In military known parlance, the term *hybrid threat* captures the seemingly increased complexity of operations, the multiplicity of actors involved and the blurring of some of the traditional elements of conflict.

Based on the aspects of application presented so far, it can be concluded that lawfare can manifest in various forms specific to different regions such as Ukraine, Russia, the United States, China, and Africa, among others.

Additionally, lawfare can be observed in different contexts, including political, military, economic, legal, environmental (greenlawfare),⁷ communications or new technologies (digitalisation, internet), as well as normative, doctrinal or jurisprudential lawfare.

For example, some authors have noted a lack of sufficient studies on the journalistic representation of legal strategies used by environmental NGOs (i.e. there is not much media debate about how the law itself is used and the understanding of the use of the law by environmental NGOs). In contrast, legal studies are increasingly examining the role of public interest litigation in environmental issues. There are states or even regions where the news media does not play a significant role in shaping and mobilising public opinion in the context of environmental litigation as an activist strategy. Environmental public interest litigation not only develops important legal and administrative principles but should be brought into the public debate to influence political decisions and drive law reform (Konkes, 2018, pp. 191-193).

In line with these ideas, for the purpose of better understanding, let us consider an example of a mining⁸ dispute in Australia, similar in part to the mining dispute of Rosia Montana Gold Corporation, a Romanian mining company, co-owned with a State-owned entity.⁹ This is the example¹⁰ of the litigation that was pending in the Federal Court of Australia over the Adani

7 Central to this area of “green lawfare” is the issue of “standing”, which refers to the rules used to determine whether a person or group is recognised by the courts as an appropriate party to commence legal proceedings. See in this regard McGrath (2008).

8 Mining investments, although they occupy a reduced percentage on a global level, are still classified at the top of special importance investments due especially to their side effects on the global economy, on the environment, on human rights and, last but not least, on international law. However, the boom of foreign investments in mining projects over the last two decades is only a herald of the global competition for access to mineral resources in the decades to come. See Popa (2017).

9 *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, (ICSID Case No. ARB/15/31), concerning claims arising out of the allegedly discriminatory measures relating to the approval of an environmental impact assessment and the issuance of an environmental permit required to start exploitation of the claimant’s mining project.

10 In January of this year, the Federal Environment Minister approved Adani’s \$16 billion Carmichael coal mine in Queensland’s Galilee Basin. The Mackay Conservation Group has challenged it in the Federal Court, claiming the project would have harmful effects on the climate and endangered species. In August 2015, the Federal Court overturned the decision to approve the mine; a decision that prompted the withdrawal of one of Australia’s largest banks, Commonwealth Bank of Australia, from its role as Adani’s financial adviser.

mine approval decision. This litigation is seen as a strategy that utilizes the law and the media to “disrupt and delay” coal mining projects as part of a broader project to erode public and political support (the Adani Mining lawfare case came to a head when, after the court decision, the threat of the government responding that it would change the law emerged). In this case law was used as a tool of social communication, where the media can serve as a platform for those engaged in social, political and legal competitions (Carvalho, 2005).

SLAPP (Strategic lawsuits against public participation) can be exemplified here. As Raynaldo Sembiring (2019) has pointed out, Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) is a form of intimidation carried out by corporations with the primary purpose of silencing/eliminating public participation perceived as an obstacle to corporate interests. Such practices are considered questionable, potentially criminal, or subject to civil action. Measures that can be taken to protect public participation from SLAPP attacks include the responsible exercise of the right to free speech, increased regulation, use of media and technology, and development of a culture of process. Even in the absence of specific laws governing the protection of public participation from SLAPP attacks, the existence of such measures at least helps strengthen the protection of public participation, as can be evidenced by the experience of many countries, including Indonesia, which still faces a number of difficulties (Priyatno, Kamilah & Mulyana, 2023).

From the presented example, a logic emerges according to which the media coverage of conflicts arising from conflicting interests can lead to influence as pressure on the courts in their decisions, but, on the other hand, can also lead to changes in the poles of power (strong political but also economic pressures, in the short term) (Lazarus, 2009, p. 1153). This may lead in the future to the adoption of a new specific standard of protection for international investment, which may be called: “prohibition of lawfare”.

These trans-disciplinary issues make lawfare a pervasive phenomenon.

Human rights at the heart of lawfare threats

The use of lawfare tactics in armed conflict poses a serious problem for international humanitarian law from the outset. Over time, the rights and duties of belligerents have become clearer, as insurgents have been given rights and duties in international law that are analogous to those of states (Shaw, 1983). International humanitarian law and international human rights law

are two distinct but complementary branches of law, both concerned with the protection of life, health and dignity. International humanitarian law applies in armed conflict, while human rights law applies at all times, whether in peacetime or during war. Although the wording may differ, the essence of some of the rules is similar, if not identical. Human rights deal with aspects of life in peacetime that are not covered by humanitarian law, such as freedom of the press, the right to assemble, to vote and to strike, etc. “The vision of international humanitarian law begins with humanitarianism and assigns human dignity and human rights primary status [...]; in the shadow of the *lawfare* debate [...] military and humanitarian advocates increasingly see themselves as competing teams,” whose aim is to ensure that their own vision of law prevails (Hasian, 2014, pp. 344-351).¹¹

Forced labour is another problem that is highly exposed to lawfare. An example of this can be seen in the efforts of the International Labour Organization (ILO), which invested considerable material and time resources to persuade the State Peace and Development Council, the military regime that ruled Burma from 1997 to March 2011, to adopt effective measures to eradicate the use of forced labour. The practice found in Burma was internationally regarded as a contemporary form of slavery and, therefore, a violation of *jus cogens*. This practice falls into four broad categories: 1) military operations, including forced recruitment and/or minors; 2) commercial operations owned by the military and private corporations affiliated with the armed forces; 3) construction and maintenance of small-scale infrastructure such as military barracks, roads, bridges and fences; and 4) completion of large-scale development projects such as highways, railways, dams and irrigation works (Maclean, 2012, pp. 189-190).

Human dignity continues to be a subject exposed to lawfare tactics. For example, law enforcement is on the rise in Indonesia, demonstrated by the increasing number of blasphemy trials since 1998. It is worth mentioning in this context the amendments to the Constitution, which introduced a number of human rights into the Constitution, the establishment of a Constitutional Court

11 This article discusses how, “in 2006, for example, journalists for ABC News reported that US officials were trying to assess just how much of a threat this was by ‘calculating their body-mass index,’ which was a ‘measurement of weight in relation to height.’ While human rights activists at this time attributed this to the fact that detainees were not allowed to exercise enough, defenders of the soldiers across the internet used this as empirical evidence that showed that the detainees were really pampered enemies who had nothing substantive to complain about” (Hasian, 2014, pp. 353-356).

and other specialised courts, and the strengthening of various mechanisms for non-judicial control of government action. Indonesian democracy has come hand in hand with a judicialisation invoked by various interest groups who have resorted to legal means to express their claims. The example encountered both in Indonesia and around the world is that of election trials as another kind of political tool initiated by political candidates seeking to invalidate election results.¹² The reputation of the already damaged Indonesian judicial mechanism has, thus, been hit by the perception that the courts serve certain interests, confirming the assumption that the power of law is always used for certain purposes, with potentially “tonic” as well as “toxic” effects (Butt & Timothy, 2013, pp. 189-213; Telle, 2018, pp. 378-383).

In this example of lawfare in Indonesia, which symbolizes cases of this kind around the world, Kari Telle shows how the policing of non-standard religions received a boost in January 1965 when President Sukarno signed Presidential Order No. 1 on the Prevention of Misuse/Insult of Religion. The order specified that six religions (Islam, Catholicism, Protestantism, Buddhism, Hinduism and Confucianism) were recognized by the Constitution and that deviations from their “basic” principles should be prohibited. It is a clear example of how the law has been a tool to secure the State, especially as this presidential order was introduced as tensions grew between large Muslim mass organisations and the Indonesian Communist Party. Subsequently, it is pointed out that General Suharto’s New Order regime (1966-1998) emerged in the aftermath of the failed coup of 1 October 1965, for which the military blamed the Indonesian Communist Party. As a result, at least 500,000 people were killed, and thousands were imprisoned without trial, enduring further persecution upon their release (Cribb, 1990; Telle, 2018, pp. 372-376).

There are numerous examples of lawfare threats to human rights in the context of digitalization. One such example, discussed in recent studies, involves increased government control over encrypted online communication, which is believed to encroach upon the right to privacy and freedom of expression of ordinary internet users (Veen & Boeke, 2020, pp. 10-11). Considering security against possible terrorist attacks, for example, theorists have shown that terrorists are usually inclined to exploit only open-source technologies. Even if governments were to introduce these highly controversial regulations into

¹² Observations can be found in Mietzner (2010) and Telle (2018).

mainstream applications, there is a high likelihood that alternative, unofficial applications would emerge. Al Qaeda and Daesh are already notorious for creating such software themselves (Graham, 2016; Nance & Sampson, 2017, pp. 66-67; Lakomy, 2022, p. 11). However, doctrinal analyses have revealed that greater government and corporate control over Internet communications is perceived as a direct path to digital totalitarianism: “The dream of digital emancipation may turn into a nightmare of digital totalitarianism” (Hendricks & Vestergaard, 2019, pp. 117, 119-137).

Building upon this argument, Lakomy (2022, p. 14) highlights that the emphasis on controlling online content has been *fetishised* by governments, leading to increased pressure on internet companies to introduce stricter mechanisms. However, these measures have proven ineffective to solve the problem of digital jihad, while simultaneously raising concerns about the protection of human rights, such as freedom of expression and the right to privacy on the internet.

On a broader, global level, the doctrine has identified the existence of another technological lawfare event; Sieber (2021) states in a study:

Without doubt, the newest human development is the relationship between human beings and their increasingly sophisticated technologies. Modern technologies have grown up without watchdogs capable of raising legal opposition to what might be called the colonization of the mind through modern technologies. (p. 252)

52 In his study, he discusses modern platforms and neurotechnological devices that he sees as colonizing minds in the absence of adequate regulation to safeguard human rights. He emphasizes the need for scientists to demonstrate courage in developing human rights protections “to protect not only the psychological life of human beings but also the human spirit itself, as both remain largely unaddressed” (Sieber, 2021, p. 252). These threats to human rights protections are often likened to a colonialism of the mind, drawing on the definition of colonialism provided by the Oxford Advanced American Dictionary as “the practice by which a powerful country controls another country or countries” (Hornby, 1995, p. 257). According to Sieber (2021, p. 256), this form of colonialism persists today through less visible means, such as lawfare, aligning with other theorists who have sought to unveil the phenomenon of lawfare.

Many other instances of lawfare have been observed in contexts such as slavery law, colonialism, feudalism, Nazi law, the communist system, but further research is needed to explore these cases in detail.

Possibilities of transdisciplinary methodology in lawfare

Referred to in theory as the “carnival” of the law, lawfare has also had a positive effect in that it has somewhat solidified the meaning of *legality* at the heart of the many and wide-ranging debates among socio-legal theorists and anthropologists concerning the value of seeking justice and also the efficacy of judicial decisions that often clash with raw politics. In such circumstances, ethics, morality and the law, when mobilised alongside concerted political and civic activism, play an important role (Werbner, 2021). It is not a coincidence that human rights have been chosen as the focal point of my arguments. Additionally, the issue of refugees and migrants alone would have been quite appropriate material for our study, as people who leave their homes are exposed to many risks, including violence, poverty and disease. These issues can be further compounded by other aspects of lawfare or concerns related to the legal status of refugees and displaced persons (Lochak, 2018).¹³ Looking at the map of foreigners’ law, we note, as Danièle Lochak has pointed out, that it too “has experienced ‘transdisciplinary migrations’, being successively claimed by - or attached to - different disciplines.” (Lochak, 2018, p. 279).

Before drawing conclusions, we consider that an applied exercise, in which the transdisciplinary toolkit reveals its relevance and from which we can glimpse some recommendations or regulatory proposals, is welcome. For this we will always bear in mind that legal education plays the most important role, as a paradigm shift is needed through an overview that can be achieved in consideration of the dynamics of international law. In doctrine, some proposals have already been launched suggesting that legal education should focus on the interconnectedness between international law and other disciplines, such as international relations, political science, economics, history, sociology and anthropology

¹³ “It is thus today primarily from the angle of international protection of human rights or refugee law that international law raises the question of the rights of foreigners - with this paradoxical effect that at the very moment when foreigners are seized by international law, the discipline seems to lose interest in the question.”

(Nicolescu, 2014).¹⁴ It is important to reframe issues such as the conflict between self-determination and state integrity, as well as examine the effects and limits of state sovereignty in an increasingly globalised world.¹⁵ Last but not least, the analysis of different theoretical and practical aspects of international law, such as international human rights law, international criminal law and international economic law, has been taken into account. This approach enables a comprehensive understanding of the different *types/sub-types* of international law, whether they are classical or hybrid in nature (Joyner, 2005).¹⁶

Professor Basarab Nicolescu (2002) arrived at the application of the following three axioms of transdisciplinarity methodology, which, if applied even to lawfare research, would lead to more concrete results: 1) the ontological axiom: there are, in nature and in our knowledge of nature, different levels of object reality and, correspondingly, different levels of subject reality; 2) the logical axiom: the transition from one level of reality to another is ensured by the logic of the included third party; and 3) the epistemological axiom: the structure of the totality of the levels of reality is a complex structure: each level is what it is because all levels exist at the same time.¹⁷

The ontological axiom, also known as the ontological principle, states that reality exists independently of our perception of it, suggesting that there is an objective reality independent of our consciousness and that things really exist outside our minds. In the context of lawfare, the focus is on the use of the legal system as a tool of political struggle, which raises questions about the objectivity and independence of the legal system. Thus, lawfare often involves the use of judicial forums and legal procedures in a way that can distort or manipulate reality, rather than

14 In this article, Professor Nicolescu notes that “There is a real discontinuity between disciplinary boundaries: there is nothing, strictly nothing, between two disciplinary boundaries, if we insist on exploring this space between disciplines through old laws, norms, rules and practices. Radically new laws, norms, rules and practices are needed if we are to explore this space”; and: “We define disciplinary boundary as the totality of the results-past, present, and future-obtained by the laws, norms, rules, and practices of a given discipline.”

15 See a comprehensive analysis in Morss (2013).

16 See also Nicolescu (2006).

17 See also Piaget (1972, pp. 127-139).

objectively reveal it. Applying the ontological axiom in this context could mean that, despite the manipulations and distortions that can occur in the legal system, there is an objective reality that can be uncovered and demonstrated by fair and impartial means, from which we can conclude that we must seek truth and justice in a way that goes beyond political interests and manipulative legal strategies.

The logical axiom can also be applied to arguments and reasoning in court or in legal debates, and can help build a coherent case and avoid logical contradictions in arguments. Although logical principles leave more room for discretion than other axioms, they are generally important in critical thinking and in the accurate construction of an argument. Their application in lawfare depends on how they are used by the parties and whether they are followed in the legal process.

Interesting is the application of the ontological axiom in lawfare, in which actors should strive to discover and present objective truth in court. In other words, instead of being concerned with manipulating or distorting reality, the focus should be on presenting sound evidence and coherent arguments in accordance with objective principles of law. The ontological axiom stresses the idea that reality exists independently of our subjective perceptions. In lawfare, we have seen that it is essential to respect and protect judicial independence. Judicial decisions should be made impartially, free from political influence or manipulative strategies. When a case of lawfare is identified, it is important that all those involved rely on sound reasoning, logical arguments and factual evidence to support their case. From this point of view, the ontological axiom can be used in encouraging a fact-based and logical approach throughout the legal process. By applying this axiom, certain differences between subjects of international law can be highlighted, depending on their legal nature and their ability to take part in the normative elaboration and application process. For example, the widely held idea that law is concrete, normative and objective in a way that political ideologies are not has often been questioned. This critique includes the progressive structural transformation aimed at achieving human rights, taking into account its social and political implications (Matthews, 2023).

If we conduct the analysis from the perspective of broader struggles for legal reform and social justice, we can identify two different currents. The

first is a rejection of skeptical interpretations of theories that challenge the long-term impact of progressive legislation and litigation. The second is a restoration of “critical optimism” within the legal field, which incorporates elements of legal sociology. These currents, which we have observed in this study, highlight the importance of keeping our focus on transdisciplinarity (Lobel, 2007; McCann, 1994, pp. 278-295).¹⁸

In the previous chapter we presented specific human rights issues, precisely because this choice is the most appropriate for our transdisciplinary “inquiry”. Building on this line of thought, we will further explore this exercise through a humanity-specific comparison. According to Basarab Nicolescu’s model, there are four levels of reality: 1) the physical or empirical level perceptible by the senses and which can be studied by the scientific methods in physics, chemistry and biology; 2) the quantitative or mathematical level which deals with mathematical models and mathematical symbols, used in the exact sciences; 3) the mental or psychological level, which encompasses thought and consciousness, and can be studied through psychology, philosophy and other humanities; and 4) the transmental or transpersonal level, which transcends individual limits of consciousness and pertains to the connection with a higher level of existence and knowledge.

What would applying these levels of reality to lawfare management generally mean?

In answering this question, we see how the physical or empirical level is applied by gathering and presenting hard evidence and facts in support of a legal position, using empirical means such as documents, records, expert testimony, testimony and other tangible evidence to build a strong argument in a legal process or dispute. In the digital age, data gathering and analysis can play a significant role in lawfare by analysing metadata, retrieving electronic data, and presenting statistical data to support a particular claim or identify relevant patterns.

The quantitative or mathematical level can be found in the use of mathematical methods and concepts to analyse and interpret data and

¹⁸ The view that legal mobilization, a term coined by Michael McCann, must be assessed in the context of broader social movements for reform or social justice, in which legal battles are invariably embedded, as Pnina Werbner (2021) observes.

information relevant in a given situation, including risk assessment. Calculation methods, statistics and other mathematical tools are employed in this context to bolster arguments and inform decisions made in legal proceedings. When dealing with a damage case, an expert may use mathematical models to quantify the incurred losses or to estimate the impact of specific factors.

The mental or psychological level is reached through the study of thought and consciousness within the realm of lawfare, where we consider in particular the analysis of human rights and the responsibility of states in protecting them. This involves the study of values, morals and ethics, as established in the preceding chapters of this work.

Less commonly observed in lawfare is the transmental or transpersonal level, because it focuses on more subjective and deeper aspects of human experience. However, in terms of a person's criminal responsibility or mental competency, experts in the field of psychiatry or psychology may be called upon to assess mental state and determine whether a person is capable of understanding the charges and participating appropriately in the legal proceedings. The transmental level may be relevant in assessing the emotional and psychological harm endured by victims.

Mediation and other alternative dispute resolution methods focus on facilitating communication and understanding between the parties, covering not only legal issues but also emotional and interpersonal issues. One can imagine how assessing the credibility of a witness or a person's intentions means interpreting non-verbal language, facial expression, gestures and other subtle cues. Although we can continue the list of examples, the transmental or transpersonal level is not as objective and verifiable as the physical or mathematical levels, that are more commonly utilised.

It follows that the seeds of lawfare exist in everything. Transdisciplinarity brings an opportunity to find symmetry and serves as an appropriate and valuable accompanying method for those cases of great complexity and ambiguity, where imaginative thinking becomes essential (Duczyinski, Bachmann & Smith, 2021). The aforementioned descriptions further explain the ways of lawfare speculated in certain contexts, whereby traditional political goals can be pursued through legal and judicial means that can be courted by litigants attempting to use legal arguments in the

courtroom to achieve their own political and social goals (Davis & Le Roux, 2019; Roux, 2020).

At the military level, historiography includes various instances of conflicts in which participants, such as states and non-state actors, have attempted to achieve their strategic and political/military goals through the mixed use of several different media, and a combination of conventional and/or unconventional methods. Even warfare as a concept is emerging in multidisciplinary approaches: civilian and military, legal and illegal, kinetic and non-kinetic, high-tech and low-tech, social media, etc., while at the same time and continuously manifesting tangential capabilities in different domains, whether acknowledged or declared by practitioners or academia (Muñoz Mosquera & Muñoz Bravo, 2017).

Discussions can be numerous, but by analysing the context, systemic approach, collaboration and dialogue, we can gain new insights and potentially pave the way for the development of effective solutions.

Conclusions

The particularity of this article lies in its analysis of lawfare with the help of transdisciplinarity, in order to identify both the most extensive and different ways of manifestation of this phenomenon and the most comprehensive solutions. *Lawfare* is a concept that emerged in recent years as a reaction to complex societal challenges. It can be described as a transdisciplinary construct arising from the use of legal frameworks, processes and institutions to achieve the desired result, often under the guise of the phrase “using law for lawlessness”. It seeks to integrate knowledge and perspectives from different disciplines, almost without limit, to provide different interpretations or applications of the multifaceted, interconnected and interdependent nature of law.¹⁹

Transdisciplinarity in lawfare combines strategies for researching, analysing, managing and solving different problems, incorporating multiple components, including those of legal researchers, policy or social decision-makers, journalists and other stakeholders (Aalberts, Rajkovic & Gammeltoft-Hansen, 2016). As practitioners, if we consider these four levels of reality, we could potentially develop a more appropriate and comprehensive system of exploration, which

¹⁹ Some issues are presented under trans aspects in Hirsch Hadorn et al. (2008).

would lead to one result: a well-deserved attempt to develop an international law system that is more attuned to the complexity and diversity of the realities it confronts. Of course, in these endeavours we will also consider some of the criticisms that can be raised regarding the application of transdisciplinary theories to lawfare. We refer first of all to the complexity that may appear overwhelming at times, which may discourage the adoption of transdisciplinary methodologies. This may be compounded by the challenge of measurement, as it may seem difficult to assess the effectiveness of transdisciplinary theories when applied to the field of lawfare. But is there another applicable theory that is exempt from such criticism? Additionally, beyond the aforementioned critiques, transdisciplinary theories are sometimes criticized for their accessibility primarily to experts, making it challenging to implement them on a broader scale. And, even if we overcome this set of possible criticisms, practical application may encounter obstacles due to institutional limitations and issues of cooperation among different organisations, states or other international actors.

Theoretically, it would be possible to create a mechanism for applying transdisciplinary methodologies in lawfare by bringing together key capabilities such as: the participation of an interdisciplinary group of experts; a transparent process of debate and decision-making; the use of technology and advanced analytical methods (such as mathematical models and simulations); and implementing monitoring and evaluation systems for policies and decisions to enable necessary adjustments. In the future, we are likely to see increased utilization of technology and artificial intelligence, especially as the formulation of a public international law problem in mathematical terms requires a clear understanding of the relevant data, the key variables, the relationships between them and the objectives and criteria for evaluation.

All of this requires a paradigm shift, moving away from a one-dimensional approach and towards a complex and interconnected perspective. The challenge is significant, as it is tantamount to accepting changes in culture and mindsets among decision-makers and society at large.

Ultimately, the phenomenon of lawfare can affect the DNA of law, potentially resulting in errors, which in turn can lead to harm and subsequent legal liability. Under specific circumstances, lawfare has been observed to be employed as a means of self-defence, which forces legal research to work on the causal link between possible self-defence and liability exemptions. This concept is particularly significant as it directly influences human rights, affecting the

functioning of almost all social relations. From a conceptual point of view, we observe that Lawfare has been treated in theory as follows: 1) the definition of *lawfare*, which provides an overview of previous attempts; 2) the identification of the prevalence of two interdependent forms: (a) “instrumental lawfare” - the use of legal instruments to achieve the same or similar effects as those traditionally sought from kinetic military action, and (b) “disparity lawfare with compliance leverage” - legislation designed to gain advantage from the greater influence that law and its processes exert over an adversary; 3) government’s approach to lawfare to date; 4) analysis of the reasons behind the increasing impact and prevalence of lawfare, including the proliferation and expansion of international laws and tribunals, the rise of non-governmental organizations focused on the law of armed conflict and related issues, and the progress of globalization and hence economic interdependence (Kittrie, 2016, pp. 1-50).

Even international humanitarian law is reaching a stage where it is necessary to impose new regulations to effectively and efficiently identify, coordinate and sanction lawfare practices when required. It is advisable to consider a multilateral treaty to subject this issue to international regulation. As for other treaties in different fields, the recommendations are for amendments imposing standards on lawfare. Treaty amendment through subsequent practice extends to all areas of international law, from the law of the sea, environmental law and investment law to humanitarian law and human rights. Amendments of this kind can have significant practical consequences, from revising or creating new rights and obligations to establishing new institutional arrangements.²⁰ The positive norm whose violation may entail state responsibility is mainly established on the basis of the incidence of various international law institutions that may justify attribution of a wrongful act, including obligations related to human rights or the environment. For instance, in the United States, the Alien Tort Claims Act of 1876 established the jurisdiction of US courts over violations of public international law, such as tort liability. American courts had jurisdiction to try acts constituting torts committed during the exploitation of natural resources or the construction of building projects by multinational corporations. However, it is worth noting that no damages were ever awarded under this act and no tort attributable to a state authority has been established (Sornarajah, 2010, p. 27).

²⁰ For details, see Buga (2018).

This is not a limitation, but rather a competence of international law. Several works have examined this issue, and the debate on legality and lawfare in the implementation of regimes has been initiated. The power of legality is further dissected (Ranganathan, 2016). Even in the context of potential discussions for a multilateral treaty, a significant challenge would arise concerning the potential deterrent effects on states that engage in lawfare. As lawfare is currently perceived as an uncontrolled and unlimited weapon, some states may be reluctant to limit or subject it to international regulation, as it remains their most effective tool in the present era. These features are closely related to some important functions of international law and include: maintaining international peace and security; ensuring fundamental freedoms and human rights; refraining from the threat or use of force by a state against the territorial integrity or political independence of any state; the right to self-determination; achieving international cooperation in solving international problems of an economic,²¹ social, cultural and humanitarian character; and settling disputes.

Lawfare can be mitigated by implementing protective measures that are tailored to address the various forms it can take: appropriate protections for human rights and freedoms so that threats of this kind are eradicated as far as possible; appropriate international regulations; and education that can achieve the level of legal literacy necessary to prevent any form of use of the law for lawlessness. Finally, we stress the importance of protecting the independence of the judiciary and promoting transparency and accountability in the exercise of lawfare. Cross-disciplinary tools and collaboration between different fields can contribute to the development of effective solutions to counter abuses of lawfare and maintain the integrity of legal systems in a democratic and just society.

Journalists, legal specialists (practitioners and theorists) and activists from different fields have a key role to play in identifying cases of lawfare, for which cooperation is essential.

21 Economic integration triggers a continuous process of codifying international legal norms, doubled by a rich jurisprudence within the broader framework of international economic relationships. These relationships constitute the basis of multi - and bilateral agreements aimed at their effective implementation and the outlining of what is called “international economic order” in a globalized world. This universal system interconnects the economic dimension with social and legal realities, blending common interests such as the environmental protection, the green economy, biotechnology, artificial intelligence, digital technology, etc. These efforts are designed to promote the development of adequate governmental policies. See Didea & Ilie (2019, pp. 94-95).

References

- Aalberts, T., Rajkovic, N. M., & Gammeltoft-Hansen, T. (2016). Introduction: Legality, Interdisciplinarity and the Study of Practices. *The Power of Legality* (pp. 1-26). Cambridge University Press.
- Allard, J., & Garapon, A. (2005). *Les Juges dans la mondialisation : La nouvelle révolution du droit*. Editions du Seuil and La République des idées.
- Buga, I. (2018). *Modification of Treaties by Subsequent Practice*. Oxford.
- Butt, S. & Lindsey, T. (2013). Judicial Mafia: The Courts and State Illegality in Indonesia. In E. Aspinall & G. van Klinken (Eds.), *The State and Illegality in Indonesia* (pp. 189-213). KITLV Press.
- Carvalho, A. (2005). Representing the politics of the greenhouse effect. *Critical Discourse Studies*, 2(1), 1-29.
- Charter of Transdisciplinarity. (1994, November 2-6). Adopted at the First World Congress on Transdisciplinarity, Convento da Arrábida, Portugal.
- Cheng, D. (2012). *Winning Without Fighting: Chinese Legal Warfare*. The Heritage Foundation. Retrieved November 25, 2022, from <https://www.heritage.org/asia/report/winning-without-fighting-chinese-legal-warfare>
- Ciutacu, C., Chivu, L., & Jean, V. A. (2017). Land grabbing: A review of extent and possible consequences in Romania. *Land Use Policy*, 62, 143-150. <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2017.01.001>
- 62 Collins English Dictionary. (n.d.). Lawfare. Retrieved November 23, 2022, from <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/lawfare>
- Cribb, R. (Ed.). (1990). *The Indonesian Killings: Studies from Java and Bali*. Centre of Southeast Asian Studies, Monash University.
- Davis, D., & Le Roux, M. (2019). *Lawfare: Judging Politics in South Africa*. Jonathan Ball Publishers.
- Didea, I., & Ilie, D. M. (2019). (R)evolution of the insolvency law in a globalized economy. *Juridical Tribune - Tribuna Juridica*, 9(1), 94-95.
- Duczynski, G., Bachmann, S., & Smith, M. (2021). Operational Design, Taming Wicked Problems, and Lawfare. *Journal of Information Warfare*, 20(3), 73-89.

- Dunlap, C. J. (2001). Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts (Paper presented at the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference). http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6193&context=faculty_scholarship
- Giddens, A. (1990). *The Consequences of Modernity*. Polity Press.
- Goldenziel, J. (2022, February 20). Ukraine Is Weaponizing Corporations Against Russia-Using Lawfare. *Forbes*.
- Graham, R. (2016). How Terrorists Use Encryption. *CTC Sentinel*, 9(6), 20-26.
- Hadorn, G. H., Hoffmann-Riem, H., Biber-Klemm, S., Grossenbacher-Mansuy, W., Joye, D., Pohl, C., Wiesmann, U., & Zemp, E. (Eds.). (2008). *Handbook of Transdisciplinary Research*. Springer.
- Hasian, M. (2014). Biopolitics and Thanatopolitics at Guantánamo, and the Weapons of the Weak in the Lawfare over Force-Feeding. *Law & Literature*, 26(3), 343-364.
- Hendricks, V. F., & Vestergaard, M. (2019). *Reality Lost: Markets of Attention, Misinformation and Manipulation*. Springer. Retrieved November 28, 2022, from <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-00813-0>
- Hornby, A. S. (1995). *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*. Oxford University Press.
- Joyner, C. C. (2005). *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*. Rowman & Littlefield Publishers.
- Kittrie, O. F. (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford Academic.
- Konkes, C. (2018). Green Lawfare: Environmental Public Interest Litigation and Mediatized Environmental Conflict. *Environmental Communication*, 12(2), 191-203.
- Lakomy, M. (2022). Why Do Online Countering Violent Extremism Strategies Not Work? The Case of Digital Jihad. *Terrorism and Political Violence*. <https://doi.org/10.1080/09546553.2022.2038575>
- Lazarus, R. (2009). Super wicked problems and climate change: Restraining the present to liberate the future. *Cornell Law Review*, 94, 1153-1234.

- Lobel, O. (2007). The Paradox of Extralegal Activism: Critical Legal Consciousness and Transformative Politics. *Harvard Law Review*, 120(4), 937-988.
- Lochak, D. (2018). Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers. Quelles causes ? Quels enjeux ? In S. Barbou des Places and F. Audren, *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?* (pp. 279-294). LGDJ.
- Maclean, K. (2012). Lawfare and Impunity in Burma since the 2000 Ban on Forced Labour. *Asian Studies Review*, 36(2), 189-206.
- Matthews, T. (2023). Interrogating the Debates Around Lawfare and Legal Mobilization: A Literature Review. *Journal of Human Rights Practice*, 15(1), 24-45. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huac044>
- McCann, M. W. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. University of Chicago Press.
- McGrath, C. (2008). Flying foxes, dams and whales: Using federal environmental laws in the public interest. *Environmental and Planning Law Journal*, 25(5), 324-359.
- Mietzner, M. (2010). Electoral Contestations and Economic Resilience. *Asian Survey*, 50(1), 185-194.
- Morss, J. R. (2013). *International Law as the Law of Collectives: Toward a Law of People*. Routledge.
- Muñoz Mosquera, A., & Muñoz Bravo, A. (2017). The Legal Domain: A Need for Hybrid Warfare Environments. NATO Legal Matters. *The Operational Law Quarterly*, 2.
- Nance, M., & Sampson, C. (2017). *Hacking ISIS: How to Destroy the Cyber Jihad*. Skyhorse Publishing.
- Nicolescu, B. (2002). *La transdisciplinarité manifeste* (K. C. Voss, Trans.) Rocher. (Original work published in 1996).
- Nicolescu, B. (2006). Transdisciplinarity-Past, present and future. In B. Haverkort & C. Reijntjes (Eds.), *Moving world-views-Reshaping sciences, policies and practices for endogenous sustainable development*. COMPAS Editions.

- Niculescu, B. (2014). Methodology of Transdisciplinarity. *World Futures*, 70(3-4), 186-199. <https://doi.org/10.1080/02604027.2014.934631>
- Nordau, M. (1921). *The Conventional Lies of Our Civilization* (M. Cantianu, Trans.). Ed. Socec & Co Bookstore.
- Peretz, I. (1915). *Course on the History of Romanian Law*. Curierul Judiciar.
- Piaget, J. (1972). L'épistémologie des relations interdisciplinaires. In G. Berger, A. Briggs, & G. Michaud (Eds.), *L'interdisciplinarité-Problèmes d'enseignement et de recherche* (pp. 155-171). Organization for Economic Cooperation and Development.
- Ponta, A. (2021). Legal instability in cyberspace and OSCE's mitigation role. *Juridical Tribune – Tribuna Juridica*, 11(3), 411-429.
- Popa, N. (2014). *General Theory of Law* (5th ed.). C.H. Beck.
- Popa, C. (2017). Principles of international law of investments, recognition and trajectory. *Juridical Tribune – Tribuna Juridica*, 7(1), 153-163.
- Priyatno, D., Kamilah, A., & Mulyana, A. (2023). Corporate crime in expropriating land rights through intimidation and criminalization. *Cogent Social Sciences*, 9(1). <https://doi.org/10.1080/23311886.2023.2187739>
- Qiao, L., & Wang, X. (2002). *Unrestricted Warfare: China's Master Plan to Destroy America*. Newsmax.Com.
- Ranganathan, S. (2016). Legality and lawfare in regime implementation. In N. Rajkovic, T. Aalberts, & T. Gammeltoft-Hansen (Eds.), *The Power of Legality: Practices of International Law and their Politics* (pp. 287-308). Cambridge University Press.
- Roux, T. (2020). The Constitutional Court's 2018 term: lawfare or window on the struggle for democratic social transformation? *Constitutional Court Review*, 10, 1-42.
- Sembiring, R. (2019). Formulate anti strategic lawsuit against public participation in Indonesia. *Bina Hukum Lingkungan*, 3(2), 186-203.
- Shaw, M. (1983). The international status of national liberation movements. *Liverpool Law Review*, 5, 19-34.

- Sieber, A. (2021). Digital Barbarism: The New Colonization of the Mind. *Critical Arts*, 35(5-6), 252-260.
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on foreign investment* (3rd ed.). Cambridge University.
- Telle, K. (2018). Faith on Trial: Blasphemy and 'Lawfare', in Indonesia. *Ethnos*, 83(2), 371-391.
- Ukrainian government. (n.d.). Law Confrontation with Russian Federation. Retrieved November 28, 2022, from <https://lawfare.gov.ua/>
- Veen, J., & Boeke, S. (2020). No Backdoors: Investigating the Dutch Standpoint on Encryption. *Policy and Internet*, 12(4), 503-524.
- Werbner, P. (2021). Legal mobilisation, legal scepticism and the limits of 'lawfare': between law and politics in union activism in Botswana. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 53(3), 593-608. <https://doi.org/10.1080/07329113.2021.1949898>

Luis Alberto Sierra Pajoy*

Escuela Superior de la Administración Pública (Bogotá, Colombia)
luisierrap@hotmail.com

José Luis Osorio Muñoz**

Escuela Superior de la Administración Pública (Bogotá, Colombia)
jlom_20@hotmail.com

**Interpretación neoconstitucional del derecho
al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión
sobre la política pública del consumo de cigarrillo
en los establecimientos penitenciarios y carcelarios
de Colombia*****

*Neoconstitutional Interpretation of the Right to Free
Development of Personality: A Reflection on Public Policy
Regarding Cigarette Consumption in Penitentiary and
Prison Establishments in Colombia*

*Interpretação neoconstitucional do direito ao livre
desenvolvimento da personalidade: uma reflexão
sobre a política pública de consumo de cigarros em
estabelecimentos penitenciários e prisionais na Colômbia*

Artículo de reflexión: recibido 13/07/2023 y aprobado 02/08/23

* Administrador Público de la Escuela Superior de Administración Pública (Colombia). Abogado de la Universidad Libre (Colombia). Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado (Colombia). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Icesi (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Icesi (Colombia). Candidato a

doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Autor de la publicación “Análisis en perspectiva de Derechos Humanos del Convenio sobre Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8831-6648>
** Abogado de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Icesi (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad Icesi (Colombia). Candidato a doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Autor de múltiples publicaciones como “Del liberalismo al perfeccionismo: Dos concepciones sobre las funciones del Estado”; “El perfeccionismo modesto una propuesta iusfilosófica a las sentencias C-221-94 C-040-06 y C-491-12 de la Corte Constitucional Colombiana”; “Reflexiones éticas sobre el hacinamiento carcelario en la sentencia T-153 de 1998”, y “Análisis en perspectiva de Derechos Humanos del Convenio sobre Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4995-1777>

*** Este artículo es el producto de una reflexión original y auténtica que surge después de haber cursado estudios de doctorado en Ciencias Jurídicas. Constituye una puerta de entrada para abordar el estudio detenido y profundo sobre las herramientas teóricas que permiten afianzar las decisiones judiciales de la Corte Constitucional en Colombia al momento de establecer una definición sustantiva de los derechos fundamentales en un determinado entorno social. No existe de momento un conflicto de interés en atención al origen y contenido del artículo. Los autores no recibieron apoyo financiero para la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v23.6263>

Cómo citar:

Sierra Pajoy, L. A.; Osorio Muñoz, J. L. (2023). Interpretación neoconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión sobre la política pública del consumo de cigarrillo en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia. *Precedente Revista Jurídica*, 23, 67-94. <https://doi.org/10.18046/prec.v23.6263>



Resumen

El presente artículo establece que la Corte Constitucional colombiana fundamenta una interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad a partir de una política pública de estirpe liberal, auspiciada por el paradigma del nuevo constitucionalismo. El marco contextual en el cual se desarrolla esta hipótesis es la República de Colombia, donde se profirió la Sentencia T-479 de 2015. Se concluye que existen mínimamente unos compromisos morales entre el Estado y sus ciudadanos, más allá del simple mantenimiento del orden público que predica la neutralidad liberal. Así, por ejemplo, el impacto de la política pública del consumo de cigarrillos en establecimientos penitenciarios configura compromisos que deberían ser atendidos por el Estado. Para arribar al objetivo de este trabajo, se utiliza un tipo de estudio jurídico descriptivo que permite delimitar el objeto de análisis, utilizando, a través de la deducción como método, una herramienta que permita llegar a concreciones sobre el caso particular de la Sentencia T-479 de 2015. El trabajo intenta responder el problema de investigación sobre si el paradigma neoconstitucionalista es una herramienta que permite la interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el marco de la política pública del consumo de cigarrillos en establecimientos penitenciarios.

Palabras clave: libre desarrollo de la personalidad; Estado social y democrático de derecho; política pública; consumo; establecimientos penitenciarios.

Abstract

This article establishes that the Colombian Constitutional Court bases a substantial interpretation and definition of the right to the free development of personality on a public policy of liberal lineage, sponsored by the paradigm of the new constitutionalism. The contextual framework in which this hypothesis is developed is the Republic of Colombia, where judgment T-479 of 2015 was issued. It is concluded that there are minimal moral commitments between the State and its citizens, beyond the simple maintenance of public order preached by liberal neutrality. For example, the impact of public policy on cigarette consumption in prisons configures commitments that should be met by the State. To achieve the objective of this work, a type of descriptive legal study is used, allowing for the delimitation of the object of analysis. Through deduction as a method, a tool is utilized that enables concrete conclusions to be reached regarding the particular case of the sentence T-479 of 2015. The work aims to address the research problem of whether the neoconstitutionalist paradigm is a tool that allows the interpretation and substantial definition of the right to the free development of personality within the framework of the public policy of cigarette consumption in penitentiary establishments.

Keywords: Free Development of Personality; Social and Democratic State of Law; Public Policy; Consumption; Penitentiary Establishments.

Resumo

Este artigo estabelece que o Tribunal Constitucional colombiano fundamenta uma interpretação e definição substancial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade a partir de uma política pública de linhagem liberal, patrocinada pelo paradigma do novo constitucionalismo. O marco contextual no qual esta hipótese é desenvolvida é a República da Colômbia, onde foi proferida a Sentença T-479 de 2015. Conclui-se que existem compromissos morais mínimos entre o Estado e seus cidadãos, além da simples manutenção da ordem pública que prega a neutralidade liberal. Por exemplo, o impacto da política pública sobre o consumo de cigarros nas prisões configura compromissos que devem ser cumpridos pelo Estado. Para chegar ao objetivo deste trabalho, é utilizado um tipo de estudo jurídico descritivo que permite delimitar o objeto de análise, utilizando, por meio da dedução como método, uma ferramenta que permite chegar a concreções sobre o caso específico da sentença T 479 de 2015. O trabalho visa responder ao problema de pesquisa sobre se o paradigma neoconstitucionalista é uma ferramenta que permite a interpretação e definição substancial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no âmbito da política pública de consumo de cigarros em estabelecimentos penitenciários.

Palavras-chave: livre desenvolvimento da personalidade, Estado social e democrático de direito, políticas públicas, consumo, estabelecimentos penitenciários.

Introducción

En Estados constitucionales modernos como el colombiano, la interpretación y definición sustancial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad parecen estar desprovistas de un *telos* por los jueces de la Corte Constitucional. El sentido que le adscriben al contenido de este derecho es el de una libertad para actuar de cualquier modo sin ser obstaculizado, siempre que no se atente contra derechos de un tercero ni contra el orden constitucional.

Uno de los mayores problemas con la interpretación que acoge intelectualmente la Corte estriba en el hecho de que, en principio, no parece responder a los compromisos morales que se le pueden adjudicar al Estado en la formación caracterial de sus ciudadanos. Principalmente, no responde a un compromiso moral porque se desentiende de procurar la formación de buenos seres humanos para la sostenibilidad del bien común.

El Estado en la actualidad no debe ser visto únicamente en términos instrumentales relacionados con el bien común. Por el contrario, su misión demanda obligaciones más exigentes con el individuo que se encuentra bajo su cuidado. Las razones podrían comprenderse en el entendido de que el Estado no reconoce y garantiza derechos exclusivamente con el fin de garantizar la convivencia, sino que los reconoce y garantiza porque sabe que el bienestar individual es un bien con valor intrínseco.

Vistas las cosas de esta manera, el reconocimiento y protección de aquellos bienes que hacen del individuo un mejor ciudadano ameritan que los jueces constitucionales adscriban contenidos al libre desarrollo de la personalidad, conforme a aquello que verdaderamente contribuye al mejoramiento de la democracia, la convivencia pacífica y el bien común.

Para el desarrollo de este propósito, se tienen propuestas o modelos teóricos políticos como los del *perfeccionismo*, que pueden presentarse como una opción razonable. En este sentido, de manera breve, se plantea cómo se podría atender casos como el consumo de cigarrillo desde la perspectiva de un Estado que asume y reconoce los compromisos morales con los individuos.

Es a partir de lo anteriormente expuesto que este artículo también busca poner de presente una de las principales deficiencias en los jueces constitucionales colombianos al inscribirse en el modelo neoconstitucional, que aparentemente aboga por el reconocimiento y la defensa de los intereses individuales de los ciudadanos, pero no logra reflejar adecuadamente los valores morales.

En un análisis a la Sentencia T-479 de 2015, este escrito plantea como hipótesis que el neoconstitucionalismo permitió fundamentar la actual interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que produjo avances en la consolidación de una política pública relacionada con el consumo de tabaco al interior de los establecimientos penitenciarios en Colombia.

1. La presencia del nuevo constitucionalismo en el Estado colombiano

El *neoconstitucionalismo* es un neologismo que ha sido utilizado para intentar definir una teoría del derecho, una metodología jurídica o una ideología sobre el modelo de Estado de derecho (Solano, 2016, p. 162). Este uso del término es una de las razones por las cuales ha resultado un poco problemática la identificación precisa y unánime de algunos académicos (Comanducci, 2002). De aquí se sigue que en países latinoamericanos, como Colombia, se utilice para identificar una concepción particular sobre el papel de la constitución y la democracia.

El concepto lleva implícita una fuerte tendencia hacia la constitucionalización del derecho. Puede considerarse un paradigma que abriga la pretensión de que todo el ordenamiento jurídico del Estado de derecho se encuentra acorde a los mandatos constitucionales. En él también se encuentran nuevas formas de control democrático a la actividad legislativa, como el control de constitucionalidad.

En Colombia el control de constitucionalidad se encuentra a cargo de la Corte Constitucional y opera tanto de manera automática, por orden de la constitución, como por solicitud ciudadana,¹ a través de demanda. Sin embargo, esta no es la única característica con la que puede identificarse el neoconstitucionalismo; existen otras características como, por ejemplo, el papel protagónico de los principios constitucionales en la interpretación y aplicación del derecho.

1 El artículo 241 de la Constitución Política colombiana de 1991 definió estas funciones: Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Un rasgo teórico y distintivo, atribuido al neoconstitucionalismo, es la convergencia entre moral y derecho. La aparición de los principios en textos constitucionales se ha visto como una forma de positivizar la moral. Un asunto que no deja de lado la problemática de la aplicación de los principios, los cuales, por su indeterminación en el antecedente fáctico y su carencia de consecuente jurídico, dejan un amplio margen para la discrecionalidad judicial (Guastini, 1999).

A diferencia de las reglas, los principios no operan como enunciados condicionales (si F, entonces G) (Guastini, 2015). Esta característica tan particular de los principios imposibilita la aplicación por subsunción.² Por el contrario, los principios operan mediante ponderación: un método que implica la aplicación de un principio de proporcionalidad, el cual se estructura a partir de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (Alexy, 2010).

El subprincipio de idoneidad atiende a la exclusión de medios que perjudiquen la realización de un principio sin favorecer por lo menos uno de los principios en el objetivo que pretenden. Por su parte, el subprincipio de necesidad, aunque también atiende a los medios, específicamente, dispone utilizar el medio que menos perjudique a otro u otros principios, y el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido atiende a que, cuanto mayor sea el incumplimiento de un principio, mayor debe ser la importancia del principio que prevalezca.

Desde luego, esta aplicación del método de ponderación ha sido objeto de fuertes críticas, por autores como Habermas, pero lo cierto es que para los propósitos de este trabajo no nos detendremos en ello. Conviene, por el contrario, poner de presente que la función de los principios en el neoconstitucionalismo se justifica en la resolución de antinomias e interpretación adecuadora de las normas del ordenamiento jurídico con la Constitución.

A partir de la interpretación de las normas a la Constitución, se perfila la identificación del neoconstitucionalismo como ideología. Paolo Comanducci (2002) así lo comparte al manifestar que las técnicas interpretativas de la ley derivan del objeto de la Constitución. Además, la concepción del neoconstitucionalismo como ideología se sustenta en el hecho de equiparar

² Para autores como Riccardo Guastini, “subsumir” significa adscribir un individuo (en sentido lógico) a una clase (subsunción individual) o incluir una clase en una más amplia (subsunción “genérica”, como se le llama).

la Constitución como cuerpo normativo a un modelo axiológico en el cual se hace moralmente exigible que las leyes estén conformes.

La equiparación de la Constitución a un modelo axiológico ha contribuido a identificar al neoconstitucionalismo como una teoría. En apoyo de esta concepción, se tiene el hecho invasivo de los derechos fundamentales en los textos legales que impactan en la interpretación y en la aplicación de la ley. De esta manera, se erige y se entreteje toda una actividad a cargo de los jueces, quienes definen qué es y qué no es derecho, constituyendo “precedentes” como una especie de decálogos.

Estos “precedentes” que se gestan desde el neoconstitucionalismo vienen a cumplir una función metodológica. En primer lugar, establecen el monopolio interpretativo, y en segundo, se vuelven vinculantes, por no decir obligatorios, para las autoridades del Estado colombiano. A esto se suma que los jueces, en una gran mayoría, suscriben, consciente o inconscientemente, la tesis sobre la conexión justificativa entre el derecho y la moral, considerando legítimas sus decisiones en cuanto reconocen esta relación.

El neoconstitucionalismo, como una teoría del derecho, una metodología jurídica o una ideología, bien puede ser objeto de críticas. La ausencia de algún requisito para clasificarlo de una u otra manera es una razón en la que se formularían objeciones. Sin embargo, uno de los propósitos de este apartado consiste en dar cuenta de una aproximación al vocablo y no en los reparos que se le puedan formular. Asimismo, intenta dar cuenta de la presencia del concepto dentro del estudio jurisprudencial de un caso puntual.

Por el momento, basta señalar que la identificación del neoconstitucionalismo en Colombia se aprecia con el protagonismo judicial, la aplicación de principios a través de la ponderación y la positivización de los principios en el texto constitucional. En lo que sigue, veremos un caso conocido por la Corte Constitucional colombiana y se expondrán los argumentos de estirpe neoconstitucionalista que permitieron tomar la decisión.

2. Planteamientos neoconstitucionales de la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana

La Sentencia T-479 del 4 de agosto del año 2015 fue precedida por la sala octava de revisión de la Corte Constitucional colombiana.³ La ponencia de la providencia judicial estuvo a cargo del magistrado Alberto Rojas Ríos. Se profirió sentencia con ocasión de una acción de tutela (amparo) promovida por las ciudadanas Deisi Paola Jurado y sesenta y una⁴ (61) mujeres más contra el establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto.

Los hechos materia de amparo se originaron con ocasión de ordenar al director de la Cárcel de Pasto “autorizar el consumo de cigarrillo en el pabellón de mujeres de este establecimiento, adecuando un espacio para área de fumadores” (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 5). De la misma manera, fue objeto de solicitud de amparo la búsqueda de un trato igualitario para las personas reclusas en el centro de prisión, dado que los hombres contaban con un espacio para fumar mientras que las mujeres no lo tenían.

Dentro de los hechos manifestados por las mujeres accionantes, se destaca la solicitud de igualdad en la aplicación de la ley y en el trato de las autoridades hacia todos los reclusos del centro penitenciario. Concretamente dicen: “todos los internos de este establecimiento carcelario tenemos los mismos derechos, deberes y garantías”, sometidos a un mismo régimen, y por ende deben recibir “el mismo tratamiento por parte de la Ley y las autoridades” (Corte Constitucional,

3 En Colombia, la Constitución Política de 1991, en el artículo 239, autorizó la creación de una Corte con el fin de guardar la integridad y supremacía de la Carta Política. Esta institución estaría conformada por un número de miembros impares, el cual, por disposición del artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia), sería de nueve magistrados. Estos magistrados conforman salas de 3 magistrados que resuelven acciones de tutela o amparo.

4 Rosa Martínez, Ximena Villacorte, Ingrid Riascos, Vanesa Ruiz, Paula Corredor, Yuly Fuisury Toro, Saira Caracas Mosquera, Mónica Lorena Guerrero, Adriana Recalde, Luz Angélica Reyes, Margoth Ruano, Ana Gloria Guerrero, Paula Carmenza Otero, Karol Viviana Yela Burbano, Paula Marcela Bello Morinelly, Patricia Córdoba, Martha Liliana Ávila, Yeny Rubiel Mallama, Lucy Narváez, María Victoria Martínez, Evelin María Vargas Gamboa, Marta Emérita Ortega, Sonia Sánchez Socorro Gómez, Johana Stefani Ramírez, Paola Chávez, Lorena Bacca, Johana Sánchez, Luz Dary Guerrero, Diana Tarapuez, Jesica Benavides, Luz Dari Meneses, Izabel Zambrabo, luz Dari Cardona, Jennifer Naspiran, Carmen Chaspuengal, Aida Figueroe, Jhovana Delgado, Mónica Alvarado, Paola Andrade, Lucía Viscaino, Sandra Milena Duarte, Paola Andrea Delgado, Irma Molina Bolaños, Amparo Aguirre, Mayoli Narváez, Socorro Bastidas, Sandra Milena Igua, Sandra Puetate, Jenny Rodríguez, Sandra Morillo, Daissy Pinchao, Yuri Vanessa Narváez, Paola Benavides Mera, Cecilia Torres, Ana Patricia Chávez, Andrea Carolina Paz, Lorena, Hoyos Ibarra, Yuly Rico y Georgina Jaramillo.

T-479, 2015, p. 5). En consecuencia, solicitan la protección al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

Por otro lado, en la contestación a la acción de tutela (amparo), el establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto manifestó que no considera haber vulnerado derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las mujeres accionantes. En primer lugar, porque asegura actuar en cumplimiento de la Ley 1335 de 2009 —Ley Antitabaco— y la Resolución 1956 de 2006;⁵ normas que regulan y adoptan medidas relacionadas con el consumo de cigarrillo o tabaco, y que además prohíben el consumo de cigarrillo en establecimientos cerrados.

En segundo lugar, indican que la prohibición para fumar en el pabellón de mujeres se debe a que no cuenta con una zona al aire libre, contrario a lo que sucede en el área donde se encuentran los hombres, cuyos patios tienen una estructura de cuatro (4) muros sin techo, apta para el consumo de cigarrillo; por tanto, de dicha situación no se derivaría una vulneración al derecho a la igualdad.

Surtida la contestación, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto,⁶ mediante fallo de primera instancia del 19 de febrero de 2015, negó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad invocados por las accionantes, al considerar que

5 Expedida por el Ministerio de la Protección Social.

6 Es importante tener en cuenta que en Colombia todos los jueces tienen competencia para conocer de acciones constitucionales (amparo). Esto implica que un juez de cualquier especialidad pueda conocer de un problema jurídico que no sea de su especialidad, siempre y cuando esté en peligro un derecho fundamental y se presente una acción de tutela. En este sentido, la Constitución Política colombiana de 1991, en su artículo 86, establece:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

conforme a la pruebas allegadas al expediente de tutela, se evidencia que las instalaciones donde se encuentran las accionantes no posibilitan el consumo de cigarrillo sin menoscabar el derecho a un ambiente sano, el cual no es ajeno a las normas constitucionales y el derecho de quienes no fuman, sumado a que el presupuesto asignado está destinado a suplir las necesidades prioritarias de todas las internas en general. (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 7)

Además, para el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto, no se puede hablar de una vulneración al derecho fundamental a la igualdad, toda vez que dicha vulneración se produce ante tratamientos diferentes de quienes se encuentran en similares condiciones o circunstancias frente a otros; es decir, frente a quienes comparten los mismo supuestos fácticos y son tratados de diferente forma sin una causa objetiva, mientras que en el caso *sub examine* las accionantes no se encontraban en iguales circunstancias que los hombres, al no contar con un área al aire libre.

En la revisión de los fallos judiciales por acción de tutela que hace la Corte Constitucional, esta corporación eligió el caso presentado por las mujeres de la penitenciaría de la ciudad de Pasto. Las competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política colombiana y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, habilitaron a la Corte para realizar control⁷ del fallo emitido en primera instancia.

En su actuación, la Corte ordenó la comisión al juez Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto, con el propósito de llevar a cabo una inspección judicial al establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto, en compañía del defensor del pueblo de dicha ciudad. Allí se logró evidenciar que el patio de las mujeres recluidas no cuenta con una zona de actividad física y, dada la infraestructura del centro penitenciario, no era posible su adecuación, porque en el sitio convergen fumadoras y no fumadoras, a quienes se les debía garantizar sus derechos.

Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) manifestó que cualquier orden de adecuación física correspondía a la Unidad

7 De acuerdo a la Sentencia C-122 de 2011, el sistema jurídico colombiano tiene un control de constitucionalidad mixto, en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución, sin perjuicio del control concentrado de constitucionalidad que ejerce preferentemente la Corte Constitucional.

de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC). La USPEC, en respuesta al llamado de la Corte, manifestó que, en caso de ordenar obras en la penitenciaría de Pasto, vinculara al Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, a fin de que suministraran los recursos económicos necesarios.

Para la Corte, en este caso sí se vulneraron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de las accionantes, al no contar con un espacio al aire libre en el pabellón de mujeres, donde las internas puedan fumar y hacer ejercicio físico. En consecuencia, ordenó revocar el fallo del juzgado Cuarto Penal del Circuito de San Juan de Pasto y que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia se garantizara con efectos *inter comunis* a todas la reclusas de este establecimiento el acceso y disfrute a un espacio al aire libre, en la cancha del personal administrativo adyacente al pabellón de mujeres; igualmente, ordenó la adecuación y establecimiento de un horario que diera a las mujeres la posibilidad de fumar.

Ahora veamos como arribó la Corte a su decisión y cuáles fueron los argumentos que utilizó. Inicialmente, para la Corte, no contar con un espacio físico para el ejercicio y no contar con un espacio físico para fumar violan en la misma medida los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.⁸ Argumenta que, por la naturaleza de la acción de tutela (amparo), la labor del juez debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales —derechos fundamentales—, por lo que pronunciarse sobre un hecho que no ha sido materia de amparo es viable en cuanto encuentre correspondencia con derechos fundamentales invocados como vulnerados.

Se observa que el actuar de la Corte corresponde con posturas neoconstitucionales al otorgarle un protagonismo al juez colegiado en la defensa de los derechos fundamentales, aun cuando no se estima con claridad una necesidad jurídica prevista con ocasión de una norma. Lo que se estima es un claro control democrático escudado bajo los principios defendidos por la Constitución.

⁸ Es importante poner de presente que las accionantes no interpusieron la acción de tutela porque no contaran con un espacio físico para ejercitarse, sino porque no contaban con un espacio físico para fumar (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 13).

En cuanto al razonamiento de la Corte, es claro que incurre en una falacia *non sequitur*: el hecho de no contar con un espacio para el ejercicio en un centro penitenciario no necesariamente implica que la ausencia de un espacio para fumar en dicho centro penitenciario vulnere los mismos derechos fundamentales, en especial al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad.

El motivo por el cual no se sigue necesariamente un hecho del otro radica en que las actividades a realizar son completamente diferentes. De esta premisa se desprende la relación con el ejercicio de los derechos fundamentales. En otras palabras, la necesidad de contar con un espacio físico para realizar ejercicio trae consigo el ejercicio de unos derechos fundamentales precisos, como el derecho a la autonomía, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, mientras que el requerimiento de un espacio físico para fumar implica el ejercicio de otros derechos que pueden entrar en discusión sobre la legitimidad de su ejecución.

Además del argumento de equiparar el espacio físico para el ejercicio con un espacio físico para fumar, la Corte sustenta su decisión a partir del análisis de las personas que se encuentran con pena privativa de la libertad, el análisis del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de las personas privadas de la libertad y el análisis del marco jurídico sobre el uso y consumo del cigarrillo en Colombia.

La Corte busca legitimar su decisión a partir de la amplia flexibilidad que le permiten las disposiciones principialistas de la Constitución. La aplicación del derecho se hace desde un análisis que escapa a la necesidad de hallar respuestas en el ordenamiento positivo, lo cual es un aspecto importante que identifica su correspondencia con el neoconstitucionalismo.

En lo que interesa a los propósitos de este trabajo, brevemente se presenta lo tenido en cuenta en el análisis de las personas que se encuentran con pena privativa de la libertad y en el análisis del marco jurídico sobre el uso y consumo del cigarrillo en Colombia, para entrar en mayor detalle con el análisis del ejercicio al libre desarrollo de la personalidad de las personas privadas de la libertad, donde se puede constatar con mayor practicidad la influencia neoconstitucionalista de la Corte en la definición sustantiva de este derecho.

Para la Corte, las personas que se encuentran privadas de la libertad en los centros penitenciarios son sujetos de especial protección. Esta condición deriva del vínculo de especial relación de sujeción que se origina del sometimiento del condenado al régimen disciplinario del establecimiento penitenciario.

El argumento sobre el estatus de especial protección del condenado es previsto en términos morales y no jurídico. Destacamos así que un rasgo teórico y distintivo, atribuido al neoconstitucionalismo, como lo es la convergencia entre moral y derecho deja un amplio margen para la discrecionalidad judicial. Se considera que, al imprimir condiciones morales a través de los principios, el juez colegiado aprovecha la indeterminación en el antecedente fáctico y su carencia de consecuente jurídico, para suplir con su argumentación el intento de legitimidad de su decisión.

Las consecuencias jurídicas propias de este estado de sujeción entre el Estado y el interno son la posibilidad de limitar algunos derechos fundamentales del interno, la imposibilidad de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales, el deber de asegurarle al interno el goce efectivo de sus derechos y el deber de asegurarle al interno las condiciones para su efectiva resocialización.

El marco jurídico utilizado para el análisis de los hechos lo inaugura el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del Tabaco. Este convenio fue aprobado por Colombia en su legislación interna mediante la Ley 1109 de 2006, y desarrollado por el Decreto 3039 de 2007. A esto se suman la resolución 1956 de 2008, que prohibió fumar en áreas interiores o cerradas o lugares públicos, y la Ley 1335 de 2009, que reguló el consumo, venta, publicidad y promoción de los cigarrillos.

Este marco jurídico le permite a la Corte concluir que tiene como finalidad “prevenir, mejorar, conservar y preservar el bienestar de toda la población colombiana, así como la de incentivar estilos de vida saludables” (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 30). Con un alto grado de acierto,⁹ la Corte encuentra que es esta es la teleología de las disposiciones normativas que el legislador tiene frente al consumo de cigarrillo.

Después de atender a la teleología del marco jurídico que regula el consumo de cigarrillo, la Corte establece que el consumo de cigarrillo es en sí mismo una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. En palabras de este tribunal,

⁹ El acierto que se le reconoce a la conclusión de la Corte se debe, en primer lugar, a que el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia establece como un fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la carta magna. En segundo lugar, el artículo 49 de la misma Constitución ha previsto como un deber de toda persona procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

si bien es cierto [que] el uso del cigarrillo es perjudicial para la salud, y que restringir el consumo de este ayuda a la política pública adelantada por el Estado, también lo es, que el consumo o no del tabaco, corresponde a una decisión que solo atañe a la persona. Recordemos, que toda persona, independientemente de su condición, y mientras no transgreda los límites originados de los derechos de los demás, del orden público y, como en esta oportunidad, de su estado de sujeción, es libre de tomar sus propias decisiones.

En este sentido, no puede el Gobierno mediante sus autoridades restringir derechos o acciones reconocidos al ser humano, sin tener un fundamento jurídico constitucional y haber hecho un estudio de la medida a tomar, conforme a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que vulneraría el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Corte Constitucional, T-479, 2015, p. 28) (negrita fuera del original)

Lo argumentado por la Corte puede ser comprendido desde varias aristas, desde luego, inscritas en el activismo judicial propio del neoconstitucionalismo. El autor Leonardo García Jaramillo (2015, p.112) permite identificar como una de las características la renovación de las prácticas jurisprudenciales.

Por una parte, la práctica jurisprudencial que hace la Corte mediante la Sentencia T-479 de 2015 se renueva en el caso bajo estudio en cuanto se pronuncia más allá del sentido exegético y sistemático que la Constitución permitiría. Esto es evidente dado que una lectura de los artículos 2 y 49 de la Constitución Política colombiana permitiría sostener el argumento de que la salud pública y el cuidado integral prevalecen sobre decisiones enteramente personales, como el acto de fumar.

Por otra parte, en las prácticas del neoconstitucionalismo que se han identificado destaca la carencia de límites interpretativos en la actividad judicial. En el caso de la sentencia, la Corte manifestó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad solo puede ser limitado conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad; sin embargo, la defensa de la salud pública y el deber constitucional de cuidado integral de la propia salud no son analizados ni tenidos en cuenta en la interpretación que se hace en la sentencia. Por el contrario, se justifica el respeto a la decisión de fumar con base en la autonomía que se le reconoce al individuo. Un argumento muy propio del liberalismo clásico (Mill, 1977).

Debe indicarse que de lo argumentado por la Corte se destaca como postura claramente neoconstitucional el hecho de que hace prevalecer en la fuerza de su argumentación la protección individual sobre el apoyo del Estado a la política pública antitabaco. Para el neoconstitucionalismo es clave buscar el apoyo de los derechos fundamentales, dado el grado de maniobrabilidad que permiten al momento de legitimar la toma de una decisión no prevista en el ordenamiento positivo.

La argumentación que se desarrolla en el neoconstitucionalismo de la Corte se limita a precisar que la decisión de fumar deviene del ejercicio al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Premisa que no se sustenta debidamente en interpretación de los derechos y deberes constitucionales ni en razones de orden jurídico como principios.

La consideración de que la decisión de fumar deviene del ejercicio al derecho al libre desarrollo de la personalidad no se sustenta debidamente, porque no se explica cómo jurídicamente se respeta el derecho a un ambiente sano y cómo se respeta el deber constitucional de prever el cuidado integral de la salud que le compete a cada persona. Asimismo, no se sustenta debidamente porque no resuelve la tensión entre el interés general —el llamado “bien común”— y el interés particular.

La identificación del neoconstitucionalismo en la Sentencia T-479 de 2015 se manifiesta en aspectos que definen que una política pública como el consumo de cigarrillos en establecimientos penitenciarios deba ser garantizada a los internos en virtud de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho fundamental ha sido entendido por el neoconstitucionalismo colombiano desde una perspectiva netamente liberal, que defiende la neutralidad y se materializa en un abstencionismo total frente a cualquier decisión individual.

3. Una alternativa a las críticas del neoconstitucionalismo presente en la Corte Constitucional colombiana

El neoconstitucionalismo ha sido analizado desde diferentes perspectivas; una de ellas, la forma en que interactúan los principios con la discrecionalidad judicial. Este análisis en particular, desde nuestro punto de vista, pone de presente una serie de dificultades en relación con la seguridad jurídica (Guastini, 1999). Una de estas dificultades es la legitimidad y coherencia de las interpretaciones judiciales en el marco de la aplicación de principios frente a la resolución de

un problema jurídico que también encuentra solución en las reglas de derecho emitidas por el órgano competente.

En otras palabras, uno de los principales aspectos sobre los que hace reflexionar el neoconstitucionalismo estriba en la capacidad que le otorga al juez para resolver un asunto a través de principios, cuando en ocasiones existen reglas o normas del derecho aplicables al caso. De esta manera, se cuestiona el método mediante el cual arriba a conclusiones un juez que debe resolver un determinado problema jurídico que, en muchas ocasiones, termina invadiendo esferas que corresponden a otros órganos del Estado, ya que existen decisiones que son políticas y otras que son jurídicas.

Al respecto, es importante considerar cómo la técnica de la ponderación de Robert Alexy es una herramienta adoptada pacíficamente en la actividad judicial en Colombia. Como punto de partida, es necesario ocuparse de la diferenciación entre reglas y principios en el derecho. La distinción de estos términos permite comprender hacia dónde se orienta la propuesta de la técnica de la ponderación de Robert Alexy y cuáles son los aportes que pretende dar en los escenarios de conflictos jurídicos.

Un principio es, según Ronald Dworkin (1999), “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72). Por su parte, una regla es una norma que exige el cumplimiento pleno de manera que puede ser siempre cumplida o incumplida. Existen otros asuntos que convergen en el concepto de *regla*, como la validez; sin embargo, no se pretende más que precisar el concepto en su término más sencillo para compararlo con el de *principio*, y así hablar de ponderación.

La ponderación deviene de la locución latina *pondus*, que significa “peso”; una forma bajo la cual se aplican los principios y se resuelven las colisiones entre sí. El auge de la técnica de la ponderación entró en escena con los avances del Estado constitucional y su reconocimiento de los derechos fundamentales (Alexy, 2003), normas que presentan una gran similitud en su estructura a los principios y no a las reglas.

Los subprincipios de la ponderación establecen pautas para llevar a cabo el proceso desde perspectivas tanto fácticas como jurídicas. Así, dentro de las fácticas, el subprincipio de idoneidad determina que se deben excluir medios

que, “como mínimo, perjudique[n] la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir” (Alexy, 2010, p. 106). Esto quiere decir que *idoneidad* se refiere a evitar medios por acción u omisión que perjudiquen un principio en colisión, sin favorecer al menos uno de ellos en la consecución de su objetivo.

En igual sentido, el subprincipio de necesidad, dentro de las perspectivas fácticas, establece que de dos (2) medios que puedan en igual medida favorecer un principio se elige aquel que afecte menos al segundo principio o principio en colisión (Alexy, 2010). En otros términos, el subprincipio de necesidad opera solo en paridad, es decir, cuando sólo son dos los principios colisionados, los cuales deben estar precedidos por un medio que los afecte menos intensamente.

El subprincipio de ponderación en sentido estricto opera dentro de las perspectivas jurídicas. Son tres los elementos que lo conforman: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primer elemento sostiene que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2003).

En el elemento de la ley de la ponderación se hace un análisis de tres pasos. En el primero, se define el grado de satisfacción o afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia del principio contrario o afectado, y, en el tercero, se define si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación del contrario. La afectación en los dos primeros pasos puede ser determinada mediante una escala¹⁰ de intensidad: leve, medio o intenso.

84 No obstante lo anterior, definir si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación del contrario también es posible a través del “peso abstracto”. Este segundo camino predica que la importancia de un principio sobre otro podrá hallarse de manera abstracta de conformidad con la concepción de los valores predominantes en la sociedad.

Una tercera opción para definir si la importancia de la satisfacción del principio justifica la afectación del contrario también es posible a través la variable “S”. En resumen, esta opción predica que las apreciaciones empíricas sobre la afectación producida a cada principio en el caso concreto pueden

¹⁰ Alexy les otorga un valor numérico en la escala de intensidad así: para leve será 1, para medio, 2, y para intenso, 20.

establecer la relevancia de cada principio. Esta variable se conoce como de seguridad empírica.¹¹

Para completar el sistema de razonamiento de la técnica de la ponderación, Alexy presenta la fórmula del peso,¹² que se expresa de la siguiente manera:

$$GP_{i,jC} = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

El cálculo del peso de cada principio en colisión será el resultado del cociente entre el producto de la afectación del principio, multiplicado por su peso abstracto y por la premisa empírica. Cada uno de los elementos tendrá el valor asignado por el decisor (juez) conforme a su apreciación.

Finalmente, en el tercer elemento del subprincipio de ponderación en sentido estricto están las cargas de la argumentación. A este tercer elemento puede reconocérsele un carácter auxiliar, toda vez que entra en operación sólo cuando los valores de la fórmula del peso resultan idénticos. No obstante, parece que este tercer elemento únicamente se avizora cuando existe colisión entre la libertad o la igualdad jurídicas y cualquier otro principio diferente a estos.

Las cargas de la argumentación sirven de parametro para intentar establecer la magnitud del principio. La comparación del principio que colisiona con la libertad o la igualdad jurídicas busca ayudar al decisor judicial (juez) para hacerse una idea *a priori* del lugar o valor que se le debe conceder, sin dejar de lado el alto contenido subjetivo.

En el caso colombiano, por ejemplo, con referencia a la Sentencia T-479 de 2015, debería corresponder al Congreso de la República decidir sobre el hecho de que en todas las cárceles se pueda o no fumar, pero no corresponde a los

11 Alexy les otorga un valor: cuando sea seguro, su valor será 1, cuando sea plausible, será ½, y no evidentemente falso, ¼.

12 Es menester precisar cada uno de los símbolos utilizados por Alexy para comprender su fórmula del peso:

IPiC = Grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto.

WPjC = Importancia de satisfacción del segundo principio en el caso concreto.

GPiA = Peso abstracto del primer principio.

GPjA = Peso abstracto del segundo principio.

SPiC = Apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio.

SPjC = Apreciaciones empíricas relativas a la afectación del segundo principio.

GPi,jC = Peso concreto y abstracto del primer principio

jueces, dado que ello impacta en las concepciones éticas, morales y económicas, que se deben decidir democráticamente.

De manera concreta, se puede decir que las críticas o reflexiones sobre la actividad judicial en el neoconstitucionalismo se enmarcan así: 1) la identificación de principios no expresos, 2) la inferencia o aplicación de principios a partir de las disposiciones legales, 3) la aplicación de los principios a un caso concreto, 4) la interpretación de las disposiciones legales a luz de los principios y 5) la jerarquización jurisprudencial de los principios.

En el caso de la identificación de principios no expresos, los jueces recurren al llamado “espíritu de la ley”. Con esta pretensión, logran integrar a su discurso los principios cuya función, en la mayoría de las veces, es moldear la interpretación de una disposición normativa a las intenciones del juez. En este ejercicio, el juez justifica su actividad identificadora de principios no con su valoración personal, sino más bien con la identificación axiológica del ordenamiento, de modo que por sí mismo estaría justificado el reconocimiento de los principios.

Por su parte, en la inferencia o aplicación de principios a partir de las disposiciones legales, los jueces recurren a la lógica para establecer una conclusión. El caso más claro son los enunciados constitucionales sobre derechos fundamentales, que, recordemos, se estipulan como principios carentes de supuesto de hecho o de hecho abierto sin prever consecuencia jurídica taxativa; estos permiten utilizar recursos como el *modus ponens*, *modus tollens*, argumento hipotético, entre otros (Damborenea, 2012). Un ejemplo clásico es el utilizado con el derecho fundamental a la igualdad, que en el caso colombiano se encuentra previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991. Dicho artículo señala que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13)

La primera premisa que se puede inferir de la lectura es: A) el trato diferenciado de las autoridades frente a las personas sin razones objetivas es inconstitucional. La segunda premisa que se puede inferir de la lectura es: B) las autoridades tratan diferente dos situaciones objetivamente iguales entre personas. La conclusión: C) el trato diferenciado de las autoridades ante dos situaciones objetivamente iguales entre personas es inconstitucional.

En este ejercicio intelectual, el juez aplica un principio a través de un razonamiento lógico con la inserción de una premisa fáctica que él discrecionalmente identifica. Esta premisa es la B), que afirma o constata la existencia de dos situaciones objetivamente iguales entre personas que son tratadas de modo diverso por una autoridad. De aquí se sigue que no necesariamente el juez logra identificar a plenitud si las situaciones son objetivamente iguales, lo que deja un amplio margen para la subjetividad.

Ahora bien, la aplicación de los principios a un caso concreto se da cuando las disposiciones normativas tienen lagunas que, en todo caso, no son susceptibles de ser resueltas a través de criterios tales como: ley superior deroga ley inferior, ley posterior deroga ley anterior, ley especial prevalece sobre ley general, etc.¹³ En este caso, el juez selecciona y aplica un principio a partir de una actividad argumentativa, valiéndose en muchas ocasiones de recursos lógicos o formales. El punto crítico se encuentra en el margen de subjetividad que utiliza el juez y, ocasionalmente, en la ductilidad propia de su discurso.

Entre tanto, la interpretación de las disposiciones legales a la luz de los principios es utilizada por el juez para distanciarse de la literalidad normativa. Este recurso permite al juez sostener que una disposición normativa es constitucional si y solo si se interpreta conforme a un principio particular, que podrá ser expreso o implícito del texto constitucional. En consecuencia, cualquier otra interpretación de la norma estudiada en sede constitucional será contraria a la Constitución.

De la misma manera, la interpretación de las disposiciones legales a la luz de los principios es utilizada por el juez para inhibirse de aplicar una disposición normativa por presunta inconstitucionalidad.¹⁴ Basta que el juez ofrezca argumentos por los cuales infiere la inconstitucionalidad de una norma para sustraer su aplicación.

Aunado a lo anterior, la jerarquización jurisprudencial de los principios se origina en el seno de la actividad judicial. En este caso, la jurisprudencia constitucional tasa el valor de un principio en un caso o unos casos en particular, de manera que, si existe o no norma expresa que regule el problema jurídico presentado, la resolución del problema queda sujeta al precedente. Lo que

13 *Lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali.*

14 En Colombia existe la “excepción de inconstitucionalidad”, que habilita al juez para que inaplique una disposición legal cuando observe que riñe con los postulados constitucionales.

ataca un sector de la academia, por ejemplo el profesor Guastini o Javier Tamayo Jaramillo (2006), es el hecho de la legitimidad de la fuente, es decir, el fundamento en una disposición constitucional que lo respalde.

A pesar de estas críticas, es importante dar cuenta del impacto que tienen frente a la seguridad jurídica. Un concepto que puede adquirir variadas acepciones; unas veces utilizado como valor o principio jurídico o derecho fundamental, otras, como certeza jurídica o garantía del orden jurídico (Orozco Torres, 2011). Aunque resulta interesante intentar definir el concepto de *seguridad jurídica*, lo cierto es que, para los efectos que se propone este trabajo, lo utilizaré como la certeza que se tiene frente al acaecimiento de un supuesto de hecho previsto en el ordenamiento legal, con su correspondiente consecuente jurídico.

La certeza frente a la ocurrencia de unos hechos previstos en la ley permite generar confianza legítima. Esta confianza implica que, frente a la lesión de un bien jurídicamente protegido, el derecho dispone de mecanismos para su protección o para el restablecimiento de las condiciones que generan un desequilibrio. Por el contrario, cuando el derecho es “frágil y cambiante, es muy difícil que sus destinatarios estén seguros acerca de sus derechos y deberes” (Vigo, 1998), lo que causa desconfianza en la ley, los jueces y las relaciones interpersonales que se dan en sociedad.

No se debe desconocer la interacción de los principios en el derecho para mantener la seguridad jurídica. Los principios materializan una dimensión del derecho que humanamente se le atribuye: alcanzar la justicia. El problema quizás está en la manera en que los jueces le otorgan participación a los principios para sustentar sus decisiones.

En casos como la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana, el alto tribunal constitucional buscó modificar una situación en virtud de principios como la igualdad y los derechos fundamentales, en especial el libre desarrollo de la personalidad. Esto generó un impacto frente a las concepciones del bien y de la vida buena: es legítimamente bueno el consumo de cigarrillo en centros penitenciarios, siempre que el individuo lo consienta, pese a que dicha decisión atente contra su propio bienestar y el medioambiente sano.

Este ambiente saludable debería prevalecer en entornos comunitarios como las cárceles, o, por lo menos, este es un ideal razonable que debe estar sometido a la discusión y decisión democrática. Sin embargo, la sustitución de este tipo de decisiones se sustrae por causa del neoconstitucionalismo, que tiene como baluarte el activismo judicial.

En contraste con las respuestas liberales que prohija el neoconstitucionalismo, en el asunto estudiado en la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana, el *perfeccionismo* brinda otro panorama. El perfeccionismo se entiende como una teoría ética y política. Como ética afirma que naturalmente existen unas características humanas distintivas que deben desarrollarse para aspirar a una vida buena (Hurka, 1993). Como teoría política, establece que el Estado debe tener entre sus objetivos la formación moral de las personas y que “es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal” (Nino, 1989, p. 413).

El perfeccionismo no aboga por el relativismo ético ni el relativismo de los valores para que el Estado promueva los bienes que sus ciudadanos hayan elegido racionalmente como parte de su ideal de vida buena. Es preciso en este punto aclarar que para el perfeccionismo es importante una distinción entre la concepción del bien que se elige libremente y la buena concepción del bien, ambos en relación con lo que designa una vida buena. En la concepción adoptada libremente se está garantizando una neutralidad en el procedimiento del Estado, sin importar las consecuencias de la elección, y, por lo tanto, es legítima cualquier decisión en cuanto solo interese al individuo. En la segunda concepción, se reconocen las virtudes de la elección y, consecuentemente, el lugar que ocupa las decisiones personales en la dimensión social. Así, cuando el estado promueve un determinado bien, por ejemplo un valor como la responsabilidad, no lo hace desde el plano meramente abstracto, sino que recurre a las condiciones que la hacen posible en el escenario de la realidad o en un asunto en concreto y perceptible.

De esta manera, el relativismo sólo puede ser consistente en abstracto, ya que las bases de sus argumentos no descansan en premisas legítimas de un contexto donde se evalúen las condiciones de lo que es mejor y posible. En palabras de Da Silveira (1998), “el perfeccionismo modesto niega que la exigencia de permanecer insensible a los juicios sobre el valor intrínseco de las personas y de sus concepciones del bien obliguen al Estado a permanecer insensible a todo juicio de valor” (p. 121). Esto se debe a que existe una forma de analizar racionalmente el contexto de la situación y de la valoración de los bienes promovidos.

Desde una perspectiva perfeccionista, el caso de la Sentencia T-479 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana se atendería prevaleciendo los bienes que acrecientan el bienestar individual y colectivo. Es muy probable que la respuesta de un juez constitucional perfeccionista tome una dirección encaminada a

controlar y evitar el consumo de cigarrillo en un centro carcelario que tiene entre sus propósitos la resocialización del individuo.

Las razones del perfeccionismo en el caso jurisprudencial mencionado tienen una fuerte relación con el sentido que le asigna a la democracia. Para el perfeccionismo, la democracia sólo es posible cuando los individuos gozan de entornos que permitan potenciar las capacidades humanas: la creatividad, la disciplina, la rectitud, etc. No obstante, también el perfeccionismo permitiría que la decisión de fumar en centros penitenciarios sea un asunto de interés público donde la decisión sea del Congreso, como órgano de representación ciudadana y política por excelencia.

Hasta aquí, podría esbozarse a grandes rasgos la respuesta perfeccionista frente al problema jurídico del consumo de cigarrillo en centros carcelarios. Un análisis más a fondo sobre las razones que sustentarían la posición perfeccionista amerita una rigurosidad que excede los límites del presente trabajo.

También es importante señalar que una de las deficiencias de los jueces constitucionales colombianos al inscribirse en el modelo neoconstitucional — que, aparentemente, propugna el reconocimiento y la defensa de los intereses individuales de los ciudadanos, propio de la concepción liberal clásica— es que esto no permite alcanzar, o por lo menos intentar alcanzar, los ideales de ciudadanía presentes en la Constitución.

Es necesario decir sobre el anterior aspecto que el liberalismo clásico como teoría política y filosófica presenta una serie de planteamientos acerca de la función y límites del Estado (Estado limitado), el valor de la autonomía (principio de la autonomía) y la imparcialidad frente a ideales del bien (neutralidad). El liberalismo como teoría política establece poderes y funciones limitadas (Bobbio, 1993, p. 7); reconoce, respeta y protege unos derechos en el individuo elevados a la categoría de fundamentales por su alcance y su disfrute para todas las personas sin discriminación alguna. El liberalismo clásico como doctrina filosófica está llamado a realizar una defensa de la seguridad de los goces privados frente a cualquier interferencia que el Estado pudiera ejercer sobre el individuo, ya que considera que existen esferas que escapan a la regulación o poder estatal, al ser el individuo el único interesado y afectado por sus propias decisiones.

El planteamiento del liberalismo clásico sobre el principio de la autonomía es el que refuerza su postura filosófica. Josep M. Vilajosana (2008) sostiene que “el principio de autonomía establece que el Estado no debe interferir en la elección individual de planes de vida de una persona”, porque básicamente se

salvaguarda un principio estructural del liberalismo. La autonomía es, entonces, para el liberalismo intrínsecamente valiosa porque reconoce la capacidad de los individuos de darse sus propias normas de comportamiento y de la fijación de condiciones sobre lo que es su concepción el bien.

Por su parte, el planteamiento del liberalismo clásico sobre la imparcialidad (neutralidad) hace referencia a la imposibilidad que tiene el Estado de intervenir en la promoción y protección de un estilo de vida, en particular con el argumento de que es mejor o superior a otro. Jesús Casquette (2001, p. 59), por ejemplo, sostiene que “una de las consecuencias que se derivan del respeto al principio de autodeterminación individual es la recomendación, imperativo incluso, de la neutralidad estatal”. Así deja entrever el liberalismo clásico un respeto real y serio por las decisiones netamente individuales, las cuales, desde lo público, estarían desprovistas de un valor consecuente; es decir, respetables aunque se tornen vacías.

Estos planteamientos del liberalismo clásico son los que se observan en políticas públicas como las del consumo de cigarrillo en establecimientos carcelarios y penitenciarios en Colombia. En primer orden, porque rescatan el respeto por la esfera individual. En segundo, porque reconocen como autónoma la decisión de consumo y, finalmente, porque el Estado no aduce encontrar motivos para legitimar su interferencia en una decisión personal.

Conclusión

El nuevo constitucionalismo permitió a la Corte Constitucional fundamentar la actual interpretación y definición sustancial del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el caso de la Sentencia T-479 de 2015. Como consecuencia de esta definición, se planteó una política pública liberal clásica que no da cuenta de los compromisos morales entre el Estado y sus ciudadanos. La presencia neoconstitucionalista se observa en la prevalencia argumentativa que adquieren los principios constitucionales para fundamentar la decisión. Esta argumentación principialista permitió a la Corte limitar la interferencia estatal en las decisiones personales de un grupo o sector de la sociedad, y así hacer prevalecer el principio de neutralidad del liberalismo clásico.

Como consecuencia de la interpretación principialista de la Corte, la definición sustantiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad quedó desprovista de una teleología que corresponda con otros valores y otros principios constitucionales que adoptó el Estado colombiano en su Constitución Política

de 1991. De aquí que la interferencia estatal se justifique en casos puntuales como el estudiado en la Sentencia T-479 de 2015, para adscribir una definición sustantiva al derecho al libre desarrollo de la personalidad que sea razonable y plausible a la luz de un debate público y deliberativo propio de una democracia.

En una democracia deliberativa, basada en un modelo constitucional, la teoría perfeccionista se erige como una visión crítica frente a la indeterminación de contenidos de un derecho y frente a una teleología de la razón. Principalmente, el perfeccionismo no considera apropiado el relativismo valorativo para que el Estado encuentre inmutable el curso de acción que han elegido sus ciudadanos. El Estado cumple una función en el desarrollo de la democracia, la cual sólo es posible ante la provisión de entornos moralmente valiosos que son posibles mediante la interferencia estatal.

Por otro lado, el neoconstitucionalismo ha auspiciado una amplia facultad interpretativa que redefine el derecho. Sin embargo, la ausencia de límites en esta facultad la hacen objeto de críticas por no corresponder con los compromisos morales que pretende reconocer en la Constitución y en su modelo político.

Referencias

- Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 13(1), 79-102.
- Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. 106-116). Trotta.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y Democracia*. FCE.
- Casquette, J. (2001). Liberalismo, cultura y neutralidad estatal: El Estado y la buena vida. *Signos filosóficos*, (6), 59-83.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, (16), 100.
- Congreso de la República de Colombia. (2009, 21 de julio). Ley 1335. Por la cual se establecen disposiciones que previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la

- prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana. *Diario Oficial* 52.418. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36878>
- Constitución Política de Colombia. (1991). <http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (1 de marzo de 2011). Sentencia C-122 [M. P. Henao, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (4 de agosto de 2015). Sentencia T-479 [M. P. Rojas, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-479-15.htm>
- Da Silveira, P. (1998). Neutralidad del Estado y respeto del pluralismo. Una defensa del perfeccionismo modesto. *La Política*, (4), 117-136.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Ariel.
- García Damborenea, R. (2012). *Uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Ediciones Uso de Razón.
- García Jaramillo, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento*. UNAM.
- Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, (34), 39-46. <https://www.researchgate.net/publication/28177179>
- Guastini, R. (2015). La interpretación de la Constitución. En J. Fabra y A. Núñez (Coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 2011-2086). UNAM.
- Guastini, R. (2016). A propósito del neoconstitucionalismo. *Gaceta Constitucional*, (67), 231-240. https://www.academia.edu/10261577/A_prop%C3%B3sito_del_neoconstitucionalismo_Riccardo_Guastini
- Hurka, T. (1993). *Perfectionism*. Oxford University Press.
- Mill, J. S. (1977). *Sobre la libertad*. Ediciones Aguilar.

- Ministerio de la Protección Social. (2006). Resolución 1956. Por la cual se adoptan medidas en relación con el consumo de cigarrillo o de tabaco. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minproteccion_1956_2008.htm
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Ariel.
- Orozco Torres, L. E. (2011). Seguridad Jurídica y Neoconstitucionalismo. *Heurística Jurídica*, (2), 65-73.
- Solano, V. (2016). El neoconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana. *Ius Humani*, 5, 161-172.
- Tamayo Jaramillo, J. (2006). El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*, 36(105), 361-397.
- Vigo, R. L. (1998). Aproximaciones a la seguridad jurídica. *Revista Derechos y Libertades*, 3(6), 495-516.
- Vilajosana, J. M. (2008). Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal: el principio de autonomía de la persona. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, (11), 145-179.

Herwin Andrés Corzo Laverde*

corzolaverdeherwin@yahoo.com.co

Sara Chaves Gómez**

sara.chaves1@u.icesi.edu.co

Juan David Jaramillo Manzano***

juan.jaramillo15@u.icesi.edu.co

Nathally Caicedo Ardila****

nathally.caicedo@u.icesi.edu.co

Paula Cerón Arboleda*****

paula.ceron@u.icesi.edu.co

**Conceptualización jurídica en tanto
mediación ética: el caso del derecho a la muerte
digna en Colombia*******

*Legal Conceptualization as Ethical Mediation:
The Case of the Right to a Dignified Death in Colombia*

*Conceituação jurídica como mediação ética:
o caso do direito à morte digna na Colômbia*

Artículo de investigación: recibido 23/03/2023 y aprobado 06/07/2023

* Candidato a Magíster en Derecho (Mod. Investigación) de la Universidad Icesi (Colombia). Abogado y Filósofo. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6019-7365>

** Abogada de la Universidad Icesi, estudiante de maestría en leyes de la Universidad de Penn State (Estados Unidos) con concentración en propiedad intelectual y derecho de la competencia y antimonopolio. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-9958-8267>

*** Estudiante de último año de derecho de la Universidad Icesi. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1278-4082>

**** Abogada de la Universidad Icesi, estudiante de la maestría en derecho con énfasis en derecho laboral de la misma universidad. Especialista en legislación laboral y de la seguridad social, economista y negociadora internacional bilingüe. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8101-4608>

***** Abogada de la Universidad Icesi, magíster en Gestión Pública. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Se desempeña como coordinadora del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi (GAPI) y profesora en Derecho Público de la misma universidad. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6044-1957>

***** El presente texto es resultado de la línea de investigación y litigio estratégico en Muerte Digna del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi y no contó con ninguna fuente de financiación específica del proyecto o investigación. Los autores manifiestan que esta investigación en su propuesta, desarrollo o resultados no cuenta con ningún tipo de conflicto de interés.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v23.6054>

Cómo citar:

Corzo Laverde, H. A.; Chaves Gómez, S.; Jaramillo Manzano, J. D.; Caicedo Ardila, N.; Cerón Arboleda, P. (2023). Conceptualización jurídica en tanto mediación ética: el caso del derecho a la muerte digna en Colombia. *Precedente Revista Jurídica*, 23, 95-128. <https://doi.org/10.18046/prec.v23.6054>



Resumen

El presente texto surge como respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es el papel de los conceptos jurídicos en relación con los debates éticos que cruzan el uso del derecho? Para ello, se tomará como caso de estudio el derecho a la muerte digna en el contexto jurídico colombiano. A través de un análisis textual de normas jurídicas y documentos con pretensiones teórico-jurídicas, se mostrará que los ejercicios de definición conceptual en el ámbito del derecho responden a la operacionalización desde valoraciones éticas hacia el instrumental jurídico; posteriormente, se ejemplificará este proceso a través del uso específico de este hecho por una postura ética, decididamente comprometida con el derecho a la muerte digna, en el contexto constitucional colombiano. Para esto, se propondrán ejemplos de autores y corporaciones que sostienen una mirada negativa sobre la eutanasia. Se mostrará, así, que es preciso asumir la mediación de los conceptos jurídicos respecto a los juicios valorativos y operacionalizar los contenidos jurídicos, para que correspondan con la ética de la autonomía y la muerte digna.

Palabras clave: muerte digna; interpretación jurídica; conceptualización jurídica; superioridad de la Constitución; ética constitucional.

Abstract

This text arises in response to the following question: what is the role of legal concepts in relation to ethical debates that intersect with the use of law? To address this, the right to a dignified death in the Colombian legal context will be taken as a case study. Through a textual analysis of legal norms and documents with theoretical-legal claims, it will be shown that the exercises of conceptual definition in the field of law respond to the operationalization from ethical assessments towards legal instruments. Subsequently, this will be exemplified through the specific utilization of this phenomenon by an ethical standpoint, decidedly committed to the right to a dignified death within the Colombian constitutional framework. To achieve this, examples of authors and corporations that uphold a negative view on euthanasia will be presented. Thus, it will be shown that it is necessary to assume the mediation of legal concepts regarding value judgments and to operationalize the legal contents so that they correspond to the ethics of autonomy and dignified death.

Keywords: Dignified Death; Legal Interpretation; Legal Conceptualization; Superiority of the Constitution; Constitutional Ethics.

Resumo

Este texto surge em resposta à seguinte questão: qual o papel dos conceitos jurídicos em relação aos debates éticos que atravessam o uso do direito? Para isso, será tomado como estudo de caso o direito à morte digna no contexto jurídico colombiano. Por meio de uma análise textual de normas jurídicas e documentos com pretensões teórico-jurídicas, será mostrado que os exercícios de definição conceitual no campo do direito respondem à operacionalização de apreciações éticas para o instrumento legal; posteriormente, o acima será exemplificado pelo uso específico deste fato por uma postura ética, decididamente comprometida com o direito a uma morte digna, no contexto constitucional colombiano. Para isso, serão propostos exemplos de autores e empresas que têm uma visão negativa da eutanásia. Assim, mostrar-se-á que é preciso assumir a mediação dos conceitos jurídicos quanto aos juízos de valor e operacionalizar os conteúdos jurídicos para que correspondam à ética da autonomia e da morte digna.

Palavras-Chave: morte digna; interpretação jurídica; conceituação jurídica; supremacia da constituição; ética constitucional.

Introducción

El presente texto tiene un doble objetivo: primero, mostrar mediante la técnica argumentativa de la ejemplificación, con referentes nacionales e internacionales, que los debates conceptuales en el mundo jurídico están directamente determinados por los conflictos valorativos, sus intereses y los sujetos que los sostienen, de donde surge que el derecho es una mediación institucionalizada de los discursos éticos. Esta es, por sí misma, una tesis que necesariamente entrará en conflicto con las vertientes positivistas de la teoría jurídica (Campbell, 2002), en el sentido de que implica la indiferenciación relativa entre ética y derecho. Sin embargo, esta es una consecuencia que aquí no se examina y apenas se enuncia, pues rebasa el objetivo del escrito, el cual es, respecto a este tema específico, una sugerencia de investigación ulterior. Para cumplir este objetivo, se utilizan dos ejemplos, devenidos de la academia y el derecho comparado. Estos corresponden a: la tesis desambiguatoria de Jorge Merchán-Price (2019), quien ofrece una clarificación sobre el concepto de *eutanasia* y sus relacionados, con el fin de reintroducir la actividad en el ámbito del derecho penal y, por tanto, de la sanción social y jurídica; y la regulación interna de algunos países en los que la muerte digna en alguna de sus formas es aprobada, con lo que se evidencia la transformación conceptual de las actividades relacionadas con la muerte digna y se sugiere, por tanto, la mediación de posturas éticas distintas.

La conclusión del primer objetivo del texto deja abierto el debate sobre la indiferenciación entre el derecho y la ética, en especial en contextos jurídicos altamente constitucionalizados, como el colombiano. Esto, por sí solo, motiva un debate ético y teórico sobre la relación del derecho con otras esferas de la vida social. Sin embargo, es preciso llevar la tesis más adelante. Por eso, el texto se propone como segundo objetivo aplicar esta reflexión a un caso concreto, con la motivación explícita de hacerlo de modo que propicie una postura comprometida con el acceso a una muerte digna. Así, se expone el conflicto entre las decisiones de la Corte Constitucional, con las que se extiende el derecho a la muerte digna a los casos de enfermedades graves e incurables pero no terminales, y la resolución del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, que conserva el requisito de terminalidad y que ha sido aplicada sin consideración de la jurisprudencia constitucional.

Gracias al primer objetivo, comprenderemos que el derecho es un agente mediador de los conflictos valorativos; ahora, se nos impondría buscar mediaciones jurídicas para la garantía de la muerte digna, más allá del obstáculo reglamentario

del Ministerio de Salud. Se propone, en consecuencia, una tesis jurídica con la que se busca que las personas que necesiten acceder a una muerte digna, pero vean truncados sus deseos por la regulación ministerial, puedan hacer uso de la acción de tutela sin necesidad de demandar por nulidad la reglamentación —lo que implicaría gastos jurídicos y temporales injustificados—. Esta tesis se basa en la superioridad interpretativa de la Corte Constitucional respecto a los contenidos de la Constitución Política. Si la jurisprudencia de la Corte ha definido que la terminalidad no puede ser un requisito del derecho a la muerte digna, pero las regulaciones inferiores vigentes y aplicadas la siguen oponiendo como requisito, se debe interpretar la expresión *terminalidad* de modo que corresponda con el criterio hermenéutico de cierre; es decir, el de la Corte Constitucional. Así, los casos concretos de limitación del derecho a la muerte digna pueden sostener tesis que les permitan acceder al derecho de forma rápida. Con esto, no se hará más que aplicar la reflexión del primer objetivo: si la conceptualización jurídica puede servir para movilizar posturas éticas criminalizadoras de la eutanasia, también puede servir para movilizar una ética de la autonomía comprometida con el acceso a la muerte digna.

1. Primer objetivo. El concepto de eutanasia: desambiguación como condena y descriptividad como ordenación jurídica

Los debates éticos están determinados a ser librados, en buena medida, en el terreno conceptual. La aceptabilidad constitucional, al respecto, no es la excepción. Este, como muchos otros temas centrales de la vida pública, se entrecruza con el derecho en el momento mismo en que lo jurídico adopta una consistencia valorativa. Más allá de los debates teóricos sobre la eticidad de las constituciones (Mejía Quintana, 2007), en general, lo cierto es que las instituciones de control constitucional, en las jurisdicciones en las que estas poseen amplios poderes como la colombiana (Cajas Sarria, 2015), se ven cada vez más implicadas en *lo político* de una sociedad. Allí, los conceptos científicos, específicamente diseñados para transmitir un contenido descriptivo, y los conceptos jurídicos, cuyos fines son por lo general normativos —en el sentido ético de establecer, complementar o culminar un *deber* específico— son parte de la instrumentación de los juicios valorativos.

Por eso, para abordar el problema de la eutanasia en Colombia y su relación mediadora o mediatizable con los contenidos del derecho constitucional, es preciso aclarar los límites de los conceptos en juego. Se observará que en este

punto, en el que por lo general no existen grandes conflictos de valor, está el fundamento de la discusión.

Primero, se abordará el ejemplo del concepto de eutanasia y su “desambiguación”, propuesta por Jorge Merchán-Price desde la academia. Segundo, nos centraremos en las definiciones jurídicas de la eutanasia en las jurisdicciones que la autorizan. Así, se mostrará que los conflictos conceptuales son, fundamentalmente, mediaciones de los enfrentamientos valorativos; es decir: existe una indiferenciación relativa¹ entre el derecho y la ética. Finalmente, aplicaremos esto al contexto constitucional colombiano y sus debates más actuales sobre el derecho a la muerte digna.

1.1 Desambiguación como condena: ejemplo en la academia de la movilización ética de los conceptos jurídicos

“Eutanasia, matar y dejar morir. Desambiguación del concepto de eutanasia y consideraciones bioéticas esenciales” es un artículo de reflexión escrito por Jorge Merchán-Price en el año 2019 para la revista *Persona y Bioética*. Su propósito es desambiguar el concepto de *eutanasia*, describir las conductas que equivocadamente son asociadas a ella, según su perspectiva, y diferenciar aquellas que no constituyen eutanasia de aquella única que sí lo es. Además, en el texto se hacen algunas consideraciones bioéticas mínimas en relación con los términos *eutanasia*, *matar* y *dejar morir*, y se discuten sus implicaciones en pacientes conscientes e inconscientes. Con este ejemplo, radicalmente comprometido con la sanción de la eutanasia y, en consecuencia, opuesto al derecho a la muerte digna, se mostrará que el esfuerzo académico, en este caso en el ámbito de la bioética, puede pretender efectos sobre la conceptualización jurídica —por ejemplo, la eutanasia como delito— a partir de la postura ética defendida. El texto, entonces, cumple las características para servir como ejemplo para el objetivo que nos proponemos: es, primero, un texto científico-académico, por lo que su contenido es pretendidamente descriptivo antes que valorativo; segundo, desarrolla una postura abiertamente opuesta a la muerte digna; y, tercero, lo hace a partir de la reintroducción de la eutanasia en el espacio de sanción penal que corresponde a la definición de una conducta como *delito*.

¹ Relativa en la medida en que no se pretende argumentar que el derecho y la ética sean lo mismo, sino que pertenecen a un *continuum* cuyas fronteras son porosas.

El autor comienza por mencionar que existe una gran confusión entre la eutanasia y las distintas conductas asociadas a ella. Sobre el contexto colombiano, sostiene que la eutanasia existe hoy en día, no porque la Corte Constitucional lo permita, sino solo porque algunos médicos la practican pudiendo jurídica y éticamente negarse a hacerlo. En palabras de Merchán-Price: “el médico bien estructurado jamás adelantará la muerte de sus pacientes y mucho menos podrá matarlos” (2019, p. 210). En este sentido, enumera cinco razones por las cuales los médicos realizan la eutanasia. En primer lugar, para el autor, la formación ética de los médicos es insuficiente y han olvidado que la autoridad de la ley no está por encima de la autoridad moral que les confiere la dignidad de su profesión, cuyo punto fundamental sería el respeto por el valor de la vida. En segundo lugar, confunden la auténtica compasión y el genuino espíritu de servicio, inherentes a la medicina, con la simple complacencia y con un sentimentalismo vacío y estéril. En tercer lugar, los conceptos que hacen referencia a la eutanasia no solo son confusos, sino que “confunden” intencionalmente a legos y expertos. En cuarto lugar, el Ministerio de la Protección social ejerce una coacción multiforme y permanente sobre los médicos (por ejemplo, la discriminación de la cual, desde su perspectiva, son objeto los médicos que no “están dispuestos a matar”) (Merchán-Price, 2019, p. 209). Por último, existe un creciente desinterés moral universal que viene “contaminando” a los médicos en todo el mundo y que se evidencia en la falta de carácter suficiente para hacer respetar su profesión.

Teniendo en cuenta lo anterior, el autor menciona que términos como *eutanasia pasiva*, *eutanasia directa*, *eutanasia indirecta*, *ortotanasia*, *mistanasia*, *eutanasia voluntaria* y *eutanasia involuntaria* no deberían utilizarse por ser obsoletos y ambiguos. En cuanto a la definición de *eutanasia activa*, explica que es la terminación intencional de la vida de quien voluntariamente solicita que lo maten con el fin de aliviar sus sufrimientos. Para el autor, esta es la verdadera eutanasia y, por ello, deberíamos referirnos a ella simplemente como “eutanasia”. Frente a este punto, recalca que el enfermo que pide la eutanasia no está pidiendo que lo dejen morir, sino que de manera explícita está manifestando su deseo de que lo maten. Por lo tanto, “es un homicidio doloso y describe el acto que causa intencionalmente la muerte del enfermo, quien muere como consecuencia del acto homicida y no como consecuencia directa de su enfermedad de base” (Merchán-Price, 2019, p. 212). Así pues, su intención “desambiguatoria” es la reincorporación del recientemente extraído concepto de la eutanasia al ámbito de regulación del derecho penal; es decir, pretende reintegrarlo discursivamente

al concepto de *homicidio doloso*. La finalidad no es escurridiza: introducir el concepto de eutanasia a la persecución punitiva y, por tanto, postular la eticidad de castigar su ejercicio.

Ahora bien, el sujeto activo, el médico, queda exento de cualquier responsabilidad penal si cumple con las condiciones especificadas por la Corte Constitucional colombiana. En principio, las condiciones para permitir la eutanasia activa son que el enfermo padezca intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, que cuente con la información seria y fiable acerca de su condición terminal, que tenga la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión, y que esta sea genuina y no el efecto de una depresión momentánea, y que su consentimiento sea libre e inequívoco (Corte Constitucional, C-239, 1997). Desde la perspectiva del autor, la sentencia descriminaliza el acto homicida, pero de ninguna manera establece que realizarlo sea una obligación jurídica del médico o de otra persona natural. No obstante, considera que esta obligación les fue impuesta a las personas jurídicas (empresas e instituciones prestadoras de salud) y, a través de ellas, de manera indirecta al médico.² Así pues, su interés es corporativizar la objeción de conciencia, no por considerar que ella corresponda a alguna forma compleja de espíritu colectivizado, sino porque la consecuencia pragmática de hacerlo haría materialmente imposible practicar la eutanasia, siempre y cuando el encargado de representar la voluntad de la corporación contara con idéntica percepción de la eutanasia como delito, lo que, hasta el momento en el contexto colombiano, es común.

Siendo así, el autor sostiene que, aunque la eutanasia activa no es un delito, sí es una conducta éticamente reprochable desde el punto de vista médico, sin excepciones. En este sentido, argumenta que la Corte asume arbitrariamente que los médicos son seres amoraes desprovistos de un horizonte ético suficiente que les impida matar frente a una disposición legal que los autoriza. Y agrega que es curioso cómo la mayoría de las personas y organizaciones que defienden la eutanasia no se conciben a sí mismos matando a sus familiares. Según el autor, ello evidencia que “la práctica de la eutanasia activa no es más que la

2 En Colombia, la discusión alrededor de la eutanasia ha entrado en conflicto con la objeción de conciencia. La solución ha sido, momentáneamente, reconocer a los médicos la capacidad de negarse a practicar los procedimientos que contradigan sus posiciones éticas, pero obligar a las EPS —mediadores entre los usuarios y las instituciones que prestan el servicio de salud— a gestionar la realización de la eutanasia (Corte Constitucional, C-233, 2021).

introducción forzada de una ideología malsana y no, en cambio, la expresión de un sentimiento generalizado y auténtico de solidaridad amorosa, como pretenden hacerlo ver” (p. 214).

Por otra parte, el autor establece que no puede hablarse de eutanasia, sino solo cuando el enfermo expresamente pide que lo maten. Si esa petición se hace en tiempo real, ya sea con el paciente consciente o con un testamento vital en el que haya solicitado su muerte, no hay duda de que se trata de un caso de eutanasia, por lo que el médico no debe hacerlo y, con respeto, debe retirarse del caso. Pero, si a diferencia del caso anterior, el paciente consciente o inconsciente (mediante testamento vital) ha solicitado no que lo maten, sino que lo dejen morir desconectándolo del ventilador mecánico o que le sean suspendidas las medidas terapéuticas vitales, no se trataría de una eutanasia, sino de un “rechazo voluntario de tratamiento vital ya instaurado” (Merchán-Price, 2019, p. 215). En este caso, el paciente no muere como consecuencia de un acto homicida, sino directamente por su enfermedad de base. Ahora, para el autor, la obligación moral del médico será siempre la de cuestionar un testamento vital cuando se trate de un paciente inconsciente, pues no puede desconocerse que pudo haber cambiado de opinión y nunca podrá asegurarse con certeza que no se cometió un homicidio simple (o agravado) o un homicidio por piedad, en lugar de una eutanasia.

Considerando lo anterior, el autor defiende que no es lo mismo dejar morir que matar, pues, con base en la autonomía del paciente, son la intención y el objeto mismo de las acciones los que determinan y definen no solo la conducta médica que se está llevando a cabo, sino también su moralidad, esto es, su licitud o ilicitud éticas. Por consiguiente, si el paciente pide no que lo maten, sino que lo dejen morir, el médico “éticamente bien formado” (p. 222) solo puede: a) no iniciar tratamientos, vitales o no vitales, si el paciente consciente así lo solicita; o b) suspender tratamientos no vitales en pacientes conscientes. En este punto, el autor hace énfasis en que, con independencia de las leyes de cualquier país, el médico éticamente bien formado *nunca* puede: a) matar a los enfermos, conscientes o inconscientes (estos últimos mediante solicitud testamentaria), que solicitan que los maten; b) retirar o suspender tratamientos vitales en pacientes conscientes o inconscientes (estos últimos mediante testamento vital) que solicitan que los dejen morir; c) retirar tratamientos no vitales en pacientes inconscientes; d) brindar asistencia al suicidio.

Por último, el autor concluye que es obligación moral del médico hacer respetar su profesión y los valores y principios que la fundamentan; por eso debe resistirse a aquellas conductas que le quieran ser impuestas y que pongan en duda esa fundamentación ética. De la misma manera, concluye que es su obligación difundir las bondades de los cuidados paliativos y desligarlos conceptual y moralmente de la eutanasia, pues la “estructura moral del médico” bien formado no puede, en ninguna circunstancia, considerar la eutanasia una alternativa previa, simultánea o posterior a los cuidados paliativos. Para terminar con su postura, señala que

si los enfermos piden que los maten o que los dejen morir, siempre existirá para ellos o para sus familias la responsabilidad de buscar el recurso jurídico a fin de que sean los familiares o cualquier otro tercero diferente del médico quien ejecute esas acciones. Precisamente, eso es lo que debió haber hecho la Sentencia C-237 de 1997 en vez de haberle asignado de manera arbitraria esa obligación a los médicos. (Merchán-Price, 2019, p. 223)

Como veremos, antes que un capricho de la Corte Constitucional, la asignación a los profesionales en salud de la responsabilidad de ejecutar la eutanasia es una constante en los ordenamientos jurídicos que la contemplan.

Con todo lo expuesto hasta aquí, no podemos negar que, en general, existe confusión respecto al significado de *eutanasia*, *matar* y *dejar morir*, así como un desconocimiento de las implicaciones bioéticas que pueden existir para los médicos. Por tanto, la conceptualización y diferenciación que hace el autor de los términos relacionados con la eutanasia es pertinente y contribuye a tener claridad a la hora de debatir sobre el tema. Ahora bien, la conceptualización no es un terreno neutral que preceda a los juicios de valor. Por el contrario, este es un ejemplo de la modelación ética de los conceptos, la cual no puede desligarse de la emisión de un discurso ideológicamente determinado, en este caso, por la reinscripción de la eutanasia en el ámbito conceptual del delito; en específico, del homicidio.

Ejemplo de lo anterior es cuando el autor da por hecho que la decisión de la corte fue irrespetuosa con los médicos y afirma que

la Corte, con tranquilidad pasmosa, designó al médico como sujeto activo, presuponiendo irrespetuosamente que los médicos no tienen ni han tenido nunca inconveniente alguno para matar y que quizás no lo habían hecho en el pasado solo porque no existía un soporte jurídico que se los permitiera. (Merchán-Price, 2019, p. 213)

Esta afirmación ignora que el criterio aplicado por la Corte en la sentencia fue el de especialidad:

la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no solo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren. (Corte Constitucional, C-239, 1997)

El conflicto de los aparatos teminológicos es apenas evidente: por un lado, la tensión entre las fronteras del homicidio y la eutanasia realizada por médicos; por otro, la descripción de la funcionalidad profesional y el otorgamiento de responsabilidades —como la realización de la eutanasia— en consecuencia. El lenguaje del derecho, en estos casos, operacionaliza las ambigüedades, de manera que ellas —o sus soluciones posibles— permitan la instrumentación de una postura a todas luces ética.

La controversia, desde luego, se extendió a los significados propios del texto constitucional, en particular, cuando el autor afirma que “la Corte ‘estiró’ la Constitución, no solo para hacerle decir lo que no dice”, sino, además, para “distorsionar y envilecer los nobles principios milenarios propios de la profesión médica” (Merchán-Price, 2019, p. 213). El “estiramiento” es, en realidad, una cualidad propia de la extensión de los significantes en general, y a esta característica corresponden los enunciados jurídicos (Guastini, 2014). Una vez el derecho constitucional contemporáneo aborda una problemática ética de relevancia jurídica, se examina el potencial de estiramiento, en términos del autor, de los conceptos y su aceptabilidad jurídica. Esto, que no es privativo del ordenamiento colombiano, se expresa en las formas de regulación y los conceptos movilizados.

1.2 Descriptividad como *permisión*: *legislación comparada sobre muerte digna*

A continuación, examinaremos las definiciones legales jurisdiccionales de la eutanasia, a partir del texto “Assistance in dying: A comparative look at legal definitions” de Jocelyn Downie, Mona Gupta, Stefano Cavalli y Samuel Blouin (2021). Con esto, se mostrará que el “estiramiento” no es contrario a la conceptualización jurídica, pues esta es, de hecho, la acción principal de la interpretación en el derecho. Además, se ejemplificará que las diferencias entre conceptos jurídicos en temas como la eutanasia, los cuales se encuentran evidentemente cruzados por debates éticos, no corresponden a meros desacuerdos en la definición o límites semánticos.

El propósito del texto base es definir y contrastar varios términos y el estatus legal de la asistencia para morir en las jurisdicciones que la autorizan, para así sentar unas bases que eviten la confusión lingüística y conceptual, generada, entre otras cosas, por el conflicto entre posturas valorativas que presionan a los significantes jurídicos y sus significados y, por tanto, los “estiran”. Los autores comienzan por mencionar que términos como *eutanasia*, *suicidio asistido*, *asistencia médica para morir*, *muerte digna*, entre otros, se utilizan en todo el mundo para referirse a diversos tipos de asistencia para morir. Desde su punto de vista, esa diversidad terminológica puede crear confusión tanto en los debates académicos como en la elaboración de políticas, si no está claro qué tipo de acción o inacción se pretende captar, por quién y en qué circunstancias.

Teniendo en cuenta lo anterior, ofrecen una serie de definiciones sobre los términos que se encuentran en los instrumentos jurídicos (leyes o decisiones judiciales), los cuales legalizaron la asistencia para morir en lugares como Suiza, los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Colombia, la provincia de Quebec (Canadá), Canadá, el Estado de Victoria (Australia) y varios de los Estados Unidos de América (Oregón, Washington, Montana, Vermont, California, Colorado, el Distrito de Columbia, Hawái, Nueva Jersey y Maine). Respecto al concepto de *asistencia a la muerte*, los autores plantean que podría considerarse dentro de un espectro de prácticas adicionales que incluyen la retención o retirada de tratamientos potencialmente vitales, la interrupción voluntaria asistida de la alimentación y la bebida, y la sedación paliativa/terminal. Así pues, si la intención de nuestro anterior autor, Merchán-Price, era distinguir diversos tipos de operaciones, la intención aquí es agruparlos bajo el concepto

de *asistencia a la muerte*, de modo que se conserve el núcleo de entendimiento según el cual se acepta la voluntad de un paciente de terminar con su vida.

En Suiza, la asistencia a la muerte no es punible y es una cuestión de derecho sanitario, ya que una condición de salud podría subyacer a la solicitud. No obstante, la sustancia letal que se suele utilizar debe ser prescrita por un médico, de acuerdo con la Ley Federal de Medicamentos y Productos Sanitarios. Según la legislación suiza, el suicidio asistido puede ser una forma de finalizar la vida de manera autónoma, en tanto ayudar a una persona que quiere poner fin a su vida administrándole una sustancia letal puede ser una forma de homicidio (Downie et al., 2021). El suicidio asistido punible se distingue del suicidio asistido no punible por los motivos del proveedor (no hay “motivos egoístas”; es decir, odio, beneficio económico, venganza). El suicidio asistido se distingue del homicidio a petición de la víctima por la naturaleza de la acción final (la autoadministración no conlleva ninguna pena, mientras que la administración por parte del proveedor conlleva una pena reducida). A diferencia de otras jurisdicciones, la condición del proveedor (médico o no) no es determinante. Sin embargo, un médico debe participar en la evaluación de la solicitud y prescribir la sustancia letal si se utiliza un fármaco regulado. Además, si se necesita una perfusión, una enfermera tiene que prepararla.

En los Países Bajos, los términos que se utilizan habitualmente en los documentos políticos y normativos son *eutanasia*, *terminación de la vida* y *suicidio asistido*. La práctica está regulada en el ámbito nacional a través de la Ley de Terminación de la Vida a Petición y Suicidio Asistido. En este sentido, el Código Penal neerlandés contiene delitos distintos para quien “intencionadamente y con premeditación quita la vida a otra persona” (asesinato), para quien “intencionadamente quita la vida a otra persona” (homicidio) y para quien “pone fin a la vida de otra persona a petición expresa y sincera de ésta” (Downie et al., 2021, p. 3). La Ley de Extinción de la Vida a Petición y Suicidio Asistido crea una excepción al último de estos delitos y al delito de ayudar y proporcionar los medios para cometer el suicidio para los médicos que actúen de acuerdo con los criterios de atención debida y que informen del acto al forense. Se utiliza el término *suicidio*, por lo que reconocen explícitamente el suicidio asistido como una forma de suicidio. Ahora bien, se utiliza el término *eutanasia* para referirse tanto a la terminación de la vida como al suicidio asistido, y se les distingue solo cuando es necesario (Comité Regional de Revisión de la Eutanasia [RTE],

2018, p. 6, como se citó en Downie et al., 2021). Los criterios de atención debida definidos en la ley se erigen como una definición de la eutanasia; es decir, una terminación de la vida a petición o un suicidio asistido que no son punibles.

A diferencia de los Países Bajos, Bélgica no modificó su Código Penal, sino que aprobó una ley específica sobre la eutanasia. La ley utiliza el término *eutanasia*, definido como: “el acto, practicado por un tercero, que pone intencionadamente fin a la vida de una persona a petición de ésta” (Downie et al., 2021, p. 3). Según su texto, el tercero sólo puede ser un médico, por lo que la ley incluye el suicidio asistido, teniendo en cuenta que el médico asiste al paciente hasta su muerte. Si no se cumplen los requisitos y procedimientos legales, la eutanasia se considera legalmente una forma de homicidio, mientras que el suicidio asistido se considera un delito de envenenamiento. La ley belga sobre la eutanasia establece que quien actúa conforme a la ley “no comete ningún delito”, por lo que la eutanasia es una forma (aceptable) de homicidio.

En Luxemburgo se aprobó en el año 2009 una ley que legaliza la eutanasia y el suicidio asistido. Dicha ley utiliza los términos *eutanasia* y *suicidio asistido*, a los que define como “eutanasia: el acto, realizado por un médico, que pone fin intencionadamente a la vida de una persona a petición expresa y voluntaria de ésta”; “suicidio asistido: se entiende que un médico ayuda intencionadamente a otra persona a suicidarse o le proporciona los medios para hacerlo, a petición expresa y voluntaria de dicha persona” (Downie et al., p. 3). Esta ley no elimina la eutanasia o el suicidio asistido del ámbito del derecho penal; más bien, establece que, para no ser punibles, la eutanasia y el suicidio asistido deben ser realizados por un médico y cumplir ciertas condiciones. Al permitir la eutanasia y el suicidio asistido, la ley luxemburguesa crea una excepción a los diversos delitos del Código Penal de asesinato, homicidio, envenenamiento, parricidio e infanticidio. Además, al utilizar el término *suicidio*, reconoce explícitamente el suicidio asistido como una forma de suicidio.

En Canadá, la asistencia a la muerte se legalizó por primera vez en la provincia de Quebec, y en todo el país, tras una sentencia del Tribunal Supremo que declaró inconstitucionales las prohibiciones del Código Penal sobre la asistencia para morir. En respuesta a la decisión del Tribunal Supremo de Canadá, el Gobierno federal legisló la asistencia en la muerte mediante la creación de excepciones a las disposiciones específicas del Código Penal. Cabe mencionar que en Quebec la ayuda médica para morir es “la atención que consiste en la administración

por parte de un médico de medicamentos o sustancias a un **paciente al final de la vida**, a petición del mismo, con el fin de aliviar su sufrimiento acelerando la muerte” (Downie et al., 2021, p. 5).

En Australia, la asistencia para morir sólo está permitida legalmente en el estado de Victoria, como resultado de la Ley de Muerte Asistida Voluntaria aprobada en 2017. En esta se define como

la administración, por uno mismo o por un profesional, de una sustancia de muerte asistida voluntaria e incluye los pasos razonablemente relacionados con dicha administración; sustancia de muerte asistida voluntaria significa un veneno o sustancia controlada o una droga de dependencia especificada en un permiso de muerte asistida voluntaria con el fin de causar la muerte de una persona. (Downie et al., 2021, p. 5)

Según la Ley de Delitos de 1958, el homicidio intencionado y la ayuda al suicidio son delitos, por lo que el efecto de la Ley de Muerte Voluntaria Asistida es crear una excepción. En consecuencia, la muerte asistida voluntaria es legalmente un subconjunto del suicidio y del homicidio (dependiendo de si es autoadministrado o administrado por otros).

En Estados Unidos, la asistencia a la muerte entra en el ámbito del derecho penal, el cual es competencia de los Estados. La asistencia en la muerte es ahora legal en varios estados y en el Distrito de Columbia, a través de una variedad de mecanismos legales. Estos incluyen legislación aprobada a través de la democracia directa, en forma de iniciativas ciudadanas avanzadas a través de medidas de votación o proposiciones (California, Colorado, Oregón y Washington); a través de los órganos legislativos (Distrito de Columbia, Hawái, Maine, Nueva Jersey y Vermont); o como resultado de decisiones judiciales (Montana). En Montana, la Sentencia Baxter contra Montana define lo que se entiende por *ayuda médica para morir*: “en la que un **paciente con una enfermedad terminal** elige y consiente en tomar una cantidad de medicina de un médico que, si decide tomarla, le causará su propia muerte” (Downie et al., 2021, p. 6).

Con todo lo expuesto hasta aquí, Downie et al. (2021) hacen una comparación de la asistencia a la muerte en el plano internacional y concluyen que las jurisdicciones que han legalizado más recientemente la asistencia para morir utilizan comúnmente términos descriptivos como “ayuda para morir” (p. 5). Además, mencionan que internacionalmente existen tres tipos de regímenes

de asistencia permitidos para morir legalmente: (1) jurisdicciones que sólo permiten la asistencia para morir administrada por el proveedor de atención médica (Colombia y Quebec); (2) las que sólo permiten la asistencia para morir autoadministrada (Suiza y las jurisdicciones de EE. UU.); y (3) las que permiten tanto la asistencia administrada por el proveedor como la autoadministrada (Australia [Victoria], Bélgica, Canadá, Quebec, Luxemburgo y los Países Bajos). Sólo Suiza no especifica legalmente el estatus del proveedor ni los medios a emplear. Por otra parte, en la esfera transnacional, los términos no tienen definiciones estandarizadas; por ejemplo, la ley belga utiliza el término *eutanasia*, pero el suicidio asistido se entiende incluido dentro de la eutanasia, mientras que en Luxemburgo la eutanasia se refiere sólo a la asistencia administrada por el proveedor.

En cuanto a quién puede recibir asistencia para morir, los autores mencionan que Colombia, Montana y Quebec incluyen una variación de la expresión **final de la vida** en sus definiciones de asistencia para morir, que sirve para delimitar la población objetivo de los solicitantes. En estas jurisdicciones, la asistencia para morir está reservada, por definición, a las personas que se acercan al final de su vida (aunque en la práctica, en Quebec, el final de la vida ha adoptado una definición más amplia). Ninguna otra jurisdicción proporciona información en la definición de la práctica sobre las poblaciones objetivo o excluidas o las condiciones de elegibilidad.

Por último, tanto en Colombia como en Suiza, los motivos de los prestadores desempeñan un papel en la definición de la práctica. Por un lado, en Colombia, la asistencia a la muerte es una excepción al delito de homicidio por piedad debido a los motivos compasivos del proveedor. Sin embargo, sólo deja de ser un delito cuando logra el objetivo de aliviar el sufrimiento de una persona con una **enfermedad terminal** que da su consentimiento. El derecho a morir con dignidad une los motivos del proveedor con el objetivo de la práctica. Por otro lado, Suiza exige que los motivos de los proveedores no sean egoístas.

Las diferencias terminológicas comparadas —es decir, entre las definiciones de las jurisdicciones— e internas —es decir, entre las diversas prácticas que encajan o no en la aceptación de la muerte digna— son claras. Conceptos como *suicidio asistido*, *homicidio a petición de la víctima*, *eutanasia* y *terminación de la vida* son justificados en cada jurisdicción por la extensión de la persecución penal respecto a la elección autónoma de morir. Esto, sin embargo, no se refleja necesariamente en la conducta material que regulan. Así, por ejemplo,

la extensión del concepto de suicidio asistido en una jurisdicción puede ser similar a la de eutanasia. Los límites del término y de sus consecuencias jurídicas —sanciones penales, disciplinarias, ejecución de cláusulas en contratos de seguro— dependerán de la intención del órgano que define. En consecuencia, las variaciones conceptuales son sustanciales porque con ellas se busca justificar la diferencia en el tratamiento jurídico. Esto se aprecia, por ejemplo, en la diferenciación entre *suicidio asistido* y *homicidio* o *envenenamiento* en algunas jurisdicciones. La definición tiene como objetivo principal eximir la sanción penal. Por ejemplo, cuando la administración de una sustancia letal es efectuada por un médico que sigue un protocolo preestablecido, existe una excepción para que la sanción penal no se aplique. Se trata, entonces, de una suerte de “tipicidad inversa”, con la que se establecen circunstancias de hecho que, una vez comprobadas, hacen innecesaria la persecución punitiva.

Pero semejante operación inversa de tipicidad se justifica por una motivación ética. El desarrollo legislativo y jurisprudencial respecto a la eutanasia y el suicidio asistido, por lo general, ha tendido a crear o reconceptualizar términos con el fin de privilegiar una postura ética conforme con una concepción de la autonomía humana en la cual la existencia, sus condiciones y su término son, en conjunto, parte de la esfera de decisión individual. Esto no debe pasarse por alto si nuestro objetivo es captar la mediación de lo jurídico en los conflictos éticos. Es perfectamente posible que las operaciones de definición ulteriores respondan a la intención de restringir la autonomía sobre la propia muerte. También, podemos imaginar que la “tipicidad inversa” sea instrumentada de modo que limite en exceso la decisión autónoma y se convierta, así, en herramienta de la criminalización de la muerte digna en cuanto postura ética. El hecho es que la definición, el impulso general por la descriptividad en esta materia, ha respondido a la intención de fortalecer la autonomía y no la criminalización. Esto no demuestra que la descriptividad será siempre una herramienta para posturas éticas afines, sino que, en general, operaciones conceptuales como estas se encuentran disponibles para mediatizar juicios valorativos. Eventualmente, por ejemplo, la operación contraria puede ser usada para el mismo fin: imaginemos que, antes que *analizar* el concepto de eutanasia, se *colapsen* sus significantes ramificados, con el objetivo de permitir la terminación autónoma de la vida en todos los casos, sin importar sus circunstancias.

En síntesis, los términos utilizados para describir la asistencia a la muerte no son estándar y varían de una jurisdicción a otra. Términos similares

pueden referirse a prácticas diferentes entre jurisdicciones, y, más allá de estas definiciones, hay muchos factores, como los sistemas políticos, la organización de la sanidad de un país, el sistema de asistencia, las creencias religiosas de la población, las opiniones de la profesión médica, entre otros, que influyen no sólo en quién puede proporcionar y **recibir asistencia para morir**, sino también en cómo se llama y para qué sirve. Los aparatos terminológicos, aquí, están dirigidos a operacionalizar la eutanasia, de modo que las características descriptivas de los conceptos permitan avizorar si la práctica está o no permitida, y a quién se le autoriza para llevarla a cabo. Concluimos, entonces, que el conflicto, aunque subterráneo, está presente: la conceptualización de la eutanasia como homicidio dirige a la condena moral de su práctica, mientras que la introducción de significantes altamente descriptivos asume a la eutanasia como dato, y por tanto procura proveer la mejor capacidad posible de instrumentación del concepto.

2. Segundo objetivo. Colombia: historia del debate y técnica constitucional de los juicios

El anterior apartado buscó mostrar cómo los conceptos jurídicos se convierten en mediadores de posturas éticas específicas. En ese camino, los instrumentos del derecho pueden cambiar junto con sus interpretaciones, pero no cambia su carácter de herramienta (Cohen, 1935; Endicott, 2000). Con dos ejemplos del ámbito académico y de legislación comparada se comprobó que, por un lado, la técnica de la “desambiguación”, con la que se distinguen significantes relacionados con la eutanasia, procura reintegrar el derecho a la muerte digna en la esfera de persecución punitiva de la que la Corte Constitucional la desarticuló por vía de excepción; por otro lado, las diversas técnicas de formulación de conceptos altamente descriptivos han sido usadas en las legislaciones que de un modo u otro se han abierto al derecho a morir dignamente, en apoyo directo a la autonomía sobre la vida.

Ahora bien, con la anterior comprobación obtenemos una premisa general, relacionada con la interacción entre ética y derecho, ejemplificada en el caso de la eutanasia. Sin embargo, esta reflexión, por las características del debate, que involucra el sufrimiento material e inmediato de seres humanos, debe ser concretada; es decir, trasladada a la esfera de los problemas jurídicos en los que personas de carne y hueso quieren hacer efectivo su derecho a la muerte digna y se ven obstaculizadas en su empeño. Para ello, haremos un breve recuento de la historia del derecho a la muerte digna en Colombia, para luego aterrizar esto

en el problema específico que se da cuando pacientes con enfermedades graves e incurables, pero no terminales, desean poner fin a su vida.

2.1 Historia del debate y confrontación valorativa

La discusión global sobre la eutanasia implica el enfrentamiento de posiciones éticas bien definidas alrededor del concepto y valor de la vida. De la mano del respeto por la autonomía, se ha desarrollado en algunos países el derecho a morir dignamente —como concepto autónomo— y a recibir ayuda para hacerlo; gracias al desarrollo tecnológico y jurídico, la eutanasia y el suicidio asistido son una realidad en algunas legislaciones, entre ellas la colombiana. La génesis de la eutanasia en Colombia se encuentra en la Constitución de 1991, pues allí se garantizaron derechos fundamentales y se consignó la acción de tutela como mecanismo protector de los mismos. Así pues, antes de hablar de la despenalización de la eutanasia, como concepto y práctica disponible en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de 1997, es preciso resaltar sus condiciones de posibilidad: el control de constitucionalidad sobre los contenidos del orden jurídico, existente desde 1910 (Cajas Sarria, 2005); la definición y agrupación de los derechos que la Constitución de 1991 hizo posible; la creación de acciones de defensa directa de derechos, que a la postre generó una especie de sistema de alimentación conjunta entre la definición de los derechos, su concreción en los análisis de constitucionalidad y, por último, el uso de los mecanismos de protección y participación. Aunque el “derecho a morir dignamente” no está explícitamente consagrado en el texto de la Constitución, la combinación de estrategias de litigio —en gran medida facilitadas por la acción de tutela— y la jurisprudencia constitucional que abrió el contenido de la carta a “derechos innominados” supusieron una vía de canalización del debate ético sobre la eutanasia.

Es por lo anterior que, en 1996, un ciudadano demandó la constitucionalidad del artículo 326 del Código Penal de 1980, que tipificaba la prisión (entre seis meses y tres años) para todo aquel que matara a otro por piedad, con el fin de detener el sufrimiento proveniente de la enfermedad, porque consideraba que, debido a la levedad de la sanción, constituía un “permiso para matar”. En suma, el autor afirmaba que la sanción del delito era insuficiente y que esto, en consecuencia, afectaba el fin de prevención general del derecho penal; es decir, que las personas no se sentirían obligadas jurídicamente a no asesinar por piedad por las consecuencias percibidas como mínimas. La Corte Constitucional,

mediante la Sentencia C-239/97, declaró exequible el artículo y además otorgó unas pautas para que los médicos que practicaban el homicidio por piedad no fueran penalizados. Los requisitos fueron,

primero, que el sujeto del procedimiento fuera un enfermo terminal; segundo, que estuviera bajo intenso sufrimiento o dolor; tercero, que el sujeto hubiera solicitado, de manera libre y en uso pleno de sus facultades mentales, la realización del procedimiento; y, cuarto, que dicho procedimiento lo realizara una persona calificada, es decir, un médico. (Díaz, 2016, p. 129)

Adicionalmente, la Corte exaltó la obligación del Estado de proteger la vida, de modo que debía legislarse estrictamente el modo de consentir (paciente) y ayudar (médico) a morir dignamente.

El caso de Colombia ha sobresalido en el tema, porque la Corte basó su decisión en la importancia de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la autonomía y la solidaridad. De este modo se enfatiza que la vida no es un bien absoluto, sino que se deben tener en cuenta otros bienes y principios para que los individuos puedan decidir sobre ella sin la intromisión del Estado, a la vez que se protege a quien brinda la ayuda (Corte Constitucional, C-239, 1997). Ahora bien, la sentencia hito exhortó al congreso para regular la muerte digna, pero pasaron muchos años en los que no existió un marco legal acorde a lo dicho por la Corte, lo que desencadenó problemas institucionales, negativas de las entidades de salud e incluso un mercado negro en el que se ofrecía practicar la eutanasia por un precio determinado. Aquí se encuentra el germen de los problemas de aplicabilidad que serán el punto de referencia para concretar nuestra postura inicial: si bien los juicios éticos movilizan los significados jurídicos de modo que sus consecuencias sean consecuentes con la postura valorativa de base, tanto los juicios como el instrumental jurídico se asientan en el terreno inestable del momento histórico y los usos generalizados. En este caso, el debate sobre la eutanasia se ha topado con una estructura institucional y una práctica jurídica que optan por desatender las exigencias teóricamente superiores que son indeseables desde el punto de vista del operador.

En 2014, la Corte Constitucional volvió a pronunciarse sobre el tema. En la Sentencia T-970 no solo reafirmó lo estipulado en la sentencia de 1997, sino que le solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social que en un plazo máximo de 30 días estableciera una regulación para que las IPS, EPS y los pacientes

conocieran el mecanismo para proceder con la eutanasia. Fue así como en la resolución 1216 del 20 de abril de 2015 se dieron las directrices para conformar los comités científico-interdisciplinarios para garantizar el derecho a morir con dignidad. Estos deben estar integrados por un médico (diferente al tratante), un abogado y un psiquiatra o psicólogo, que se rigen por los principios de celeridad, oportunidad, imparcialidad y el respeto por la autonomía del paciente.

Adicionalmente, se desarrolló el Protocolo para la aplicación del procedimiento de eutanasia en Colombia, donde se definió que un enfermo terminal es

aquel paciente con una enfermedad médicamente comprobada avanzada, progresiva, incontrolable que se caracteriza por la ausencia de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento, por la generación del sufrimiento físico-psíquico a pesar de haber recibido el mejor tratamiento disponible y cuyo pronóstico de vida es inferior a 6 meses. (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1216 de 2015)

Según el protocolo, el diagnóstico del médico debe ser el de terminalidad para decidir si el procedimiento aplica para el paciente y si él se encuentra en la capacidad de tomar la decisión por sí mismo. Un año después, mediante la Resolución 4006 del 2 de septiembre de 2016, se creó el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social, con el objetivo de vigilar los procedimientos antes descritos y respetar el derecho a morir con dignidad a través de la eutanasia.

Independientemente del desarrollo legislativo, las posiciones a favor y en contra de la eutanasia han sido latentes; en oposición se encuentran, en su mayoría, sectores religiosos y de tendencia conservadora, además de algunos médicos que afirman que este procedimiento es una violación a la ética profesional, que tiene como principio preservar la vida a toda costa. En 1998, durante el 2.º Congreso de Bioética de América Latina y del Caribe, se abrió el espacio para la deliberación sobre el tema, donde participaron en su mayoría abogados expertos en el tema. Sin embargo, los espacios para participación ciudadana son escasos y aún es un tema que se encuentra polarizado y que es incluso utilizado como arma política.

Desde otra orilla, la Corte Constitucional interpretó la dignidad humana constitucional como un imperativo que exige que los sufrimientos innecesarios no sean soportados cuando no existe perspectiva de curación. Esto muestra que los juicios de valor vertidos en debates públicos como este buscan, a su manera,

una mediación estratégica en el mundo jurídico, sea a través de procedimientos, como la acción de tutela, o del discurso de los derechos (Salas, 2019) —muerte digna y objeción de conciencia, por ejemplo—; mientras tanto, la postura contraria prefiere el uso del aparato terminológico del derecho penal, por un lado, y del derecho natural, por el otro. Desde una perspectiva técnico-jurídica, el derecho a la muerte digna ya es una realidad, lo que implica que puede solicitarse y practicarse; desde una perspectiva práctica, sin embargo, la vía libre jurídica se ha visto obstaculizada. Este es el contexto previo a la autorización, dada en 2021 por la Corte Constitucional, para practicar la eutanasia en pacientes con enfermedades graves e incurables, sin el requisito de terminalidad de la jurisprudencia previa y de la reglamentación del Ministerio de Salud. El debate, pues, ya no se centra en su aceptabilidad, sino en las condiciones que preceden a su autorización. A continuación, entonces, se presenta el problema jurídico en que se aplicará la reflexión sobre la ética y el derecho.

2.2 Técnica constitucional de los juicios valorativos: el conflicto entre la Corte Constitucional y el Ministerio de Salud

Después de la declaratoria de exequibilidad de la Corte que validó el derecho a la muerte digna en Colombia, y de su exhortación al congreso y al Ministerio de Salud y Protección Social, el debate de la eutanasia no ha perdido vigencia. Al contrario, las posturas valorativas que hemos revisado pugnan todavía por apropiarse de trincheras interpretativas. Es el caso de la extensión del derecho a la muerte digna a las enfermedades crónicas e incurables pero no terminales. La Corte varió su postura sobre la terminalidad, de modo que incluyó dentro del derecho a la muerte digna a quienes soportaran sufrimientos que no contaran con soluciones posibles, aun cuando su muerte no pudiera proyectarse a los seis meses siguientes, tal como lo requería la reglamentación del Ministerio de Salud y Protección Social.

Ahora bien, esta última entidad ha optado por movilizar su desacuerdo ético con la sentencia, impidiendo los procedimientos en estos casos. Su argumento se basa en que no se le notificó del fallo y sostiene, además, que la reglamentación que contiene el requisito de terminalidad está vigente. Esto último, de hecho, presenta un problema serio en materia constitucional, en particular cuando se pretende acceder a la muerte digna en casos que no suponen enfermedades terminales, pues es la tutela el único mecanismo constitucional para hacer justiciable el derecho, pero por sus efectos *inter partes* no puede invalidar ni

tildar de inconstitucional una norma jurídica de origen administrativo, como la regulación del ministerio de salud.³ Aquí, entonces, encontramos un ejemplo manifiesto del supuesto de hecho en el que es posible poner en juego nuestro análisis anterior: si las valoraciones éticas preceden a los conceptos jurídicos y su valoración, debemos movilizar nuestras valoraciones de forma que las respuestas normativas correspondan a ellos. En lo que sigue, se mostrará una posible solución para estos tipos de casos que responde tanto a las características de la acción de tutela como a las exigencias éticas del derecho a la muerte digna.

El actual debate sobre la eutanasia incorpora la discusión que previamente han dado la sociedad civil colombiana y la Corte Constitucional, en el marco de sus funciones de control abstracto de constitucionalidad y control concreto en sede de revisión.⁴ En ese sentido, ha existido un serio debate alrededor de la eticidad del derecho a la muerte digna, en gran medida permeado por concepciones religiosas. Aunque estas son reconocidas como parte integrante de la libertad de culto y conciencia, no tienen lugar en los valores de un Estado laico de derecho. En este contexto, la pluralidad debe garantizar que no se impongan a los individuos decisiones vitales que, por otro lado, no afectan el bienestar social, como aquella sobre los presupuestos de la propia muerte. Entre otras razones, esta interpretación, sostenida desde un punto de vista estrictamente constitucional, llevó a la Corte a decidir que el previo requisito según el cual el derecho a la muerte digna estaba supeditado a la existencia de una enfermedad terminal (con expectativa de vida no mayor a seis meses) no era compatible con el núcleo valorativo de nuestra Constitución, y que, por tanto, debía permitirse la práctica de la eutanasia en pacientes con enfermedades graves e incurables (Corte Constitucional, C-233, 2021). La operación interpretativa que justificó la ampliación es relevante, pues la Corte se enfrentaba a un precedente sobre el mismo tema que, en sentido estricto, contrarió. Así pues, solo una interpretación no restrictiva y, por tanto, abierta del concepto de *cosa juzgada constitucional* pudo derivar en la mencionada ampliación.

Una vez planteado lo anterior por la Corte Constitucional, la discusión cambia de cariz. Ya no estamos hablando únicamente del debate social generado

3 Para lograr esto, sería necesaria una demanda de nulidad simple contra la reglamentación, lo que implicaría gastos desmesurados de tiempo y recursos jurídicos.

4 Para un estudio del desarrollo del debate en Colombia: Díaz Amado, 2016. Un ejemplo de críticas desde la sociedad civil y, en especial, desde posturas religiosas: Conferencia Episcopal de Colombia, 2022.

en torno a un contenido jurídico con posibilidad de tener validez. Ahora se introduce en la cuestión la integridad institucional de la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. La cuestión es la siguiente: en la sociedad civil, el debate sobre la eutanasia permanece como una confrontación de posturas hasta que se toma un recurso jurídico, el cual puede eventualmente decidir que alguna de las posturas será aplicada subsiguientemente. Esto sucedió cuando la Corte Constitucional despenalizó la eutanasia y, después, eliminó el requisito de la terminalidad. Una vez aquí, ya no se trata de una confrontación valorativa llana; ahora se trata, además, de la integridad de la autoridad que decidió los términos del debate. Así, cuando se decide desatender la jurisprudencia de la Corte, se desdice, también, su carácter como órgano de cierre en materia de constitucionalidad.

De esta manera, para abordar la eutanasia debemos ampliar el marco de discusión más allá de la cuestión, valiosa por sí misma, del derecho a la muerte digna. Se entrecruzan, entonces, los dominios de los siguientes conceptos jurídico-constitucionales profundamente desarrollados por la Corte: supremacía de la Constitución frente a las demás normas del orden jurídico (Giuffrè, 2022); la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución (Corte Constitucional, C-820, 2006); la cosa juzgada constitucional; la Constitución como presupuesto de la función pública y las normas jurídicas que, en el curso de las facultades que ella otorga, se pueden expedir. Todo esto nos muestra un panorama en el que la discusión actual adquiere un nuevo aspecto: no se trata únicamente del derecho a elegir las circunstancias de la muerte; ahora, también, está implicada la estructura misma de nuestro Estado, tal como fue delineada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

En Colombia se despenalizó la eutanasia en el año 1997; sin embargo, se exigía una enfermedad en estado terminal para acceder al procedimiento. Este requisito fue eliminado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-233 de 2021, en virtud del derecho fundamental a morir dignamente. A pesar de que el fallo de la Corte es vinculante desde el 23 de julio de 2021, el Ministerio de Salud y Protección Social sigue sin modificar la Resolución 971 de 2021, “Por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia”, norma que exige entre sus requisitos una enfermedad en estado terminal para acceder a la eutanasia:

Artículo 7. Requisitos mínimos para expresar la solicitud. Son requisitos mínimos para expresar una solicitud: (i) la presencia de una condición clínica de fin de vida, esto es, enfermedad incurable avanzada, enfermedad terminal, o agonía...

Que la Constitución es norma de normas parece claro a partir del artículo 4 de la carta política. La significación de este axioma de nuestro orden jurídico es, también, clara: la Constitución, primero, es una norma en el sentido jurídico, lo que implica que tiene fuerza vinculante; además, todas las normas del orden jurídico, en todos los niveles, deben conformar sus disposiciones e interpretaciones a la Constitución, so pena de ser excluidas del ordenamiento jurídico. Pues bien, la claridad que existe respecto a la Constitución como norma, primero, y como norma superior, después, debe irradiar la solución de la presente contradicción entre la jurisprudencia de la Corte y la reglamentación del Ministerio de Salud.

La Sala Plena se pronunció al respecto en el Auto 966 de 2021 (Corte Constitucional, párr. 7), en el sentido de que “las decisiones dictadas en el marco del control abstracto de inconstitucionalidad surten efectos desde el día siguiente a la adopción de la decisión”. En ese sentido:

Una vez se divulga oficialmente la sentencia, bien sea mediante la publicación integral de su texto o el respectivo comunicado de prensa oficial, el conocimiento y cumplimiento de la parte resolutive de la sentencia es exigible a todos los operadores jurídicos. Lo expresado es imprescindible para la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución Política, que se vería intensamente lesionada por la aplicación de normas cuya validez ya ha sido descartada por este tribunal, o de interpretaciones opuestas a la interpretación auténtica de la Corte Constitucional. Además, el respeto por la decisión adoptada y divulgada es obligatorio en virtud de los principios de legalidad, seguridad jurídica y cosa juzgada. (Corte Constitucional, Sala Plena, Auto 966, 2021, fundamentos jurídicos 37-39)

En sentencia C-539/11 la Corte establece que

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, **las autoridades**

administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

Esto, en concordancia con el artículo 2 de la Constitución Política, que establece la superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y en relación con la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la carta política, al ser la Corte Constitucional su única intérprete autorizada.

Las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete, especialmente del máximo intérprete de la Constitución.

[...]

La Corte reitera nuevamente el mandato superior de sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado– art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP-; el derecho a la igualdad –art.13 CP-; la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241 de la Carta Política-. En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes: (i) **todas las autoridades públicas administrativas se encuentran [sic] sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes.** (Corte Constitucional, C-539, 2011)

La jurisprudencia constitucional tiene incidencia directa y general en la jurisdicción, en la medida en que, por mandato del artículo 241 superior, a esta corporación “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Siguiendo esta idea, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica a partir de la aplicación de los principios básicos del Estado constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica (García Manrique, 2003). La obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes es una exigencia orientada a que las decisiones judiciales estén guiadas por un parámetro de igualdad, lo que, a su vez, confiere seguridad jurídica a la aplicación del derecho y permite que los usuarios de la administración de justicia puedan tener confianza legítima sobre las normas que regulan sus relaciones jurídicas.

En cuanto a la cosa juzgada constitucional, como institución jurídica procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política, a través de ella se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Esta, además de ser un principio jurídico incorporado al debido proceso, persigue dos propósitos esenciales:

Primero, en armonía con el artículo 4º Superior, otorga eficacia al principio de supremacía constitucional, pues (i) evita que después de una decisión de la Corte Constitucional sobre la incompatibilidad de una norma con la Constitución, esta pueda regresar al orden jurídico, (ii) desarrolla la interpretación autorizada de los mandatos constitucionales, dotándolos de precisión, y (iii) previene sobre interpretaciones abiertamente incompatibles con la Carta, evitando que sean asumidas por el Legislador al momento de concretar los mandatos superiores. Segundo, garantiza la seguridad jurídica, pues las decisiones de la Corte son definitivas y vinculantes para todos (efectos erga omnes), y su sentido no puede ser alterado por sentencias posteriores. (Corte Constitucional, C-312, 2017)

De esa manera, se excluye la procedencia de nuevas demandas basadas en los mismos motivos, se mantiene la estabilidad del ordenamiento jurídico y se establece una garantía de autorrestricción al activismo judicial (García Amado, 1996), pues las sentencias previas determinan la adopción de una decisión idéntica, en caso de que el asunto sea puesto en conocimiento de la Corte una vez más.

La Corte Constitucional es el intérprete autorizado de nuestra Constitución. Esto, cuando decide sobre la constitucionalidad de una norma o cuando, sin

abordar la validez de un contenido en nuestro orden jurídico, plantea como *ratio decidendi* una regla de interpretación. Así, las delimitaciones hermenéuticas que ella opera, sea en sede de tutela o de control de constitucionalidad, son vinculantes para los operadores jurídicos de toda la estructura institucional del Estado. Nótese, además, que hasta ahora nos referimos en general a las decisiones y reglas interpretativas de la Corte. Las decisiones del tribunal constitucional, en nuestra estructura normativa, deben tener efectos horizontales, sobre todo si la mencionada interpretación se refiere a un derecho fundamental como la muerte digna.

Si por sí mismas las decisiones de la Corte en sede de constitucionalidad son vinculantes, su interpretación sobre la extensión de los derechos fundamentales lo es más. En este caso, lo que era interpretación autorizada y erigía a la Corte por encima de otras interpretaciones similares y razonables se convierte en interpretación obligatoria, pues ningún particular o funcionario puede restringir los derechos fundamentales a límites más estrechos que los dispuestos por la intérprete autorizada de la norma de normas (Shapiro, 1997): primero, porque su interpretación es preferente; segundo, porque según la doctrina constitucional y general, cuando la interpretación de los derechos humanos se enfrenta a criterios hermenéuticos disidentes, debe preferirse la interpretación más amplia.

En este caso, la interpretación autorizada, y también la más amplia, ha dispuesto que la terminalidad no es un requisito del derecho a la muerte digna. En consecuencia, la terminalidad es un requisito proscrito de nuestro ordenamiento jurídico. Valga decir: **ningún funcionario público o privado está justificado a exigir, para el acceso a la muerte digna, que la enfermedad se encuentre en estado terminal.** Entonces, la cuestión estriba en lo siguiente: ¿qué sucede si, como en el caso particular, existe una norma jurídica o un acto administrativo —específicamente una resolución ministerial— de cuyo contenido se puede extraer que exige la terminalidad como requisito?

La consecuencia es directa: la referida norma jurídica hace una exigencia inconstitucional, a la luz del precedente constitucional y de la interpretación autorizada sobre la extensión del derecho a la muerte digna. Ahora, por las condiciones de aplicabilidad del precedente de la Corte, los ciudadanos y ciudadanas que cumplen con los requisitos establecidos en el 2021 han tenido que acudir a la acción de tutela, pues sus sufrimientos no admiten la espera de un medio de control como la nulidad simple. Sabemos, sin embargo, que el trámite de acción de tutela no es el procesalmente adecuado para proscribir del

ordenamiento jurídico una norma, o una parte de ella, por resultar contraria a la Constitución. Aun así, se le impone a la Corte en estos casos realizar una valoración de las posiciones enfrentadas: una de ellas, o al menos su interpretación, es marcadamente inconstitucional, pero aplicada por funcionarios públicos y privados; otra, en cambio, es constitucional, ajustada al precedente, respetuosa de la institución y jerarquía de la Corte Constitucional, pero es desapercibida con la resolución ministerial como justificación.

Una contradicción de las dimensiones que hemos delineado debe ser abordada desde un punto de vista constitucional que, a la vez, respete los procedimientos de cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas y resguarde la posición de la Corte como intérprete autorizado. La función pública, en ese sentido, no puede desapegarse de las interpretaciones autorizadas de la Corte Constitucional, máxime cuando, como en este caso, la divergencia interpretativa puede ser tan marcada.

La Corte, en el fallo C-083 de 1995, desarrolló una posición que puede iluminar el presente contexto. En la relatoría se expresó que las inconsistencias del ordenamiento jurídico eran complementadas por el juez en la concreción que hace de los contenidos jurídicos a un caso específico. La laguna y la contradicción se solventan cuando existe una interpretación que hace a los contenidos de la norma inferior coincidente con los de la norma superior.

Eso es lo que encontramos en este caso: existe una expresión en la resolución ministerial que induce a funcionarios públicos y privados a restringir inconstitucionalmente el derecho a la muerte digna. Aunque no entra en el ámbito de las competencias de la Corte en sede de revisión de tutela declarar la inconstitucionalidad del decreto, sí es posible delimitar la interpretación de la resolución de manera que sea acorde con las disposiciones del intérprete autorizado. Así, lo que debe realizarse en estas cuestiones llevadas a acción de tutela, en caso de que no se ordene la modificación de las resoluciones del ministerio de salud, es una aclaración que genere precedente constitucional en el siguiente sentido: **en la aplicación de la resolución del Ministerio de Salud, debe interpretarse que la práctica de la eutanasia no requiere que la enfermedad del paciente sea terminal, por lo que en todo caso, de conformidad con la posición de la Corte, debe autorizarse el procedimiento de acceso a la muerte digna cuando se encuentren los presupuestos de enfermedad grave e incurable.** Se conciliarían para la práctica de la eutanasia,

entonces, el precedente constitucional y los actos administrativos del Ministerio de Salud, sin vulnerar el procedimiento de inconstitucionalidad, pues se estaría efectuando una limitación hermenéutica de la norma que continuaría en el tráfico jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, las acciones del Ministerio de Salud y Protección Social junto con las EPS y las IPS constituyen una afectación a la supremacía e integridad de la Constitución Política —desde luego, si nos atenemos a la interpretación inmediata del requisito “terminal”—, pues desatienden lo establecido en la Sentencia C-233 de 2021, al exigir a los pacientes una enfermedad terminal para acceder a una muerte digna a través de la eutanasia. Aplicar este requisito contenido en el artículo 7 de la Resolución 971 de 2021, cuya validez había sido descartada por la Corte, va en contra del respeto por la decisión adoptada, la cual es de obligatorio cumplimiento en virtud de los principios de legalidad, seguridad jurídica y cosa juzgada.

2.3 Síntesis

Sería ingenuo suponer que la solución propuesta para un asunto jurídico es estrictamente técnica, más si, como en el presente caso, está en juego un debate valorativo con raíces históricas, como el de la eutanasia. La división teórica entre derecho y ética tiene consecuencias prácticas: de asumirla, no solo no cambiamos la mediación ética de los instrumentos jurídicos, sino que, además, nos cegamos ante la movilización de los propios juicios valorativos, de modo que sean jurídicamente aplicables. La anterior solución hipotética de caso se basó en esta pulsión subterránea: el privilegio de la autonomía sobre la decisión del término de la propia vida. Lo hizo, sin embargo, a través de argumentos externos al debate valorativo mismo: antes que derecho a la muerte digna, prefirió la “superioridad” y “seguridad jurídica”. Tomar consciencia de este hecho es vital para ejercer la crítica del derecho, la ética y, en especial, para la autorrepresentación de las posturas propias, vistas menos desde el prisma de la objetividad del derecho y más desde la mediación ética. La solución constitucional que moviliza efectivamente los juicios valorativos de la muerte digna es abrir el sentido de *terminal*, de forma que coincida hermenéuticamente con la decisión de la Corte.

Conclusión

Lo que inició como un debate valorativo se convirtió en un debate jurídico. Esta mediación es, sin embargo, útil: el debate sobre la eticidad de la eutanasia pasó al ámbito de la supremacía constitucional, con todo el andamiaje jurídico-conceptual que ello implica. Quizá, dado el momento de la discusión, sea tiempo de abandonar el debate sobre la admisibilidad de la eutanasia, asumir que la muerte digna es un derecho y, en cambio, garantizar sus condiciones de aplicación a través de estrategias jurídicas como la acción de tutela.

El recorrido que hemos realizado nos ha llevado por ejemplos de clarificación, desambiguación y agrupación conceptual con incidencia en el mundo jurídico. Como hemos argumentado, estas no son más que mediaciones de posturas valorativas, de modo que la desambiguación responde a la intención de condena, mientras que la agrupación descriptiva, con frecuencia, es usada para privilegiar la autonomía y, con ella, el derecho a la muerte digna. Es este razonamiento el que hemos intentado aplicar a un caso particular: la justiciabilidad de la muerte digna en condiciones no terminales, cuando la reglamentación de su acceso conserva el requisito de terminalidad. La respuesta es esencialmente hermenéutica: hay que hacer coincidir el concepto con la doctrina constitucional, incluso si su contenido se ve contradicho. Así, asumimos el carácter instrumental de los conceptos jurídicos frente a las posiciones valorativas, y actuamos en consecuencia. Hacerlo de esta manera, además, contribuye a que el debate público sea más sincero, menos irracionalmente tecnificado y, por tanto, más cercano a las concepciones cotidianas del bien y la justicia.

126

Referencias

- Cajas Sarria, M. (2005). Origen del Control Constitucional de las Leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente Revista Jurídica*, (-), 13-33. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1414>
- Cajas Sarria, M. (2015). La construcción de la justicia constitucional colombiana: una aproximación histórica y política, 1910-1991. *Precedente Revista Jurídica*, 7, 109-152. <https://doi.org/10.18046/prec.v7.2208>
- Campbell, T. (2002). El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (25), 303-331. <https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.09>

- Cohen, F. (1935). Transcendental nonsense and the fuctional approach. *Columbia Law Review*, 35(6), 809-849. <https://doi.org/10.2307/1116300>
- Corte Constitucional. (1 de marzo de 1995). Sentencia C-083 [M.P. Gaviria, D.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>
- Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997). Sentencia C-239 [M.P. Gaviria, D.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>
- Corte Constitucional. (4 de octubre de 2006). Sentencia C-820 [M.P. Monroy, M.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-820-06.htm>
- Corte Constitucional. (15 de diciembre de 2014). Sentencia T-970 [M.P. Vargas, L.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>
- Corte Constitucional. (22 de julio de 2021). Sentencia C-233 [M.P. Fajardo, D.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-233-21.htm>
- Corte Constitucional. (12 de noviembre de 2021). Auto 966 de 2021 [M.P. Fajardo, D.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A966-21.htm>
- Díaz Amado, E. (2016). La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas. *Revista de Bioética y derecho*, (40), 125-140.
- Downie, J., Gupta, M., Cavalli, S., Blouin, S. (2021). Assistance in dying: a comparative look at legal definitions. *Death Studies*, 46(7) 1547-1556. <https://doi.org/10.1080/07481187.2021.1926631>
- Endicott, T. (2000). The Impossibility of the Rule of Law. En T. Endicott (Ed.), *Vagueness in the law* (185-204). Oxford University Press. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268406.003.0009>
- García Amado, J. (1996). ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? *Anuario de Filosofía del derecho*, (13), 65-85. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/8025/11876>
- García Manrique, R. (2003). Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. *Doxa*, (26), 477-515. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.21>
- Giuffré, I. (2022). La supremacía constitucional y sus garantías: los casos de España y Reino Unido. *Revista de Derecho del Estado*, (51), 39-72. <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.02>

- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mejía Quintana, Ó. (2007). Élités, eticidades y constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia. En G. Hoyos Vásquez (Comp.), *Filosofía y teorías políticas. Entre la crítica y la utopía* (pp. 235-256). CLACSO.
- Merchán-Price, J. (2019). Eutanasia, matar y dejar morir. Desambiguación del concepto de eutanasia y consideraciones bioéticas esenciales. *Persona y Bioética*, 23(2), 207-223. <https://doi.org/10.5294/pebi.2019.23.2.4>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (20 de abril de 2015). Resolución 1216 de 2015.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2 de septiembre de 2016). Resolución 4006 de 2016.
- Salas, N. (2019). Derecho y Cambio Social: un Ejercicio Aplicado desde Vidas Trans. *Cuadernos pagu*, (56).
- Shapiro, I. (1997). Elementos de la justicia democrática. *Doxa*, (20), 331-376. <https://doi.org/10.14198/DOXA1997.20.12>

Diya Ul Akmal*

Sultan Ageng Tirtayasa University (Banten, Indonesia)
diyaulakmal@gmail.com

Fauzziyyah Azhar Ramadhan**

Independent Researcher (Banten, Indonesia)
fauzziyyah16@gmail.com

**Legal Ideals: Lawmaking and Law
Enforcement Primarily based on Community
Social Life in Indonesia*****

*Ideales legales: creación de leyes y aplicación de la ley
basadas principalmente en la vida social de la comunidad
en Indonesia*

*Ideais jurídicos: legislação e aplicação da lei com base
principalmente na vida social da comunidade na Indonésia*

Artículo de reflexión: recibido 04/03/2023 y aprobado 03/11/2023

* Master of Law, Sultan Ageng Tirtayasa University (Indonesia). Scientific Interest: Legal Studies, Law Reform, Constitutional Law, Constitutional Rights, Environmental Law, Corruption Eradication. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5393-6086>

** Faculty of Law, Sultan Ageng Tirtayasa University (Indonesia). Scientific Interest: Legal Studies, Criminal Law, Criminal Justice System. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9378-9814>

*** This article is the author's original work and represents the study in a topic of interest to them. The author declares that there is no conflict of interest and has not received financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v23.6008>

Cómo citar:

Ul Akmal, D., Azhar Ramadhan, F. (2023). Legal Ideals: Lawmaking and Law Enforcement Primarily based on Community Social Life in Indonesia. *Precedente Revista Jurídica*, 23, 129-162. <https://doi.org/10.18046/prec.v23.6008>



Abstract

The aim of this study is to conceptualize how lawmaking and law enforcement work together to serve society's best interests. Historically, law has primarily functioned as a tool for social control and is extremely inflexible, making it impossible to properly uphold the core principles of justice implementation and enforcement. Law should evolve to become a tool for fostering social development, leading to contentment and the establishment of a just societal order. As a result, legal development should prioritize the desires and needs of the people. This is a socio-legal study wherein social phenomena are interpreted as the direction of legal development. Employing a conceptual approach and analyzing qualitative data derived from a literature review, our findings indicate a shift in people's desires, particularly in Indonesia, influenced by legal establishments. With the desire to contribute their aspirations into the creation of law and serve as the participatory society in monitoring the way law enforcement is carried out, the development of legal thinking within society is evolving in a positive direction. Legal development must change the paradigm that has previously considered law merely as a mechanism of social control, as a result of societal changes. Both lawmaking and law enforcement should embrace a participatory society. Thus, the goal is to translate this legal ideal into practice by establishing a legal development that benefits society.

Keywords: Law Formation; Law Enforcement; Legal Development; Participatory Society; Legal Thinking.

Resumen

El objetivo de este estudio es conceptualizar cómo la creación de leyes y su aplicación trabajan juntos en beneficio de la sociedad. Hasta ahora, la ley ha servido únicamente como una herramienta para el control social y es extremadamente inflexible, lo que hace imposible mantener adecuadamente los principios básicos de la implementación y la aplicación de la justicia. La ley debe poder evolucionar para servir como una herramienta que fomente el desarrollo social y que resulte en la satisfacción y el establecimiento del orden legal. Como resultado, el desarrollo legal debe priorizar los deseos y necesidades de la población. Este es un estudio sociolegal en el que los fenómenos sociales se interpretan como la dirección del desarrollo legal. Empleando un enfoque conceptual y analizando datos cualitativos obtenidos de la revisión de la literatura, nuestros hallazgos revelaron que las necesidades de las personas, particularmente en Indonesia, han cambiado en respuesta al establecimiento de la ley. Con el deseo de aportar sus aspiraciones en la creación de la ley y servir como sociedad participativa en el monitoreo de la forma como se lleva a cabo la aplicación de la ley, el desarrollo del pensamiento legal dentro de la sociedad se está moviendo en una dirección positiva. El desarrollo jurídico debe

cambiar el paradigma que anteriormente consideraba al derecho meramente como un mecanismo de control social, como resultado de los cambios sociales. Tanto la creación de leyes como la aplicación de estas deben abrazar una sociedad participativa. Por lo tanto, el objetivo es traducir este ideal legal en la práctica mediante el establecimiento de un desarrollo legal que beneficie a la sociedad.

Palabras clave: formación de la ley; aplicación de la ley; desarrollo legal; sociedad participativa; pensamiento legal.

Resumo

O objetivo deste estudo é conceituar como a aplicação da lei e a formação da lei trabalham juntos para beneficiar a sociedade. Até agora, a lei serviu apenas como uma ferramenta para controle social e é extremamente inflexível, o que torna impossível manter os princípios básicos de implementação e aplicação da justiça. A lei deve ser capaz de servir como uma ferramenta para promover o desenvolvimento social, resultando na satisfação e estabelecimento da ordem legal. Como resultado, os desejos e exigências das pessoas são a principal preocupação no desenvolvimento jurídico. Este é um estudo legal no qual os fenômenos sociais são interpretados como a Diretoria de Desenvolvimento Jurídico. Este estudo usa uma abordagem conceitual e analisa dados qualitativos obtidos na revisão da literatura. Os resultados do estudo revelaram que as necessidades das pessoas, principalmente na Indonésia, mudaram em resposta ao estabelecimento da lei. Com o desejo de investir suas aspirações na criação da lei e servir como sociedade participativa no monitoramento da aplicação da lei, o desenvolvimento do pensamento legal na sociedade está se movendo em uma direção positiva. O desenvolvimento jurídico deve mudar o paradigma que antes considerava o direito apenas como um mecanismo de controle social como resultado da mudança social na sociedade. A elaboração e aplicação da lei devem ser capazes de acomodar a sociedade participativa. É para esse fim que um ideal legal que deve ser colocado em prática é estabelecer um desenvolvimento legal que beneficie a comunidade.

Palavras-chave: formação da lei; aplicação da lei; desenvolvimento legal; sociedade de participação; pensamento legal.

Introduction

Law has evolved into a mechanism for maintaining order in society and the state. Each person's rights are thought to be protected by the law, which also serves as a check on the government's ability to exercise its authority. To resist individual egoism and prevent social conflicts, the law functions as a tool for social control (Trubek, 1972). Currently, the law not only regulates daily life but also serves as a means of achieving justice and valuable benefits. It has become an institution that connects the interactions, interdependencies, and determinism among individuals in society and the state (Rondonuwu, 2014). The law has advanced to the point where it now plays a role in preserving the social fabric as a unified entity. This underscores the significance of law in modern progress.

Every nation in the world now regards law as essential for preserving social order. However, at times, the law can become overly stringent in its pursuit of social order, leading people to perceive it as cruel and oppressive (Nonet & Selznick, 2001). This worsens the situation and typically results in public dissatisfaction with the existing legal system. An example of this can be seen in the Indonesian reform event of 1998,¹ where political reforms triggered legal reforms in Indonesia (Lukman, 1998). As both Indonesian law and the constitution underwent changes, so did the social fabric. These recent changes have spurred calls for new laws that better reflect desires and requirements of the community. According to Peter Mahmud Marzuki (1999), legal reform requires the implementation of new legal principles based on changes in people's lives. Lawmaking is expected to harmonize emerging community desires with existing norms, and lawmakers must be willing to observe and adapt to societal conditions. This underscores the importance of aligning the creation of laws with the realities of people's lives.

According to Philippe Nonet and Philip Selznick (2001), the law can serve as a tool for achieving the ideals of equality and freedom for all people. It can

¹ The 1998 reform occurred as a result of an inappropriate policy executed by President Soeharto's government at the time, as well as the onset of a monetary crisis, which resulted in the fall of the Indonesian people's standard of living. Reforms were demanded in politics, law, and the economy (Santoso, 1998). Furthermore, Suharto's 32-year-long presidency, characterized by authoritarianism, undermined democracy. Law was exploited as an instrument of power, state infrastructure was misused for personal gain, unjust law enforcement prevailed, and the military played a significant role in every aspect of state life. On May 21, 1998, Suharto announced his resignation as president, which marked the end of his reign (Akmal, 2021b). This announcement ushered in a new era in both social and state life.

also be used to determine the limits of state institutions' authority and correct constitutional issues that prevent it from working properly. In response to the reforms made in 1998, the community has also demanded this. People felt confined and miserable during that period due to human rights violations and excessive state power. In recent advancements, the principle of freedom has transformed people's habits of participating in voicing their opinions when they feel that the law-making process does not align with the aspirations and requirements of society. For example, the creation of a new Criminal Code and the Job Creation Law exemplify this positive shift. Of course, it's crucial for lawmakers to recognize this as an integral part of the law-making process to ensure its intended effectiveness.

Lawmakers must be able to comprehend these three legal objectives as each carries its own weight. Legal certainty must include the principles and norms that govern society as well as the specifics of how the law must be adhered to. In this way, not only individuals are restrained and compelled to obey the law, but also the law impacts people's lives. The next legal objective is benefit, which is the fundamental principle behind law creation. The emphasis is on the benefits the community gains from the enactment of laws, which must not be abstract. The benefits of forming laws must be based on societal desires, not only on the interests of specific individuals. In an economic sense, the objective of benefit value is to improve social welfare. Benefit value can also be understood from a social perspective, which entails fostering a positive link between human rights and limitations on behavior that violates the rights of others. Legal infractions occurring during the application of the law may disturb social stability. When justice is the primary goal of law enforcement, it is imperative for lawmakers to comprehend this fundamental objective.

Law, as a cohesive connection, still contains unanswered questions and is fundamentally highly metaphysical (Rondonuwu, 2014). This arises from human imperfections, which are prone to mistakes. The connection between lawmakers and law enforcement must be harmonious for the law to function effectively as a tool. Community oversight is required to bridge the gap between egoism and human nature in the creation and application of laws, given that the community would be directly affected by how the law is implemented. Once this relationship is harmonized, it is anticipated that justice, benefits, and legal certainty would all be adequately executed. Due to how well they develop and support one another, the three legal objectives

evolve to function as a single, cohesive entity. Law is now also seen as a tool for fostering social development rather than only being a tool for social control. The community should be treated as a subject that reflects the nature of the society existing in each nation, rather than just as an object. This is what is anticipated to become a basic legal ideal that can be attained by many nations around the world, as well as a common legal ideal in establishing the state of law, specifically in Indonesia.

The goal of this study is to reintegrate the perspectives of legislators and law enforcement officials as they utilize their authority to create a legal system that society requires. The study also attempts to establish a paradigm for community involvement in the legal system from its inception to law enforcement. This is due to the community's rights to decide what the needs and sense of justice in the particular legal system are. The first topic aims to redefine the fundamental meaning of legal certainty. If the creation of legislation is not accompanied by the community's actual requirements, it will merely create unrest in the community and serve only for gaining legal certainty. Legislators must carefully comprehend this before drafting legislation. This is something that countries that establish a civil law legal system based on positive law must pay close attention to. The focus of the second topic is on the implementation of law enforcement, which must be progressive in its comprehension of the context and state of society. What needs to be realized is that law cannot directly act as a subject like humans. Law enforcement officers must, therefore, have the ability to bring about justice, foster trust, and give the community a sense of security in order to handle it properly. The third topic focuses on the creation and enforcement of laws, which support the social order. Law must be conceived of as a component of community needs, and as such, it must be formed in accordance with community aspirations. The envisioned legal system is one that can work hand in hand to assist the growth of people's lives. It is envisaged that the establishment of legal order would be supported by the value of community-felt benefit in the creation of law and upholding justice. In the final section, we will discuss and outline how a participatory society has evolved to comprehend the fundamentals of justice in the realm of law enforcement. The topic at hand is critical because it is not limited to a specific legal system. This development ultimately led to a paradigm shift in how people think about law. Law enforcement is seen by the public as the

law itself. As a result, the legal system must further develop the harmonious link between legal substance, law enforcement, and a participatory society.

Methods

This is a socio-legal study that delves into social realities to elucidate social phenomena in relation to legal facts. It involves a comprehensive examination of issues related to lawmaking and law enforcement based on social realities (Banakar & Travers, 2005; Irianto & Sidharta, 2009). The objective is to define the link between law and society, which is subsequently established in terms of the paradigm of lawmaking and law enforcement. The main point of discourse in developing this relationship is the issue of positive impacts on community social lives. We employ a conceptual approach that explores viewpoints and theories within legal studies (Soekanto & Mamuji, 2003). These ideas and theories serve as the framework for addressing the covered legal concerns. A qualitative data analysis was employed to scrutinize the data with the aim of better understanding the issues under discussion and advancing theory (Amiruddin & Asikin, 2010). The data was gathered through library research, in the form of primary legal materials (laws, regulation, and court ruling), secondary legal materials (books and journals), and tertiary legal materials (internet sources). The main data analyzed involved a comparison of social and policy developments related to the creation and enforcement of laws in several countries. This comparative analysis, grounded in actual empirical conditions, serves as a crucial foundation for additional analysis and elaboration that paves the way for the realization of the expected conceptualization of legal ideals. Empirical conditions establish society as a critical component of a country's existence; therefore, legal ideals are not limited to a specific legal system. The process involves, first, defining the issue that will be discussed. Second, identifying the theories and doctrines that will form the basis for this study. Third, gathering relevant legal materials, such as regulations related to discussions, books, journals, and other internet sources. Fourth, conducting problem analysis based on the gathered data. And finally, describing the results using words grounded in scientific logic.

The Purpose of Legal Certainty in Lawmaking

The development of law formation cannot be separated from the evolving demands of the community for law, driven by the utility and purpose of enacting the law. More broadly, philosophical explanations of law are characterized by

examining the causes of its formation, the enactment process, its binding strength, the underlying aims, public perceptions, and the intricate relationship between law and people's lives. Law, as a system, establishes an organized structure that serves as the foundation of societal life, illustrating their interdependence. The intimate link between law and society is founded on the necessity to regulate and protect the individual interests in society. People are transformed into subjects whose interests are regulated, with the law acting as a controlling mechanism applicable to all. The goal is to advance equal law enforcement based on general justice across society. As a result, law can never be divorced from the development of people's lives, embodying values essential for social progress to ensure order and regularity. This leads to a desire to advance justice through the rule of law, while highlighting its importance as a binding norm (Isharyanto, 2016; Rahardjo, 2000).

The dimensions of law encompass values, norms, and moral standards (Soekanto, 1986). In the normalization of a law, these three aspects are interconnected, shaping it into the embodiment of societal life for which it is intended. Presently, the law has become a behavioral standard for every individual in society, exerting control to prevent activities that are inconsistent with or contradict the law. Consequently, the law serves as a tool for maintaining order and fostering an organized social life (Suparman Usman, 2008). Law can also be defined as a social norm aimed at establishing an ordered and peaceful society (Isharyanto, 2016). Legal rules have two distinct functions: they give protection from all interests seeking to exploit it (by punishing those who violate the law), and they provide protection not fully explained by other social norms (normatively based on relevant legal norms) (Basuki, 2014; Mertokusumo, 2011). Even with generally recognized norms, the existence of law is critical because each of these norms has its flaws. According to J. Van Khan and J.H. Beekhuis, as quoted by Rumokoy & Maramis (2014), commonly recognized norms are insufficient to safeguard society's desires. Hence, the law can be used to protect society's interests by providing legal certainty.

Legal certainty is seen through juridical-dogmatic doctrines (based on the positivist school of thought), which tend to view law as autonomous and independent, implying that law is merely a set of rules. According to this school of thought, laws exist to ensure that legal certainty is realized. Legal certainty is the true embodiment of law as a general rule (Ali, 2002). Legal

certainty and legal positivism share a close relationship, with the common objective of providing clarity to positive law. The tenets of legal positivism argue that law must provide regularity and certainty for the legal system to function properly (Buana, 2010; Julyano & Sulistyawan, 2019). The protection of the public interest (including personal interests), serving as the enforcement of justice in society, preserving citizens' faith in the government, and the maintenance of the government's authority over citizens are all objectives that can be attained with legal certainty (Halim, 1987; Julyano & Sulistyawan, 2019).

The flow of positivism traces its origins to the history of the development of legal positivist thinking. The mid-18th century bourgeois movement in France and the Industrial Revolution in England brought about significant changes in European society that gave rise to positivism. Concurrently, the traditional epistemological system, characterized by the dominance of the king and the church, started to face scrutiny. Ideas challenging the reasoning and quest for fundamental truth by monks and kings began to emerge. Since the Enlightenment, the pursuit of truth has been unquenchable and uncontrollable. Science started to shift the dominant role of religion, leading to the waning popularity of the church and the rise of educational institutions. In the end, rational and empirical knowledge replaced metaphysical knowledge. The ideas of Auguste Comte constitute the summit of removing subjectivity from knowledge. Auguste Comte coined the phrase "Law of three phases", as quoted by Widodo Dwi Putro (2011), referring to the theological, metaphysical, and positive stages. Furthermore, the positivist meaning that Comte articulated at that time might be understood as a positive meaning that is true, certain, beneficial, unambiguous, precise, or possesses characteristics that contribute to the arrangement of order (Julyano & Sulistyawan, 2019; Shidarta, 2013).

Legal positivism reasoning, rooted in Comte's conceptual framework, has evolved over time, gaining prominence even in classical Chinese philosophy. During China's Han Dynasty, Han Feizi formulated his ideas on legal positivism. As cited by Feng Yu-Lan (1966), Han Feizi states that legislation must be recorded in administrative offices and made public. This practice aimed to ensure that everyone is aware of the legal requirements and restrictions. To maintain the rule of law, rulers must watch over and manage their subjects. The power to punish lawbreakers and reward those who uphold the law is also granted to rulers.

Legal positivism has reshaped the perspectives on law formation in numerous countries. In its implementation, legal positivism frequently encounters considerable challenges in keeping pace with the swiftly changing dynamics of people's lives to meet their requirements. Since legal certainty is an integral component of the legal protection part, the law is compelled to continuously adapting to circumstances. If the demands of society change, static law cannot keep pace with social change. As a result, there is a legal void, undermining the significant value of legal certainty. To accommodate the social development of society and commonly accepted norms, the law must be adaptable. Alvin S. Johnson (2006) emphasized the necessity for a relation between law and society in the form of legislation based on societal interests rather than merely individual ones. Legal certainty is best achieved when the law is based on community desires, ensuring fair and proper application.

In Indonesia, the evolution of the legal system has given rise to a dynamic array of issues and social instability. This may be observed in the formulation of the newest Criminal Code² as well as the Law on Job Creation, which was created using the Omnibus Law technique.³ The community believes that the creation of these laws does not adequately consider the desires and requirements of its citizens. Consequently, multiple groups staged demonstrations (CNN Indonesia, 2022b; Idhom, 2019; Sutrisna, 2022). After being passed, the Job Creation Law became the subject of a constitutional review at the Constitutional Court, which was requested by a number of groups that believed their constitutional rights had been violated. Ultimately, the Constitutional Court ruled that the Law on Employment Creation was

2 Since 1963, criminal law scholars have been working on a new Criminal Code with the objective of replacing the Dutch-inspired Criminal Code that has been in use in Indonesia since 1918 (Humas dan Protokol BPHN, 2022). There have been numerous parties interested in the Criminal Code's reform since it was first proposed. However, many academicians who worked on the new Criminal Code died before it was enacted, including Prof. Soedarto, Prof. Roeslan Saleh, Prof. Moeljanto, Prof. Satochid Kartanegara, Prof. Oemar Seno Adji, Prof. Andi Zainal Abidin Farid, and Prof. Muladi (Sahbani, 2017).

3 Referring to both the Omnibus Law and the Omnibus Bill is essentially the same. The Draft Law is called a 'bill' in several countries, but it is directly understood as a Draft Law in Indonesia. The term "Omnibus Law" is used literally by separating the words "Omnibus" as one of the forming process and "law" as the thing it forms (Akmal, 2021a). The term "Omnibus" is defined by the Black Laws Dictionary (Garner [ed], 2009) as relating to or dealing with numerous objects or items at once; including many thing or having various purposes.

conditionally unconstitutional⁴ (The Constitutional Court of the Republic of Indonesia, 2021). Meanwhile, on December 22, 2022, the new Criminal Code was eventually passed following many considerations and input to replace the old Criminal Code (*Wetboek van Strafrecht*), inherited from the Dutch colonial era in Indonesia (Puspito & Masyhar, 2023). The formulation of the new Criminal Code aimed to establish a national, superseding colonial-era legislation. The new Criminal Code is also anticipated to better reflect the state of society today and satisfy public demand for criminal law regulations.

In essence, the original intent⁵ of passing the Job Creation Law was to offer legal certainty on the ease of investing in Indonesia (Ansari, 2020; Suriadinata, 2019). However, the community believes that their aspirations were overlooked during the creation of this law, constituting a fundamental concern. Moreover, the public believes that the law will actually harm workers and laborers. Similarly, the new Criminal Code has faced criticism, with concerns raised about certain provisions that could potentially harm society. Public rejection of these two laws stems from various issues highlighted in various articles. This is crucial because once a law is enacted, it becomes a regulatory framework binding society. It's essential to avoid the implication that law enforcement is merely normative in nature. Hence, the solution to the issue must be implemented before the creation of a law, and justice cannot be solely demanded from law enforcement after the fact.

Similarly to the issues surrounding the establishment of the Job Creation Law in Indonesia, the imported commercial legislative framework in Vietnam is perceived as detrimental to the community. It is believed that the role of the community in giving aspirations for the creation of laws and policies is asymmetric and that business elites are prioritized (Gillespie,

4 “Conditional unconstitutional” is the inverse of “conditional constitutional”. Decisions labelled as “conditionally unconstitutional” interpret articles and laws subjected to judicial review as being conditionally unconstitutional under the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. If the conditions outlined by the Constitutional Court have been met by the addressee of Constitutional Court decision, the requested article and laws for judicial review will be deemed constitutional (Asy'ari et al., 2013).

5 The idea this legislation originated from a speech by Joko Widodo during his second presidential inauguration. President Joko Widodo expressed a desire for streamlined regulatory frameworks in the investment sector. Indonesia faces challenges in implementing investments due to the sheer amount of investment-related regulatory laws. As a result, the Job Creation Law was drafted utilizing the Omnibus Law technique. The objective is to reduce the problem of overregulation while simultaneously luring international investors to invest in Indonesia (Akmal, 2021a).

2008). Consequently, the perception of injustice in society becomes a significant concern in the legislative creation process. In Malaysia, a lack of community participation is also a concern, resulting in community rights being inadequately addressed in legislative development (Rodiyah et al., 2023). In contrast, the formulation of laws in Mexico has experienced a more democratic implementation. To combat corruption, the public desires that politicians' financial information be made public. A participatory society⁶ successfully contributed to the formation of the law, after roughly 634,000 people participated in the process (Capone et al., 2017). Such participatory measures have not been adopted in Indonesia, posing a significant obstacle to the creation of effective laws.

The formation of law should be grounded in the aspirations of the people to ensure that it brings societal benefits. According to Jeremy Bentham, the value of a benefit in a law is its capacity to bring about happiness in its implementation. Although Utrecht (1989) criticizes Bentham's viewpoint, arguing that happiness is an abstract concept that overlooks particular issues. Utrecht also holds that the pursuit of happiness is inherently personal, which makes it exceedingly challenging to comprehend the need for justice. Utrecht views legal certainty as more practical in ensuring people's social lives because the objective of law is to protect human interests from interference. In essence, Utrecht's perspective aligns with how the law functions to safeguard human rights—a crucial aspect of the benefits derived from enacting laws. By synthesizing the perspectives of Bentham and Utrecht, a common theme emerges: the protection of human interests as the intrinsic value of benefits in law formation, fostering a sense of peace and ensuring a prosperous life through mutual respect for individual rights, ultimately culminating in the establishment of the rule of law. This should be the overarching objective guiding the creation and implementation of laws.

⁶ The terms "participation opportunities" and "participatory society" have almost the same meanings. "Participatory society" refers to society as a subject that not only possesses the ability to participate but is also part of citizens' rights, which cannot be separated from the law-making process. This right is a representation of the existence of the state, which must be capable of providing equal opportunities to all individuals and incorporating societal requirements into the laws that are enacted.

Progressive Law Enforcement

Law enforcement is a process in which abstract legal functions are upheld and carried out in accordance with concrete circumstances that arise. Soerdjono Soekanto (2007, p. 35) describes law enforcement as

The activity of harmonizing the value relationships defined in the solid and manifest principles/views of values and attitudes of action as a process of elaboration of the final stage of values to establish, sustain, and maintain social stability.

The purpose of law enforcement is to generate concrete legal certainty. The aim sought through the enforcing the law is the actualization of the value of benefits and the fulfilment of justice. Law enforcement must be aligned with the prevailing legal system in a country. This is because every country in the world exhibits fundamental differences in the evolution of its legal system. This legal system is, of course, tailored to the principles of the country's citizens.

In practice, law enforcement frequently engages with community rights, particularly the often overlooked sense of justice. Legal positivist nations exhibit normative aspects in their laws, imposing constraints on law enforcement. In the end, law enforcement can convey a sense of justice only when grounded in ethical principles. The conflict of interest between the law and community rights is a problem as it can lead to social unrest. Actions contravening legal norms, encompassing orders and prohibitions, are deemed violations punishable by administrative sanctions and criminal sanctions (Nurhayati, 2020). The foundational issue with legal positivism arises when the formulation of laws neglects the desires and requirements of society. Hence, achieving legal protection necessitates a close intertwining of lawmaking and law enforcement.

Since the reformation in 1998, the empirical reality in Indonesia has produced a sense of widespread skepticism toward law enforcement. This lack of trust arises from the practical shortcomings in law enforcement procedures, that fail to meet society's expectations of justice. Based on this reality, Satjipto Rahardjo (2010) developed the concept of progressive law as a positive legal doctrine (analytical jurisprudence). Rahardjo (2009, p. xiii) defines progressive law enforcement as follows:

Implementing the law is more than just following the black and white terms of the laws; it is also about following the spirit and deeper meaning of the

law, or the law in general. Law enforcement requires not only intellectual but also spiritual intelligence. In other words, law enforcement is carried out with complete resolve, empathy, dedication, and commitment to the nation's suffering, as well as the guts to find different approaches than what is typically done.

This perspective underscores that if justice cannot be achieved, law enforcement officers must not be bound by legal positivism. To become clear and sustain the concept of truth, law enforcement must evolve into a process that translates initially abstract values, ideas, and legal ideals. The embodiment of law enforcement must be put into action in practical reality. The most important subject in achieving a sense of justice is society. To attain the intended legal ideals, the law must be capable of becoming an ideal problem solver. If moral standards are adequately established, society will accept the presence of law. In the end, orderly law will be accompanied by public trust in the rule of law and law enforcement.

In the material sense, Indonesia as a state of law,⁷ sees law beyond its formal representation defined by the legislature (MD, 2006). The primary objective is the implementation of the value of justice. Justice can only be achieved when the legal system effectively enforces the law. The application and enforcement of the law are influenced not only by public legal awareness but also by the presence of law enforcement officers who adhere to their duties and responsibilities correctly. In practice, law enforcement officers frequently fail to carry out legal provisions as required. This sets a concerning precedent that fuels public skepticism toward the rule of law and the legal system (Sanyoto, 2008). The integrity and morality of law enforcement officers must be maintained for law enforcement to provide a sense of justice to the community.

Progressive law enforcement requires officers to courageously interpret the law solely to uphold justice. Suteki, as quoted by MYS (2013), contends that progressive law has evolved since Satjipto Rahardjo introduced it. This evolution is attributed to the fluid nature of progressive law, always in pursuit of truth. Satjipto Rahardjo (2005) characterizes progressive law as having objectives for

⁷ Article 1, paragraph (3) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia asserts Indonesia as a state of law. The article is an addition to the third amendment to the Constitution by the People's Consultative Assembly of the Republic of Indonesia on November 9, 2001. This amendment was introduced to underscore the significance of the rule of law in Indonesia.

human welfare and happiness, possessing human moral substance, serving as liberating law, and being analytical and functional in order to continue to find and solve existing problems. These criteria aim to direct law enforcement to be idealistic in its efforts, aligning with the nation's desires to attain national goals. The country's ideals include eliminating legal inequity and legal prejudice. The national goal is to achieve equality before the law for all citizens, regardless of economic or social background. This will subsequently demonstrate that the law was created not merely to provide legal certainty, but also to promote happiness (Rahardjo, 2010).

Satjipto Rahardjo's concept of progressive law aligns with the utilitarianism concept popularized by Jeremy Bentham in 1789. The central tenet of utilitarianism is that the development of law must be capable of providing happiness for humans (Latipulhayat, 2015). Similarly, the concept of progressive law seeks to achieve happiness as a goal in law enforcement. If integrated, lawmaking and law enforcement must emphasize their objective of bringing happiness to the community by considering its interests. The law should function as a tool for fostering happiness in the community. The happiness under consideration involves the fulfilment and implementation of the values of justice and benefit in the formation and enforcement of laws.

The Role of Law and Law Enforcement in the Development of Social Order

The utilitarian school of thought introduces legal benefits as the objective of law, as the most feasible aims are legal certainty and benefits (Darmodiharjo & Shidarta, 2004). The purpose of law enforcement is to ensure legal certainty. Laws must take into account the value of the community benefits for law enforcement to deliver the essential elements of justice. The significance of this component of justice and expediency stems from the fact that the rule of law is not a final goal to be reached. Law is merely a tool for an objective in society and as a state. The presence of law as something that can maintain peace and order must be felt by society as a subject to be regulated. Furthermore, the state, through the institutions that create the law, must strive to set the welfare of the community as the value of the benefits it desires. If correctly executed, the role of preserving human interests and the purpose of enhancing welfare in the lawmaking process can be achieved (Sampara et al., 2011).

Countries around the world have progressed toward a welfare state, which has ramifications for the development and implementation of laws. This is evident in Colombia, England, Finland, Indonesia, Japan, the United States, and other countries (Abadía-Barrero, 2016; Bhambra, 2022; Dimiyati et al., 2021; Ervasti, 2001; Howard, 1999; Pekkanen & Pekkanen, 2022). This demonstrates that the construction of laws is beneficial in the sense that attempts to increase welfare are not limited to a single legal system. Each country strives to establish the best possible welfare state for its citizens, with the distinction lying in what each country provides based on its citizens' demands. The goal of enhancing people's welfare becomes the fundamental element of benefit, which is subsequently formalized into law as the basis for implementing policies. Legal formation necessitates seamless integration with societal demands expressed during the law creation process. The benefit component will then have consequences for happiness, which is represented in people's quality of life and society's perception of a law's justice value.

Montesquieu (2013) likens the process of creating a law to a doctor prescribing medication after diagnosing a patient's condition. To keep order in social and governmental life, lawmaking and implementation must function together. Simply said, harsh laws will only cause society to disintegrate apart (Rato, 2010). Following Montesquieu's analogy, societal issues are akin to a disease, and the law serves as the medication to treat this illness. If the law is not aligned with the requirements of society, it cannot alleviate community problems and may, in fact, exacerbate them. Conversely, when the law is crafted in accordance with the desires and needs of society, it will turn into a solution for the issues at hand. This captures the significance of the community receiving, realizing the benefits of the law. If the creation of the law has standardized the value of the benefits for the community, it will be left to law enforcement officers to meet the demand for a sense of justice.

Roscoe Pound, as quoted by Achmad Roestandi (1980), asserts that the primary purpose of the law is to function as an instrument for the construction society. In this context, "constructing society" implies influencing socioeconomic conditions and fostering social and cultural development. A law's ability to be binding compels the community to uphold it. The implementation of a well-organized law is the desired outcome. The efficacy of a nation's law enforcement can be gauged by how well regulated its laws are. A populace that is obedient and respectful toward authority can be indicative

of effective law enforcement and an ability to meet the community's demands for justice. On the other hand, it is quite possible that law enforcement struggles if the community frequently violates laws. Krabbe, as cited by Moh Kusnadi and Bintan R. Saragih (2008), asserts that people's willingness to uphold the law depends on their level of legal awareness. Even though the law is impersonal, individuals who are fully conscious are more likely to follow it if they perceive that it serves justice. In such cases, it becomes conceivable to utilize the law as a tool for social change once justice has been served.

The core of the value derived from law enforcement lies in the provision of justice to each individual and fulfilment of broader demands for justice. By closely attending to the foundational legal requirements and actively participating in overseeing law enforcement, society can progress along a more positive trajectory. As a result, the community will develop a better understanding of both the law and law enforcement. Law enforcement and legal substance are inseparable components in establishing the desired legal order. Legal order can only be achieved if the community is convinced that justice has been served and that law enforcement is being appropriately executed. This constitutes a legal ideal that must be realized by the state through institutions responsible for law creation, law enforcement officers upholding the law, and the community as subjects who demand a sense of justice and benefit in the formation and implementation of laws.

The implementation of the legal system demands awareness of the evolving dynamics of society to establish and sustain a stable legal order. According to Follet (1919), the process through which individual interests are incorporated into community interests constitutes society as a creative process. Prior to creating a law, it is crucial to gain a better understanding of the community development process. The initial compromise in individual lives evolves into a common will, becoming an integral component of the social order system. The current legal framework must be further connected with this community's social life. It will be challenging to achieve the desired legal order if law enforcement does not uphold the requirements of a sense of justice. To comprehensively integrate all societal aspirations, lawmaking should be perceived as a subsequent stage in community development. The aspirations, forged through a compromise process, transform into prerequisites for advancing communal development, transcending mere personal interests.

Participatory society is a significant and inseparable element in legislation formulation across numerous nations globally. Technological innovations are being leveraged to encourage citizen participation in lawmaking, exemplified by initiatives in Colombia, Brazil, and various European Union countries (Capone et al., 2017). Citizen participation ensures that community needs can be addressed in the formulation of laws, as the necessary information and data comes directly from the community. The various opportunities for society to influence public policy prompted the Finnish parliament to enact The Citizens' Initiative Act on March 1, 2012 (Christensen et al., 2017). The Citizens' Initiative was also adopted across Europe in 2012 as part of the Lisbon Treaty. This demonstrates the significance of society's existence in state entities and is a manifestation of democratic law creation.

Society deserves to be treated not merely as an object governed by law but as a subject with protected interests. An expression of the need for law is the aspirations that exist within society. The social structure dictated by legal developments is no longer appropriate for the functioning of contemporary society. This perspective is grounded in the human right to freedom of expression. Lawrence M. Friedman (1969) argues that, because modern society is constantly focused on change, the concept of social engineering is perceived as a component of legal culture. Laws are not immutable; their certainty evolves with shifting societal demands. Compliance with the law is more likely when people perceive it as a response to societal needs.

For instance, the creation of laws addressing property ownership disputes must align with the community's requirements. In circumstances of such conflicts, law enforcement turns into a mechanism for upholding justice. The law guiding the eradication of corruption is another good example. To make people afraid and discourage those thinking of doing something wrong, these laws need to have strict punishments. Corruption poses a threat to established social order and violate the rights that should be granted to the community. This highlights the need for laws to protect the interests of the larger society.

The purpose of creating laws and enforcing them is to support the existing social order, not to change it. The stringent nature of the law must be used to defend the needs of society. Laws that aim to establish new standards can only be implemented if they serve to safeguard larger interests or address social issues (Sunstein, 1996). For example, banning the sale and use of illegal drugs is aimed at protecting users and preventing the harm to the country's youth. Sellers of

illegal substances may face severe penalties, but users who are identified as victims may receive rehabilitation to treat their addiction. Another example that can have a significant impact on the community's social development by fostering new norms is the implementation of a scholarship program to support the education of the next generation. This illustrates how the legal system can contribute to maintaining societal order.

Participatory Society in the Formation and Enforcement of Laws

Satjipto Rahardjo (2004) emphasized that the law evolves and exists within society, rather than being formed instantaneously. The ideals and norms of community life are then abstracted to form the basis of law. The resulting legal framework becomes the foundation and direction for the lives of society, the nation, and the state. The state is responsible for enacting and enforcing laws. Lawmaking and law enforcement are inseparable parts of a unified system. It is quite possible that law infractions will arise throughout its implementation (Ariyanti, 2019). The state addresses these issues through law enforcement officials, aiming to establish organized laws for the maintenance of harmonious community life.

According to Jhon Austin, as quoted by Darji Darmodihardjo dan Shidarta (2004), the nature of law contains a command element, as it consists of a set of rules that society is obligated to adhere to. The definition of the command element implies that it is something mandatory for everyone, and compliance may or may not be carried out. In addition to specifying consequences for breaking the law, it is also expected to evoke a sense of fear in potential violators. If law enforcement is aware of the principles that must be upheld in order for justice to be served, its coercive nature can be applied carefully and fairly (Aburaera et al., 2013). On the contrary, if the requirement of justice is not met, the law may also be a terrifying force for society. The objective of law is to delineate boundaries that individuals cannot breach against others, in order to foster a peaceful community life. Since the enforcement of law is inherently authoritative, human values must be preserved when putting it into practice. If law enforcement officers are unable to distinguish between right and wrong based on their consciences, the law will never succeed in delivering justice. If the element of command is not coupled with upholding justice and has a positive impact on society, the law will just serve as a tool to constrain society.

According to Aristotle, as quoted by R. Soeroso (2009), the purpose of law is to protect justice based on moral principles of fairness acknowledged by society. In reality, justice is highly subjective and depends on the perspective of each individual. As a result, law enforcement suffers from a sense of justice that isn't universally realized. The case of Minah, who stole three cocoa pods, elicited compassion from the general population. This is so because Minah was given a one-month-and-fifteen-day jail sentence after the judge found her guilty (Dwiatmodjo, 2012; Purwokerto District Court, 2009). The community perceives that the criminal conviction in this case has harmed law enforcement's sense of justice. This sentiment arises due to Minah's advanced age and poor socioeconomic background as a farmer. The fact that Minah must go through a difficult legal process at her age has raised concerns in the community. However, the court's decision provides a sense of justice to the cocoa companies that reported Minah. Other examples include the stealing of a watermelon by Basar Suyanto and Kholil. To quench their thirst on a hot day, they took a watermelon from someone's garden and ate it. Both were found guilty and given prison terms of 15 days (Abi, 2009).

Legal certainty is the primary aim of law in both instances, where criminal penalties are imposed on those who commit offenses. Nonetheless, the case study also demonstrates that the law is unforgiving. The normative aspect of the law underlines that an offense cannot be justified to uphold the value of justice. This is yet another limitation in the law itself. People are moral beings by nature, and they can evaluate a situation to judge the importance of fairness. In these two cases, the value of the loss resulting from the committed actions is not significant, and the offenders are in poor financial condition. The community believes that the case should be settled through mediation rather than going to court, and that compensation should be provided. Of course, there is a chance that this approach might not have a deterrent impact. Yet, a sense of fairness will appeal to conscience more than indiscriminate punishment.

Legal certainty can have negative effects if justice is not prioritized in law enforcement. The maximum limit of permitted and prohibited actions should be based on legal certainty. To prevent arbitrary actions against society, law enforcers must exercise their authority grounded in legal clarity. The principle of fairness must be respected in the implementation of law enforcement (Putri & Arifin, 2019; Suhardin, 2007). When the law meets the requirements of a sense of justice, it contributes to the happiness of the community and avoids

causing harm to various parties. The judicial system should be employed as a last resort in law enforcement.⁸ Taking the instances of watermelon and cocoa theft linked earlier, there shouldn't be a need to resort to lawsuits to resolve such issues. This calls for the application of conscience as a human being compared to the way legal certainty is carried out as the normative aspect of a law.

Recent developments frequently elevate legal purity to the utmost priority. However, the law contains impure norms as well. According to Scholten, as cited by Isharyanto (2016), a law that is strictly executed will only result in a "bloodless phantom." The law encompasses not just rules and regulations but also court rulings and societal norms. When looked at more closely, societal norms that exist and evolve are also covered by the law. Law must be adaptable in order to accommodate changes in social life (Nurhayati, 2020). Similarly, law enforcement must act in accordance with the community's sense of justice. Law must be able to adapt to people's lives in addition to being a tool that drives societal dynamics (Ali, 2002). Achieving the value of benefit in the application and enforcement of law is the essence that must be realized.

Justice is the most difficult thing to comprehend and to attain in a legal system, primarily because perspectives on justice vary widely. Justice is also an abstract concept, which makes upholding it a difficult issue for law enforcement. Justice is frequently interpreted in light of the social, economic, and freedom principles (Uke, 2017). The notion that everyone's freedom should be equal as long as it doesn't infringe on the rights of others to their own freedom is explicitly stated in the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.⁹ Every

8 Restorative justice is an alternative to criminal justice, aiming to resolve problems by prioritising integration between perpetrators and victims to find a solution. In the process of resolving criminal matters, restorative justice takes a concentrated approach toward criminals, victims, and the community (Candra, 2013; Herlina, 2004; Prayitno, 2012). The emphasis should be placed so that the perpetrator can reflect on and accept responsibility for his actions. Victims are the primary focus of restorative justice implementation, with their recovery carried out by perpetrators in accordance with mutual agreement. This recuperation is meant to restore the situation to its pre-crime condition. Yet, in certain circumstances, complete recovery for victims may not be achievable. As a result, restorative justice cannot be used in cases of murder or other serious crimes. The community later plays a role in overseeing and contributing to the development of victim recovery measures (Satria, 2018).

9 Article 28], paragraphs 1 and 2 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, states "(1) Every person shall respect human rights of the others in the order of life of the society, nation, and state. (2) In the exercise of his/her rights and freedom, every person shall abide by the limitations to be stipulated by the laws with the purpose of solely guaranteeing the recognition as well as respect

human being possesses the fundamental right to freedom, encompassing the freedom to express thoughts. The core principle of social justice is the equality of all individuals before the law. Unprofessional conduct by law enforcement based on one's position or social status can breed a sense of injustice within the community. Similar considerations apply to economic principles; an individual's financial condition might influence their perception of justice in law enforcement. If someone facing financial difficulties receives a heavier punishment compared to someone with better financial status, it erodes trust in law enforcement within the community.

In the practice of law enforcement, justice must be upheld strongly and firmly. This seeks to bring out community peace and order as well as increase people's faith in the functioning of law enforcement. An effective judicial system depends heavily on law enforcement (Ariyanti, 2019). Lawrence M. Friedman (1975, p. 14) described the legal system as follows:

The structure of a system is its skeletal framework; it is the permanent shape, the institutional body of the system, the tough, rigid bones that keep the process flowing within bounds. We describe the structure of a judicial system when we talk about the number of judges, the jurisdiction of courts, how higher courts are stacked on top of lower courts, what persons are attached to various courts, and what their roles consist of. The substance is composed of substantive rules and rules how institution should behave.

Friedman underscores the interdependence of each facet within the judicial system. The legal system will be crucial to law enforcement's ability to exercise its authority. The legal system will operate in accordance with what the legal substance mandates. Thus, it is expected that the creation of effective laws will ultimately serve the community. The social life will likewise be affected by legal culture, contributing to a secure and peaceful communal existence. These three components combine to shape the overall legal framework of a nation. In reality, Friedman overlooks the fact that society is more than just a tool for change that must abide by the law. Another crucial dimension of law enforcement involves the community. The fourth component is the participatory society, founded

for the rights and freedoms of the others and in order to comply with just demands in accordance with considerations for morality, religious values, security, and public order in a democratic society.”

on the community's awareness and strong willingness to oversee and actively engage in law enforcement actions (Akmal et al., 2021). Law enforcement cases that draw attention from the public, such as those involving corruption or those that are thought to obstruct a sense of justice in the community, are the most common direct examples of participatory society.

A case that profoundly impacted the community's sense of justice occurred in the middle of 2022. The investigation centered around the murder of Brigadier Nofriansyah Yosua Hutabarat (Brigadier Yosua), perpetrated by Police Inspector General Ferdy Sambo (Inspector General Sambo), one of his own superiors who headed the National Police's Professional Division and Security (*Kadiv Propam Polri*) (CNN Indonesia, 2022a). The case gained public attention due to the manipulation of actual events to obstruct the law enforcement process. Details about Inspector General Sambo's orchestration of the murder surfaced during the trial, revealing that Brigadier Yosua had been killed under orders from Inspector General Sambo, transmitted to Bharada Richard Eliezer Puidihan Lumiu (Bharada Eliezer). Inspector General Sambo's scheme was somewhat ingenious, as it eliminated evidence and portrayed the incident as a mutual shooting between Brigadier Yosua and Bharada Eliezer. Moreover, Inspector General Sambo claimed that Brigadier Yosua had sexually assaulted his wife, although this allegation could not be substantiated during the trial. Bharada Eliezer eventually agreed to cooperate with the court system and revealed the true sequence of events. Following that, Inspector General Sambo was put on trial for murder with the intent to kill and sentenced to death (Saputra, 2023). In the meantime, the judge designated Bharada Eliezer as a Justice Collaborator¹⁰ and merely ordered a 1 year and 6 months in prison term (Wiryono, 2023).

The investigation into this case has garnered significant community involvement. Since Brigadier Yosua's murder case initially appeared in multiple media outlets, the public perceived inconsistencies between the police's

10 A Justice Collaborator is a witness to a perpetrator who committed a crime and realized what he had done but is not the main actor who testifies in court. Through their witness statements, the justice collaborator provides information or evidence that significantly contributes to the disclosure of the case and may unveil other actors who played a bigger role in the actual events. The objective is to offer legal protection and preferential treatment to anyone who knows, reports, or discovers information that can assist law enforcement officers in identifying and effectively handling criminal crimes (Supreme Court Circular of the Republic of Indonesia Number 04 of 2011 on the Treatment of the Reporter of a Criminal Offense [Whistleblower] and Witnesses of the Perpetrators who Work Together [Justice Collaborators] in a Particular Crime Case).

explanations and the likelihood of the actual incident. The community then demanded for a more thorough investigation into the current event. As Bharada Eliezer agreed to participate as a justice collaborator in court, the scenario originally created by Inspector General Sambo finally saw some progress. The public has closely followed the developments of this case, culminating in the judge sentencing Inspector General Sambo to death. For law enforcement to function effectively, the community feels compelled to actively supervise this case. The murderers, notably ranking as Inspector Generals, raise public concerns about potential obstruction of justice or arbitrary behavior by law enforcement officers, possibly punishing an innocent person (Jeremiah & Manurung, 2022). The phrase “the law must be applied equally to everyone, not just sternly to the community but also to someone in a seat of power” carries a metaphorical significance. Law enforcement must pursue those who have violated the law, and the community demands justice. Law enforcement must be exercised not just against common citizens but also against those in power or unscrupulous law enforcement officers. If law enforcement is only based on legal certainty, it is quite likely that officials will abuse their position for their own benefit. Considering the assassination of Brigadier Yoshua, law enforcement must genuinely embrace the participatory society.

A participatory society is not based on a specific legal system, as evidenced by the United States, where the Anglo-Saxon judicial system is applied, and where an injustice occurred in the death of George Floyd (Taylor, 2021). The public’s response to this specific case, demanding justice, was overwhelming. Legal officials are consistently under public scrutiny; therefore, law enforcement must adhere to moral standards of justice and embody fair law enforcement. It is necessary to do away with subjective performance implementation and prioritize objective implementation (Tyler, 2003). In turn, the community can become law enforcement partners, particularly in enhancing law enforcement implementation in the field, which can be linked to increased public trust and confidence in law enforcement.

Law enforcement plays a crucial role in translating legal principles into action. Unlike humans who can think and act with conscience, the law itself cannot act independently. Hence, the legal system assumes a vital role in the execution and enforcement of laws. The efficacy of the law is closely tied to the benefits it imparts. If the implementation and enforcement of the law fail to align with the principles of justice, laws that emphasize the value of benefits

for the community may lose their significance. It is necessary for the community to be able to supervise the implementation and enforcement of the law. Legal officers are also humans with the potential to make mistakes or act selfishly without considering the interests of the larger community.

Conclusion

The development of a nation's legal system is intricately linked to the evolving understanding of the law by lawmakers, law enforcement officials, and society. This interwoven relationship carries a philosophical correlation as each element contributes to the overall framework. However, the law's ability to delve into concepts like legal certainty, justice, and benefit remains insufficient. The major issue is that the state still struggles to comprehend the true nature of the value of benefits. The benefits of law are currently thought to be limited to law as a means of social control rather than recognizing its broader role in societal development. Achieving an ideal legal system necessitates thoughtful consideration for society, with legal grounds in societal needs. In practice, the major subject is not the state but society. Lawmaking law enforcement, and legal application have a direct impact on society. As a result, legal development must make society the catalyst of change rather than the other way around, turning society into a tool under the control of the state. In the current dynamics of social and political life, this is a legal ideal that is long awaited.

Legal ideals are not only a wish, but something that must be realized by the state. The state's fundamental objective as the largest entity within community must be to prioritize the protection of individual rights. This requires vigilant attention from the state and its institutions. Lawmaking, implementation, and enforcement must all bring value to people's lives. A well-defined formula prescribes the correct execution of these processes. Firstly, in crafting laws, it is essential to recognize that standardization also includes benefits to society beyond conferring legal certainty. These envisioned benefits should manifest as objectives for societal welfare and the protection of every right that the state ought to grant in the form of human rights and constitutional rights. Secondly, the application of the law must align with the dynamic realities of society. To prevent societal breakdown, egoism of personal interests must be eradicated and, to the greatest extent possible, prevented, akin to addressing incidents of corruption. This must be a concerted effort to bring clarity to

the creation of the laws that will be enacted. Thirdly, law enforcement ought to be able to bring justice to the larger community, particularly in situations where the sense of justice is disrupted. Law enforcement officers need to comprehend that justice extends beyond mere adherence to regulations; it also involves honoring one's conscience. Lastly, the state must assist participatory society, recognizing that this movement is driven by the pressing needs of societal development. The state can contribute by reformulating policies to enable public participation in the legal system. Of course, this policy reformulation fosters a deeper understanding of democracy by upholding individual freedom of speech while simultaneously emphasizing the interests of the broader community.

Legal ideals are not limited to certain legal systems because society is a vital subject of state entities. Essentially, every country tries to create prosperity for its citizens, the formulation of laws aims to meet the needs of society, and law enforcement will always place society at its centre. These principles are not confined to any particular legal system, because they are state obligations that are sought to be achieved. Likewise, the involvement of participatory societies in the formulation, implementation and enforcement of laws reflects a commitment to democratic ideals by granting people the right to play an active role in the applied legal system. This also implies that the law belongs to social entities rather than just individuals or specific groups. Society as a whole transcends distinctions of race, religion, gender, skin colour, or any other form of discrimination. Citizens share equal rights and obligations within the social fabric of society and the state. Thus, legal ideals are an essential formulation ensuring benefits for society.

References

- Abadía-Barrero, C. E. (2016). Neoliberal Justice and the Transformation of the Moral: The Privatization of the Right to Health Care in Colombia. *Medical Anthropology Quarterly*, 30(1), 62–79. <https://doi.org/10.1111/maq.12161>
- Abi. (ed). (2009). *Pencuri Semangka Divonis 15 Hari Penjara*. Kompas.Com. [https://regional.kompas.com/read/2009/12/16/13074643/ ~ Regional ~ Jawa](https://regional.kompas.com/read/2009/12/16/13074643/~Regional~Jawa)

- Aburaera, S., Muhadar, & Maskun. (2013). *Filsafat Hukum: Teori Dan Praktik*. Kencana.
- Akmal, D. U. (2021a). Dinamika Konsep Omnibus Law: Menegaskan Tujuan Hukum dalam Konstruksi Legislasi Nasional. *Jurnal Hukum Mimbar Justitia*, 7(1), 17–40.
- Akmal, D. U. (2021b). Politik Reformasi Hukum: Pembentukan Sistem Hukum Nasional yang Diharapkan. *Jurnal Ilmiah Hukum Dan Keadilan*, 8(1), 21–35.
- Akmal, D. U., Karsa, P. L., & Mada, S. M. (2021). Law Enforcement of Corruption Cases Through a Participatory Society as an Effort to Protect Constitutional Rights. *Corruptio*, 2(2), 99–112. <https://doi.org/10.25041/corruptio.v2i2.2368>
- Ali, A. (2002). *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*. Gunung Agung.
- Amiruddin & Asikin, Z. (2010). *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. Rajawali Pers.
- Ansari, M. I. (2020). Omnibus Law untuk Menata Regulasi Penanaman Modal. *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 9(1), 71–90. <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v9i1.378>
- Ariyanti, V. (2019). Kebijakan Penegakan Hukum dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia. *Jurnal Yuridis*, 6(2), 33–54. <https://doi.org/10.35586/jjur.v6i2.789>
- Asy'ari, S., Hilipito, M. R., & Ali, M. M. (2013). Model dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Putusan Tahun 2003-2012). *Jurnal Konstitusi*, 10(4), 675–708. <https://doi.org/10.31078/jk1046>
- Banakar, R. & Travers, M. (2005). *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Hart Publishing.
- Basuki, K. (2014). *Pengantar Ilmu Hukum. Kaidah Sosial*. Universitas Terbuka.
- Bhambra, G. K. (2022). Relations of extraction, relations of redistribution: Empire, nation, and the construction of the British welfare state. *The British Journal of Sociology*, 73(1), 4–15. <https://doi.org/10.1111/1468-4446.12896>

- Black, H. C. (2009). *Black's Law Dictionary* (8th ed.; B. A. Garner, Ed.). West.
- Buana, M. S. (2010). *Hubungan Tarik-Menarik Antara Asas Kepastian Hukum (Legal Certainty) dengan Asas Keadilan (Substantial Justice) dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi*. Universitas Islam Indonesia.
- Candra, S. (2013). Restorative Justice: Suatu Tinjauan Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia. *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional*, 2(2). <https://doi.org/10.33331/rechtsvinding.v2i2.76>
- Capone, G., Noveck, B. S., Gökalp, B., Knox, A., & Murdter, D. (2017). *Crowdlaw: Online Public Participation in Lawmaking*. The Governance Lab with The Governance Innovation Clinic. <https://thegovlab.org/static/files/publications/crowd-law.pdf>
- Christensen, H. S., Jäske, M., Setälä, M., & Laitinen, E. (2017). The Finnish Citizens' Initiative: Towards Inclusive Agenda-setting? *Scandinavian Political Studies*, 40(4), 411–433. <https://doi.org/10.1111/1467-9477.12096>
- CNN Indonesia. (2022a). Kronologi Lengkap Satu Bulan Kasus Brigadir J. *CNN Indonesia*. <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20220808102217-12-831593/kronologi-lengkap-satu-bulan-kasus-brigadir-j/3>
- CNN Indonesia. (2022b). Massa Mahasiswa Demo Tolak KUHP Bermasalah di DPR. *CNN Indonesia*. <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20221215161047-20-887914/massa-mahasiswa-demo-tolak-kuhp-bermasalah-di-dpr>
- Darmodiharjo, D. & Shidarta. (2004). *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. PT Gramedia Pustaka Utama.
- Dimiyati, K., Nashir, H., Elviandri, E., Absori, A., Wardiono, K., & Budiono, A. (2021). Indonesia as a legal welfare state: A prophetic-transcendental basis. *Heliyon*, 7(8). <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2021.e07865>
- Dwiatmodjo, H. (2012). Penjatuhan Pidana Bersyarat dalam Kasus Pencurian Kakao. *Jurnal Yudisial*, 5(1), 99–116.

- Ervasti, H. (2001). Class, individualism and the Finnish welfare state. *Journal of European Social Policy*, 11(1), 9–23. <https://doi.org/10.1177/095892870101100102>
- Follett, M. P. (1919). Community is a Process. *The Philosophical Review*, 28(6), 576–588. <https://doi.org/10.2307/2178307>
- Friedman, L. M. (1969). Legal Culture and Social Development. *Law & Society Review*, 4(1), 29–44. <https://doi.org/10.2307/3052760>
- Friedman, L. M. (1975). *The Legal System: A Social Science Perspective*. Russel Sage Foundation.
- Gillespie, J. (2008). Localizing Global Rules: Public Participation in Lawmaking in Vietnam. *Law & Social Inquiry*, 33(3), 673–707. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2008.00118.x>
- Halim, A. R. (1987). *Evaluasi Kuliah Filsafat Hukum*. Ghalia Indonesia.
- Herlina, A. (2004). Restorative Justice. *Jurnal Kriminologi Indonesia*, 3(3), 19–28.
- Howard, C. (1999). The American Welfare State, or States? *Political Research Quarterly*, 52(2), 421–442. <https://doi.org/10.1177/106591299905200209>
- Humas dan Protokol BPHN. (2022). *RUU KUHP Disahkan Menjadi Undang-Undang*. Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum Dan HAM Republik Indonesia. <https://bphn.go.id/publikasi/berita/202212061210189/ruu-kuhp-disahkan-menjadi-undang-undang>
- Idhom, A. M. (2019). *Penyebab Demo Mahasiswa Hari Ini Dan Respon Jokowi Soal RUU KUHP*. Tirto.Id. <https://tirto.id/penyebab-demo-mahasiswa-hari-ini-dan-respons-jokowi-soal-ruu-kuhp-ciAV>
- Irianto, S. & Sidharta. (2009). *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*. Yayasan Pustaka Obor Indonesia.
- Isharyanto. (2016). *Teori Hukum: Suatu Pengantar dengan Pendekatan Tematik*. WR.
- Jeremiah, K. S. & Manurung, K. H. (2022). Analisis Perbuatan Obstruction of Justice yang dilakukan oleh Aparat Kepolisian dalam Perkara Pembunuhan berencana. *Jurnal Esensi Hukum*, 4(2), 99–111.
- Johnson, A. S. (2006). *Sosiologi Hukum*. Rineka Cipta.

- Julyano, M. & Sulistyawan, A. Y. (2019). Pemahaman Terhadap Asas Kepastian Hukum Melalui Konstruksi Penalaran Positivisme Hukum. *CREPIDO*, 1(1), 13–22. <https://doi.org/10.14710/crepido.1.1.13-22>
- Kusnadi, M. & Saragih, B. R. (2008). *Ilmu Negara*. Gaya Media Pratama.
- Latipulhayat, A. (2015). Khazanah: Jeremy Bentham. *PADJADJARAN Jurnal Ilmu Hukum (Journal of Law)*, 2(2), 413–424. <https://doi.org/10.22304/pjih.v2n2.a12>
- Lukman, M. (1998). Semiotika Reformasi Hukum Res Publika, Res Konstitusi, dan Res Ketuhanan. *Perspektif*, 3(3), 9–12. <https://doi.org/10.30742/perspektif.v3i3.216>
- Marzuki, P. M. (1999). Reformasi Hukum dan Pendidikan Hukum di Indonesia. *Perspektif*, 4(1), 1–8. <https://doi.org/10.30742/perspektif.v4i1.202>
- MD, M. M. (2006). *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*. Pustaka LP3ES.
- Mertokusumo, S. (2011). *Teori Hukum*. Universitas Atma Jaya.
- Montesquieu. (2013). *The Spirit of Laws: Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik* (M. Khoiril Anam, Trans.; Nurainun Mangungsong, Ed.). Nusa Media.
- MYS. (2013). *Menggali Karakter Hukum Progresif*. Hukumonline. <https://www.hukumonline.com/berita/a/menggali-karakter-hukum-progresif-lt529c62a965ce3>
- Nonet, P. & Selznick, P. (2001). *Law & Society in Transition*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203787540>
- Nurhayati, Y. (2020). *Pengantar Ilmu Hukum*. Nusa Media.
- Pekkanen, R. J. & Pekkanen, S. M. (Eds.). (2022). *The Oxford Handbook of Japanese Politics*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190050993.001.0001>
- Prayitno, K. (2012). Restoratif Justice untuk Peradilan di Indonesia (Perspektif Yuridis Filosofis dalam Penegakan Hukum In Concreto). *Jurnal Dinamika Hukum*, 12(3), 407–420. <https://doi.org/10.20884/1.jdh.2012.12.3.116>
- Purwokerto District Court. (2009). *Decision Number 247/Pid.B/2009/Pn.Pwt*.

- Puspito, B. & Masyhar, A. (2023). Dynamics of Legality Principles in Indonesian National Criminal Law Reform. *Journal of Law and Legal Reform*, 4(1), 129–148. <https://doi.org/10.15294/jllr.v4i1.64078>
- Putri, K. D. A. & Arifin, R. (2019). Tinjauan Teoritis Keadilan dan Kepastian Hukum dalam Hukum di Indonesia. *MIMBAR YUSTITIA*, 2(2), 142–158. <https://doi.org/10.52166/mimbar.v2i2.1344>
- Putro, W. D. (2011). *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*. Genta Publishing.
- Rahardjo, S. (2000). *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti.
- Rahardjo, S. (2004). Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan). *Newsletter Number 59*.
- Rahardjo, S. (2005). Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan. *Jurnal Hukum Progresif*, 1(1), 1.
- Rahardjo, S. (2009). *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*. Genta Publishing.
- Rahardjo, S. (2010). *Penegakan Hukum Progresif*. PT. Elex Media Komputindo.
- Rato, D. (2010). *Pengantar Filsafat Hukum (Mencari, Menemukan dan Memahami Hukum)*. Laksbang Pressindo.
- Republic of Indonesia. (1945). *1945 Constitution of the Republic of Indonesia*.
- Rodiyah, R., Idris, S. H., & Smith, R. B. (2023). Mainstreaming Justice in the Establishment of Laws and Regulations Process: Comparing Case in Indonesia, Malaysia, and Australia. *Journal of Indonesian Legal Studies*, 8(1), 333–378. <https://doi.org/10.15294/jils.v7i2.60096>
- Roestandi, A. (1980). *Pengantar Teori Hukum*. Fakultas Hukum Uninus.
- Rondonuwu, D. E. (2014). Hukum Progresif: Upaya untuk Mewujudkan Ilmu Hukum Menjadi Sebenar Ilmu Pengetahuan Hukum. *Lex Administratum*, 2(2), 75–90.
- Rumokoy, D. A. & Maramis, F. (2014). *Pengantar Ilmu Hukum*. Raja Grapindo Persada.

- Sahbani, A. (2017). *Sekilas Sejarah dan Problematika Pembahasan RKUHP*. HukumOnline. <https://www.hukumonline.com/berita/a/sekilas-sejarah-dan-problematika-pembahasan-rkuhp-lt5a42131b82c60>
- Sampara, S., Agis, A., Sufran, M., Basyuni, F., Hasanuddin, N., Handa, D., Kadir, H., Nurjaya, & Kanenu, H. (2011). *Buku Ajar: Pengantar Ilmu Hukum*. Total Media.
- Santoso, B. (1998). Reformasi dan Ketahanan Nasional. *Jurnal Ketahanan Nasional*, 3(3), 1–11. <https://journal.ugm.ac.id/jkn/article/view/19196>
- Sanyoto. (2008). Penegakan Hukum di Indonesia. *Jurnal Dinamika Hukum*, 8(3), 199–204. <https://doi.org/10.20884/1.jdh.2008.8.3.74>
- Saputra, E. Y. (2023). *Breaking News: Ferdy Sambo Divonis Hukuman Mati*. Tempo.Co. <https://nasional.tempo.co/read/1690864/breaking-news-ferdy-sambo-divonis-hukuman-mati>
- Satria, H. (2018). Restorative Justice: Paradigma Baru Peradilan Pidana. *Jurnal Media Hukum*, 25(1), 111–123. <https://doi.org/10.18196/jmh.2018.0107.111-123>
- Shidarta. (2013). *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum*. Genta Publishing.
- Soekanto, S. (1986). *Mengenal Sosiologi Hukum*. Alumni.
- Soekanto, S. (2007). *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Raja Grafindo Persada.
- Soekanto, S. & Mamuji, S. (2003). *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. Rajawali Pers.
- Soeroso, R. (2009). *Pengantar Ilmu Hukum*. Sinar Grafika.
- Suhardin, Y. (2007). Peranan Hukum dalam Mewujudkan Kesejahteraan Masyarakat. *Jurnal Hukum Pro Justitia*, 25(3), 270–282.
- Sunstein, C. R. (1996). On the Expressive Function of Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 144(5), 2021–2053. <https://doi.org/10.2307/3312647>
- Suparman Usman. (2008). *Etika dan Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*. Gaya Media Pratama.

- Supreme Court of the Republic of Indonesia. (2011). Supreme Court Circular of the Republic of Indonesia Number 04 of 2011 on the Treatment of the Reporter of a Criminal Offense (Whistleblower) and Witnesses of the Perpetrators who Work Together (Justice Collaborators) in a Particular Crime Case.
- Suriadinata, V. (2019). Penyusunan Undang-Undang di Bidang Investasi: Kajian Pembentukan Omnibus Law di Indonesia. *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum*, 4(1), 115–132. <https://doi.org/10.24246/jrh.2019.v4.i1.p115-132>
- Sutrisna, T. (2022). *Demo Tolak UU Cipta Kerja, Massa Buruh Panjat Gerbang Utama DPR/MPR RI*. Kompas.Com. <https://megapolitan.kompas.com/read/2022/08/10/13434841/demo-tolak-uu-cipta-kerja-massa-buruh-panjat-gerbang-utama-dpr-mpr-ri?page=all>
- Taylor, D. B. (2021). George Floyd Protests: A Timeline. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/article/george-floyd-protests-timeline.html>
- The Constitutional Court of the Republic of Indonesia. (2021). *Constitutional Court Decision Number 91/PUU-XVIII/2020*.
- Trubek, D. M. (1972). Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development. *The Yale Law Journal*, 82(1), 1–50. <https://doi.org/10.2307/795251>
- Tyler, T. R. (2003). Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law. *Crime and Justice*, 30, 283–357. <https://doi.org/10.1086/652233>
- Uke, L. O. M. I. A. A. (2017). Teori Keadilan Kontemporer (Sebuah Kajian Teori Hukum). *Jurnal Al-'Adl*, 10(1), 84–103.
- Utrecht, E. (1989). *Pengantar dalam Hukum Indonesia* (M. S. Djindang, Adapt. & Rev.). Pustaka Sinar Harapan.
- Wiryo, S. (2023). *Hakim Terima Status Richard Eliezer sebagai 'Justice Collaborator'*. Kompas.Com. <https://nasional.kompas.com/read/2023/02/15/12432221/hakim-terima-status-richard-eliezer-sebagai-justice-collaborator>
- Yu-Lan, F. (1966). *A Short History of Chinese Philosophy*. The Free Press.

COMPLEMENTOS

INDICACIONES PARA LOS AUTORES

Recepción de artículos

Los artículos postulados a *Precedente* deben ser artículos inéditos resultado de un ejercicio de investigación científica, reflexión teórica o revisión bibliográfica.

Es necesario que los artículos postulados no estén participando en procesos de evaluación en otras revistas.

Los artículos deben enviarse al correo electrónico precedente@icesi.edu.co

Proceso de evaluación

El Comité Editorial de *Precedente* ha establecido un proceso de evaluación para los artículos que recibe en consideración. Al recibir un artículo el Comité Editorial evalúa la pertinencia académica del mismo y su cumplimiento de las normas editoriales establecidas por la revista. Luego procede a contactar dos pares académicos expertos en el tema que aborda el artículo para que evalúen su originalidad, actualidad de la bibliografía, dominio de la bibliografía, claridad en la argumentación, calidad de la redacción, calidad científica del artículo y la importancia y pertinencia del tema.

Con base en el concepto de los pares evaluadores el Comité Editorial de la revista toma la decisión final de negar o aprobar –con o sin modificaciones– la publicación del artículo. Cuando se sugieran modificaciones, el autor deberá incorporarlas en un plazo no mayor a 20 días. Durante todo el proceso el Comité Editorial asegurará el anonimato de los pares evaluadores y del autor. La decisión adoptada por el Comité Editorial acerca de la publicación del artículo es inobjetable. El Comité Editorial, o en su defecto el coordinador editorial, se encargará de informar a los autores oportunamente del proceso de evaluación de los artículos y de las decisiones tomadas al respecto.

Normas editoriales

Los artículos presentados al Comité Editorial de *Precedente* deben cumplir con las siguientes normas editoriales:

- Extensión entre 15 y 20 páginas, no cuenta la bibliografía, los anexos, ni los cuadros o imágenes que los artículos puedan tener.
- Los artículos deberán estar antecedidos por una página de presentación donde aparezca el nombre del autor, seguido de su correo electrónico y filiación institucional. Esta página también deberá presentar en español, inglés y portugués el título del artículo, un resumen analítico (de máximo

250 palabras) y de tres a cinco palabras clave. Finalmente, en una nota pie de página que se desprenda del título, los datos de la investigación en que se enmarca el artículo, además de una breve declaración de no conflicto de interés y especificación de fuente de financiación.

- El autor del artículo debe tener en cuenta la clasificación de Minciencias para garantizar la calidad del artículo objeto de publicación en revistas. En este sentido el autor debe indicar en su artículo la categoría a la que pertenece. Y debe recordar que las categorías a, b y c son las que cuentan para indexación. Las clasificaciones son:
 1. **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
 2. **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
 3. **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
 4. **Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
 5. **Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
 6. **Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
 7. **Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

8. **Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.
9. **Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
10. **Documento de reflexión no derivado de investigación.**
11. **Reseña bibliográfica.**
12. **Otros**
- Letra Goudy Old Style, tamaño 12, espacio sencillo, tamaño del papel carta y márgenes de 3cm por cada lado. Los títulos y subtítulos del artículo deben estar en negrita, en altas y bajas, por ejemplo: Estudios de mujeres e historiografía.
 - Los autores son responsables de conseguir los permisos necesarios para la reproducción de imágenes, ilustraciones, figuras y citas extensas que lo requieran.
 - Las notas a pie de página se deben usar exclusivamente para hacer aclaraciones o discreciones sobre el texto, no para citar textualmente a un autor o hacer referencias bibliográficas.
 - Las citas deberán realizarse dentro del texto siguiendo el formato APA. Entre paréntesis el apellido del autor, seguido de una coma y el año de edición, así: (Pérez, 1990).
 - Para las citas textuales se agregarán dos puntos y el número de página, así: (Pérez, 1990: 60). Cuando el texto citado tenga menos de 40 palabras sólo se colocan comillas, si supera este límite se ubicará en un párrafo aparte con sangría a cada lado y tamaño de letra 11:

Leer bien es arriesgarse a mucho. Es dejar vulnerable nuestra identidad, nuestra posesión de nosotros mismos. [...] Así debiera ser cuando tomamos en nuestras manos una gran obra de literatura o de filosofía, de imaginación o de doctrina. Puede llegar a poseernos tan completamente que, durante un tiempo, nos tengamos miedo, nos reconozcamos imperfectamente. Quien haya leído 'La metamorfosis' de Kafka y pueda mirarse impávido al espejo será capaz, técnicamente, de leer letra impresa, pero es un analfabeto en el único sentido que cuenta. (Steiner, 1994: 26)

- En las coautorías se deberá citar así: el nombre del primer autor seguido de una coma, agregando la abreviatura *et al.* –en cursiva–, año de la edición seguido de dos puntos y el número de la página, así: (Pérez, *et al.*, 1990: 60).
- La información completa de los textos citados se colocara al final del artículo en una página titulada Referencias.

Libro:

a) *De un solo autor*

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) *De dos autores:*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) *De tres autores o más*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, Apellidos, Inicial(es) y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministerio de Cultura.

Capítulo de libro:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del capítulo. En Inicial(es) del nombre y Apellido(s) del editor, coordinador o compilador, Título completo del libro (siempre en cursiva) (pp.). Editorial.

Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. En L. Zavala, *Teorías del cuento*, I: *Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

Artículo de revista:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del artículo. Título de la revista (siempre en cursiva), Vol. (siempre en cursiva) (Número), pp. <https://www.doi.org/> Ágredo Piedrahita, O. (2002). El Odio es más fuerte que dios. *Poligramas*, 1 (17), 63-73.

Artículo de prensa:

Apellidos, Inicial(es) del nombre “Título artículo” (siempre entre comillas), Título periódico (siempre en cursiva), Ciudad, día y mes, año.

Tesis:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). “Título tesis” (siempre entre comillas), Tesis pregrado/PhD/Maestría, Universidad.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Submission of papers

Papers submitted for publication in the *Precedente* Journal must be unpublished articles that result from scientific research, theoretical reflection, or bibliographical review.

Papers submitted for publication must not be under evaluation or review for publication in other journals.

The articles should be sent to the following email: precedente@icesi.edu.co

Evaluation process

The Editorial Committee at *Precedente* has established a process to review articles submitted for consideration. After receiving an article, the Editorial Committee conducts an assessment to determine the academic relevance of the article and checks for conformance with the editorial rules of the journal. Then, the Committee contacts two academic peers who are experts in the subject matter for them to read the article and assess the following aspects: originality, current bibliography, proper use of bibliography, clear arguments, quality of writing, scientific quality, and significance and relevance of the topic.

Based on the opinion of the academic peers, the Editorial Committee makes a final decision to accept (either with or without modifications) or reject an article for publication. When suggestions are made, authors are to incorporate them within 20 days. Throughout the entire process, the Editorial Committee ensures that the identity of the evaluating peers and authors remain undisclosed to each other. Decisions made by the Editorial Committee as to the publication of the articles may not be contested. Either the Editorial Committee or, in its absence, the Editorial Coordinator is responsible for advising the authors of the status of the article evaluation process and associated decisions made in a timely manner.

Editorial rules

The articles submitted to the Editorial Committee at *Precedente* must meet the following editorial rules:

- The length of the articles must be from 15 to 20 pages, excluding bibliographical references, attachments, charts or images that may be provided in the articles.

- The articles must be preceded by a cover page that provides the author's name followed by his/her e-mail address and organization. The cover page must also provide the title of the article, an abstract (of no more than 250 words), and from three to five keywords, in English, Spanish and Portuguese.
- Lastly, the authors must also include a footnote linked to the article title with details of the relevant research that provided the framework for the article, in addition to a brief declaration of no conflict of interest and specification of funding source.
- The authors are to take into account the Minciencias classification system in order to guarantee the quality of their articles for publication in journals. In this respect, authors must indicate the category to which their articles belong. They must bear in mind that categories a, b, and c are the ones eligible for indexing. A description of each kind of classification is provided below:
 1. **Scientific and technological research article.** A document that provides a detailed discussion of the original results of completed research projects. In general, it has a structure that consists of four major sections, i.e. introduction, methodology, results, and conclusions.
 2. **Reflection article.** A document that presents the results of completed research from the author's analytical, interpretative, or critical perspective with regard to a specific topic referencing original sources.
 3. **Review article.** A document that results from completed research which provides an analysis, discussion, and compilation of results of published or unpublished research in a field of science or technology for the purpose of reporting on the progress and latest development trends. It is characterized by incorporating a thorough bibliographic review of at least 50 different references.
 4. **Short article.** A brief document that presents the preliminary or partial original results of scientific or technological research work which, in general, need to be disclosed promptly.
 5. **Case report.** A document that discusses the results of a study of a specific situation aiming at divulging technical and methodological experiences with a specific case. It includes a systematic review with comments on literature available regarding similar cases.

6. **Topic review.** A document that results from a critical review of existing literature about a specific topic or subject.
7. **Letters to the editor.** Critical, analytical or interpretative positions with regard to documents published in the journal which, at the discretion of the Editorial Committee, provide a significant contribution to the discussion of the subject on the part of the scientific community.
8. **Editorial.** A document written by the editor, a member of the editorial committee, or a guest researcher regarding orientations in the journal's field of specialization.
9. **Translation.** Translations of classic or current texts or transcriptions of historical documents or documents of special interest within the journal's range of topics of publication.
10. **Reflection document not resulting from research.**
11. **Bibliographic outline.**
12. **Other**
 - Font type: Goudy Old Style, font size 12, single spacing, letter paper size, and 3-cm margins on each side. The titles and subheadings of the articles must be written in bold, using capital and small letters. For example: **Women's studies and historiography.**
 - Authors are responsible for obtaining the necessary licenses for reproducing images, illustrations, charts, and extensive quotations, if so required.
 - Footnotes are used only for making clarifications or qualifications of the text, not for textually quoting another author or providing bibliographic references.
 - Quotations are provided in the document following APA format guidelines. The author's last name is provided in parentheses followed by a comma and the year of the publication, e.g. (Smith, 1990).
 - A colon and the page number are added in the case of textual quotations, e.g. (Smith, 1990: 60). When the quoted text is less than 40 words long, only quotes are provided, but if the text exceeds this limit, then a separate indented (on both sides) paragraph in font size 11 is provided.

To read well is to take great risks.. It is to make vulnerable our identity, our self-possession.. [...] This is how it should be when we take a masterpiece of literature or philosophy, of imagination or doctrine, in our hands. It

can take hold of us to such an extent that, for some time, we have fear of ourselves, we acknowledge our own imperfections. Anyone who has read Kafka's *Metamorphosis* and can look at himself in the mirror unperturbed is indeed technically able to read the printed word, but is illiterate in the only sense that matters. (Steiner, 1994: 26)

- In the case of coauthorship, references to the coauthors are provided as follows: the first author's name followed by a comma, the abbreviation *et al.* in italics, the year of publication followed by a colon, and the page number, e.g. (Smith, *et al.*, 1990: 60).
- The use of the following abbreviations *ibid.*, *op. cit.*, and *loc. cit.* is not allowed. The quoted author's name is to be provided as many times as necessary.
- Complete information about the referenced texts is supplied at the end of the article in a page titled Bibliography.

Book:

a) By a single author

Last name, name initials (Year). Complete title of the book (always in italics).
Publisher.

For ex. Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) By two authors:

Last names, name and last name initials, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

For ex. Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) By three or more authors

Last name, name initials, last names, name initial(s), and last names, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministry of Culture.

Book chapter:

Last name, name initial(s) (Year). Chapter title. From Coordinator's or compiler's name initial(s) and last name, Complete title of the book (always in italics) (pp.). Publisher.

For ex. Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. From L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

Journal article:

Last name, name initial(s) (Year). Article title. Name of the journal (always in italics), Vol. (always in italics) (issue), pp. <https://www.doi.org/>

Ágredo Piedrahita, O. (2002). El Odio es más fuerte que dios. *Poligramas*, 1(17), 63-73.

Press article:

Last name, name initials, “article title” (always in quotes), newspaper title (always in italics), city, day, month, and year.

Thesis:

Last name, name initials (Year). “Thesis title” (always in quotes), undergraduate, graduate, or doctoral thesis, University.

- El reconocimiento de la brecha digital para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia civil
- *Lawfare, Between its (Un)Limits and Transdisciplinarity*
- Interpretación neoconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad: una reflexión sobre la política pública del consumo de cigarrillo en los establecimientos penitenciarios y carcelarios de Colombia
- Conceptualización jurídica en tanto mediación ética: el caso del derecho a la muerte digna en Colombia
- Legal Ideals: Lawmaking and Law Enforcement Primarily based on Community Social Life in Indonesia